



**Universidade do Estado do Rio de Janeiro**

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Antonio do Passo Cabral

**Coisa julgada dinâmica: limites objetivos e temporais.**

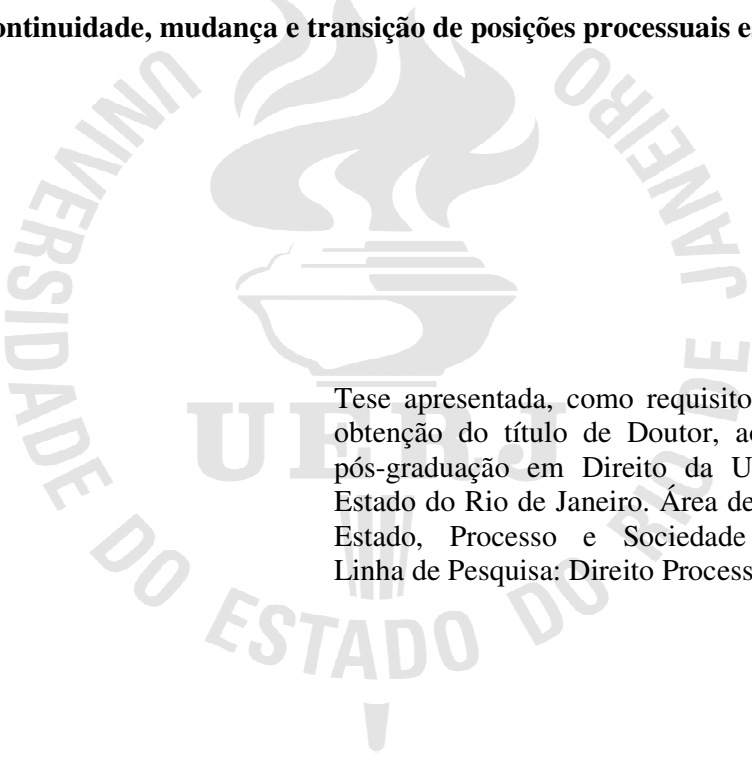
**Entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis**

Rio de Janeiro

2012

Antonio do Passo Cabral

**Coisa julgada dinâmica: limites objetivos e temporais.  
Entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis.**



Tese apresentada, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor, ao programa de pós-graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de Concentração: Estado, Processo e Sociedade Internacional. Linha de Pesquisa: Direito Processual.

Orientador: Prof. Dr. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes

Rio de Janeiro

2012

CATALOGAÇÃO NA FONTE  
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

C117c Cabral, Antonio do Passo.

Coisa julgada dinâmica: limites objetivos e temporais: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis / Antonio do Passo Cabral - 2012.  
603 f.

Orientador: Aluisio Gonçalves de Castro Mendes.

Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Coisa Julgada – Teses. 2. Preclusão (Processo civil) – Teses. 3. Direito processual – Teses. I. Mendes, Aluisio Gonçalves de Castro. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.953

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

---

Assinatura

---

Data

Antonio do Passo Cabral

**Coisa julgada dinâmica: limites objetivos e temporais.  
Entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis**

Tese apresentada, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor, ao programa de pós-graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de Concentração: Estado, Processo e Sociedade Internacional. Linha de Pesquisa: Direito Processual.

Aprovado em 29 de fevereiro de 2012.

Banca Examinadora:

---

Prof. Dr. Aluisio Mendes (Orientador)

Faculdade de Direito da UERJ

---

Prof. Dr. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro

Faculdade de Direito da UERJ

---

Prof. Dr. Leonardo Greco

Faculdade de Direito da UERJ

---

Profa. Dra. Teresa Arruda Alvim Wambier

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

---

Prof. Dr. José Rogério Cruz e Tucci

Universidade de São Paulo

Rio de Janeiro

2012

## DEDICATÓRIA

Para Karla, minha melhor metade, com amor.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço a minha esposa Karla pelo apoio durante toda a confecção do presente trabalho.

À minha família, devo agradecer o esforço de manter-me empolgado e me reduzir a saudade e as angústias durante o tempo de pesquisa no exterior. O suporte familiar de minha mãe Lúcia, meu pai Mário Jorge, minha avó Marília, meus tios Carmen e Luiz Carlos (*in memoriam*), meus primos João Luís, Helena, Mara, Ricardo, a todos o meu carinho.

Agradeço especialmente ao Professor Humberto Ávila, o qual, além de grande incentivador, foi também de fundamental importância na estadia na Alemanha. Ao meu *Mitbetreuer*, Prof. Dr. Stefan Koriath, a gratidão pela calorosa acolhida na Ludwig-Maximilians Universität em Munique, extensível a toda a sua equipe de colaboradores e aos funcionários da Biblioteca.

Na Universidade de Munique, devo ainda agradecer ao Prof. Dr. Bruno Rimmelspacher, que em diversas oportunidades reuniu-se comigo para debater a evolução do trabalho, criticar-me as ideias novas e propor novas leituras a respeito do intrincado tema da coisa julgada.

Ainda durante o período de pesquisa no exterior, devo agradecer ao Prof. Dr. Dr. h.c. Albrecht Zeuner, autor de uma das obras mais importantes sobre a coisa julgada no séc.XX, e que gentilmente debateu comigo as linhas mestras do trabalho, não apenas por email e telefone, mas pessoalmente em sua residência em Hamburgo, onde me recebeu, juntamente com sua esposa, para um dia de profícuas discussões. A ele devo agradecer também o gentil convite para o almoço ao longo do Rio Elba, e às inesquecíveis histórias sobre seus estudos jurídicos, iniciados ainda como prisioneiro de guerra.

O Prof. Dr. Dr. h.c. Rolf Stürner também me recebeu gentilmente na Universidade de Freiburg im Breisgau, onde debatemos a tese, tendo sugerido importantes referências bibliográficas.

Pelas críticas atentas e pela leitura minuciosa de grande parte do trabalho, devo o agradecimento ao Prof. Dr. Heitor Vítor Mendonça Sica.

Outros colegas e amigos também puderam ler os principais capítulos do texto e muitos fizeram críticas e sugestões, todas incorporadas ao texto final, ainda que, por teimosia exclusiva do autor, meus erros tenham sido mantidos. Pelas críticas, agradeço aos Professores

Alexandre Freitas Câmara, Fredie Didier Jr., Robson Godinho, Hemes Zaneti Jr., Paula Costa e Silva e Miguel Teixeira de Sousa.

Agradeço também à Professora Silvana dalla Bontà pelo fornecimento de textos de difícil acesso, em língua italiana, bem como o diálogo constante sobre a tese de Zeuner.

Aos alunos e ex-alunos Filipe Guimarães, Thais Blanco, Nara Benedetti Nicolau, Luiza Paternostro e Gabriel Müller, que participaram de grupo de pesquisa, sob minha orientação, na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, fica o agradecimento pelo período de convivência e por todos os debates no âmbito de nosso grupo, que muito serviram para colocar a teste as ideias defendidas na tese.

Agradeço à Biblioteca da PR/RJ e a todos os seus servidores, pela inestimável ajuda na coleta de dado.

Ao Professor Nicola Picardi, agradeço o acesso à biblioteca do *Istituto di Diritto Processuale Civile* da *Università di Roma La Sapienza*.

Para quem caminha para o Sol, é sempre madrugada.

*Helena Kolody*



## RESUMO

CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada dinâmica: limites objetivos e temporais: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 2012. 603f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, 2012.

O presente trabalho pretende apresentar um modelo unificado para o tratamento das estabilidades processuais (coisa julgada e preclusões). Para tanto, parte de duas premissas fundamentais: a segurança como continuidade jurídica, uma forma dinâmica de proteger a estabilidade sem impedir alterações de conteúdo nos atos jurídicos estáveis; e, de outro lado, a concepção das estabilidades processuais como uma cadeia de vínculos em contraditório. A combinação destas premissas resgata o papel da argumentação jurídica no sistema da coisa julgada, retomando a importância da vinculatividade das razões de decidir; e também incorpora ao modelo uma dimensão interprocessual que visa a garantir harmonia e coerência ao tráfego jurídico. Com base nestes pilares, tenta-se propor parâmetros para uma nova compreensão dos limites objetivos e temporais da coisa julgada. No campo dos limites objetivos, destaca-se a elaboração em torno dos esquemas argumentativos, estruturas aglutinadas de elementos processuais referentes ao exercício do contraditório. Em relação aos limites temporais, procura-se elaborar um modelo de revisão das estabilidades que incorpore o *novum* sem impedir a mudança. Neste contexto, trabalham-se também mecanismos compensatórios para a superação das estabilidades, tais como o ônus argumentativo no procedimento de quebra, e as regras de transição editadas pelo próprio Poder Judiciário.

Palavras-chave: Processo civil. Coisa julgada. Preclusão. Continuidade jurídica. Segurança. Regras de transição.

## ABSTRACT

CABRAL, Antonio do Passo. *Dynamic res iudicata: between continuity, change and transition in stable procedural positions*. 2012. 603f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, 2012.

The present work intends to present a unified model for the juridical treatment of the procedural forms of stability (*res iudicata* and issue preclusions). For this purposes, it has two fundamental premises: on the one hand, security as legal continuity, a dynamic way to protect the stability without preventing changes in the content of stable acts. On the other hand, the conception of procedural stabilities as chains of binding links operated through the right to a fair hearing. With the combination of these aspects, the role of the argumentation and the exercise of procedural rights gain in importance to the system of *res iudicata*, reviving the bindingness not only of the conclusion but also of the reasoning of the judgement; and also provides an inter-procedural dimension in order to guarantee harmony and coherence to the whole of juridical relations. By means of this ideas, the present work proposes parameters to verify the objective and time limits of claim and issue preclusions. In regard of the object of preclusions, a bigger role plays the concept of argumentative schemes, linked structures of procedural elements that refer to the exercise of the right to a fair hearing. In terms of the time limits of preclusions, the present thesis focus on establishing a model of review that incorporates the *novum* without preventing change of content. Therefore it works with compensatory mechanisms to overcome stabilities like, for instance, the burden of argumentation in the proceeding and transition rules edited by the Judiciary.

Keywords: Civil procedure. *Res iudicata*. Preclusions. Continuity. Security. Transition rules.

## SUMÁRIO

	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	24
1	<b>COISA JULGADA E PRECLUSÃO NA TRADIÇÃO EUROPEIA-CONTINENTAL CLÁSSICA</b> .....	41
1.1	<b>Objeto do capítulo</b> .....	41
1.2	<b>Nomenclatura. Conceito de coisa julgada</b> .....	42
1.3	<b>Coisa julgada e segurança jurídica: fundamentos e escopos da regra da coisa julgada</b> .....	44
1.4	<b>O Estado de Direito e a coisa julgada: entre segurança e justiça, eficiência e equidade</b> .....	48
1.5	<b>Coisa julgada formal e coisa julgada material</b> .....	50
1.6	<b>Natureza jurídica da coisa julgada</b> .....	52
1.6.1	<u>Teorias material e processual da coisa julgada</u> .....	52
1.6.1.1	Teorias materiais. Fundamento .....	53
1.6.1.2	Variantes da teoria material da coisa julgada .....	54
1.6.1.2.1	Presunção e ficção da verdade .....	54
1.6.1.2.2	Coisa julgada como <i>lex specialis</i> .....	57
1.6.2	<u>O movimento contrário: as teorias processuais da coisa julgada</u> .....	59
1.6.3	<u>Variantes da teoria processual</u> .....	60
1.6.3.1	A teoria da presunção de autoridade (Couture) .....	60
1.6.3.2	Coisa julgada como eficácia da declaração (Hellwig) .....	60
1.6.3.3	Teoria da extinção do dever jurisdicional .....	64
1.6.3.4	A coisa julgada como qualidade da sentença e de seus efeitos (Liebman) .....	64
1.6.3.5	A crítica de José Carlos Barbosa Moreira à tese de Liebman .....	66
1.6.3.6	A coisa julgada como uma situação jurídica nova: a imutabilidade.....	68
1.6.4	<u>Avaliação das controvérsias entre as teorias materiais e processuais da coisa julgada</u> .....	68
1.6.4.1	Críticas recíprocas .....	68
1.6.4.2	O debate entre dualismo e monismo .....	70
1.6.4.3	Krückmann e o “ordenamento de posse” para explicar a coisa julgada .....	71
1.6.4.4	Existe importância prática nesta discussão teórica? A inalterabilidade da sentença e a vontade das partes .....	72
1.6.4.5	Balanco geral da polêmica e reconceituação da coisa julgada .....	73

1.7	<b>Alcance e extensão: os limites da coisa julgada</b> .....	74
1.7.1	<u>Limites objetivos</u> .....	74
1.7.1.1	Evolução histórica e a regra atual da limitação ao dispositivo da sentença .....	74
1.7.1.2	Função e justificativa do estabelecimento dos limites objetivos .....	76
1.7.1.2.1	A vontade do Estado e o dispositivo .....	76
1.7.1.2.2	Objeto do processo e limites objetivos .....	77
1.7.1.2.3	A chamada “eficácia preclusiva da coisa julgada” .....	82
1.7.2	<u>Limites temporais</u> .....	84
1.7.2.1	Primeiro aspecto: o momento de formação da coisa julgada e os fatos supervenientes .....	85
1.7.2.2	Segundo aspecto: relações jurídicas continuativas .....	87
1.8	<b>A existência da coisa julgada na visão das partes e do juiz</b> .....	90
1.8.1	<u>Efeitos positivo e negativo da coisa julgada</u> .....	90
1.8.1.1	Efeito negativo: <i>ne bis in idem</i> .....	90
1.8.1.2	O efeito positivo da coisa julgada no campo da prejudicialidade .....	91
1.8.2	<u>Como se alega a existência de coisa julgada? A “exceção” de coisa julgada e os pressupostos processuais</u> .....	93
1.8.3	<u>A análise judicial da existência de coisa julgada: tríplice identidade e “teoria da identidade da relação jurídica”</u> .....	95
1.9	<b>Quebra da coisa julgada: instrumentos rescisórios</b> .....	97
1.9.1	<u>Generalidades</u> .....	97
1.9.2	<u>Modelo brasileiro</u> .....	98
1.9.2.1	Meios típicos de superação da coisa julgada .....	98
1.9.2.2	Instrumentos atípicos .....	101
1.9.2.3	A tese da “relativização da coisa julgada inconstitucional” .....	103
1.9.3	<u>Direito comparado</u> .....	106
1.10	<b>Preclusão na doutrina tradicional</b> .....	109
1.10.1	<u>Delimitação da abordagem da preclusão no presente trabalho</u> .....	109
1.10.2	<u>A importância da preclusão para o processo</u> .....	109
1.10.3	<u>Conceito e espécies de preclusão</u> .....	110
1.10.3.1	Preclusões temporais .....	110
1.10.3.2	Preclusões consumativas: do <i>ne bis in idem</i> ao princípio da unicidade .....	111
1.10.3.3	Preclusões lógicas .....	112

1.10.4	<u>Teorias sobre a preclusão: diferentes abordagens na tradição europeia-continental...</u>	113
1.10.5	<u>Efeitos da preclusão</u> .....	117
1.10.6	<u>Objeto e sujeitos da preclusão</u> .....	118
1.10.7	<u>Preclusões e outros institutos proibitivos de comportamentos incompatíveis</u> .....	119
1.10.7.1	Boa fé processual e a segurança das expectativas .....	119
1.10.7.2	Princípio da proteção da confiança .....	121
1.10.7.3	<i>Nemo potest venire contra factum proprium</i> .....	123
1.10.7.3.1	Critérios de aplicação <i>do nemo potest venire contra factum proprium</i> .....	124
1.10.7.4	<i>Verwirkung</i> .....	126
1.10.7.5	Conclusão parcial .....	128
1.10.8	<u>Métodos de desfazer os efeitos preclusivos</u> .....	128
1.10.8.1	Brasil .....	128
1.10.8.2	Direito comparado .....	129
1.10.8.2.1	<i>Rimessione in termini</i> no direito italiano .....	129
1.10.8.2.2	Tradição germânica: <i>Wiedereinsetzung in den vorigen Stand</i> .....	132
2	<b>PRIMEIRAS CRÍTICAS À FORMULAÇÃO CONVENCIONAL DA COISA JULGADA</b> .....	133
2.1	<b>As teorias sobre o conceito de coisa julgada. Critérios confusos, debates mal postos</b> .....	133
2.2	<b>Críticas à teoria de Liebman</b> .....	134
2.2.1	<u>A conceituação da coisa julgada como “qualidade”</u> .....	134
2.2.2	<u>Em defesa de Hellwig: a coisa julgada como efeito sistêmico e não um efeito da sentença</u> .....	135
2.2.3	<u>A crítica de Carnelutti e a real importância e originalidade da tese de Liebman</u> .....	136
2.3	<b>Críticas à diferenciação das funções positiva e negativa da coisa julgada</b> .....	138
2.4	<b>Críticas aos limites da coisa julgada na acepção clássica</b> .....	141
2.4.1	<u>Limites objetivos: um modelo estático e privatista</u> .....	141
2.4.1.1	A influência do direito privado e a vinculação estreita à vontade das partes .....	142
2.4.1.2	O caráter estático da vinculação ao objeto do processo .....	145
2.4.1.3	Insuficiência e contradições da técnica da tríplice identidade .....	147
2.4.1.4	A incongruência da curiosa “eficácia preclusiva da coisa julgada” com o modelo tradicional .....	148
2.4.1.4.1	Preclusão extraprocessual ligada à fundamentação? .....	148

2.4.1.4.2	A indevida análise do efeito preclusivo das omissões .....	151
2.4.2	<u>Críticas aos limites temporais da coisa julgada na teoria tradicional</u> .....	152
2.4.2.1	Os problemas da linearidade e da imutabilidade: primeiras considerações .....	152
2.5	<b>Críticas à reação da tese da “coisa julgada inconstitucional”</b> .....	154
2.5.1	<u>A nomenclatura utilizada</u> .....	154
2.5.2	<u>A sentença inconstitucional como ato “inexistente”</u> .....	155
2.5.3	<u>Críticas quanto ao mecanismo de desconsideração ou quebra da coisa julgada. A questão da competência</u> .....	156
2.5.4	<u>A confusão entre segurança e justiça: como devemos encarar a segurança?</u> .....	157
2.5.5	<u>A retomada da injustiça da sentença: um possível retorno às teorias materiais da coisa julgada?</u> .....	159
2.5.6	<u>O segundo julgamento é melhor que o primeiro?</u> .....	159
2.5.7	<b>A fluidez dos parâmetros da tese da relativização</b> .....	161
2.5.7.1	A crítica ao raciocínio por indução: casuística invulgar que se transformou na regra.	161
2.5.7.2	A base constitucional da “injustiça grave” .....	162
2.5.8	<u>Os problemas de aplicação da técnica da ponderação</u> .....	164
2.5.9	<u>A inadequada citação das teses de Paulo Otero e Eduardo Couture</u> .....	165
2.5.10	<u>Avaliação das críticas</u> .....	166
3	<b>COISA JULGADA E PRECLUSÃO EM OUTROS SISTEMAS NO DIREITO ESTRANGEIRO E COMPARADO</b> .....	168
3.1	<b>Introdução</b> .....	168
3.2	<b>Coisa julgada e preclusão nos países do <i>common law</i></b> .....	169
3.2.1	Importância e desenvolvimento histórico .....	169
3.2.2	Estados Unidos da América .....	171
3.2.2.1	Finalidades dos institutos .....	171
3.2.2.2	Nomenclatura. O tratamento conjunto da coisa julgada e das preclusões .....	172
3.2.2.3	<i>Res iudicata</i> ou <i>claim preclusion</i> .....	174
3.2.2.3.1	Forma de alegar: <i>bar</i> e <i>merger</i> .....	176
3.2.2.3.2	Limites objetivos .....	177
3.2.2.4	<i>Issue preclusion</i> : as preclusões das questões decididas .....	181
3.2.2.4.1	Diferenças para a <i>res iudicata</i> .....	182
3.2.2.4.2	Limitação às questões de fato? .....	183

3.2.2.4.3	Requisitos objetivos para identificar a preclusão .....	184
3.2.2.4.4	Restrições à aplicabilidade da preclusão: exceções em que não se aplica a <i>issue preclusion</i> .....	190
3.2.3	<u>Inglaterra</u> .....	192
3.2.3.1	<i>Estoppel</i> e o desenvolvimento histórico da coisa julgada e das preclusões .....	192
3.2.3.1.1	Escopos. Necessidade de alegação da parte .....	194
3.2.3.1.2	Limites objetivos .....	194
3.2.3.2	<i>Abuse of process</i> no direito inglês.....	195
3.2.4	<u>Escócia</u> .....	196
3.2.5	<u>Austrália e Nova Zelândia</u> .....	198
3.2.6	<u>Comparação</u> .....	199
3.3	<b>Japão</b> .....	200
3.3.1	<u>Tradição e evolução histórica do processo japonês</u> .....	200
3.3.2	<u>Os limites objetivos: a tradição alemã e a tese de Shindo</u> .....	202
3.3.3	<u>Limites temporais</u> .....	204
3.3.4	<u>Comparação</u> .....	205
3.4	<b>Coréia do Sul</b> .....	205
3.5	<b>Regimes Socialistas</b> .....	207
3.5.1	<u>Relevância da análise</u> .....	207
3.5.2	<u>União Soviética e Rússia</u> .....	208
3.5.2.1	Do Império Russo aos tempos atuais: características do processo .....	208
3.5.2.2	Coisa julgada: conceito, efeitos e limites .....	210
3.5.2.3	Superação da coisa julgada: o procedimento de fiscalização .....	211
3.5.2.4	A jurisprudência da Corte Europeia de Direitos do Homem e a reforma do Código russo .....	213
3.5.3	<u>Alemanha Oriental</u> .....	216
3.5.4	<u>China</u> .....	219
3.5.4.1	A estrutura judiciária chinesa. A ideologia vigente e o papel do processo civil .....	219
3.5.4.2	Coisa julgada .....	220
3.5.4.3	Ação rescisória e o Procedimento de Fiscalização .....	220
3.5.5	<u>Comparação</u> .....	222
3.6	<b>Escandinávia</b> .....	223
3.6.1	<u>Suécia e Finlândia</u> .....	223

3.6.1.1	Breve histórico e influências do direito processual .....	223
3.6.1.2	Coisa julgada e preclusões. Conceito e escopo das estabilidades .....	225
3.6.1.3	Limites e efeitos da coisa julgada .....	227
3.6.1.4	Instrumentos de superação da coisa julgada e das preclusões .....	228
3.6.2	<u>Dinamarca e Noruega</u> .....	229
3.6.3	<u>Comparação</u> .....	231
4	<b>PRIMEIRA PREMISSE - SEGURANÇA JURÍDICA COMO CONTINUIDADE: ESTABILIDADE E DINAMISMO</b> .....	233
4.1	<b>O modelo tradicional de segurança como imutabilidade: ausência de tratamento conjunto das estabilidades dos atos do Estado</b> .....	234
4.1.1	<u>Imutabilidade: característica não comum aos atos estatais legislativos e administrativos</u> .....	234
4.1.2	<u>As tentativas de aplicação da coisa julgada aos demais atos estatais</u> .....	236
4.1.2.1	Qual a diferença essencial da estabilidade da sentença para aquela dos demais atos estatais? .....	238
4.1.2.1.1	A concretude da norma aplicada e sua menor abrangência subjetiva?.....	238
4.1.2.1.2	A referência a atos pretéritos? .....	239
4.1.2.1.3	A possibilidade de revogação por um <i>contrarius actus</i> ? .....	240
4.1.2.1.4	A revisibilidade interna com critério diferenciador .....	241
4.1.3	<u>Imutabilidade: uma característica não essencial à jurisdição</u> .....	242
4.1.4	<u>Ausência de tratamento conjunto das estabilidades dos atos processuais</u> .....	243
4.1.4.1	Desconsideração da visão de conjunto do fenômeno das estabilidades processuais. O equívoco da contraposição entre coisa julgada e preclusão .....	243
4.1.4.2	A confusa graduação da força das estabilidades .....	244
4.1.4.3	Pelo fim da diferença entre preclusão, coisa julgada formal e coisa julgada material	246
4.1.4.3.1	Coisa julgada e preclusão: escopos comuns .....	246
4.1.4.3.2	Ausência de diferença entre preclusão e coisa julgada formal .....	247
4.1.4.3.3	Ausência de diferença entre coisa julgada formal e coisa julgada material .....	248
4.1.4.3.4	A natureza dos efeitos produzidos pelo ato: efeitos materiais x efeitos processuais ...	249
4.1.4.3.5	O <i>locus</i> dos efeitos da estabilidade: efeitos extraprocessuais x efeitos interprocessuais .....	250
4.1.4.3.6	A indevida importação do conceito de coisa julgada formal da Europa: algo que não cabe no processo brasileiro .....	254



4.1.4.4	O aspecto cognitivista do modelo clássico: ligação da coisa julgada com o processo de conhecimento. As estabilidades processuais nos processos executivo e cautelar ..	257
4.1.5	<u>Um estudo conjunto das estabilidades</u> .....	262
4.1.5.1	A tese de Adolf Merkl: a duração da validade da norma como núcleo da coisa julgada .....	262
4.1.5.2	Em busca de uma alternativa para a segurança-imutabilidade .....	265
4.1.5.2.1	Suposta ligação necessária da coisa julgada com o direito positivo e a concomitante utilização de princípios não positivados .....	265
4.1.5.3	Estabilidade geral e estabilidades setoriais .....	268
4.1.5.4	As preclusões como estabilidades gerais: atos privados e atos estatais .....	271
4.2	<b>A segurança jurídica como componente do Estado de Direito</b> .....	272
4.2.1	<u>A cláusula do Estado de Direito: breve evolução histórica</u> .....	274
4.2.2	<u>As novas funções do Estado e a nova face da segurança jurídica</u> .....	276
4.2.3	<u>Segurança-imutabilidade: a insuficiência da tutela dos direitos adquiridos e expectativas de direito</u> .....	278
4.2.4	<u>Segurança-continuidade</u> .....	281
4.2.4.1	Estrutura e características da continuidade jurídica .....	282
4.2.4.2	Extremando conceitos: continuidade e proteção da confiança .....	286
4.2.4.2.1	Semelhanças entre proteção da confiança e continuidade .....	287
4.2.4.2.2	Diferenças. Manutenção do <i>status quo</i> x transição suave. A continuidade como “dessubjetivização” da tutela da segurança jurídica .....	287
4.2.4.3	Segurança jurídica no processo: estabilidade como continuidade .....	289
4.2.4.3.1	A superação do paradigma da imutabilidade e a unificação das estabilidades dos atos jurídicos .....	290
4.2.4.3.2	A justiça procedimental e a estabilidade como continuidade .....	291
4.2.4.3.3	Perda de estabilidade ou ganho de correção e racionalidade? Outras vantagens do modelo proposto .....	293
4.2.4.3.4	Haveria uma eternização dos litígios? .....	296
4.2.4.3.5	Haveria perda de segurança na implementação e gozo dos direitos? .....	298
4.2.4.3.6	A reincorporação científica da justeza: busca pela correção do conteúdo dos atos do processo .....	299
4.2.4.3.7	Preclusões: vantagens, desvantagens e o necessário equilíbrio do sistema .....	300
4.2.4.3.8	Conveniência de uma concepção unitária das estabilidades no campo das preclusões	

	lógicas. Desnecessidade de mecanismos do direito privado .....	301
4.2.4.3.9	Exemplos retirados da doutrina e jurisprudência brasileira. Possibilidade do uso da preclusão .....	303
5	<b>SEGUNDA PREMISA - O CONTRADITÓRIO COMO INFLUÊNCIA REFLEXIVA</b> .....	306
5.1	<b>O contraditório como influência reflexiva</b> .....	307
5.2	<b>O contraditório como dever: na prática de atos processuais como autovinculação</b> .....	309
5.3	<b>Ações e omissões: a inércia e o contraditório-influência</b> .....	311
6	<b>TERCEIRA PREMISA - AS ESTABILIDADES COMO CADEIAS DE VÍNCULOS E A REMODELAGEM DOS LIMITES TEMPORAIS</b> .....	315
6.1	<b>Introdução</b> .....	315
6.2	<b>A coexistência de instabilidades e estabilidades. A necessária desconstrução dos limites temporais na aceção clássica</b> .....	316
6.3	<b>A superposição e absorção das estabilidades intermédias pela coisa julgada final</b> .....	319
6.4	<b>A linearidade das estabilidades com a dimensão temporal: a recondução a um único “momento originante”</b> .....	321
6.5	<b>Propostas de remodelagem dos limites temporais</b> .....	323
6.5.1	Do momento originante às cadeias de vínculo. A estabilidade como continuidade tendencial produzida por uma cadeia de atos .....	323
6.5.2	Cadeias de vínculo <i>mutuamente ultrapassantes</i> : da absorção à convivência dos espaços de estabilidade .....	324
6.5.3	<u>A abertura das cadeias ao futuro e os espaços de estabilidade prospectivos</u> .....	325
6.5.4	<u>Relevância do contraditório-influência para o sistema das estabilidades em cadeia</u> ...	329
6.6	<b>Efeitos das estabilidades</b> .....	330
6.6.1	<u>A lógica da continuidade e a argumentação em contraditório</u> .....	330
6.6.2	<u>Efeito vinculante positivo e negativo: os atos que compõem a cadeia de vínculo e as relações de incorporação ou exclusão</u> .....	332
6.6.2.1	Efeitos em função das espécies de cadeia: cadeias-modelo como estruturas mínimas de estabilidade .....	333
6.6.2.2	Efeito vinculante positivo: cadeias continentes de atos determinantes regulatórios ...	334
6.6.2.3	Efeito vinculativo negativo: cadeias sem atos regulativos .....	335

6.7	<b>Insuficiência da aplicação da cláusula <i>rebus sic stantibus</i></b> .....	336
6.7.1	<u>A cláusula <i>rebus sic stantibus</i>: conceito e origens</u> .....	336
6.7.2	<u>Cláusula <i>rebus sic stantibus</i> e os atos processuais</u> .....	338
6.7.3	<u>Insuficiência da cláusula <i>rebus sic stantibus</i> como mecanismo modernizador das estabilidades processuais</u> .....	340
6.7.4	<u>O papel da cláusula <i>rebus sic stantibus</i> na definição de critérios aplicativos</u> .....	341
7	<b>A VINCULAÇÃO ARGUMENTATIVA EM CADEIA: CONTRA A LIMITAÇÃO DAS ESTABILIDADES ÀS CONCLUSÕES JUDICIAIS</b> .....	343
7.1	<b>A regra tradicional dos limites objetivos e o isolamento das razões da sentença</b> .....	344
7.2	<b>Os problemas práticos e a concepção não formal do dispositivo</b> .....	344
7.3	<b>Teses que buscaram ampliar o conceito de objeto do processo</b> .....	346
7.3.1	<u>A tese de Böhm: o conceito finalístico de objeto do processo e a esfera jurídica impactada</u> .....	346
7.3.2	<u>Bruns e a inclusão dos contradireitos do réu no objeto do processo. A interferência das condutas na relação material</u> .....	349
7.3.3	<u>A definição de objeto do processo do Tribunal da União Europeia: a tese do “centro da discussão” e suas repercussões sobre a coisa julgada</u> .....	350
7.3.4	<u>Avaliação das novas teses sobre o objeto do processo</u> .....	352
7.4	<b>Teses que buscaram estender a coisa julgada às razões</b> .....	353
7.4.1	<u>A volta à fundamentação da sentença: a extensão das estabilidades aos motivos das decisões judiciais e às questões prejudiciais</u> .....	353
7.4.1.1	Primeiras formulações .....	354
7.4.1.1.1	Das teses de Savigny e Windscheid ao advento da ZPO alemã .....	354
7.4.1.1.2	Os possíveis erros nas premissas das primeiras formulações .....	355
7.4.1.2	A busca pela diferenciação dos tipos de argumentos: as “premissas necessárias” para a compreensão do dispositivo .....	356
7.4.1.3	A técnica de exclusão do “oposto incompatível” e suas contradições teóricas .....	357
7.4.1.3.1	A jurisprudência do <i>Bundesgerichtshof</i> .....	357
7.4.1.3.2	Oposto incompatível nas ações declaratórias negativas: a posição da corte e as críticas da doutrina .....	358
7.4.1.3.3	A incoerência da extensão às razões com a regra clássica de limitação ao dispositivo .....	360
7.4.1.4	A teoria de Albrecht Zeuner: a extensão às razões de decidir pelo nexo lógico-	

	substancial .....	361
7.5	<b>A aceitação da vinculatividade da motivação da sentença na jurisprudência comparada</b> .....	364
7.5.1	<u>A jurisprudência austríaca dos “casos especiais de prejudicialidade” (<i>Sonderfall-Judikatur</i>)</u> .....	364
7.5.2	<u>A jurisprudência japonesa: a boa-fé e a redefinição dos limites objetivos da coisa julgada</u> .....	367
7.5.3	<u>A jurisprudência espanhola e a vinculação das questões prévias fáticas e jurídicas ...</u>	369
7.5.4	<u>A doutrina e a jurisprudência suíças: o vínculo das prejudiciais por redução teleológica</u> .....	371
7.5.5	<u>A jurisprudência cível e tributária italiana: a “eficácia regulamentar do julgado” e sua “capacidade expansiva”</u> .....	372
7.5.6	<u>A súmula 239 do Supremo Tribunal Federal brasileiro e a extensão da coisa julgada</u>	374
7.6	<b>Objecções à extensão das estabilidades aos motivos</b> .....	376
7.6.1	<u>A suposta subversão do papel dos fatos e das alegações jurídicas no processo</u> .....	376
7.6.2	<u>Violação à ampla defesa e ao princípio dispositivo. O papel da vontade das partes na fixação do objeto do processo</u> .....	377
7.7	<b>A nova dimensão da vinculatividade dos motivos. A reabilitação da argumentação no sistema de estabilidades</b> .....	378
7.7.1	<u>Ampla defesa e boa fé: dois princípios conciliáveis. Os atos do processo como autovinculação</u> .....	378
7.7.2	<u>O contraditório-influência e a impossibilidade de vinculação de questões abstratas, isoladas e dissociadas do debate</u> .....	381
7.7.3	<u>A consideração da esfera de estabilidade a partir do “conjunto da fundamentação”:</u> <u>a inclusão das questões prejudiciais, objeções, exceções, réplicas e outros atos</u> .....	381
7.7.4	<u>Argumento de eficiência: pela valorização da “proibição de contradição” como núcleo central do modelo de estabilidades</u> .....	384
7.8	<b>Conclusões parciais: consequências do resgate das razões no sistema da estabilidade</b> .....	390
7.8.1	<u>A existência de maiores ônus e deveres processuais para as partes e para o juiz</u> .....	390
7.8.2	<u>A impugnação recursal com base nas razões. A “vitória” ou “derrota” no processo para além da sucumbência</u> .....	391
7.8.3	<u>O papel atual da ação declaratória incidental</u> .....	393

7.9	<b>Indagações subsequentes</b> .....	395
8	<b>LIMITES OBJETIVOS DAS ESTABILIDADES</b> .....	396
8.1	<b>Primeiro exame: a identificação do conteúdo das cadeias de vínculo e as relações de exclusão ou inclusão no paradigma da continuidade</b> .....	396
8.2	<b>Cânones hermenêuticos e critérios para a comparação dos esquemas argumentativos</b> .....	398
8.2.1	<u>Vetores interpretativos</u> .....	398
8.2.1.1	Primeiro vetor. <i>Tantum iudicatum quantum litigatum</i> : a vinculação a partir da intensidade do contraditório-influência .....	398
8.2.1.2	Segundo vetor. Os deveres do contraditório de boa-fé e cooperação: a responsabilidade e as vinculações processuais das partes e do juiz .....	400
8.2.1.2.1	Contraditório cooperativo e efeitos preclusivos interprocessuais. Proteção da confiança e aplicações na jurisprudência .....	401
8.2.1.2.2	Provisoriedade ou revogabilidade da posição que alegadamente gerou a base da confiança .....	402
8.3	<b>Critérios para os limites objetivos das estabilidades: comparando a discussão pretérita com o teor do <i>posterius actus</i></b> .....	403
8.3.1	<u>Qual exame de conteúdo?</u> .....	403
8.3.1.1	A análise dinâmica do procedimento de formação da cadeia de vínculos .....	403
8.3.1.2	Do <i>Streitgegenstand</i> aos “esquemas” argumentativos interferentes .....	406
8.3.1.3	Contra o fracionamento ou atomização dos esquemas de agir .....	409
8.3.1.3.1	O conjunto da fundamentação e a impossibilidade de isolamento de questões .....	409
8.3.1.3.2	Defesas do réu e efeito preclusivo .....	412
8.3.1.3.3	A vinculatividade das defesas e a ausência de lei a respeito .....	414
8.3.1.4	O papel da configuração abstrata dos argumentos .....	415
8.3.1.4.1	A insuficiência dos critérios da “natureza” e da “essencialidade” das questões .....	415
8.3.1.4.2	<i>Ratio</i> : evitar vinculações não previsíveis .....	417
8.3.1.4.3	A importância atual do <i>Streitgegenstand</i> e dos exames estáticos do conteúdo do debate .....	418
8.3.2	<u>Exame dinâmico. Da conformação abstrata dos argumentos ao uso concreto dos esquemas de agir</u> .....	420
8.3.2.1	Alegações e o “uso” que se faz dos argumentos: a dimensão das questões debatidas .....	420
8.3.2.2	A dimensão das questões e os critérios para sua verificação .....	421

8.3.2.2.1	Os escopos dos litigantes: expectativa e previsibilidade .....	422
8.3.2.2.2	Insuficiência da “similitude fática”. Mesmos fatos e normas diversas: o exemplo da culpa na responsabilidade civil do Estado .....	427
8.3.2.2.3	Os níveis de abstração e concretude do debate sobre cada questão .....	428
8.3.2.2.4	Dimensão das questões e pluralidade de fundamentos para a improcedência .....	428
8.3.2.3	Restrições ao direito de consideração e expressão que levam a menores estabilidades: déficits cognitivo-probatórios no primeiro processo .....	431
8.3.2.3.1	As reduções cognitivas e restrições assertivas ou probatórias e sua relação com as estabilidades .....	431
8.3.2.3.2	A profundidade da cognição: a instabilidade das decisões proferidas em cognição sumária .....	433
8.3.2.3.3	O direito à prova e as diferenças do ônus probatório exigido em cada procedimento	438
8.3.2.4	Omissões, previsibilidade e expectativas .....	441
8.3.2.4.1	Preclusão por omissão e o lado do sujeito omitente. Possibilidade de agir e previsibilidade do vínculo .....	443
8.3.2.4.2	O lado dos demais sujeitos de boa-fé: a omissão geradora de expectativas .....	453
8.3.2.4.3	Corresponsabilidade: prognoses e gestão compartilhada do risco processual .....	454
8.3.2.4.4	Espaços estratégicos em que não há preclusão lógica .....	456
8.3.3	Crítérios específicos para as cadeias de vínculo regulativas .....	458
8.3.3.5.1	Da decisão “de mérito” aos escopos interferentes .....	458
8.3.3.5.2	O efeito positivo da estabilidade: a incorporação de conteúdo estável nos atos posteriores .....	460
8.3.3.5.3	Questões debatidas e atribuição. Competência em razão da matéria para o <i>iudicium prius</i> . Capacidade para a prática de atos determinantes regulativos .....	461
8.3.3.5.4	A vinculação por dependência lógico-substancial e o exercício do contraditório: zonas de coincidência entre os escopos regulativos .....	462
8.3.4	Identificando as hipóteses-tipo de incidência da eficácia positiva. Grupos de casos de aplicação da tese .....	464
8.3.4.1	Primeiro grupo de casos: demandas <i>adicionais</i> ou <i>complementares</i> do efeito obtido no primeiro julgado .....	464
8.3.4.2	Segundo grupo de casos: demandas <i>sancionadoras</i> da regulamentação fixada no primeiro julgado .....	466
8.3.4.3	Terceiro grupo de casos: posições jurídicas em equilíbrio ou sinalagmáticas .....	467

8.3.4.4	Quarto grupo de hipóteses-tipo: incidência na esfera de regulamentação do primeiro processo .....	468
8.3.4.5	Quinto grupo de casos: demandas auxiliares ou de “litigância secundária”.....	472
9	<b>LIMITES TEMPORAIS DAS ESTABILIDADES</b> .....	473
9.1	<b>As várias acepções possíveis do tempo jurídico: tempo no antecedente e tempo no consequente</b> .....	473
9.2	<b>Estabilidade a partir de quando e estabilidade até quando? Intervalo temporal e a evolução da cadeia de vínculo</b> .....	476
9.3	<b>A descoincidência com a dimensão temporal</b> .....	477
9.4	<b>Tempo de referência e o conteúdo do esquema argumentativo</b> .....	478
9.4.1	<u>Critério: a constância e resistência temporal do esquema de agir e a previsibilidade do vínculo</u> .....	479
9.4.1.1	Elementos permanentes ou cambiantes: o exemplo da coisa julgada em matéria tributária .....	481
9.4.1.2	A instabilidade dos bens tutelados (o pedido mediato) .....	482
9.5	<b>Tempo de eficácia: diferenças nas cadeias regulativas e não regulativas</b> .....	483
9.5.1	<u>Cadeias não regulativas</u> .....	484
9.5.2	<u>Cadeias regulativas</u> .....	485
9.5.2.1	Ultratividade da vinculação .....	485
9.5.2.2	Hipótese-padrão: poderes reiteráveis e relações sucessivas .....	487
9.5.2.3	Retroatividade dos efeitos da vinculação .....	489
9.5.2.3.1	Retroatividade como essência da atividade jurisdicional? .....	490
9.5.2.3.2	Retroação da estabilidade abrangendo fatos anteriores ao tempo de referência .....	491
9.5.2.4	Critérios para retroação: vontade das partes e impossibilidade de vinculações-surpresa. A cláusula <i>rebus sic stantibus</i> ao inverso .....	493
9.6	<b>O outro extremo do tempo no consequente: tempo de eficácia até quando? A quebra ou revisão da estabilidade</b> .....	495
9.6.1	<u>Admissibilidade</u> .....	496
9.6.1.1	Mecanismos processuais possíveis .....	496
9.6.1.2	A questão da competência .....	498
9.6.1.3	Inexistência de comportamento causalmente relevante da parte que pleiteia a revisão .....	499

9.6.1.4	Aplicando a continuidade jurídica: técnicas e métodos .....	500
9.6.1.4.1	Controle do procedimento da continuidade: permanência tendencial e ônus argumentativo .....	501
9.6.1.4.2	Empate argumentativo: <i>in dubio pro continuitate</i> ? A plausibilidade das alegações e a projeção de êxito do procedimento de quebra .....	504
9.6.1.4.3	Alguns critérios: intensidade estrutural e temporal da mudança .....	505
9.6.2	<u>Mérito do pedido revisional</u> .....	506
9.6.2.1	O problema da recondução a debates constitucionais: contra critérios fundados na dignidade humana ou no interesse público .....	506
9.6.2.2	A novidade dos elementos alegados se comparados ao tempo de referência anterior	509
9.6.2.3	O modelo brasileiro atual .....	511
9.6.2.3.1	Que pode ser considerado como elemento novo? .....	511
9.6.2.3.2	Fatos novos como fatos supervenientes .....	511
9.6.2.3.3	Impossibilidade de rescisão em razão de mudanças normativas .....	512
9.6.2.3.4	Prova “nova” como documento “não apresentado na pendência do processo anterior” .....	512
9.6.2.3.5	Propostas ampliativas da doutrina. Avaliação e perspectivas .....	513
9.6.2.4	Nossa proposta: a novidade dos esquemas de agir e o grau de ultrapassagem argumentativa .....	514
9.6.2.4.1	A evolução ou desenvolvimento não previsível de um fato anterior .....	516
9.6.2.4.2	<i>Res noviter veniens ad notitiam</i> : os elementos de nova notícia .....	517
9.6.2.4.3	Elementos probatórios novos: a prova <i>noviter cognita</i> .....	519
9.6.2.4.4	A mudança no direito aplicável .....	521
9.6.2.5	Suficiência dos elementos para a alteração da estabilidade .....	522
9.6.3	<u>Compensações sistêmicas para a quebra de estabilidade</u> .....	524
9.6.3.1	Regras de transição como direito individual e dever do Estado .....	524
9.6.3.2	O Judiciário pode estabelecer regras de transição? .....	526
9.6.3.2.1	A abordagem funcional da separação de Poderes .....	527
9.6.3.2.2	A formulação de regras de transição como função compatível com a atividade jurisdicional .....	529
9.6.3.3	Formalidades na edição de regras de transição .....	531
9.6.3.3.1	A sede própria .....	531
9.6.3.3.2	A discricionariedade na escolha da espécie de regra transicional .....	532



9.6.3.3.3	Limitações: carência regulativa e atuação “como se legislador fosse” .....	533
9.6.3.4	Cr�terios de conte�do para estabelecer regras de transi�o .....	534
9.6.3.4.1	Equil�brio e adequa�o entre a regra de transi�o e a posi�o deficit�ria .....	535
9.6.3.4.2	Prazo de transi�o .....	535
9.6.3.4.3	Clareza e cognoscibilidade. O detalhamento das regras de transi�o .....	536
9.6.3.5	Esp�cies de regras de transi�o .....	537
9.6.3.5.1	Compens�o financeira .....	537
9.6.3.5.2	Ajuda de adapta�o .....	541
9.6.3.5.3	Tutela da preserva�o dos efeitos do ato est�vel .....	543
	<b>CONCLUS�O</b> .....	548
	<b>REFER�NCIAS</b> .....	550

## INTRODUÇÃO

Da coisa julgada direi poucas coisas e muito brevemente; porque sobre o vastíssimo tema já resta pouco a dizer que não seja inútil  
*Chiovenda*

### O “mal-estar” na coisa julgada e uma proposta alternativa

Nossa geração aprendeu na faculdade que a coisa julgada consiste na imutabilidade e indiscutibilidade que reveste a sentença de mérito, no processo de conhecimento, quando não mais cabíveis recursos. Aprendemos atentamente que a preclusão é a perda de uma faculdade processual, dividida em três espécies (temporal, consumativa e lógica), e que só vale no interno do mesmo processo (limitada pela litispendência). Estudamos que a coisa julgada é um instituto essencial para a segurança jurídica no Estado, imprescindível para que o processo cumpra seus objetivos pois só assim as partes terão certeza jurídica e estabilidade em suas relações substanciais, e só desta maneira o Estado afirmará seu poder normativo; e a preclusão seria igualmente importante para que o processo caminhe adiante, sem retornar a etapas pretéritas e rumando sempre para um fim rápido e eficiente. Absorvemos ainda a diferença entre os efeitos positivo e negativo da coisa julgada; entre coisa julgada material e coisa julgada formal; entre coisa julgada, preclusão e a eficácia preclusiva que a própria coisa julgada possui.

Antes de nossa geração, pelo menos outras cinco ou seis gerações de juristas e estudantes, desde o início do séc.XX, foram assim doutrinados, nestes termos pesquisaram, lecionaram e estas lições difundiram.

Mas e se não fosse assim? E se pensássemos em outro modelo de estabilidades processuais? E se, ao invés de estudarmos, p.ex., se a coisa julgada deve ser conceituada como uma ficção, qualidade ou qualquer outra formulação, questionássemos a própria necessidade da coisa julgada? E se a “imutabilidade” da sentença não fosse necessária para a segurança jurídica? E se não houvesse diferença entre coisa julgada e preclusão? Enfim, e se houvesse outro parâmetro, uma alternativa?

Chiovenda, na passagem em epígrafe a esta introdução, decretou o desânimo entre todos aqueles que se aventuram no tema da coisa julgada. Pois será mesmo que não há mais nada de novo a dizer sobre o tema?

Apresentar uma reflexão efetivamente nova é exatamente nossa proposta nas linhas que se seguirão. O que tentaremos questionar é o sistema das estabilidades processuais como um todo, analisando as bases do modelo tradicional, os problemas teóricos e práticos que gera e, então, ao invés de continuarmos discutindo os conceitos convencionais absorvidos pela nossa geração e por tantas outras, tentaremos provar que é possível construir um paradigma alternativo, mais adequado ao processo e ao Estado de Direito contemporâneo, com tratamento conjunto da coisa julgada e das preclusões e que consiga, ao mesmo tempo, unir as necessidades de alteração das posições jurídicas processuais com as exigências de segurança e estabilidade do ordenamento jurídico.

Nesta caminhada, estudaremos a tradicional ligação da coisa julgada com a segurança jurídica, e a ideia de que para obtermos segurança jurídica no processo devemos necessariamente trabalhar com a coisa julgada. Será que precisamos da *res iudicata* para atingir este objetivo? Outros institutos não alcançariam o mesmo escopo? A coisa julgada é a espécie de estabilidade por excelência ou apenas uma de suas manifestações positivadas?

Além disso, tentaremos questionar a utilidade atual da essência do que se compreende como coisa julgada: a imutabilidade e indiscutibilidade do *decisum*. No mundo atual, dinâmico e mutável, é assim que devem se mostrar os atos jurisdicionais? Se as leis e os atos administrativos são alteráveis por natureza, o que justifica uma tal imutabilidade da sentença? Por quê só algumas sentenças podem adquirir esta inalterabilidade? Haveria alguma alternativa para assegurar estabilidade sem afirmar que as decisões são imutáveis?

Procuraremos reconduzir todas as estabilidades processuais a um mesmo denominador comum. Afinal, se institutos como a preclusão e a coisa julgada possuem escopos sistêmicos semelhantes, utilidades e objetivos muito aproximados dentro do ordenamento jurídico, será que não poderiam ser tratadas em conjunto? O que possuem em comum a preclusão e a coisa julgada? E quais de suas características demonstrar-lhes-iam as diferenças fundamentais?

Temos que coisa julgada e preclusão possuem em comum vários aspectos. Ambos os institutos produzem um vínculo dos sujeitos processuais a uma posição jurídica pretérita, gerando uma relativa estabilidade normativa; ambas têm como efeito a cristalização de situações jurídicas,

criando um embaraço à modificação do *status quo*. Ambas operam com técnicas semelhantes: de fato, a coisa julgada pretende a imutabilidade de um conteúdo a partir de sua indiscutibilidade, ou seja, vedando a rediscussão; então, em certa medida, incorpora uma técnica preclusiva. A preclusão, por sua vez, seria a extinção do poder ou faculdade de exercitar uma atividade, impedindo a prática de certas condutas processuais. Ora, se ligeiramente alargada na sua acepção tradicional, não poderia a preclusão absorver também a coisa julgada? Pensemos um minuto a respeito e busquemos, por outro lado, as diferenças entre coisa julgada e preclusão. Veremos que os dois institutos, na sua acepção clássica, possuem também idiosincrasias.

Parecem, inicialmente, diferenciar-se pela intensidade de estabilidade que conferem: a preclusão, em grau menor, e a coisa julgada material no outro extremo dessa graduação. Além disso, possuem objetos diversos, atingindo atos processuais diferentes (a preclusão, segundo a acepção tradicional, atos das partes;<sup>1</sup> a coisa julgada, alguns dos atos do juiz); abrangem sujeitos variados; desenvolvem-se em um *logos* diverso: enquanto a preclusão é interna ao processo, a coisa julgada material projeta-se a outros processos futuros. Mas estas particularidades justificam um estudo teórico diferenciado, ou são apenas aspectos laterais que não infirmam sua análise conjunta? Tentaremos mostrar que é possível uma sistematização única para todas as estabilidades processuais.

Seguindo adiante, outra questão com a qual constantemente nos debatemos ao analisar o tema é que, se uma outra abordagem é possível, por quê até hoje não foi tentada uma nova sistematização? Certamente, a força da tradição romana, a existência de regras positivadas e o eco ainda recorrente dos debates do início do sec.XX talvez sejam algumas das razões que possam ter afastado a doutrina processual do enfrentamento inovador de um tema tão antigo como delicado. De fato, no direito, há uma natural propensão das formulações teóricas a resistir à mudança, o que talvez tenha contribuído para que o estudo sobre as estabilidades processuais passasse por muitos séculos resistindo incólume aos influxos políticos e à volúpia reformadora do legislador. Mas será que não houve alguns desvios de perspectiva, debates mal postos, falsos problemas e uma abordagem até certo ponto “com visão de túnel”? Qual então foi o foco dos estudos tradicionais, quais seus principais objetos de análise? Quais conclusões da doutrina clássica podem ser criticadas?

---

<sup>1</sup> Salvo o estranho instituto denominado “preclusão *pro iudicato*”, que equivaleria à coisa julgada para as decisões finais em execução. Voltaremos ao tema no Cap.4.

É bem verdade que temos uma grande vantagem em realizar um estudo sobre coisa julgada e preclusões no séc.XXI. Se observarmos as controvérsias pretéritas, veremos que hoje os conceitos e classificações, as discussões e os problemas, ao menos em teoria, alcançaram um ponto de maturação: ainda que não contem com uma unívoca concordância ou tampouco isentas de críticas, as ideias básicas em torno dos institutos da preclusão e da coisa julgada parecem ter alcançado, com o perdão do trocadilho, algum grau de imutabilidade. De um lado, isso permite verificar quais foram os principais objetos de investigação da teoria tradicional. Para a *res iudicata*, discutiu-se basicamente: se a coisa julgada cria direitos ou apenas uma regra especial que vincula os juízos posteriores ao conteúdo da sentença; qual o conceito e a natureza jurídica da coisa julgada; a diferença entre coisa julgada formal e material; o estudo dos limites objetivos, subjetivos e temporais (isto é, a extensão da abrangência do vínculo). Para as preclusões, o foco de estudo foi: seu conceito e classificação; o âmbito subjetivo de aplicação (existiriam preclusões para o juiz?); a análise predominante das preclusões temporais.

Mas esse inventário, se bem que solidificado e suficientemente debatido, permite-nos, por outro lado, ver o que faltou. E, na eventual constatação de algum defeito teórico, propor mudanças.

Antes, porém, de seguir, e desde logo buscar e propor uma alternativa, devemos questionar se o modelo clássico, ainda que merecedor de reparos doutrinários, funciona. Ou seja, neste quadro literário, voltemo-nos para o cotidiano forense para vermos se a teorização em torno da coisa julgada e das preclusões resolve praticamente os problemas a que se destina, ainda que, *na nossa opinião*, merecesse certas reformulações teóricas. Se assim fosse, certamente não faria nenhum sentido tentar lançar novas bases para as estabilidades processuais, respeitando a sabedoria popular de que “em time que está ganhando não se mexe”.

Ora, nesta ordem de ideias, tampouco na prática vemos que a disciplina tradicional da coisa julgada atende aos anseios de segurança. Muitos são os problemas observados na jurisprudência, tais como: a delimitação dos sujeitos atingidos, especialmente em relação à vinculação dos terceiros (como em casos de sucessão, substituição processual, obrigações indivisíveis); a abrangência temporal da decisão (relações jurídicas de projeção temporal continuada) e os critérios para admitir alteração do *iudicatum*; a vinculatividade, em processos futuros (sobretudo em causas conexas), de questões que foram objeto da cognição mas que não foram decididas, como as dúvidas sobre a preclusão de questões prévias (*Vorfragen*) e parcelas

fracionáveis da discussão de mérito; o escasso tratamento das preclusões para o juiz; a ausência de disciplina teórica para os atos processuais omissivos e os efeitos preclusivos que geram; a raridade dos estudos dos efeitos das preclusões para fora do processo em que tomada a conduta processual; a inexistência de critérios sólidos para a mudança repentina de jurisprudência consolidada; a incorporação de fatos jurídicos externos ao processo (como a inflação, correção monetária, condutas anticoncorrenciais, dentre outros) no estudo das estabilidades.

Portanto, diante de tantas lacunas e tantos problemas, vemos que, mesmo depois de tanta tinta gasta nos debates históricos, um abismo separa doutrina e jurisprudência. Talvez devamos dar razão a Casad e Clermont quando afirmam que “adorada ou odiada, certamente a coisa julgada é pouco compreendida”.<sup>2</sup> De fato, grande parte dos estudos sobre a coisa julgada nos últimos 80 anos parece compilar os avanços do passado, com pouco ou nenhum caráter propositivo e sem voltar-se às necessidades práticas do presente.<sup>3</sup> Como lembra Nieva Fenoll, as discussões teóricas apresentam muitas “abstrações dogmáticas” e “hipóteses de laboratório”, algumas sem sentido e outras mais refinadas, mas que sequer são aptas a resolver qualquer problema prático.<sup>4</sup> Uma série de casos enfrentados pelo processo contemporâneo precisa de tratamento adequado no campo das estabilidades, o que demonstra que necessitamos sim de alternativas teóricas porque o modelo atual da coisa julgada reconhecidamente está em crise.<sup>5</sup>

De alguma maneira, nossa inquietação com as estabilidades processuais já fora largamente percebida na literatura processual brasileira recente. Houve certamente um “mal-estar” com a coisa julgada, uma implicância com o regime da segurança e estabilidade dos atos processuais, uma “rebelião” fulcrada no valor “justiça”, e revelada pelo incômodo da petrificação de aberrações judiciais, erros tão graves que, tornados “imutáveis”, repugnavam o sentimento de correção e justiça que todos nutrem em um ordenamento jurídico. Esse “mal-estar” permitiu o surgimento de formulações, em nosso sentir, sem base científica sólida, como a tese da “relativização da coisa julgada inconstitucional”, a qual, partindo de casos patológicos (que não

---

<sup>2</sup> CASAD, Robert C.; CLERMONT, Kevin M. *Res Judicata: a handbook on its theory, doctrine and practice*. Durham: Carolina Academic Press, 2001, p.3.

<sup>3</sup> Por essa razão, afirma João Conde Correia que: “Continuamos a lidar, basicamente, com os mesmos instrumentos teóricos de há cem anos atrás e nem o recurso ao direito comparado, sempre tão generoso, parece propiciar-nos as bases imprescindíveis à necessária rotura. Mesmo aí, salvo uma ou outra exceção, mais do que as ideias novas, abundam, sobretudo, as recompilações. Às vezes, parece mais tratar-se de história do direito do que de outra coisa qualquer”. CONDE, João Correia. *O ‘mito do caso julgado’ e a revisão propter nova*. Coimbra: Coimbra Ed., 2010, p.16-17.

<sup>4</sup> NIEVA FENOLL, Jordi. *La cosa juzgada*. Barcelona: Atelier, 2006, p.20, 46.

<sup>5</sup> ANDOLINA, Italo. *Crisis of res iudicata and new techniques for dispute resolution: (self-standing anticipatory) provisional measures on the merits*. *Zeitschrift für Zivilprozeß International*, ano 13, 2008, p.19; RAITI, Giovanni. *The crisis of civil res iudicata in the EC legal system*. *Zeitschrift für Zivilprozeß International*, ano 13, 2008, p.23 ss.

refletem a normalidade), revela uma técnica flexibilizadora que, sem justificção adequada e sem que a doutrina proponha critérios claros e seguros para a superaço atípica, autoriza decises arbitrárias para a quebra da *res iudicata* que podem levar a “desconsiderar” ou ignorar, quando não se o devesse fazer, uma estabilidade forte como a coisa julgada.

Não obstante, ainda que não se nos apresentem como alternativas cientificamente confiáveis para um modelo de estabilidade processual, o desenvolvimento de teses como a da “relativizaço”, e a constante adesão que ganhou no Brasil, é ao menos sintomático da constataço anterior: o sistema teórico de estabilidades não funciona na prática e precisa de reformulaço. E o rompante destas teses traz, de outro lado, a necessidade de um sistema que seja lastreado em bases racionais, justificadas e testáveis. Passemos em breve resumo as características do formato ortodoxo que entendemos poder ser alteradas.

Em nosso entendimento, o modelo tradicional parte de uma abordagem que merece muitos reparos. Trata-se de um formato retrospectivo, privatista, estático, cognitivista e fracionado.

Em primeiro lugar, é um paradigma *retrospectivo*, voltado ao passado porque fundado na imutabilidade; um sistema que não lida com uma característica marcante da sociedade contemporânea: a mudança. Pensamos que pode ser racionalmente sustentada uma guinada conceitual na sua disciplina, no sentido do que pretendemos ser um *exame prospectivo das estabilidades*. Com efeito, a estabilidade normativa, no Estado moderno, não deve ser apenas baseada no passado, mas numa análise conjunta entre as conquistas pretéritas, as exigências e expectativas do presente, bem assim as perspectivas e prognoses futuras. Neste diapasão, ao invés de trabalharmos com o conceito de “segurança como imutabilidade”, tentaremos fundar o modelo de estabilidades no conceito de *continuidade jurídica*, pelo qual a estabilidade atingida possui uma força *prima facie* que garante sua *permanência*, mas não impede sua modificação. Ainda que, desta forma, as alterações continuem sendo excepcionais, todos os atos processuais, e com eles todas as decises judiciais, devem ser compreendidos como essencialmente mutáveis, isto é, estáveis *si et in quantum* mantidos os elementos e circunstâncias que levaram àquele resultado. Quando novos elementos ou posteriores circunstâncias demonstrem que não se deva manter a posição estável anterior, altera-se o conteúdo dos atos do processo.

Cabe frisar que tal exame seria prospectivo porque não voltado apenas ao passado, mas mediado pelo tempo presente e orientado ao futuro. Ao invés de analisar “se um objeto já foi

decidido num processo pretérito”, deveremos perquirir *se é justificável a quebra de estabilidade*, ou seja, trata-se de um exame que foge do maniqueísmo mutável-imutável e, partindo da mutabilidade intrínseca e da continuidade tendente, busca indagar se existem razões suficientes para a quebra de estabilidade da norma produzida.

Mas o modelo tradicional, além de ser orientado ao passado, é também *privatista e estático*. Privatista porque a análise de tríplice identidade entre duas ou mais demandas (baseada no objeto desses processos: o *Streitgegenstand*), somada à limitação objetiva da *res iudicata* apenas ao dispositivo da sentença, reflete um sistema onde são os particulares que definem a estabilidade da sentença estatal: o que não é pedido não é julgado, e então não consta do dispositivo e não se torna imutável. Negligenciam-se outros interesses públicos relevantes num regime de estabilidade processual, tais como a harmonia entre julgados, a eficiência, igualdade, que fogem à esfera de disposição dos litigantes.

E é também um formato *estático* porque a norma jurídica da sentença é vista como um conteúdo dado, aferida pela comparação entre elementos “prontos” dos dois processos (um cotejo estanque entre os dispositivos de duas sentenças ou dois *Streitgegenstände*).<sup>6</sup> Esse modelo é fruto de uma concepção puramente objetivista do ordenamento jurídico em que a norma e o intérprete são apartados, com o conseqüente afastamento das regras do procedimento para sua “construção” e revelação. Nesse modelo, estuda-se apenas a estabilidade de um ato processual (a sentença), esquecendo-se que a decisão é posicionada no fim de uma cadeia de outros muitos atos, condicionada por tantas outras condutas, posições e situações jurídicas intermédias, cuja estabilidade também deveria ser incorporada ao exame da estabilidade do ato final. Trata-se de um parâmetro que esquece que o processo é um ambiente de diálogo, influência reflexiva e cooperação, marcado pelo contraditório entre todos os sujeitos, e não apenas a sede para o decreto solitário e isolado do soberano estatal. A estabilidade dos atos processuais não é apenas um mandamento do Estado, mas fruto de uma cadeia intersubjetiva, uma *interação* entre todos que deve ser estudada no tráfego jurídico.

Assim, equivocava-se a análise tradicional quando compara os produtos finais dos dois processos como conteúdos prontos, tomando o resultado último do processo como norma (o *decisum*), esquecendo-se de incluir no objeto da estabilidade o *iter* precedente que originou a

---

<sup>6</sup> Não esqueçamos que as estabilidades processuais geram segurança que não precisa ser aferida ou atuada apenas numa análise interprocessual. Sua observância e vinculação atingem as partes em muitas outras relações externas ao processo e fora de qualquer procedimento. Seu conteúdo vincula também o administrador e o legislador, e não apenas o juiz de um processo jurisdicional posterior. Não obstante, neste trabalho tentaremos focar as repercussões das posições processuais estáveis em outros processos.



convicção do juiz e cada uma das conclusões dos demais sujeitos do processo, ou seja, a atividade das partes e o exercício de seus direitos fundamentais processuais, a ligação teleológico-estrutural entre os dois processos, bem como fatores externos e interferentes nas situações substanciais dos dois casos. Ficam, então, alheios aos critérios de identificação da coisa julgada e das preclusões certas perguntas fundamentais: o grau de convencimento atingido pelo magistrado, as relações preclusivas interprocessuais, a proteção da confiança e as expectativas legítimas que os atos de um processo (omissivos ou comissivos) possam ter gerado, com repercussão nos processos futuros, dentre outros.

Além de ser orientado ao passado, privatista e estático, o modelo tradicional é ainda *cognitivista* e fracionado. Cognitivista porque construído para o processo de conhecimento, retirando de suas considerações os atos judiciais praticados em outros tipos de processo que não o processo cognitivo, como a execução ou o processo cautelar. É fracionado vez que dissociado da teoria geral do processo pois separa, com radicalismo, a estabilidade dos atos das partes (submetidos à preclusão) e a estabilidade da sentença de mérito (submetida à disciplina da coisa julgada). Esta é uma visão apenas parcial do fenômeno das estabilidades processuais, que esquece de incluir neste espectro as estabilidades dos atos praticados por outros sujeitos que não o juiz.<sup>7</sup> E, mesmo dentro dos atos judiciais, exclui ainda de sua abordagem as estabilidades de outras sentenças judiciais que não sejam sentenças de mérito; outros atos judiciais intermédios que não as sentenças, como as decisões interlocutórias, despachos; a estabilidade de certos pontos do contraditório que sejam exaustivamente debatidos, ainda que não decididos formalmente (a preclusão sobre as questões conhecidas mas não julgadas, p.ex.), dentre outros.

E o mais grave: o modelo clássico separa indevidamente a estabilidade da sentença (o ato jurisdicional por excelência), dos demais atos estatais como a lei e o ato administrativo, e por isso se afasta da teoria geral do processo. Ora, se a segurança jurídica é tema da teoria geral do direito, alguma nota comum deve haver na estabilidade dos atos do Estado como um todo, e se bem os analisamos, veremos que estes são, de regra, alteráveis e não imutáveis.

---

<sup>7</sup> Bem como a estabilidade dos atos decisórios paraestatais, como a sentença arbitral.

## Hipótese

Partindo dessas observações e da problematização anterior, deixemos claro que nossa hipótese é que as insuficiências teóricas e práticas da coisa julgada podem ser solucionadas pela formulação de um sistema mais *dinâmico* das estabilidades, que incorpore a mudança de conteúdo das posições estáveis e consiga ainda assim fornecer segurança jurídica.

A abordagem dinâmica aqui proposta rejeita a imutabilidade ou inalterabilidade, e pretende ser uma análise das estabilidades como *interações em cadeia*, baseando seus limites objetivos e temporais nas ligações argumentativas entre todos os atos processuais por meio do contraditório.

Procuraremos, então, demonstrar a possibilidade de um sistema *unificado e não exclusivamente cognitivo* das estabilidades, com inserção de finalidades publicistas conciliadas com a participação e iniciativa das partes e que incorpore uma dimensão interprocessual, relevante por seus efeitos de emprestar coerência, harmonia e eficiência ao tráfego jurídico.

## Alguns questionamentos importantes

À toda evidência, encontraremos muitas dificuldades para a construção de um tal modelo. A primeira grande barreira, que a todos pode ocorrer como um impedimento ao desenvolvimento da tese, é a nossa lei atual: a previsão e existência do instituto da coisa julgada no direito positivo, bem como de algumas regras sobre seus limites objetivos, subjetivos e temporais, constituiria um obstáculo intransponível ao tratamento do tema de outra maneira. Não obstante todas as considerações que se seguirão, podemos colocar algumas questões para provocar desde logo a reflexão. Será que as regras positivadas são realmente indispensáveis? A doutrina e a jurisprudência, mesmo tradicionais, não as tiveram que interpretar, por vezes até mesmo *contra legem*? Se assim ocorreu, não caberia então outra interpretação do sistema das estabilidades, talvez uma “interpretação conforme” os princípios constitucionais respectivos? Não seria possível pensar estabilidades processuais sem previsão legal expressa? Note-se que a preclusão é um instituto construído em grande medida sem norma legislada. Imaginemos ainda a hipótese de serem revogados os arts.467 a 474 do CPC: as sentenças de mérito deixariam de ser protegidas por qualquer tipo de estabilidade? Certamente que não.

Por essas razões, pensamos que as estabilidades processuais independem do direito positivo, mas remetem a uma principiologia processual que pode nem mesmo estar positivada. Neste sentido, a coisa julgada, a preclusão ou qualquer outro mecanismo de estabilização das decisões podem até ter uma formatação diferente por opção legislativa ou de acordo com a tradição local de cada país; mas os textos legais poderiam ser simplesmente abolidos. Não queremos dizer que o sistema jurídico poderia operar sem mecanismos de estabilização; desejamos frisar apenas que estes instrumentos não têm que ser necessariamente a coisa julgada e a preclusão *tal como as conhecemos*. Outras formas de estabilidade seriam suficientes e poderiam derivar dos princípios gerais do sistema.

Observe-se que mesmo a doutrina tradicional, ainda que defenda a dependência da coisa julgada do direito positivo, recorrentemente associa a *res iudicata* a cláusulas gerais, seja da constituição, seja da legislação ordinária. Ora, se a coisa julgada somente existiria por força do direito positivo, de que serve reconduzi-la à segurança jurídica ou a outro princípio, às vezes nem mesmo positivado? Seria apenas para constatar o valor que inspirou o instituto, sem qualquer consequência jurídica, prática ou teórica? Se a coisa julgada *deriva* da segurança jurídica e do Estado de Direito, e portanto é um instituto informado por esta principiologia, o cerne da coisa julgada não está na legislação ordinária, podendo ser igualmente inferido dos princípios que a norteiam, mesmo na ausência de lei. O mesmo pode ser dito, com maior razão, das preclusões, cujos conceito e limites não são detalhados na legislação. Portanto, aqui pretendemos uma teorização que *independa* do direito objetivo. A lei positivada certamente terá valia de conferir características laterais e circunstanciais às *espécies de estabilidade processual*, mas não deve desmentir as linhas gerais do paradigma sugerido.

Outra objeção que poderemos enfrentar ao propor este novo formato poderia dizer respeito à perda de segurança. Sem embargo, num quadro em que as decisões sejam todas mutáveis, como assegurar a estabilidade? Estaríamos propondo um paradigma de “segurança como insegurança”?

Assim não nos parece. Primeiramente, queremos sustentar que a coisa julgada (ou qualquer instituto que atribua imutabilidade dos atos jurídicos), não é uma característica essencial a qualquer ordenamento jurisdicional: existem sistemas comparados e modelos históricos que não as possuíam e ainda hoje não as conhecem. Assim era o sistema escandinavo antigo e ainda hoje

é, parcialmente, o modelo do processo canônico;<sup>8</sup> assim é também o processo penal brasileiro e em muitos países. Veja-se que a sentença penal condenatória nunca adquire imutabilidade, nunca é acobertada por uma “coisa julgada soberana” pelo tão só fato de que não há prazo para o ajuizamento da revisão criminal. Alguém afirma por isso que o sistema processual penal é inseguro ou instável?<sup>9</sup>

Além disso, o modelo que pretendemos propor reflete um parâmetro que aumenta e reduz, simultaneamente, as estabilidades processuais. De fato, enquanto sugeriremos uma flexibilização do limite temporal da estabilidade, enrijeceremos a estabilidade na dimensão objetiva, ampliando a estabilização normativa de outras situações processuais das partes e do juiz, em projeção não só intra-processual, mas também interprocessual,<sup>10</sup> o que certamente dá maior equilíbrio sistêmico às nossas propostas.

Por outro lado, se é certo que haveria declaradamente um “relaxamento” da segurança processual em alguns pontos, vemos que este déficit de segurança já existe hoje, com menos garantias para os indivíduos e contrariamente aos interesses do próprio Estado. Teses como a “relativização da coisa julgada inconstitucional” inserem no sistema muito mais insegurança, desigualdade e incerteza porque, ao mesmo tempo em que rompem o quadro da imutabilidade, deixam de apresentar justificativa teórica adequada para suas conclusões, pecam em não exigir fundamentação racional para a quebra de estabilidade, e deixam de definir claramente em quais casos uma tal “desconsideração” seria possível.

Entendemos ser muito melhor *assumir* a mutabilidade dos atos processuais (inclusive das decisões judiciais transitadas em julgado), desenvolvendo critérios e mecanismos para esta alteração, do que esconder ou dissimular a mudança em fórmulas vazias e vagas; muito melhor *admitir* e *confessar* que o processo, como a vida, deve ser dinâmico e incorporar este movimento ao estudo das estabilidades, do que “fingir” que a sentença de mérito é imutável e que então todos estamos protegidos e seguros, mesmo sabendo que o arbítrio e o decisionismo podem ser doutrinariamente motivados. Temos que é mais transparente e sincero o formato de “segurança

---

<sup>8</sup> No que tange às ações sobre o estado das pessoas, as sentenças canônicas não adquirem imutabilidade própria da coisa julgada material. Cf. TALAMINI, Eduardo. Eficácia e autoridade da sentença canônica. *Revista de Processo*, ano 27, vol.107, jul-set, 2002, p.29, 39 ss.

<sup>9</sup> Note-se que não queremos misturar qualidades heterogêneas. Desejamos somente salientar que, no processo penal, existem largos espectros em que a estabilidade processual é um conceito que não coincide com a coisa julgada compreendida como inalterabilidade, e lá são aceitas estas bases sem questionamentos acerca da perda de segurança do sistema.

<sup>10</sup> Como veremos mais adiante, algo como uma “preclusão interprocessual” pode-se observar na chamada “eficácia preclusiva da coisa julgada”. Aqui pretendemos uma expansão das preclusões para além dos limites da litispendência.

como continuidade”, ainda que a alteração das estabilidades exija o balanceamento com procedimentos decisórios controláveis.

Não obstante, um modelo de segurança como continuidade, com a conseqüente alterabilidade ínsita dos atos processuais, inclusive das sentenças de mérito finais, deve ser acompanhado de algum tipo de mecanismo compensatório para garantir a estabilidade e permanência das posições jurídicas pretéritas.

Então quais compensações sistêmicas pensamos ser importantes para equilibrar mudança e permanência, alteração e estabilidade, em suma, passado, presente e futuro? Esses mecanismos poderão ser empreendidos, de um lado, através de regras argumentativo-procedimentais que estabelecerão *métodos* para controlar o procedimento de superação de estabilidade e a observância a respeito, por parte do órgão revisor, de sua força *prima facie*. Uma dessas regras é o estabelecimento de um *onus argumentativo* para a decisão que pretender infirmar a corrente de continuidade normativa já atingida. De outra parte, a conformação da segurança com a alterabilidade poderá ser também obtida através de instrumentos conteudísticos que poderão ser incorporados às decisões judiciais de quebra, já não caracterizados como métodos de controle, mas informando o próprio conteúdo da solução do processo revisional. Tais técnicas, a título ilustrativo, poderiam ser: quebra da coisa julgada ou preclusão com eficácia *ex nunc*; estabelecimento de regras de transição para atenuar o impacto da alteração da estabilidade; compensação em favor da parte anteriormente beneficiada pela estabilidade, dentre outros. Muitos destes mecanismos já são aplicados em alguns procedimentos, no Brasil, e em muitas áreas, no direito comparado.

### **Delimitação do tema**

Nosso objetivo, nas linhas que se seguirão, não será tão somente criticar o que já foi produzido em torno da coisa julgada e das preclusões, mas aproveitar a sedimentação do conhecimento tradicional (sem considerá-lo esgotado), propondo um modelo que foque nos pontos em que suas potencialidades aplicativas e interpretativas ainda estão em aberto, atentando para as necessidades brasileiras do séc.XXI.

A ênfase principal dar-se-á em torno do instituto da coisa julgada, nosso objeto principal de análise. A preclusão será abordada apenas como contraponto e parâmetro de comparação para

extremarmos as espécies de estabilidades umas das outras, bem como ressaltar as deficiências práticas e teóricas do paradigma atualmente dominante. Não será, portanto, objetivo desta tese exaurir questões práticas existentes sobre a preclusão.

A pesquisa e as conclusões limitar-se-ão, dentro da teoria da coisa julgada, aos seus limites objetivos e temporais, compreendidas estas dentro de duas premissas básicas: a segurança-continuidade; as estabilidades como decorrentes de cadeias de vínculo entre atos argumentativamente relacionados e com projeção interprocessual. Não trataremos da abrangência subjetiva da *res iudicata*.

Ao aceder ao tema, tampouco pretendemos elencar todas as controvérsias imagináveis sobre a coisa julgada, muito menos apresentar um sistema fechado e completo das estabilidades processuais. Nosso propósito será bem mais modesto: somente lançar as bases para o desenvolvimento futuro do tema, rascunhando critérios abertos e delineando seus contornos gerais.

Como se pode perceber, alguns dos temas que serão aqui abordados são tão antigos como complexos e controversos. E o maior desafio de sugerir inovações sob o ângulo de análise aqui escolhido é o terreno movediço que percorremos, plasmado por valores e crenças milenares que sujeitam a investigação que se inicia a críticas de toda sorte.

Porém, no fundo, não pensamos que sofrer objeções à tese seja de todo ruim, não só porque um dos objetivos da academia é o constante debate no plano das ideias, mas sobretudo porque a resistência ao modelo aqui proposto será, ao fim e ao cabo, a sua própria comprovação. De fato, se um fluxo de continuidade, para ser contrariado, deve romper a força *prima facie* que a estabilidade do *status quo* proporciona ao sistema jurídico, não esperaríamos que uma tese a respeito de um novo modelo para coisa julgada e preclusões pudesse ser aceita sem o peso das tradições, consolidadas em sentido oposto, pressionando pela sua própria permanência. E tampouco esperamos justificar uma alteração substancial em tão sensível formato teórico sem um longo e sério esforço de nossa parte. E é a luta para demonstrar a viabilidade deste novo parâmetro que passaremos a travar nos próximos capítulos.

## Estrutura do trabalho

A tese divide-se em duas partes. A primeira parte do trabalho diz respeito a uma análise das principais características da coisa julgada (e, subsidiariamente, das preclusões) na tradição europeia-continental, que influenciou o direito brasileiro. Seguir-se-á uma explanação sobre outros modelos no direito comparado. A Parte I será dividida em três capítulos.

No primeiro capítulo, dividiremos a análise em duas partes: a primeira e mais abrangente, toca o instituto da coisa julgada. Nesta seção, passaremos em revista as peculiaridades do instituto, suas classificações, as teses que historicamente foram defendidas acerca de seu conceito e natureza jurídica, seus limites objetivos e temporais e os mecanismos típicos e atípicos de quebra ou superação da *res iudicata*. A segunda parte deste capítulo abordará algumas linhas sobre o instituto da preclusão, sem procurar exaurir as teses a respeito, mas apenas como contraponto à coisa julgada, esta sim considerada pela doutrina clássica como a estabilidade “por excelência”. Note-se, portanto, que o primeiro capítulo traz ideias que não correspondem necessariamente ao nosso entendimento sobre o tema, e por este motivo assumirá apenas um caráter descritivo.

O Cap.2 trará nossa crítica sobre diversos aspectos da teorização clássica em torno da coisa julgada. Serão pontuadas inúmeras questões referentes aos itens trabalhados no Cap.1, questionando a correção, aplicabilidade atual e utilidade na adoção e manutenção dos conceitos e teorias expostos no primeiro capítulo. Nossas críticas, embora concentradas neste momento, serão complementadas por argumentações específicas em ulteriores pontos da tese.

Antes de iniciar a segunda parte do trabalho, e ainda no intuito de descrever as características fundamentais da coisa julgada e das preclusões tal como existem na doutrina atual, entendemos ser relevante uma análise detida dos institutos similares em outros ordenamentos jurídicos ao redor do mundo. Esta investigação compõe o Cap.3, destinado ao relato sobre preclusão e *res iudicata* no direito comparado.

Chegamos então à Parte II da tese, que corresponde aos Caps.4 a 9 e diz respeito à nossa proposta para responder às críticas teóricas e resolver os problemas práticos apontados na primeira parte. Nos capítulos 4, 5 e 6, firmamos as premissas de trabalho; já nos capítulos 7, 8 e 9 lidamos com as consequências destas premissas e as propostas aplicativas que delas derivam.

No Cap.4, buscamos questionar o paradigma da imutabilidade ou inalterabilidade como cerne para a definição e caracterização da coisa julgada. Trataremos da continuidade jurídica, um conceito dinâmico de segurança que entendemos ser mais adequado ao Estado de Direito contemporâneo. Como se verá, a utilização da continuidade permitirá abarcar todos os atos processuais no exame das estabilidades, caminhando rumo a um formato unificador e não exclusivamente cognitivista. Também poderemos evitar as armadilhas práticas de usar institutos do direito privado (como a proibição de *venire contra factum proprium*), incorporando este emprego em um conceito mais alargado de preclusão.

No Cap.5 retomaremos rapidamente uma premissa importante para o desenvolvimento da tese, que é nossa concepção de contraditório como influência reflexiva, com o consequente incremento da importância da vontade e das interações argumentativas intersubjetivas na compreensão das estabilidades como assunção de vínculos perante o *alter*.

Ora, se as vinculações assumidas pelos sujeitos do processo são imersas em condicionamentos recíprocos derivados do contraditório, surge naturalmente a proposta contida no Cap.6, no sentido de que as estabilidades sejam analisadas como *vínculos em cadeia*. Com isso, buscaremos uma *remodelagem dos limites temporais* da coisa julgada, já que não haverá mais um divisor temporal dos espaços de estabilidade em “antes” e “depois” do “momento originante” da posição estável. Ao contrário do modelo clássico, em que os campos atingidos pela estabilidade são lineares, queremos sugerir um formato elíptico, que admita a coexistência de várias estabilidades (preclusões e coisa julgada, p.ex.) ao mesmo tempo e que assuma projeção interprocessual no tráfico jurídico.

No Cap.7, voltamos à questão da argumentação contida nos atos do processo como fio condutor das estabilidades, e discutimos as teses que aceitam em alguma medida que a vinculatividade decorrente da coisa julgada atinja a fundamentação da decisão. Estas ideias serão importantes não só para reforçar o aspecto argumentativo do modelo aqui proposto, em confronto com a teorização tradicional que rejeita a abrangência objetiva da coisa julgada aos motivos, mas também e sobretudo para estabelecer as bases para que possamos sugerir balizamentos para a limitação objetiva das estabilidades.

Nossa proposta sobre os limites objetivos será exposta detalhadamente no Cap.8. Lá, tentaremos pormenorizar os critérios e parâmetros que entendemos ser adequados para definir, dentro das premissas anteriores, a abrangência objetiva das estabilidades processuais. Neste



capítulo, trataremos dos *esquemas de agir argumentativo* como cerne para a definição do conteúdo do debate, e trabalharemos vetores interpretativos e aplicativos que giram em torno do exercício pleno e équo do contraditório, da possibilidade de adotar uma determinada conduta e da previsibilidade de assunção do vínculo em processos futuros.

Por fim, no Cap.9, abordaremos o tema dos limites temporais das estabilidades, focando, de um lado, nos requisitos e métodos necessários para a superação da posição estável, o exame sobre a necessidade de vencer a força da estabilidade e os elementos que se podem revelar suficientes e novos a fim de alterar o conteúdo estabilizado. Além disso, falaremos também das compensações sistêmicas que possam atenuar ou eliminar o impacto da mudança regulativa para os litigantes, como o estabelecimento de *regras de transição* para a superação de uma posição estável.

## **Metodologia**

A metodologia a ser utilizada difere nas duas partes do trabalho. A primeira parte respeitará a um método descritivo ou crítico-descritivo, buscando elencar as principais teorias a respeito da coisa julgada, assim como os modelos existentes no direito comparado. Não lançaremos mão de pesquisa histórica: as referências neste sentido – em especial ao direito romano, mas também relacionadas à evolução das discussões modernas sobre o tema – servirão apenas para destacar aspectos relevantes do sistema clássico ou para realçar o caminho trilhado até a consolidação dos conceitos que hoje utilizamos.

Na segunda parte da tese, onde buscaremos propor uma alternativa teórica ao conhecimento convencional, será usado o método crítico-prescritivo.

## **Fontes. Direito estrangeiro e comparado**

Para atingir estes objetivos, utilizaremos fontes nacionais e de direito comparado. No que se refere ao direito processual brasileiro, abordaremos o ordenamento positivo vigente e também o Projeto de Novo Código de Processo Civil, apresentado ao Congresso Nacional pela Comissão de Juristas presidida pelo Professor e Ministro Luiz Fux.

A base normativa para a pesquisa, portanto, é o ordenamento jurídico brasileiro, o que não impede o exame da lei, doutrina e jurisprudência estrangeiras. Primeiramente, porque a investigação comparatista permite avaliar as teses e argumentos utilizados no exterior e auxiliar na interpretação e aplicação das regras similares no ordenamento brasileiro. De outro lado, a caracterização da teoria da coisa julgada no Brasil tem forte tradição europeia-continental, especialmente de linhagem romano-germânica, e a configuração das preclusões na doutrina nacional é profundamente influenciada pela doutrina italiana. Nesse contexto, a comparação com a doutrina e a legislação estrangeiras permitirá extrair as raízes históricas do formato brasileiro das estabilidades processuais, e os condicionamentos teóricos que levaram à praxe atualmente consolidada a respeito do tema.

O direito comparado trará importantes elementos para procurarmos modelos alternativos de estabilidades processuais, e portanto também serão trazidas as experiências práticas da jurisprudência alienígena. Sem embargo, algumas proposições de ampliação e reformulação dos limites objetivos e temporais também podem ser encontradas na literatura e na jurisprudência comparadas, parâmetros que servirão como ponto de partida para buscarmos um modelo adequado à realidade brasileira.

Em todo este cenário, o direito comparado será manejado com o objetivo de perceber as diferenças e similitudes, sem esquecer da necessária compatibilidade dos modelos estrangeiros com a legislação nacional. Teremos em mente também a importante preocupação metodológica de que as referências de direito comparado estejam sempre em constante diálogo com o restante da tese.

Por derradeiro, devemos salientar que o título do trabalho não foi escolhido por acaso, e com ele tentamos antecipar um de nossos escopos principais: o tratamento dinâmico das estabilidades processuais. O subtítulo empresta ênfase ao aspecto transicional, típico do formato da segurança jurídica como continuidade.

## 1 COISA JULGADA E PRECLUSÃO NA TRADIÇÃO EUROPEIA-CONTINENTAL CLÁSSICA

“O fundamento jurídico da coisa julgada não está na necessidade de paz definitiva, mas na santidade do Estado e na sabedoria de sua escolha. Está na necessidade de venerar nos órgãos da lei (os juízes) a própria justiça personificada, a *ratio loquens* que os cidadãos devem reconhecer no Estado como órgão da vida jurídica”. (...)“A necessidade de paz definitiva não é, de maneira alguma, o fundamento legal que justifica a coisa julgada. Na última instância, este fundamento deve ser buscado na infalibilidade presumida do juiz e, nas instâncias inferiores, na crença implicitamente externada pelas partes nesta infalibilidade, ou melhor, na sua vontade, implicitamente demonstrada, de submeter-se à pronúncia judicial”  
*v. Almendigen*

### 1.1 Objeto do capítulo

O trecho em destaque fornece clara evidência de que o tema da coisa julgada, ponto central das investigações do direito processual desde sua emancipação científica, sofreu profundas mudanças na sua compreensão através dos tempos.

Nesta primeira parte do capítulo inaugural, buscaremos delinear o desenvolvimento moderno da teoria da coisa julgada. Não será nosso objetivo empreender um estudo histórico da coisa julgada que comece na antiguidade, ainda que alguns traços da *res iudicata* sejam observáveis desde então. Aqui teremos somente o escopo de descrever as principais teses do conhecimento convencional sobre o tema e os contornos atuais do instituto. Trata-se de passar em revista a evolução teórico-conceitual da coisa julgada como base para podermos, de um lado, verificar a causa para os problemas práticos identificados e, de outra parte, fortalecer as nossas críticas e propostas.

Nossa base dogmático-normativa será o direito europeu-continental, bem como os ordenamentos latino-americanos, amplamente influenciados pela tradição romano-germânica.

## 1.2 Nomenclatura. Conceito de coisa julgada

As raízes históricas da coisa julgada são muito, muito antigas. Alguns autores afirmam que já havia esboços da estabilidade da sentença no direito babilônico, em obras datadas de 1753 a.C., ou seja, de cerca de 3700 anos atrás.<sup>11</sup>

Mas foi o instituto romano da *res iudicata* que irradiou suas características e fixou a terminologia enraizada no direito ocidental contemporâneo. O termo latino influenciou as expressões italiana (*cosa giudicata*) e francesa (*chose jugée*), assim como a nomenclatura da língua portuguesa: coisa julgada (Brasil) ou caso julgado (Portugal). Os ordenamentos de origem germânica (Alemanha, Áustria e Suíça) denominam a coisa julgada de “força jurídica” (*Rechtskraft*). A palavra “força” é adotada também na Escandinávia e encontra, aqui e ali, alguma referência em outros países,<sup>12</sup> embora o termo proporcione diversas incompreensões, já que, na língua alemã, o vocábulo *Kraft* pode também assumir o significado de “validade”, “vigência”, tanto de uma lei, como de contratos.<sup>13</sup> Já os sistemas jurídicos do *common law*, de tradição anglo-americana, sempre utilizaram a própria expressão latina *res iudicata*, ainda que modernamente, como veremos a seu tempo, tenham começado a fundir a terminologia com o estudo das preclusões: a coisa julgada seria a “preclusão da causa” ou “preclusão da demanda” (*claim preclusion*) e as preclusões de outras questões são chamadas de *issue preclusions*.

A legislação brasileira tratou a coisa julgada de maneira heterogênea ao longo do tempo. No Código de Processo Civil de 1939, na rubrica “eficácia da sentença”, a lei limitava-se a afirmar que “a sentença terá força de lei nos limites das questões decididas”. A referência à “coisa julgada” era feita apenas no art.798, I, b (que disciplinava a ação rescisória), e nos arts.182 e 851, que tratavam do processamento da “exceção de coisa julgada”.

No atual direito positivo brasileiro, existem dois dispositivos legais nos quais o legislador mencionou o instituto da coisa julgada. Cronologicamente, o primeiro deles é o art.6º §3º da Lei de Introdução ao Código Civil, que, utilizando a nomenclatura portuguesa (“caso julgado”), procurou conceituar a coisa julgada como “a decisão” de que não cabe mais recurso. Identifica,

<sup>11</sup> BLÉRY, Corinne. *L'efficacité substantielle des jugements civils*. Paris: L.G.D.J., 2000, p.1-3, 119, citando Cuq; NIEVA FENOLL, Jordi. *La cosa juzgada: el fin de un mito. Problemas Actuales del Proceso Iberoamericano*. Málaga: Centro de Ediciones de la Diputación Provincial, 2006, p.429-430; *Idem*, *La cosa juzgada*. *Op.cit.*, p.26 ss.

<sup>12</sup> P.ex., BÉCHILLON, Denys de. *L'identification de la chose jugée dans la jurisprudence du Conseil d'État*. *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, t.110, nov-dez, 1994, p.1800 e 1807, que tenta diferenciar “autoridade” e “força”, sendo esta a “intangibilidade definitiva” da decisão.

<sup>13</sup> BÖTTICHER, Eduard. *Kritische Beiträge zur Lehre von der materiellen Rechtskraft im Zivilprozeß*. Berlin: Otto Liebermann, 1930, p.1-3.

portanto, a coisa julgada com a sentença irrecorrível.<sup>14</sup> Posteriormente, veio a lume o art.467 do CPC de 1973, que definiu a coisa julgada como a “eficácia” que torna a sentença imutável e indiscutível após o término dos recursos “ordinários e extraordinários”.

Outros dispositivos são importantes no delinear os contornos do instituto. Dentre eles destaca-se a atual Constituição da República de 1988, onde mais uma vez houve menção à *res iudicata* (art.5º, XXXVI), desta vez sem defini-la, apenas incluindo o instituto na proteção intertemporal contra alterações do direito objetivo, ao lado do direito adquirido e do ato jurídico perfeito.<sup>15</sup> Referências importantes são também os arts.301 e 485, ambos do CPC, que se relacionam à técnica da tríplice identidade e à rescisão da sentença transitada em julgado.

Dentre as definições de coisa julgada contidas nos dois dispositivos legais referidos anteriormente, aquele do Código de 1973 é apontado pela doutrina como portador da melhor delas, já que a coisa julgada evidentemente não pode ser confundida com a “decisão”, tal como operado na Lei de Introdução ao Código Civil. Não obstante, o conceito do art.467 do CPC relaciona a coisa julgada com os “efeitos” da sentença, e mais à frente veremos que esta acepção é rejeitada por grande parte da literatura processual.<sup>16</sup> De qualquer maneira, com alguma crítica à redação adotada, o art.467 permite que, ao menos neste primeiro momento, possamos já fixar os dois aspectos em torno dos quais gira a sistemática tradicional da coisa julgada: *imutabilidade* e *indiscutibilidade* do julgado.

A imutabilidade é a impossibilidade de alteração do *decisum*<sup>17</sup> e corresponde à *imunização* da decisão, isto é, sua blindagem de qualquer alteração posterior, seja por outro órgão do Judiciário, pelas partes ou ainda por atos de outros Poderes do Estado. E a indiscutibilidade revela a técnica operativa da coisa julgada: para tornar imunes as decisões estatais, o legislador se vale de um mecanismo preclusivo. Ou seja, a maneira encontrada para assegurar a imunização e inalterabilidade da decisão é a vedação de rediscussão sobre ela. Portanto, a essência da técnica da coisa julgada é preclusiva, e talvez por esta razão os romanos a chamavam de *praclusio maxima*, a preclusão última e maior.

---

<sup>14</sup> Na literatura tradicional, PIMENTA BUENO, José Antonio. *Apontamentos sobre as formalidades do processo civil*. 2. ed., Rio de Janeiro: Tipografia Nacional, 1858, n.185, p.94. Confirma-se a crítica de MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ainda e sempre a coisa julgada. *Revista dos Tribunais*, ano 59, vol.416, jun, 1970, p.10.

<sup>15</sup> A primeira previsão constitucional da coisa julgada foi observada na Constituição de 1934, já que a carta de 1891 nada previa a este respeito.

<sup>16</sup> O Projeto de Novo Código de Processo Civil procura corrigir esta nomenclatura, afirmando que a coisa julgada é a “autoridade”, não a “eficácia” (art.483).

<sup>17</sup> THEODORO JR., Humberto. A ação rescisória e o problema da superveniência do julgamento da questão constitucional. *Revista de Processo*, ano 20, n.79, jul-set, 1995, p.164.

Note-se, desde logo, que “coisa julgada” é algo diferente do que é conhecido por “trânsito em julgado”. O trânsito em julgado é o momento em que, para fins de alterar a sentença, não são mais cabíveis mecanismos recursais e de revisão internos ao processo em que proferida.<sup>18</sup> Foi no direito canônico que primeiro foi feita a diferenciação entre coisa julgada e trânsito em julgado (*transitus in rem iudicatam*),<sup>19</sup> cuja distinção não pode escapar aos olhos do processualista: pode haver trânsito em julgado sem observarmos imutabilidade, mas não pode haver imutabilidade sem que tenha se verificado o trânsito em julgado, com o fim das possibilidades impugnativas recursais.<sup>20</sup>

### 1.3 Coisa julgada e segurança jurídica: fundamentos e escopos da regra da coisa julgada

É moeda corrente na literatura processual a ligação da *res iudicata* com a segurança.<sup>21</sup> Diz-se que a coisa julgada seria um mecanismo de realização da segurança jurídica (seja a segurança referida como máxima, valor, axioma, princípio etc.), cuja base normativa seria o art.5º, I da CR/88. Porém, cabe indagar se os escopos que as regras sobre a *res iudicata* visam a resguardar no ordenamento jurídico são apenas aqueles referentes à segurança, ou se haveria qualquer outro prisma através do qual o fenômeno da instituição da coisa julgada retira seu fundamento, sua *ratio essendi*. Com efeito, muitos autores destacam suas dimensões sociológica, política e jurídica.

Neste contexto, o primeiro aspecto a merecer referência é o sociológico. Todo litígio causa alguma perturbação social, não só porque o ajuizamento da pretensão sugere não ter sido superado o conflito amigavelmente, mas também pela tensão que a indefinição da lide

<sup>18</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Ainda e sempre a coisa julgada*. *Op.cit.*, p.16. Interessante e recente texto sobre o tema é a abordagem de SOARES, Carlos Henrique. Novo conceito de trânsito em julgado. *Revista CEJ*, ano XIV, n.51, out-dez, 2010, p.85 ss. Concordamos com algumas das premissas do autor, ainda que, em nosso entendimento, o caminho para implementá-las não seja alterar o conceito de trânsito em julgado.

<sup>19</sup> TALAMINI, Eduardo. *Eficácia e autoridade da sentença canônica*. *Op.cit.*, p.28-29; FERREIRA, Pinto. Da coisa julgada. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, ano VIII, n.5, jan-jul, 1994, p.211-212.

<sup>20</sup> Veja-se também que, ainda pela precisão da terminologia, o que torna a sentença imutável e indiscutível não é propriamente a coisa julgada, como diz o art.467 do CPC: se assim fosse, a coisa julgada teria que preexistir à imutabilidade. O que faz a decisão imutável e indiscutível é o trânsito em julgado (a preclusão das vias recursais ou, no caso do art.475, o exaurimento do duplo grau obrigatório). Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo Código de Processo Civil. *Revista Forense*, ano 70, vol.246, abr-jun, 1974, p.30.

<sup>21</sup> NIEVA FENOLL, Jordi. *La cosa juzgada*. *Op.cit.*, p.82, 89; GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. *Revista Jurídica*, ano 51, n.305, mar, 2003, p.74; ZAVASCKI, Teori. Ação rescisória em matéria constitucional. *Revista de Direito Renovar*, vol.127, set-dez, 2003, p.154; ALENCAR, Rosmar Anttoni R. C. de. Segurança jurídica e fundamentação judicial. *Revista de Processo*, ano 32, n.149, jul, 2007, p.59. O mesmo entre os jusfilósofos e publicistas. Por todos, KAUFMANN, Arthur. *Grundprobleme der Rechtsphilosophie. Eine Einführung in das rechtsphilosophische Denken*. München: C.H.Beck, 1994, p.170. Recentemente, o tema foi objeto de interessante decisão do Supremo Tribunal Federal, em que esta ligação foi ressaltada: STF - RE nº 363.889-DF, Rel.Min.Dias Toffoli, j.07.04.2011.

proporciona.<sup>22</sup> A coisa julgada, portanto, estaria ligada à paz social porque termina a controvérsia com foro de definitividade (*ut sit finis litium*).<sup>23</sup> Trata-se de um armistício de espíritos, antes “belicosos e inquietos”,<sup>24</sup> agora “desarmados” porque não podem mais impugnar o *decisum*, tenham ou não sido convencidos da correção da sentença.

Assim, a coisa julgada proporcionaria segurança àquela relação disputada no processo, colocando uma pedra sobre as incertezas que pesavam sobre qual deveria ser o regulamento do conflito. A sentença passada em julgado estampa um “carimbo de certeza”<sup>25</sup> e elimina a insegurança que a descoincidência das visões das partes durante a litigância impunha.<sup>26</sup> Vale dizer, após a formação da coisa julgada, a incontestabilidade do que foi decidido, a ela inerente, seria o elemento que garantiria a segurança jurídica no processo. Portanto, nesta linha, a coisa julgada criaria um “estado de certeza” ou “estado de paz”,<sup>27</sup> essencial para o tráfego jurídico,<sup>28</sup> e seria um “preço” que a sociedade paga por viver num Estado de Direito.<sup>29</sup>

Manifestações similares, que ligam a coisa julgada à paz social e à certeza e segurança jurídicas também são frequentemente encontradas na literatura estrangeira<sup>30</sup> e na jurisprudência das cortes internacionais.<sup>31</sup>

<sup>22</sup> SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen Römischen Rechts*. Berlin: Veit & Comp., vol.VI, 1840, p.260.

<sup>23</sup> v. ALMENDIGEN, Ludwig Harscher. *Metaphysik des Civil-Processes*. Gießen: Müller, 1821, p.157; ROSENBERG, Leo. *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*. München: C.H.Beck, 5ª edição, 1951, p.675-676; DE VISSCHER, Charles. *La chose jugée devant la Cour Internationale de la Haye*. *Revue belge de droit international*, n.1, 1965, p.1; BINDER, Julius. *Die subjectiven Grenzen der Rechtskraft*. Leipzig: Deichert, 1895, p.12; OLIVA SANTOS, Andrés de la. *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*. Madrid: Civitas, 2005, p.103-104; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. São Paulo: RT, 2006, p.21, 168; TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel. *La cosa juzgada (Estudio de jurisprudência civil)*. Madrid: Dykinson, 2010, p.16.

<sup>24</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Coisa julgada, 'collateral estoppel' e eficácia preclusiva 'secundum eventum litis'. *Revista dos Tribunais*, ano 75, vol.608, junho, 1986, p.23-24.

<sup>25</sup> v. BÜLOW, Oskar. *Gesetz und Richteramt*. Leipzig: Duncker & Humblot, 1885, p.40.

<sup>26</sup> NEVES, Celso. Coisa julgada no direito tributário. *Revista de Direito Público*, ano VII, n.29, mai-jun, 1974, p.241.

<sup>27</sup> Afirma Elio de Cresci Sobrinho que a questão já era mencionada nos textos romanos (*cum pro utilitate publica rebus iudicatis stare conveniat*). CRESCI SOBRINHO, Elício de. Coisa julgada. *Revista de Processo*, ano 17, n.65, jan-mar, 1992, p.238 e nota 23. Segundo Allorio, no fragmento D.44, 2, 6, Paulo conjecturara acerca da origem da coisa julgada, e coloca as exigências de paz e segurança lado a lado. ALLORIO, Enrico. Natura della cosa giudicata. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, vol.XII, I, 1935, p.247; GUIMARÃES, Luiz Machado. Preclusão, coisa julgada, eficácia preclusiva, *Estudos de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, 1969, p.25.

<sup>28</sup> SCHMIDT, Richard. *Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts*. Leipzig: Duncker & Humblot, 1898, p.528-529; *Idem*, *Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts*. 2. ed., Leipzig: Duncker & Humblot, 1906, p.745.

<sup>29</sup> O mesmo o aresto da Corte Europeia de Direitos Humanos no caso *Brumărescu v. Romênia*, nº 28.342/95, j.28.10.99. Veja-se ainda a jurisprudência da Corte de Justiça da União Europeia. Para uma boa referência aos casos mais importantes, Cf. RAITI, Giovanni. *The crisis of civil res iudicata in the EC legal system*. *Op.cit.*, p.23-28.

<sup>30</sup> Na Alemanha, ADOLPHSEN, Jens. *Zivilprozessrecht*. 2. ed., Baden-Baden: Nomos, 2009, p.241; POHLMANN, Petra. *Zivilprozessrecht*. München: C.H.Beck, 2009, p.92; PAULUS, Christoph G. *Zivilprozessrecht. Erkenntnisverfahren und Zwangsvollstreckung*. 3. ed., Berlin: Springer, 2004, p.157; ZEISS, Walter; SCHREIBER, Klaus. *Zivilprozessrecht*. 10. ed., Tübingen: Mohr Siebeck, 2003, p.216.

<sup>31</sup> Veja-se o aresto da Corte Europeia de Direitos Humanos no caso *Brumărescu v. Romênia*, nº 28.342/95, j.28.10.99. Veja-se ainda a jurisprudência da Corte de Justiça da União Europeia. Para uma boa referência aos casos mais importantes, Cf. RAITI, Giovanni. *The crisis of civil res iudicata in the EC legal system*. *Op.cit.*, p.23-28.

O segundo aspecto que pode ser destacado também como uma função ou objetivo das regras sobre a coisa julgada é o viés político. Trata-se da afirmação do poder estatal. Ao tornar a decisão jurisdicional indiscutível, imodificável, o Estado coloca a sua manifestação acima de outros atos de poder, revelando-se na sua capacidade de sobrepor-se sobre as demais formas sociais de potestade.<sup>32</sup>

Finalmente, cabe referência ao aspecto jurídico da coisa julgada. Sem embargo, não é possível pensar apenas em fundamentos sociais e políticos da coisa julgada, sob pena de incorporá-la ao fenômeno jurídico apenas por razões utilitaristas, e por vezes até autoritárias. Deve ser buscado um fundamento jurídico para a coisa julgada, especialmente porque também as sentenças injustas tornam-se imutáveis. Isto é, a coisa julgada pode fazer com que, no ordenamento jurídico, a segurança se sobreponha sobre o valor justiça, e por essa razão devemos procurar uma justificação jurídica para o instituto.<sup>33</sup>

Este fundamento, segundo a melhor doutrina, atenderia a objetivos relacionados não só aos sujeitos do processo, como também às funções do processo. No que tange ao papel que a jurisdição deve cumprir, a coisa julgada atuaria como um fator a evitar decisões contraditórias sobre as mesmas lides,<sup>34</sup> vale dizer, opera em favor da coerência sistêmica; e ainda empresta redução de custos globais da litigância, pois diminui o número de litígios ao impedir a sua reprodução em outros procedimentos.<sup>35</sup>

Em relação aos sujeitos do processo, o ordenamento quer evitar o constrangimento de um litigante ser submetido novamente à *via crucis* judicial pela mesma pretensão: *nemo debet bis vexari pro una et eadem causa*. Trata-se da função garantística da coisa julgada, destinada a não submeter o indivíduo duas vezes à mesma pretensão em juízo.<sup>36</sup> Neste ponto, o instituto aproxima-se muito do *ne bis in idem* romano, a genérica proibição de dupla litigância,<sup>37</sup> mas assume também, no moderno Estado de Direito, outros contornos.

<sup>32</sup> Em sentido similar, FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. A coisa julgada nas ações de alimentos. *Revista de Processo*, ano 16, n.62, abr-jun, 1991, p.10; *Idem*, Embargos à execução. Alegação de inexistência da pessoa jurídica exequente: improcedência. Coisa julgada. Legitimação para o processo de execução. *Op.cit.*, p.141.

<sup>33</sup> PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa Julgada Civil*. 3. ed., Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p.177.

<sup>34</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Coisa julgada, 'collateral estoppel' e eficácia preclusiva 'secundum eventum litis'. *Op.cit.*, p.25.

<sup>35</sup> MERKL, Adolf. *Die Lehre von der Rechtskraft entwickelt aus dem Rechtsbegriff. Eine rechtstheoretische Untersuchung*. Wien: Franz Deuticke, 1923, p.107.

<sup>36</sup> THUESEN, Elisabeth e LANDO, Ole. *Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil danois*, in CAPPELLETTI, Mauro e TALLON, Denis (Ed.). *Fundamental guarantees of the parties in civil litigation*. Milano: Giuffrè, 1973, p.352-353.

<sup>37</sup> A ligação da coisa julgada com o princípio do *ne bis in idem* é recorrente na doutrina brasileira e no direito comparado. Cf.HECK, Luis Afonso. As garantias jurídico-constitucionais do acusado no ordenamento jurídico alemão. *Revista Jurídica*, ano 54, n.340, fev, 2006, p.107. No processo internacional, Cf. WESER, Martha. *Faut-il réviser la Convention franco-italienne du 3*



Sem embargo, como afirmado pela Corte Europeia de Direitos Humanos, a coisa julgada está ligada à existência de julgamentos finais e vinculativos porque o direito de acesso à justiça abarca também a legítima expectativa de que tais sentenças sejam efetivadas.<sup>38</sup> Então, parece que a coisa julgada, neste sentido, representa uma *expectativa de resultado* ou de implementação de direitos.<sup>39</sup> A *res iudicata* estaria encartada na garantia fundamental da tutela jurisdicional efetiva, porque o jurisdicionado deve ter, em algum momento, a possibilidade de *usufruir definitivamente* do direito reconhecido pelo Judiciário, não podendo mais ser submetido a potencial ataques do adversário.<sup>40</sup> Portanto, a coisa julgada emprestaria *segurança ao gozo de bens reconhecidos judicialmente*,<sup>41</sup> e esta proteção individual contra a reprodução de uma idêntica litigância anterior

---

*juin 1930 sur l'exécution des jugements?* (Suite e fin). *Revue Critique de Droit International Privé*, XLIV, n.1, jan-mar, 1955, p.72. No entanto, esta aproximação é mais comum no processo penal, como notou OTTO, Hansjörg. *Die Präklusion. Ein Beitrag zum Prozeßrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 1970, p.85.

<sup>38</sup> No caso *Brumărescu v. Romênia*, decidiu-se que há uma violação ao acesso à justiça e ao contraditório (*right to a fair hearing*) quando um tribunal revê decisões finais e não mais apeláveis, em contrariedade à coisa julgada. *Brumărescu v. Romênia*, nº 28.342/95, j.28.10.99. No caso, considerou-se que o Tribunal Supremo da Romênia “*set at naught an entire judicial process which had ended in ... a judicial decision that was 'irreversible' and thus res iudicata – and which had, moreover, been executed*”, “*infringed the principle of legal certainty*” e portanto “*breached the applicant's right to a fair hearing under Article 6 § 1 of the Convention*” (Tradução: “aviltou todo um processo judicial que terminou em...uma decisão judicial que era irreversível e coberta pela coisa julgada – e que, ademais, tinha sido executada”, “infringiu o princípio da certeza judicial” e portanto “violou o direito do requerente ao contraditório, previsto no art.6º § 1º da Convenção”). No voto do juiz Rozakis, ficou assentado ainda que “*the right to a court is not, therefore, merely a theoretical right to have a national judge deal with one's case but also includes the legitimate expectation that a final judgment must be respected by the domestic authorities and, therefore, be implemented. In the circumstances of the present case, the applicant had the right to go before a court to have the dispute between himself and the State determined. He also availed himself, in the proper manner, of his ability to have a judgment with the status of res iudicata executed, and of the consequent restoration of the ownership of his property. But his right to a court became illusory when the Procurator-General and the Supreme Court intervened, applying Article 330 of the Code of Civil Procedure, and effaced the judgment of the first-instance court and its beneficial consequences. When a legal system accords a court the power to issue final judgments but then allows its decisions to be annulled by subsequent procedures, not only does legal certainty suffer, but the very existence of that court is called into question since, in essence, it has no power at all definitively to determine a legal issue*”. (Tradução: “o direito a um tribunal não é, portanto, somente um direito de, em teoria, ter um juiz nacional que cuidará do caso, mas inclui também a expectativa legítima de que uma decisão final deve ser respeitada pelas autoridades nacionais e, portanto, implementada. No presente caso, o requerente tinha o direito de ir a um tribunal para que a disputa entre ele e o Estado fosse resolvida. Ele também se valeu, de forma adequada, de sua capacidade de executar um julgamento transitado em julgado, e da conseqüente restauração da titularidade de sua propriedade. Mas o seu direito de acesso a um tribunal tornou-se ilusório quando o Procurador-Geral e o Supremo Tribunal intervieram, pela aplicação do artigo 330 do Código de Processo Civil, e revogaram o acórdão do tribunal de primeira instância e as suas conseqüências benéficas. Quando um sistema legal confere a um tribunal o poder de emitir juízos finais, mas depois permite que as suas decisões sejam anuladas por procedimentos subsequentes, não só a segurança jurídica sofre, mas a própria existência desse tribunal é posta em dúvida, vez que, em essência, a corte não tem nenhum poder para resolver definitivamente uma questão jurídica”).

<sup>39</sup> É o que transparece na análise de CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública*. Uma nova sistematização da Teoria Geral do Processo. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.79.

<sup>40</sup> GRECO, Leonardo. Ainda a coisa julgada inconstitucional, in *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Campos, 2005, p.567 ss; *Idem*, *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*. *Op.cit.*, p.74; BÉCHILLON, Denys de. *L'identification de la chose jugée dans la jurisprudence du Conseil d'État*. *Op.cit.*, p.1807; PLANCK, Julius Wilhelm. *Lehrbuch des Deutschen Civilprozessrechts*. Nördlingen: C.H.Beck, Band I, 1887, p.255; CALAZA LÓPEZ, Sonia. *La cosa juzgada*. Madrid: La Ley, 2009, p.19, 48.

<sup>41</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*. Napoli: Jovene, vol.I, 1957, p.320.

revela um verdadeiro direito fundamental<sup>42</sup> que integraria o “conceito de cidadania processual” reconhecido e albergado na constituição.<sup>43</sup>

#### 1.4 O Estado de Direito e a coisa julgada: entre segurança e justiça, eficiência e equidade

Pela associação da *res iudicata* com a segurança jurídica, é frequente, e quase evidente, a ligação que a doutrina faz entre o instituto da coisa julgada com a estabilidade das decisões judiciais.<sup>44</sup> Também se afirma constantemente ser a coisa julgada um “elemento essencial” ao Estado Democrático de Direito.<sup>45</sup>

De fato, pela definitividade que empresta às sentenças de mérito, é muito comum na doutrina brasileira esta aproximação conceitual. Trata-se da convicção generalizada, que pode também ser percebida na doutrina estrangeira,<sup>46</sup> de que sem a coisa julgada a questão estaria sempre “aberta” à rediscussão,<sup>47</sup> e então o Estado de Direito estaria comprometido pois nunca haveria segurança.<sup>48</sup> Devemos lembrar que, em sentido contrário, certos juristas afirmam que a

<sup>42</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. Relativização da coisa julgada material, in NASCIMENTO, Carlos Valder (Org.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. 4. ed., Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p.193; GRECO, Leonardo. *Ainda a coisa julgada inconstitucional*, *Op.cit.*, p.565.

<sup>43</sup> PORTO, Sérgio Gilberto. Cidadania processual e relativização da coisa julgada. *Revista de Processo*, ano 28, n.112, out-dez, 2003, p.23.

<sup>44</sup> DIAS, Jean Carlos. A configuração da coisa julgada parcial e suas repercussões processuais no âmbito do cumprimento das sentenças. *Revista de Processo*, ano 31, n.135, maio, 2006, p.267; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Coisa julgada. Respeito que merece. Interpretação da sentença. Princípios pertinentes. À luz do sistema jurídico brasileiro, mostra-se inadmissível afrontar o comando transitado em julgado no processo de conhecimento, com amparo na aplicação do princípio da razoabilidade. Efeito pan-processual da eficácia preclusiva da coisa julgada. Inteligência do art.471 do CPC. *Revista de Processo*, ano 31, n.142, dez, 2006, p.243; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: RT, 2003, p.22.

<sup>45</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. Bens sujeitos à proteção do Direito Processual Constitucional, in NASCIMENTO, Carlos Valder e DELGADO, José Augusto. (Orgs.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. Belo Horizonte: Forum, 2006, p.291-293; MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional*. São Paulo: RT, 2008, p.64 ss; WERDER, Alexander. *Dispositionsschutz bei der Änderung von Steuergesetzen zwischen Rückwirkungsverbot und Kontinuitätsgebot*. Berlin: Duncker & Humblot, 2005, p.114-115; SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *Der Rechtsstaat*, in ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Orgs.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Band II: *Verfassungsstaat*. Heidelberg: C.F.Müller, 1996, p.588; THEODORO JR., Humberto e FARIA, Juliana Cordeiro de. O tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passada em julgado. *Revista de Processo*, ano 30, n.127, set, 2005, p.18-19; GÓES, Gisele Santos Fernandes. A ‘relativização’ da coisa julgada: exame crítico (exposição de um ponto de vista contrário). *Revista de Processo*, ano 31, n.135, maio, 2006, p.252; STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. 2. ed., München: C.H. Beck, Band I, 1984, p.849.

<sup>46</sup> SILVA, Paula Costa e. A natureza processual da tutela do terceiro adquirente de boa fé e a título oneroso. Exceção, reconvenção e eficácia preclusiva do caso julgado. *Revista de Processo*, ano 34, n.170, abril, 2009, p.297; REUSCHLE, Fabian. *Das Nacheinander von Entscheidungen. Eine Untersuchung über die Auswirkungen einer späteren Entscheidung auf den Geltungsanspruch eines vorausgegangenen rechtskräftigen Zivilurteils*. Berlin: Duncker & Humblot, 1998, p.23.

<sup>47</sup> FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Embargos à execução. Alegação de inexistência da pessoa jurídica exequente: improcedência. Coisa julgada. Legitimação para o processo de execução. *Revista Forense*, vol.360, ano 98, mar-abr, 2002, p.141.

<sup>48</sup> LIMBURG, M. *L'autorité de chose jugée des décisions des juridictions internationales*. *Recueil des Cours*, t.30, V, 1929, p.523. Confirma-se o debate em MAURER, Hartmut. *Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz*, in ISENSEE, Josef e KIRCHHOF, Paul (Org.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg: C.F.Müller, III, 1996, p.413 ss; LEISNER, Anna. *Kontinuität als Verfassungsprinzip: unter besonderer Berücksichtigung des Steuerrechts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2002, p.148 ss; DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. *Revista de Processo*, ano 28, n.109, jan-mar,

coisa julgada tem apenas uma função prática: sua disciplina não é igual em todos os países e portanto não decorreria da cláusula do Estado de Direito.<sup>49</sup>

Seja ou não um dado essencial ao Estado de Direito, tema que posteriormente será mais examinado neste trabalho, devemos desde logo deixar assentado que é comum a existência de regras expressas sobre a estabilidade normativa em qualquer ordenamento de direito positivo, e dentre elas normas sobre a estabilidade dos atos processuais (coisa julgada, preclusão, etc). E os sistemas jurídicos exercitam uma opção política a tal respeito, adotando modelos ora mais flexíveis, ora mais rigorosos.

O que leva o legislador a escolher tratamento mais ou menos rígido no que se refere à estabilidade das decisões é uma opção entre duas tendências: ou ampliar as possibilidades de discussão, ou preferir a blindagem dos atos do processo. A escolha de um destes extremos na dose errada pode conduzir a resultados desastrosos. Ao optar por um sistema de maior impugnabilidade e revisibilidade das decisões, o legislador pode acabar adotando um regramento que leve, ou ao grande número de recursos, ou à mitigação da coisa julgada e das preclusões pelo medo de acobertar sob o manto da “imutabilidade” um ato de conteúdo injusto.<sup>50</sup> Se, por um lado, um tal sistema privilegiaria a busca por uma decisão mais correta, forte no ideal de justiça, haveria evidentes prejuízos em termos de eficiência, já que o término da controvérsia poderia demorar muitos anos, talvez até mesmo em ofensa ao princípio da duração razoável do processo. Ao escolher o extremo oposto, de uma rigorosa força preclusiva contra a rediscussão ou revisão do que fora decidido, o legislador poderá tornar imutáveis decisões absurdas e patentemente equivocadas. Assim agindo, o ordenamento estaria privilegiando os interesses de segurança e eficiência, por vezes em desfavor da correção e justiça das decisões estatais.<sup>51</sup>

Entre os dois riscos, seja o de comprometer a segurança da vida social pela instabilidade dos conflitos, seja o de assumir a possível cristalização de injustiças, geralmente preferem os

---

2003, p.11; THEODORO JR., Humberto. Redimensionamento da coisa julgada. *Revista Jurídica*, n.377, mar, 2009, p.11-12; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Coisa julgada. Conteúdo e efeitos da sentença. Sentença inconstitucional e embargos à execução contra a Fazenda Pública. *Revista de Processo*, ano 31, n.141, novembro, 2006, p.26; OLIVEIRA, Fernando César Ribeiro de. Execução e coisa julgada. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, ano II, n.7, set-out. 2000, p.45; MARINONI, Luiz Guilherme. O princípio da segurança dos atos jurisdicionais: a questão da relativização da coisa julgada material. *Revista Jurídica*, ano 52, n.317, mar, 2004, p.16: “de nada adianta falar em direito de acesso à justiça sem dar ao cidadão o direito de ver o seu conflito solucionado definitivamente”.

<sup>49</sup> COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 4. ed. Montevideo: B de F, reimpressão, 2005, p.330-332; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Ainda e sempre a coisa julgada*. *Op.cit.*, p.10. Contra a compreensão de que a segurança jurídica decorreria do Estado de Direito, sob pena de virar uma petição de princípio, Cf. WERDER, Alexander. *Dispositionsschutz bei der Änderung von Steuergesetzen...* *Op.cit.*, p.92.

<sup>50</sup> SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen Römischen Rechts*. *Op.cit.*, vol.VI, p.259-260; NEVES, Celso. *Coisa julgada no direito tributário*. *Op.cit.*, p.240.

<sup>51</sup> Sobre estas opções, Cf. CONDE, João Correia. *O ‘mito do caso julgado’ e a revisão propter nova*. *Op.cit.*, p.30-31.

ordenamentos jurídicos o segundo.<sup>52</sup> Vale dizer, normalmente, no que tange à estabilidade dos atos processuais, os sistemas jurídicos processuais escolhem a segurança e em alguma medida sacrificam a justiça.<sup>53</sup>

### 1.5 Coisa julgada formal e coisa julgada material

Dois conceitos que são importantes quando descrevemos a teorização tradicional sobre a coisa julgada são aqueles de “coisa julgada formal” e “coisa julgada material”.

A doutrina brasileira<sup>54</sup> e latino-americana,<sup>55</sup> a reboque dos europeus,<sup>56</sup> identifica na coisa julgada dois fenômenos diversos. A *coisa julgada formal* seria um evento intra-processual, vale dizer, seria a imutabilidade e indiscutibilidade da sentença como um fato processual, um acontecimento interno ao processo, impedindo a rediscussão da matéria naquele procedimento, mas não em outros. O objetivo da coisa julgada formal seria fornecer segurança jurídica para aquele específico processo em concreto, assegurando sua inimpugnabilidade.

Já a *coisa julgada material* leva este nome porque se reflete no próprio direito material, isto é, seria a “imutabilidade dos efeitos substanciais da sentença de mérito”. A estabilidade da coisa julgada “material” atingiria o conteúdo do ato decisório sobre o mérito, e portanto seria projetada *ad extra*, para fora do processo em que proferida a decisão, vedando a renovação da discussão a respeito do direito material não só naquele procedimento, mas em qualquer outro.<sup>57</sup>

<sup>52</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Coisa julgada, 'collateral estoppel' e eficácia preclusiva 'secundum eventum litis'*. *Op.cit.*, p.24.

<sup>53</sup> Como já admitiu o STJ no Ag.Rg no AR 1543-SC Rel.Min.Franciulli Neto, j.12.09.2001, de cuja ementa se extrai: “Ação Rescisória. Tutela Antecipada. Artigo 485, inciso V, do Código de Processo Civil. Caixa Econômica Federal. Expurgos inflacionários. Aplicação da Súmula n.343/STF. Carência de ação. Extinção do processo sem julgamento de mérito. O Estado tem interesse em proteger a coisa julgada, em nome da segurança jurídica dos cidadãos, mesmo em prejuízo à busca pela justiça. Por esse motivo, as hipóteses de cabimento da ação rescisória são taxativas e devem ser comprovadas estreme de dúvidas. Não cuidam os autos de hipótese excepcional a justificar o desprestígio de decisão judicial com trânsito em julgado e do disposto no artigo 489 do Código de Processo Civil, o que demonstra a ausência de plausibilidade do direito alegado, ou seja, o *fumus boni iuris*. (...)”

<sup>54</sup> PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa Julgada Civil*. *Op.cit.*, p.62 ss; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 19. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, vol.I, 2009, p.461.

<sup>55</sup> COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. *Op.cit.*, p.339-340; RIVERA, José Antonio. *El amparo constitucional contra sentencias judiciales con autoridad de cosa juzgada: una perspectiva del tema en Bolivia*. *Revista Latino-Americana de Estudios Constitucionais*, n.2, jul-dez, 2003, p.378.

<sup>56</sup> HELLWIG, Konrad. *System des deutschen Zivilprozeßrechts*. Leipzig: Deichert'sche, 1.Teil, 1912, p.764; VELLANI, Mario. *Appunti sulla natura della cosa giudicata*. Milano: Giuffrè, 1958, p.3-6; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Efficacia ed autorità della sentenza*. Milano: Giuffrè, 1935, p.45 e ss; OLIVA SANTOS, Andrés de la. *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*. *Op.cit.*, p.95 ss; CASTILLEJO MANZANARES, Raquel. *Hechos nuevos o de nueva noticia en el proceso civil de la LEC*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p.324-325, 331; CALAZA LÓPEZ, Sonia. *La cosa juzgada*. *Op.cit.*, p.33; TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel. *La cosa juzgada (Estudio de jurisprudência civil)*. *Op.cit.*, p.23-24.

<sup>57</sup> MUSIELAK, Hans-Joachim. *Grundkurs ZPO*. 10. ed., München: C.H.Beck, 2010, p.369-370; ADOLPHSEN, Jens. *Zivilprozessrecht*. *Op.cit.*, p.40; POHLMANN, Petra. *Zivilprozessrecht*. *Op.cit.*, p.277-278.

Assim, enquanto a coisa julgada formal é endógena, a coisa julgada material operaria efeitos para além do direito processual porque a regra material passa a ser aquela decidida no caso.<sup>58</sup>

Para Dinamarco, a divisão da coisa julgada em formal e material revela que a imutabilidade é um fenômeno de duas faces, ou seja, ambas não seriam institutos diferentes mas dois aspectos da mesma imutabilidade. A diferença, então, residiria apenas do objeto de cada uma: a coisa julgada formal, que se forma sobre qualquer sentença (porque as sentenças são atos que tendem a terminar o processo), é a imutabilidade de um comando que se resume a extinguir o procedimento, ou seja, a imutabilidade da sentença como um ato *daquele processo*; já a coisa julgada material seria a imutabilidade dos *efeitos* da sentença, com reflexos na *invariabilidade do próprio direito material*.<sup>59</sup>

Esta ligação da coisa julgada material com os direitos ou situações subjetivas substanciais é muito comum em alguns países, como em Portugal e França. Lebre de Freitas lembra que a principal função da coisa julgada é preclusiva, mas no sentido de gerar um efeito direito substantivo, do qual as proibições de contradizer o discutido e repetir a causa são apenas consequências no campo processual.<sup>60</sup>

A doutrina tenta extrair alguma aplicabilidade prática da distinção entre coisa julgada formal e material, destacando que, se a coisa julgada formal se aplica a qualquer sentença, a coisa julgada material atingiria somente as sentenças de mérito, porque só estas deliberariam sobre a situação subjetiva que é objeto da demanda, isto é, o direito material alegado. Portanto, as sentenças de mérito seriam, ao mesmo tempo, cobertas pela coisa julgada formal e material; já as sentenças terminativas, aquelas que extinguem o processo sem julgamento de mérito (normalmente por razões processuais), não seriam atingidas pela coisa julgada material, mas apenas pela coisa julgada formal. À luz do direito brasileiro, afirma-se portanto que as sentenças do art.267 do CPC são apenas acobertadas pela coisa julgada formal, até porque a demanda pode ser novamente ajuizada (e portanto rediscutida *em outro processo*, a teor do art.268 do CPC), mas não pela coisa julgada material, que abrangeria apenas as sentenças classificadas como “definitivas”, as sentenças de mérito elencadas no art.269 do CPC. Tal ilação não se depreende

---

<sup>58</sup> FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Embargos à execução. Alegação de inexistência da pessoa jurídica exequente: improcedência. Coisa julgada. Legitimação para o processo de execução*. *Op.cit.*, p.144.

<sup>59</sup> Assim, por servir à “firmeza das situações jurídicas”, a coisa julgada não seria “confinada ao direito processual”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Relativizar a coisa julgada material*. *Op.cit.*, p.11-13. Confirma-se, na vertente da invariabilidade da decisão, CALAZA LÓPEZ, Sonia. *La cosa juzgada*. *Op.cit.*, p.43.

<sup>60</sup> FREITAS, José Lebre de. O caso julgado na arbitragem internacional que tem lugar em território português. *Revista de Processo*, ano 33, n.159, mai, 2008, p.82.

do art.467 do CPC, cuja definição não subscreve corretamente o âmbito de incidência da coisa julgada material porque menciona genericamente “sentença”. É o art.485, ao falar da ação rescisória, que menciona a “sentença de mérito”, e assim liga a coisa julgada material às sentenças que deliberam sobre o direito material, até porque onde não houve coisa julgada não será necessária a ação rescisória.

Nesse cenário, diz-se com frequência que ambos os conceitos estão numa relação lógica e cronológica, ou numa relação de sucessividade ou pressuposição.<sup>61</sup> Segundo a doutrina tradicional, para a formação da coisa julgada material, deve-se formar antes a coisa julgada formal, ou seja, a coisa julgada formal seria um “pressuposto” lógico e cronológico da coisa julgada material.<sup>62</sup> Porém, o inverso não se observa, pois é possível observar-se a formação da coisa julgada formal sem que se configure a coisa julgada material.

No Cap.4, teceremos críticas sobre a divisão da coisa julgada nestes dois fenômenos, e sobretudo ao conceito de coisa julgada formal, que entendemos irrelevante para o direito processual brasileiro. Por ora cabe apenas a referência e a observação metodológica de que, a partir deste ponto, quando não qualificarmos a coisa julgada estaremos tomando o termo no sentido de “coisa julgada material”.

## 1.6 Natureza jurídica da coisa julgada

### 1.6.1 Teorias material e processual da coisa julgada

Em todos os estudos que procuraram definir a coisa julgada, um ponto parece pacífico: ela representa um vínculo estável que envolve não só o Estado-juiz, mas também as partes, em torno do direito material discutido. Porém, questão muito debatida diz respeito ao modo como opera este vínculo.<sup>63</sup> Esta indagação, frequente no direito comparado mas não tão comum no Brasil, procura perquirir se a coisa julgada seria um fenômeno material ou processual. *A res iudicata*

<sup>61</sup> OLIVA SANTOS, Andrés de la. *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*. Op.cit., p.103; DECOMAIN, Pedro Roberto. Coisa julgada na ação popular. *Revista Dialética de Direito Processual*, n.76, julho, 2009, p.107 e 115; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Coisa julgada, 'collateral estoppel' e eficácia preclusiva 'secundum eventum litis'*. Op.cit., p.28.

<sup>62</sup> WEISMANN, Jacob. *Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts*. Stuttgart: Ferdinand Enke, vol.I, 1903, p.233; GRUNSKY, Wolfgang. *Zivilprozessrecht*. 13. ed., Köln: Carl Heymanns, 2008, p.231; GUIMARÃES, Luiz Machado. *Preclusão, coisa julgada, eficácia preclusiva*. Op.cit., p.14-15; ADOLPHSEN, Jens. *Zivilprozessrecht*. Op.cit., p.241; ATTARDI, Aldo. In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano XLIV, 1990, p.481 ss, 496; MENCHINI, Sergio. *Regiudicata civile. Digesto delle discipline privatistiche. Sezione Civile*, Torino: Utet, vol.XVI, 1997, p.408.

<sup>63</sup> LENT, Friedrich. *Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozeß*. Leipzig: Deichert, Band II, 1916, p.168; KOUSSOULIS, Stelios. *Beiträge zur modernen Rechtskraftlehre*. Köln: Carl Heymanns, 1986, p.24-29.

modificaria os direitos, conferindo-lhes uma nova configuração (extingue obrigações, p.ex.)? Ou deixa intocada a posição substancial e exaure sua força ao formar um preceito puramente processual que, em caso de conflito, prevalece sobre o direito material (*lex specialis*)?

Para responder a esta pergunta, desenvolveram-se dois grupos de teses: as teorias materiais e processuais a respeito da coisa julgada. Ainda que nem todas as características destes dois grupos de teorias sejam uniformemente tratadas na doutrina,<sup>64</sup> algumas linhas sobre o debate são indispensáveis.

### 1.6.1.1 Teorias materiais. Fundamento

As teorias materiais sobre a coisa julgada, defendidas pela doutrina mais antiga, admitem sua força constitutiva de direitos.<sup>65</sup> São teorias de tradição pandectística (talvez por influência do formato romano da *litiscontestatio*)<sup>66</sup> segundo as quais a coisa julgada, quando aposta ao julgamento, operaria uma espécie de *novação* na relação jurídica: as partes teriam agora uma nova norma material de comportamento, criada pela coisa julgada.<sup>67</sup>

Em suas origens alemãs, estas teses foram sustentadas por Puchta, Keller, Windscheid, Brinz, Weismann, Endemann, só para mencionar alguns. Na Itália, as teorias materiais foram defendidas por Carnelutti e Allorio,<sup>68</sup> dentre outros.<sup>69</sup> No Brasil, um de seus mais proeminentes defensores é Adroaldo Fabrício.<sup>70</sup>

<sup>64</sup> Como percebeu, com razão, NIEVA FENOLL, Jordi. *La cosa juzgada*. *Op.cit.*, p.47-48.

<sup>65</sup> Wach desenvolve a ideia de que a coisa julgada é a “*autoritative normierende Gesetzesanwendung*”. Em seguida afirma que “*Soweit also der Urteils-Inhalt ein Rechtsverhältnis inter partes feststellt oder verneint, kann niemand bestreiten, daß es zwischen den Parteien Kraft dieses Urteils bestehe oder nicht bestehe. In diesem Sinne kommt jedem Urteil als selbständiger causa des fraglichen Verhältnisses der Streittheile untereinander in gewissem Sinne eine konstitutive und in seiner negativen Richtung (soweit es nämlich das Rechtsverhältnis verneint) eine vernichtende Kraft zu*”. Cf. WACH, Adolf. *Zur Lehre von der Rechtskraft*. Leipzig: Duncker & Humblot, 1899, p.8-9 (Tradução: “Se o conteúdo da sentença negar ou afirmar uma relação jurídica inter partes, ninguém pode questionar que esta relação existe ou não existe entre as partes por força desta decisão. Neste sentido, toda decisão corresponde a uma causa autônoma da relação duvidosa, num sentido constitutivo, e na sua direção negativa (ou seja, se nega a relação jurídica) corresponde a uma força extintiva”).

<sup>66</sup> PUCHTA, Georg Friedrich. *Pandekten*. 4. ed., Leipzig: Johann Barth, 1848, p.145, 422-423; KELLER, Friedrich Ludwig von. *Ueber Litis Contestation und Urtheil nach classischem Römischem Recht*. Zurich: Geßner, 1827, p.90-95, 198; *Idem*. *Pandekten*. Leipzig: Bernhard Tauchnitz, 1861, p.188; ENDEMANN, Wilhelm. *Das Prinzip der Rechtskraft. Eine zivilistische Abhandlung*. Heidelberg: Bangel und Schmitt, 1860, p.22 e nota 6, p.31. Cf. LIMBURG, M. *L'autorité de chose jugée des décisions des juridictions internationales*. *Op.cit.*, p.523.

<sup>67</sup> WINDSCHEID, Bernhard. *Lehrbuch des Pandektenrechts*. 9. ed. (ampliada por Theodor Kipp), Frankfurt am Main: Kütten & Loening, vol.I, 1906, p.648-650; Cf. BRINZ, Alois. *Lehrbuch der Pandekten*. Erlangen: Andreas Deichert, parte I, 1857, p.145-151; WEISMANN, Jacob. *Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts*. *Op.cit.*, p.240-241; FERREIRA, Pinto. *Da coisa julgada*. *Op.cit.*, p.212.

<sup>68</sup> ALLORIO, Enrico. *Natura della cosa giudicata*. *Op.cit.*, p.216 e ss; CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. Padova: CEDAM, vol.IV, 1930, p.419-422.

<sup>69</sup> VELLANI, Mario. *Appunti sulla natura della cosa giudicata*. *Op.cit.*, p.40, 89 ss.

<sup>70</sup> FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *A coisa julgada nas ações de alimentos*. *Op.cit.*, p.10-12.

As teorias materiais desenvolveram-se partindo da sentença injusta, que não poderia nunca decorrer da declaração de um direito pré-existente por parte do Judiciário.<sup>71</sup> Vale dizer, através da sentença injusta, seria efetivamente *criada* uma relação jurídica que não existia antes do processo, já que não poderíamos considerá-la previamente prevista no direito objetivo. Nestes casos, como aquela relação jurídica não era amparada anteriormente pelo ordenamento jurídico, seria correto dizer que se trata de um direito fabricado *ex novo* pela decisão judicial; e então seria obrigatório reconhecer a força criativa da sentença como fonte primária do direito.<sup>72</sup> O mesmo ocorreria nos casos das sentenças “corretas”, onde a coisa julgada apenas “confirmaria” a situação material, fornecendo agora um novo e reforçado fundamento ao lado da previsão do direito substancial.<sup>73</sup>

Característica, portanto, das teorias materiais é *ligar diretamente* a coisa julgada ao direito material, e não apenas construir uma conexão indireta, ou seja, a imunização do direito por meio de um vínculo processual dos juízes de processos futuros, proibindo-os de decidir novamente sobre o tema.<sup>74</sup> Esta última é a opção das teorias processuais, como veremos à frente.

#### 1.6.1.2 Variantes da teoria material da coisa julgada

Dentre as teorias materiais da coisa julgada, podemos identificar diversas vertentes, algumas menos professadas, como as variantes *negociais*, que consideram a sentença como um negócio jurídico processual.<sup>75</sup> Mas outras ocuparam historicamente diversas páginas de inúmeras obras, e portanto merecem atenção mais pormenorizada.

##### 1.6.1.2.1 Presunção e ficção da verdade

Um primeiro grupo de teorias sobre a natureza da coisa julgada pode reunir as concepções *presuntivas*, que conceituavam a coisa julgada como presunção ou ficção, ligando-a ao conceito

<sup>71</sup> Como notou a doutrina posterior. Por todos, Cf. LENT, Friedrich. *Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozeß. Op.cit.*, p.168.

<sup>72</sup> Kohler afirmava que coisa julgada é a garantia de um efeito substantivo dos julgamentos, com exceção do julgamento final nas ações declaratórias de autenticidade de documento. Cf. KOHLER, Josef. *Der Prozeß als Rechtsverhältnis. Prolegomena zu einem System des Civilprozesses*. Mannheim: Bensheimer, 1888, p.74 e 111-112.

<sup>73</sup> BLÉRY, Corinne. *L'efficacité substantielle des jugements civils. Op.cit.*, p.95.

<sup>74</sup> Sobre o debate, confira-se a reconstrução de BÖTTICHER, Eduard. *Kritische Beiträge zur Lehre von der materiellen Rechtskraft im Zivilprozeß. Op.cit.*, p.95-104.

<sup>75</sup> Em analogia com o *Feststellungsvertrag*, como faz PAGENSTECHE, Max. *Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft*. Berlin: Franz Vahlen, 1905, p.137 ss, 305.



de verdade<sup>76</sup> e posicionando a *res iudicata* mais próxima do campo probatório, pois evitava que o litigante opusesse prova em contrário ao que fora decidido.<sup>77</sup>

Inicialmente, ainda no direito romano, Ulpiano sustentava, no célebre aforisma *res iudicata pro veritate habetur*, que a coisa julgada “vale como verdade”. Tratava-se da compreensão da coisa julgada como uma *presunção*, assumindo que o decidido pelo juiz correspondesse à verdade dos fatos, à verdade da vida, ao que realmente tinha acontecido fora do processo na vida dos litigantes.<sup>78</sup> Era a crença de que a indiscutibilidade tivesse como consequência uma alteração no mundo fenomênico, expressão também do dogma romano de que a *res iudicata* “faz do branco preto, do quadrado redondo e do falso verdadeiro”,<sup>79</sup> ou a afirmação da lei das *Siete Partidas* de que a coisa julgada adquire força “maraviosamente”.<sup>80</sup>

Pothier também adotou concepção similar, afirmando que a coisa julgada gerava uma *presunção absoluta (iuris et de iure)* em favor do conteúdo da sentença,<sup>81</sup> vertente que acabou por ser consagrada no Código Napoleônico (art.1350) e inspirou não só a doutrina francesa mais antiga,<sup>82</sup> mas também outros ordenamentos europeus<sup>83</sup> assim como o nosso Regulamento n° 737/1850.<sup>84</sup> Modernamente, a concepção veio a ser defendida por Rudolf Pohle,<sup>85</sup> dentre outros.<sup>86</sup>

<sup>76</sup> v. ALMENDIGEN, Ludwig Harscher. *Metaphysik des Civil-Processes*. *Op.cit.*, p.156; SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen Römischen Rechts*. *Op.cit.*, vol.VI, p.261, 271, 277, 413; WINDSCHEID, Bernhard. *Die Actio des römischen Civilrechts, vom Standpunkt des heutigen Rechts*. Düsseldorf: Julius Buddeus, 1856, p.82-83, 110 ss, 118; WEISMANN, Jacob. *Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts*. *Op.cit.*, p.233.

<sup>77</sup> PUGLIESE, Giovanni. *Res iudicata pro veritate accipitur*, in *Scritti giuridici scelti*. Napoli: Jovene, vol.II, 1985, p.206-207. Assim se vê ainda na doutrina francesa contemporânea. Cf. BLÉRY, Corinne. *L'efficacité substantielle des jugements civils*. *Op.cit.*, p.153 ss.

<sup>78</sup> Veja-se que a *presunção da verdade* como decorrência da coisa julgada era uma *presunção absoluta*, ou seja, mais do que a simples força probante de um julgamento em um futuro processo, já que a eficácia probatória da sentença pode ser desfeita por prova em contrário. Cf. MENDELSSOHN-BARTHOLDY, Albrecht. *Die Grenzen der Rechtskraft*. *Op.cit.*, p.40, embora não endosse totalmente a ideia de *presunção*.

<sup>79</sup> Segundo Couture, tal dístico provém de Scaccia. COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. *Op.cit.*, p.330. Curiosamente, os norte-americanos atribuem ditado semelhante à Suprema Corte, sem atentar para a secular origem do brocardo. Assim a equivocada referência de Shapiro ao julgamento *Jeter v. Hewitt*, 63 U.S. (22 How) 352, 364 (1859) da *Supreme Court*. Cf. SHAPIRO, David L. *Civil Procedure: Preclusion in Civil Actions*. New York: New York Foundation Press, 2001, p.11-12: “renders white that which is black, and straight that which is crooked”.

<sup>80</sup> *Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso el Sabio*. Madrid: Imprenta Real, 1807. A expressão encontra-se na Partida III, Tít.XXII, Lei XIX.

<sup>81</sup> POTHIER, Robert Joseph. *Traité des obligations, selon les règles, tant du for de la conscience, que du for extérieur*. Paris: Letellier, t.II, 1813, p.256, 262, 282-283.

<sup>82</sup> GARSONNET, E. e CÉZAR-BRU, Ch. *Précis de Procédure Civile*. 9. ed., Paris: Sirey, 1923, p.415 ss; PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil*. Paris: LGDJ, 1926, p.22; COLIN, Ambroise; CAPITANT, Henri. *Cour Élémentaire de Droit Civil Français*. Paris: Dalloz, t.II, 1935, p.452.

<sup>83</sup> Sobre esta influência na Itália, Cf. PUGLIESE, Giovanni. *Res iudicata pro veritate accipitur*. *Op.cit.*, p.201-202, 245; CONDE, João Correia. *O ‘mito do caso julgado’ e a revisão propter nova*. *Op.cit.*, p.48-49. Na Espanha, NIEVA FENOLL, Jordi. *La cosa juzgada*. *Op.cit.*, p.62-67; TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel. *La cosa juzgada (Estudio de jurisprudência civil)*. *Op.cit.*, p.19.

<sup>84</sup> Afirmando o texto do Regulamento n° 737/1850: “Art. 185. São presunções legais absolutas os factos, ou actos que a lei expressamente estabelece como verdade, ainda que haja prova em contrario, como - a cousa julgada”.

<sup>85</sup> POHLE, Rudolf. *Gedanken über das Wesen der Rechtskraft*, in *Scritti Giuridici in memória di Piero Calamandrei*. Padova: Cedam, vol.II, 1958, p.383 ss, especialmente p.388.

<sup>86</sup> Traços desta concepção são encontrados em BLÉRY, Corinne. *L'efficacité substantielle des jugements civils*. *Op.cit.*, p.6, 89,

De outro lado, Friedrich Carl von Savigny procurou corrigir e apurar a formulação das fontes romanas, afirmando que, ao invés de tratar-se de uma presunção, a coisa julgada seria uma *ficção*.<sup>87</sup> A diferença da presunção para a ficção seria de técnica legislativa. Na presunção, o legislador toma a realidade da vida e dá um tratamento jurídico de acordo com o que *normalmente* acontece; na ficção, o legislador sabe que, na realidade, ocorre algo que não corresponde à figura jurídica escolhida, mas opta por dar-lhe um tratamento conscientemente contrário à natureza das coisas. Um bom exemplo é o crime continuado no direito penal: o legislador sabe que, de fato, trata-se de vários crimes, mas para não agravar demasiadamente a situação do agente, escolhe dar àquela realidade um tratamento completamente irreal (portanto fictício para fins jurídicos). Talvez os romanos, ao afirmarem que a coisa julgada “faz do branco preto, do quadrado redondo”, quisessem atribuir-lhe este “poder mágico” ficcional e não retratar uma presunção ou limitar a coisa julgada ao campo do direito probatório.<sup>88</sup>

Além da evidente antítese que os termos “ficção” e “verdade” possuem entre si, o equívoco geralmente apontado em ambas as teorias é a ligação da coisa julgada com a verdade. A coisa julgada imuniza a sentença não porque seu conteúdo deva ser compreendido como verdade dos fatos, mas porque o Estado assim o determina através de uma norma externa à própria sentença.<sup>89</sup>

No mais, modernamente, uma tal “verdade absoluta”, a verdade ocorrida na vida dos litigantes, não é considerada um elemento essencial ao processo. A busca processual pela verdade estava, no passado, baseada numa perspectiva ultrarracionalista que pensava poder o juiz, tal como um cientista, transportar a verdade da vida para dentro do processo, revelando-a na decisão. Atualmente se compreende que uma “verdade absoluta”, que sobrepaire ao processo, que esteja “no mundo real” e que possa ser trazida para a sentença, é impossível ou improvável. Mesmo naqueles casos em que o juiz decidiu com todo o tempo possível para refletir, com consideração do mais amplo rol de provas, num processo em que os litigantes tenham apresentado todos os

---

92-95, 105-106.

<sup>87</sup> SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen Römischen Rechts. Op.cit.*, vol.VI, p.261, 271, 277, 413.

<sup>88</sup> A assertiva é polêmica. Confira-se o debate em PUGLIESE, Giovanni. *Res iudicata pro veritate accipitur. Op.cit.*, p.213, 216, 235-236, 247-248. Com Chiovenda, o autor procura o correto sentido da máxima romana do período justiniano. Discute inclusive se a palavra “*pro*”, no célebre brocardo de Ulpiano, realmente significava que a coisa julgada devesse valer “como” verdade ou apenas se haveria algum efeito probatório que fizesse com que a *res iudicata* valesse “no lugar” da verdade. Este último sentido parece ter sido adotado por Lobão quando afirma que a coisa julgada deve ser “tida por verdade”. Cf. LOBÃO, Manoel de Almeida e Sousa de. *Segundas linhas sobre o processo civil*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1855, p.703. Na literatura recente, Cf. NIEVA FENOLL, Jordi. *La cosa juzgada: el fin de un mito. Op.cit.*, p.431.

<sup>89</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di Diritto Processuale Civile. Op.cit.*, p.321; YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Em defesa da coisa julgada. *Revista Dialética de Direito Processual*, n.29, 2005, p.13.

argumentos perfeitamente, em suma, num processo perfeito do ponto de vista da formação da cognição judicial, ainda assim haverá uma margem de probabilidade de que o juiz tenha proferido uma decisão que não corresponda ao que ocorreu na vida dos litigantes.<sup>90</sup>

Essa constatação fez com que Calamandrei, com Voltaire, afirmasse que toda verdade processual é mera probabilidade;<sup>91</sup> e motivou os mais contemporâneos a sustentar que a verdade no processo é apenas uma “verdade possível”, limitada naturalmente pelas pressões de tempo para decidir, pelas deficiências cognitivas humanas, pelos déficits organizacionais do aparato Judiciário, dentre outros fatores. Então, qualquer teoria que procurasse ligar a coisa julgada ao conceito de verdade estaria na contra-mão da moderna filosofia do conhecimento, além de conscientemente ignorar problemas estruturais dos órgãos do Estado, os quais, conquanto metajurídicos, não podem ser sublimados.

#### 1.6.1.2.2 Coisa julgada como *lex specialis*

Em outras teses sobre a coisa julgada podem ser identificadas variações *normativistas* da teoria material, fortes no brocardo “*jus facit inter partes*”: a sentença criaria efeitos materiais por tornar-se *lex specialis* a reger a relação jurídica decidida.<sup>92</sup> Esta concepção da sentença como *lex specialis* após a formação da coisa julgada foi sustentada classicamente por Bülow e Bachmann.<sup>93</sup>

Segundo Bülow, a lei é apenas um projeto de decisão, havendo uma complementariedade entre norma legal e decisão judicial.<sup>94</sup> A coisa julgada encerraria um comando estatal (*staatliche Rechtsgebot*), o qual, quando correto, cria uma relação jurídica privada, e quando erroneamente

<sup>90</sup> GRÄNSI, Minna. *Das Risiko materiellfehlerhafter Urteile*. Berlin: Duncker & Humblot, 2002, p.45 ss; SCHUMANN, Ekkehard. *Fehlurteil und Rechtskraft. Eine dogmengeschichtliche Auseinandersetzung mit den Leugnern des Fehlurteils*, in *Festschrift für Eduard Bötticher zum 70.Geburtstag am 29. Dezember 1969*. Berlin: Duncker & Humblot, p.305-306.

<sup>91</sup> CALAMANDREI, Piero. *Verità e verosimiglianza nel processo civile*. *Rivista di Diritto Processuale*, n.1, 1955, p.165.

<sup>92</sup> KOHLER, Josef. *Prozesshandlungen mit Civilrechtswirkung*. *Zeitschrift für deutschen Civilprozeß*, ano 29, 1901, p.36, nota 38; CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e Processo*. Napoli: Morano, 1958, p.268. Sobre esta vertente, confirmam-se os inventários de GAUL, Hans Friedhelm. *Die Entwicklung der Rechtskraftlehre seit Savigny und der heutige Stand*, in JAKOBS, Horst Heinrich; KNOBBE-KEUK, Brigitte; PICKER, Eduard; WILHELM, Jan (Orgs.). *Festschrift für Werner Flume zum 70.Geburtstag*. Köln: Otto Schmidt, 1978, p.494 ss; OLIVA SANTOS, Andrés de la. *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*. *Op.cit.*, p.111 ss.

<sup>93</sup> BACHMANN, Otto. *Das rechtskräftige Zivilurteil als konkrete Rechtsnorm mit beschränkter Rechtsgeltung*. Mannheim: Bensheimer, 1931, p.10 ss, 23-24, 40-42.

<sup>94</sup> v.BÜLOW, Oskar. *Klage und Urteil. Eine Grundfrage des Verhältnisses zwischen Privatrecht und Prozess*. Berlin: Carl Heymanns, 1903, p.76-77. Em sentido similar, v.BÜLOW, Oskar. *Absolute Rechtskraft des Urtheils*. *Archiv für die civilistische Praxis*, ano 83, 1884, p.69. Na literatura mais moderna, MARTENS, Joachim. *Rechtskraft und materielles Recht*. *Zeitschrift für Zivilprozeß*, ano 79, n.5/6, 1966, p.419. No Brasil, FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *A coisa julgada nas ações de alimentos*. *Op.cit.*, p.12.

extraído da lei, prevalece porque mais forte que ela.<sup>95</sup> Nesta linha, a sentença passada em julgado forma um título que impede inclusive o retorno às leis que a embasaram, *destacando-se* da fonte normativa legal.<sup>96</sup>

Observe-se que, segundo esta corrente, a coisa julgada daria à sentença o valor de norma jurídica concreta, cuja estabilidade lhe conferiria a prerrogativa de valer imutavelmente, *a despeito de modificações no direito objetivo*. A existência do direito passaria a depender daquela específica pronúncia judicial,<sup>97</sup> e então a expressão lusitana “caso julgado” assumiria um contorno útil na descrição do fenômeno.<sup>98</sup>

Uma das críticas que são feitas às teorias ligadas à *lex specialis* é que a inalterabilidade da regra concreta impediria a modificação do *decisum* em função do direito superveniente.<sup>99</sup> Também já se criticou a concepção de Bachmann, e com ela a tese da *lex specialis*, porque, nesta visão, o caso decidido deixaria de ter como fonte a lei que o aplicou. Na visão de seus críticos, a sentença vale como aplicação da norma material, isto é, como aplicação do direito objetivo, e não como uma outra norma autônoma, o que pode ser demonstrado, no Brasil, até mesmo pelo art.485, V do CPC.<sup>100</sup> Neste momento, importa destacar que, afirmar que a sentença é norma especial não significa adesão necessária à teoria material, embora muitos tenham feito esta associação. De fato, dizer que a sentença é a lei concreta significa destacar o caráter *prescritivo* da decisão e não apenas seu aspecto descritivo, como é próprio das teorias que ligam a coisa julgada à verdade. Por isso, alguns autores mencionam a ideia de *lex specialis* ou *facit jus* mas negam existir uma presunção ou ficção da verdade, focando-se no “reforço” autoritativo que a norma concretizada recebe pela coisa julgada.<sup>101</sup>

<sup>95</sup> A força da coisa julgada (*Rechtskraft*) seria maior que força da lei (*Gesetzeskraft*). Confira-se v.BÜLOW, Oskar. *Gesetz und Richteramt*. *Op.cit.*, p.2-3, 6-7, 10, 12-13, 30, 36, 40. Confirmam-se também os relatos críticos de SCHUMANN, Ekkehard. *Fehlurteil und Rechtskraft*. *Op.cit.*, p.293 ss; BÖTTICHER, Eduard. *Kritische Beiträge zur Lehre von der materiellen Rechtskraft im Zivilprozeß*. *Op.cit.*, p.28 ss.

<sup>96</sup> VELLANI, Mario. *Appunti sulla natura della cosa giudicata*. *Op.cit.*, p.93-95.

<sup>97</sup> Cf.PUCHTA, Georg Friedrich. *Pandekten*. *Op.cit.*, p.423.

<sup>98</sup> FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *A coisa julgada nas ações de alimentos*. *Op.cit.*, p.10; *Idem*, Embargos à execução. Alegação de inexistência da pessoa jurídica exequente: improcedência. Coisa julgada. Legitimação para o processo de execução. *Op.cit.*, p.141.

<sup>99</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional*. *Op.cit.*, p.32.

<sup>100</sup> Aliás, muitos autores destacam que a imutabilidade não é característica da lei ou das normas jurídicas em sentido amplo. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Efficacia ed autorità della sentenza*. *Op.cit.*, p.32. A este ponto voltaremos adiante.

<sup>101</sup> BINDER, Julius. *Die subjectiven Grenzen der Rechtskraft*. *Op.cit.*, p.2; ENDEMANN, Wilhelm. *Das Prinzip der Rechtskraft*. *Op.cit.*, p.23, 29; BETTI, Emilio. *Cosa giudicata e ragione fatta valere*. *Rivista di Diritto Commerciale*, I, 1929, p.550-551.

### 1.6.2 O movimento contrário: as teorias processuais da coisa julgada

Ao contrário das teorias materiais, que veem a coisa julgada como criadora de uma norma de comportamento para as partes, as teorias processuais pregam que a coisa julgada vincula apenas por implicar em norma de julgamento para o juiz.<sup>102</sup> Segundo os defensores das teorias processuais sobre a coisa julgada, dentre os quais Stein e Hellwig foram os pioneiros,<sup>103</sup> seguidos por Lent e Goldschmidt,<sup>104</sup> a *res iudicata* seria apenas a “indisputabilidade”, ou seja, um *vínculo processual* e pertencente ao direito público.<sup>105</sup>

Segundo os partidários das teorias processuais, seria errado dizer que a coisa julgada tem conteúdo material porque a situação jurídica que se constitui com o advento da coisa julgada é exclusivamente processual, consistente na incontestabilidade do decidido.<sup>106</sup> Neste diapasão, a coisa julgada não teria qualquer função substantiva, vinculando apenas processualmente os juízos e as partes dos processos subsequentes.<sup>107</sup> A vinculação decorrente da coisa julgada não resulta da criação de uma norma ou obrigação privada, ou porque tal conteúdo reflete uma presunção ou ficção de verdade, mas porque as regras processuais vinculam certos sujeitos ao resultado pretérito.<sup>108</sup> A atuação da coisa julgada sobre o direito material seria apenas reflexa, indireta, oriunda da vedação de rediscussão, e esta tem características puramente processuais.

Ao analisar a ideia da sentença como *lex specialis*, p.ex., os teóricos das teses processuais sustentam que o que existe, na verdade, é um conflito de regras jurídicas (a norma geral da lei e a regra especial da decisão), e o legislador privilegia a coisa julgada à norma de direito material pré-existente ao processo. Este seria o sentido da expressão “faz lei entre as partes”: tratar-se-ia

<sup>102</sup> Como bem notou BLOMEYER, Arwed. *Zivilproßrecht. Erkenntnisverfahren*. 2. ed., Berlin: Duncker & Humblot, 1985, p.472.

<sup>103</sup> HELLWIG, Konrad. *Anspruch und Klagrecht. Beiträge zum bürgerlichen und zum Prozessrecht*. Jena: Gustav Fischer, 1900, p.210-211, nota 5; *Idem*, *Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft*. *Op.cit.*, p.7, 10 e ss; *Idem*, *Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechts*. Leipzig: Deichert, vol.I, 1903, p.45 ss.

<sup>104</sup> LENT, Friedrich. *Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozeß*. *Op.cit.*, p.165 ss; GOLDSCHMIDT, James. *Der Prozess als Rechtslage*. Berlin: Julius Springer, 1925, p.167-168 ss.

<sup>105</sup> HELLWIG, Konrad. *System des deutschen Zivilprozeßrechts*. *Op.cit.*, p.764.

<sup>106</sup> TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005, p.45; ADOLPHSEN, Jens. *Zivilprozessrecht*. *Op.cit.*, p.242.

<sup>107</sup> Note-se que alguns adeptos da teoria material acusam as concepções processuais da coisa julgada de não explicar a função positiva da coisa julgada, isto é, a obrigação de incorporar a prejudicial decidida. Cf. ALLORIO, Enrico. *Natura della cosa giudicata*. *Op.cit.*, p.248. Não podemos concordar, já que grande parte dos adeptos das teorias processuais são claros em mencionar um vínculo dos futuros juízos, sem fazer a distinção sobre se tal vínculo seria positivo ou negativo. Sobre o tema dos efeitos negativo e positivo, confirmam-se as considerações logo adiante, ainda neste capítulo.

<sup>108</sup> Cf. HELLWIG, Konrad. *Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft*. Leipzig: A.Deichert'sche, 1901, p.12-13.

de uma obrigação para os litigantes e para o Estado, a par e ao largo de outras normas em sentido contrário no ordenamento.<sup>109</sup>

### 1.6.3 Variantes da teoria processual

#### 1.6.3.1 A teoria da presunção de autoridade (Couture)

Couture apresenta uma vertente presuntiva da teoria processual, baseada na “presunção de autoridade” do julgado. Sustenta que a “autoridade”, tal como consagrada no art.1350 do Código napoleônico, importa em uma presunção não sobre a verdade dos fatos ou sobre a prova, mas sobre a autoridade proclamada. Isso ocorreria porque a coisa julgada não está relacionada com a verdade, mas sim com a paz social.<sup>110</sup>

Tal afirmação não pode ter nossa concordância porque a sentença não transitada em julgado também possui autoridade e imperatividade, e portanto não é a coisa julgada que acrescenta qualquer medida de autoridade à decisão.

Tampouco o efeito mais importante da presunção, que é aquele de exigir prova em contrário, justifica o conceito. Ao rescindir uma sentença transitada em julgado, não existe qualquer exigência de “prova em contrário”, não há um peso probatório qualificado, mas apenas a alegação de comprovação de uma das hipóteses permitidas pelo ordenamento para a alteração.

#### 1.6.3.2 Coisa julgada como eficácia da declaração (Hellwig)

Para compreender a tese da coisa julgada como eficácia da declaração, temos que partir de uma premissa importante que é o dualismo no ordenamento jurídico. De acordo com esta concepção, os direitos pré-existem ao processo e a sentença judicial não tem força criativa, isto é, não cria, apenas declara direitos que já estão previstos no ordenamento jurídico. Dentro desta linha, toda sentença tem um conteúdo ou elemento declaratório, que pode ser o único conteúdo da decisão, como ocorre nas sentenças declaratórias (também chamadas, por esta razão, de sentenças “meramente” declaratórias). Porém, a este elemento declaratório, por vezes se somam outros

<sup>109</sup> FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Embargos à execução. Alegação de inexistência da pessoa jurídica exequente: improcedência. Coisa julgada. Legitimação para o processo de execução.* Op.cit., p.144. Observe-se, porém, que a coisa julgada não impede que as partes cheguem a outra solução, consensual ou contratualmente resolvendo o conflito em outros termos.

<sup>110</sup> COUTURE, Eduardo J. *La cosa juzgada como presunción legal.* Revista Jurídica, ano 3, vol.17, set-out, 1955, p.16-17.

conteúdos de natureza constitutiva, condenatória, mandamental, etc.<sup>111</sup> A classificação das sentenças que somos acostumados a aprender, ensinar e utilizar na prática, portanto, é calcada não no exclusivo conteúdo da sentença, mas no elemento *prevalente* ou *predominante* que ela contém.

A tese da coisa julgada como eficácia da declaração, defendida pelo processualista alemão Konrad Hellwig, estava baseada na constatação de que, se o julgamento tem diversos conteúdos, nem todos se tornariam imutáveis e indiscutíveis com a coisa julgada.

Com efeito, nas primeiras páginas de seu maior trabalho sobre a coisa julgada, Hellwig distinguiu dois grupos de sentenças. O primeiro grupo seria das sentenças que apenas declaram autoritativamente uma situação jurídica (*Feststellungsurteile*), que hoje chamamos de sentenças declaratórias. E o segundo grupo, que ele denomina de “*konstitutive Urteile*”<sup>112</sup> e que inclui a sentença condenatória,<sup>113</sup> seria aquele que compreende as sentenças que, além do conteúdo declaratório, modificam a situação precedente, gerando efeitos jurídicos novos. Na sentença condenatória, p.ex., ao elemento declaratório se une à ordem de prestar (*Leistungsbefehl*), gerando a pretensão executiva em favor do vencedor. Neste grupo de decisões, Hellwig observa que certos conteúdos não declaratórios podem ser rediscutidos em execução (p.ex., na sentença condenatória, mesmo após o trânsito em julgado permite-se a análise a respeito de ter havido pagamento posterior à decisão final; basta pensar nas alegações possíveis em execução), e portanto seria incorreto afirmar que o elemento condenatório (a prestação, *Leistung*) fosse imutável e indiscutível, quando somente a declaração (*Feststellung*), isto é, o elemento declaratório da sentença, adquiriria foro de imutabilidade.

Então, para Hellwig, a análise dos *konstitutive Urteile* seria decisiva para perceber que só o conteúdo declaratório das sentenças é abrangido pela coisa julgada. Vale dizer, no momento do trânsito em julgado, um outro efeito *reforça* o elemento declarativo da sentença: a indiscutibilidade ou incontestabilidade (*Unbestreitbarkeit*), tornando apenas a declaração vinculante para todos os juízes em processos futuros.<sup>114</sup>

---

<sup>111</sup> Assim, por todos, CALAMANDREI, Piero. *Limiti fra giurisdizione e amministrazione nella sentenza civile*, in *Opere Giuridiche*. Napoli: Morano, vol.I, 1965, p.66.

<sup>112</sup> HELLWIG, Konrad. *Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft*. *Op.cit.*, p.2-5.

<sup>113</sup> Dentro deste conceito de *konstitutive Urteile* (literalmente: “sentenças constitutivas”), Hellwig inclui também a sentença condenatória, e então devemos ter cuidado na utilização da expressão que não equivale ao que no Brasil se conhece por sentença constitutiva. Confira-se a crítica de KISCH, Wilhelm. *Beiträge zur Urteilslehre*. Leipzig: C.L.Hirschfeld, 1903, p.11-12, 24, 46-48, 56-59, enfatizando a diferença entre as sentenças condenatórias e constitutivas.

<sup>114</sup> HELLWIG, Konrad. *Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft*. *Op.cit.*, p.12, 18-19. Hellwig já falou também da futilidade da contraposição (*Aussichtslosigkeit der Bestreitung*), o que pode ter influenciado, como se verá, a opção legislativa

Portanto, seria possível substituir a expressão tradicional “coisa julgada” (*Rechtskraft*) pelo termo mais preciso da “eficácia da declaração” (*Feststellungswirkung*), já que a exequibilidade ou força constitutiva do conteúdo da sentença não faz parte da essência da coisa julgada.<sup>115</sup>

A tese de Hellwig predomina na doutrina alemã<sup>116</sup> e ganhou muitos adeptos no Brasil e na Europa,<sup>117</sup> os quais, ainda que não a adotem em sua integralidade, assumem muitos de seus principais aspectos.<sup>118</sup> Mas a concepção da coisa julgada como “eficácia da declaração” também não escapou de críticas. Será que a *res iudicata* é mesmo um efeito, e mais ainda, será que cobre apenas o elemento declaratório da sentença?

Poder-se-ia dizer, é verdade, que a declaração (o *ascertamento*, a *Feststellung*, literalmente: *fest* = firme, sólida + *Stellung* = posição) estaria naturalmente ligada à segurança que as sentenças (quaisquer sentenças, não apenas as declaratórias) visam a conferir à disputa judicial, eliminando as incertezas que o litígio traz para o tráfego jurídico. Assim seria correto relacionar a coisa julgada com o elemento declaratório.

Porém, Barbosa Moreira afirma que a formulação de Hellwig parte de uma premissa não justificada, de que a *auctoritas rei iudicatae* equivaleria à incontestabilidade da parte declaratória do *decisum*, e então deveria haver alguma característica da declaração que não existisse nos demais conteúdos das sentenças e que fizesse com que apenas o elemento declaratório pudesse tornar-se indiscutível. Para Barbosa Moreira, seguindo Liebman neste ponto, a crítica que se pode fazer à tese de Hellwig deriva da finalidade eminentemente prática da coisa julgada. Em razão da função pragmática do instituto, de nada adiantaria a coisa julgada, para os escopos de

brasileira no campo da eficácia preclusiva da coisa julgada. Cf. HELLWIG, Konrad. *System des deutschen Zivilprozeßrechts. Op.cit.*, p.779. Ademais, segundo Hellwig, haveria diferença entre os dois grupos também no que tange à abrangência subjetiva do julgamento: se é verdade que a declaração revela um conteúdo que apenas se produz para as partes, por outro lado, a modificação jurídica operada pelo segundo grupo de sentenças valeria para todos. HELLWIG, Konrad. *Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft. Op.cit.*, p.18; HELLWIG, Konrad. *System des deutschen Zivilprozeßrechts. Op.cit.*, p.773-774. Talvez por isso a doutrina germânica até hoje recuse aplicar a disciplina da coisa julgada às sentenças que hoje denominamos de sentenças constitutivas, porque, uma vez modificada a relação jurídica, o direito de obtê-la já não teria qualquer significação atual, não teria quase nenhum propósito; ou pelo menos nega importância da coisa julgada nestas sentenças, onde se aplicaria o “efeito constitutivo” (*Gestaltungswirkung*).

<sup>115</sup> HELLWIG, Konrad. *System des deutschen Zivilprozeßrechts. Op.cit.*, p.772-773.

<sup>116</sup> KUTTNER, Georg. *Die privatrechtlichen Nebenwirkungen der Zivilurteile*. München: C.H.Beck, 1908, p.6-8. Mesmo para os defensores da teoria material da coisa julgada como Pagenstecher, que se foca sempre numa “declaração” da “verdade”. Cf. PAGENSTECHEER, Max. *Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft. Op.cit.*, p.303-305.

<sup>117</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile*. Napoli: Jovene, reimpressão, 1965, p.145, 187, 901.

<sup>118</sup> Como lembrou MOREIRA, José Carlos Barbosa. Coisa julgada e declaração. *Revista dos Tribunais*, ano 60, vol.429, julho, 1971, p.21. Alguns dos que absorveram os pontos principais da tese de Hellwig foram SILVA, Ovídio Baptista da. Conteúdo da sentença e coisa julgada. *Revista de Processo*, n.37, 1985, p.270 e ss; e MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *A Coisa Julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.13-14.



estabilidade, se não fizesse imune a futuras contestações o resultado final do processo,<sup>119</sup> isto é, também seus conteúdos não declaratórios. Seria muito pouco para a garantia da coisa julgada se ela ficasse restrita à declaração, permitindo que o resultado em si (a modificação, a prestação, p.ex.) pudessem ser rediscutidos. Deveria haver incontestabilidade integral da conclusão, e não apenas da declaração.<sup>120</sup>

Outra crítica comum à tese de Hellwig é ainda que a coisa julgada não poderia ser retratada como a “eficácia” da declaração porque seria errado pensar que a incontestabilidade *decorre* da própria declaração (e portanto é *efeito* da sentença).<sup>121</sup> Se a sentença é eficaz antes do trânsito em julgado, então a coisa julgada não pode equivaler aos efeitos do julgamento. Neste sentido foi a crítica de Liebman, ao afirmar que Hellwig teria ficado persuadido de que a autoridade do julgado estaria restrita ao elemento declaratório, contido em qualquer sentença, e acabou erroneamente identificando a coisa julgada com o próprio conteúdo declaratório da decisão.<sup>122</sup>

Além disso, critica-se Hellwig pela sua limitação subjetiva da coisa julgada: se a *res iudicata* só abrange a declaração, esta se produziria *inter partes*, com a consequência absurda de fazer com que os elementos constitutivo e condenatório da sentença pudessem ser opostos *erga omnes*. Seria inaceitável submeter os terceiros a efeitos de uma parcela da sentença, sem que estivessem vinculados a outra parte da mesma decisão que lhe fosse logicamente anterior.<sup>123</sup> No mais, o entendimento levaria a situações impraticáveis: uma sentença que declara a nulidade de um contrato deveria valer apenas entre as partes, mas uma sentença que anule o mesmo contrato deveria valer contra todos?

No Cap.2 retomaremos as críticas à tese de Hellwig, externando nossa opinião a respeito.

<sup>119</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Coisa julgada e declaração*. *Op.cit.*, p.22; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Efficacia ed autorità della sentenza*. *Op.cit.*, p.12.

<sup>120</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Coisa julgada e declaração*. *Op.cit.*, p.22-23. Na página 24, afirma que: “A exigência de estabilidade, inerente ao mecanismo da tutela jurisdicional, não fica satisfeita com o ter-se de reconhecer como produzido o resultado do processo em que se proferiu a sentença constitutiva. É necessário que semelhante resultado, ao menos dentro de certos limites, seja reconhecido como indiscutível, como incontestável, como inimpugnável. Ora, a isso não se pode chegar ‘independentemente dalla cosa giudicata’, a não ser que se queira admitir duas espécies de incontestabilidade, uma identificada com a ‘auctoritas rei iudicatae’, outra relacionada com causa ou circunstância diversa (mas qual seria?)”. Haveria, para Barbosa Moreira, um “vício de empostação” na opção dominante na Alemanha, que é deslocar para os efeitos da sentença a declaração que integra seu próprio conteúdo.

<sup>121</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Coisa julgada e declaração*. *Op.cit.*, p.25.

<sup>122</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. *Efficacia ed autorità della sentenza*. *Op.cit.*, p.10.

<sup>123</sup> *Idem*, p.15-16.

### 1.6.3.3 Teoria da extinção do dever jurisdicional

A tese da coisa julgada como extinção da obrigação jurisdicional é defendida por Ugo Rocco<sup>124</sup> e Guilherme Estellita.<sup>125</sup> Segundo esta linha de pensamento, seria essencial à jurisdição uma decisão definitiva sobre o direito de ação exercido no processo. O Estado, ao assumir a exclusividade da resolução de conflitos, reprimindo a autotutela, tem a *obrigação* de prestar jurisdição aos indivíduos. A sentença seria o momento máximo desta atividade, e só poderíamos imaginar que o Estado exaure seu dever (*functus officio*) de ofertar jurisdição quando a sentença final tornar-se inimpugnável, e é nesta função extintiva que a coisa julgada buscaria seu fundamento. Assim, esta concepção parte de uma visão *funcionalista* da coisa julgada, que presta apenas para eximir o Estado de seu dever de “prover com imutabilidade”. Em nosso sentir, esta maneira de pensar o instituto nada diz a respeito da coisa julgada em si, mas incorpora o instituto da *res iudicata* no conceito de jurisdição, como se a função jurisdicional só fosse completa nas decisões com força de coisa julgada. De certa forma, aderem a esta ideia, em alguma medida, todos os autores que admitem ser a coisa julgada um dos aspectos que diferenciam a jurisdição contenciosa da jurisdição voluntária, mesmo quando, no que se refere especificamente à natureza jurídica da *res iudicata*, manifestem sua preferência por outras teses.

### 1.6.3.4 A coisa julgada como qualidade da sentença e de seus efeitos (Liebman)

Enrico Tullio Liebman foi um dos autores que, de acordo com a opinião dominante na doutrina brasileira, teria dado à teoria da coisa julgada um salto teórico, ou talvez proporcionado uma ruptura acadêmica com a tradição dominante até então. Muitos autores chegaram a referir-se a uma era pré-liebmaniana e outra pós-liebmaniana, um tempo “antes ou depois de Liebman”, para ressaltar a importância de sua obra.<sup>126</sup>

Até Liebman, a coisa julgada era identificada como um dos efeitos da sentença, ou sua eficácia específica. Era uma tradição que guardava raízes nas concepções romanas nascidas da crença na força criadora da sentença, de um lado, e na *actio* de outro. Com efeito, no processo

---

<sup>124</sup> ROCCO, Ugo. *Trattato di Diritto Processuale Civile*. Torino: Utet, vol.II, 1957, p.306 ss.

<sup>125</sup> ESTELLITA, Guilherme. *Da coisa julgada: fundamento jurídico e extensão aos terceiros*. Rio de Janeiro: Tese, 1936, p.77-89, 150-151.

<sup>126</sup> Ressalta esta importância TESHEINER, José Maria. Autoridade e eficácia da sentença. *Revista dos Tribunais*, ano 89, vol.774, abr, 2000, p.66.

romano, o *iudicatum* impunha ao réu uma obrigação cujo inadimplemento continha também uma sanção (a *actio iudicati*), liberando-o do vínculo assumido na *litiscontestatio*. A vedação de rediscussão era consequência natural da “consunção” da ação e a *res iudicata* era compreendida como o único e exclusivo efeito da sentença.<sup>127</sup> Nessa fase histórica, não fazia sentido falar em presunção e ficção da verdade, porque a sentença não se limitava a declarar direitos, mas criava efetivamente direitos novos. Este parâmetro só começou a mudar quando do sistema de *actiones* passou-se ao sistema de direitos pré-existentes à sentença, com a consequente característica puramente declarativa da sentença,<sup>128</sup> isto é, a partir do desenvolvimento do conceito de direitos subjetivos e da vitória do dualismo do ordenamento jurídico. Porém, no que tange à definição da coisa julgada, continuava-se a associá-la a um *efeito* da decisão.

Liebman, em obra clássica sobre a coisa julgada, procurou quebrar esta herança romana, diferenciando *efeito* da sentença da *autoridade* de coisa julgada (*auctoritas rei iudicatae*), no que foi amplamente acompanhado pela doutrina brasileira e latino-americana. Para ele, haveria um erro lógico em considerar a coisa julgada como um efeito da sentença, pois os efeitos seriam elementos *decorrentes* da decisão, ou seja, algo que a sentença gera ou produz porque oriundo de seu comando; já a coisa julgada seria algo completamente diferente, um predicado que se apõe à decisão após o esgotamento das instâncias recursais. A coisa julgada seria, então, uma *qualidade*, um atributo,<sup>129</sup> um *plus* que adere à sentença e assim não poderia ser considerada um efeito da decisão *porque não decorre da sentença* ou tampouco das normas do direito objetivo por ela aplicadas.<sup>130</sup> Ao contrário, o que torna a sentença imutável e indiscutível é uma norma externa à própria decisão e que não se encontra entre as normas de direito material ou processual aplicáveis ou efetivamente aplicadas para a resolução do conflito de interesses.<sup>131</sup> Assim, não há qualquer elemento *interno* da sentença, expresso ou implícito, que afirme sua imutabilidade após o momento do trânsito em julgado.

<sup>127</sup> KELLER, Friedrich Ludwig von. *Ueber Litis Contestation und Urtheil nach classischem Römischen Recht*. *Op.cit.*, p.90-95, 198-202.

<sup>128</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. *Efficacia ed autorità della sentenza*. *Op.cit.*, p.2-4, 7-8.

<sup>129</sup> BLÉRY, Corinne. *L'efficacité substantielle des jugements civils*. *Op.cit.*, p.57, 95, 115-117, 138 ss, 150.

<sup>130</sup> Liebman retoma o argumento em LIEBMAN, Enrico Tullio. *Sentenza e cosa giudicata: recenti polemiche*. *Rivista di Diritto Processuale*, vol.XXXV, II, 1980, p.3. Também MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Cosa julgada, 'collateral estoppel' e eficácia preclusiva 'secundum eventum litis'*. *Op.cit.*, p.25. Confirmam-se as críticas de GUERRA FILHO, Willis Santiago. Reflexões à respeito da natureza da coisa julgada como problema filosófico. *Revista de Processo*, ano 15, n.58, abr-jun, 1990, p.245.

<sup>131</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. *Effetti della sentenza e cosa giudicata*. *Rivista di Diritto Processuale*, n.1, 1979, p.3. Confirma-se a crítica de VELLANI, Mario. *Appunti sulla natura della cosa giudicata*. *Op.cit.*, p.52 ss.

Nessa linha, não poderia haver confusão entre os efeitos da sentença e autoridade da coisa julgada.<sup>132</sup> Note-se, por exemplo, que muitos atos processuais são eficazes, mas só os atos jurisdicionais finais que decidem o mérito podem adquirir a coisa julgada. Lembremos ainda que tanto as sentenças arbitrais como as sentenças judiciais são eficazes, mas só estas últimas podem adquirir a força da *res iudicata*.

Portanto, a partir dessas observações, concluiu Liebman que a coisa julgada seria uma *qualidade* de certos tipos de sentença, um adjetivo que se agregaria a algumas decisões jurisdicionais e seus efeitos, mas que com estes (os efeitos) não poderia ser confundida.<sup>133</sup> A coisa julgada seria “neutra e incolor”<sup>134</sup> ao conteúdo e aos efeitos da sentença, pois não os altera, apenas imuniza.<sup>135</sup>

Ora, o que vemos é que, conforme a tradição do direito romano, todas as teorias anteriores à tese de Liebman pensavam a coisa julgada com foco na *res* que era objeto da atividade cognitiva. Quando se identifica a coisa julgada com a própria sentença, com seu conteúdo, sua eficácia ou algum de seus efeitos, de todo modo estar-se-ia a sustentar uma teoria *conteudística* da coisa julgada. Já a tese de Liebman poderia ser classificada de “adjetiva” porque põe suas lentes na “qualidade” ou “predicado” que se apõe à decisão após a formação da coisa julgada.<sup>136</sup>

#### 1.6.3.5 A crítica de José Carlos Barbosa Moreira à tese de Liebman

Posteriormente à sua formulação, apesar de sua grande aceitação, tanto na Itália,<sup>137</sup> quanto no Brasil, a tese de Liebman sofreu muitas críticas, que veremos com maior profundidade no segundo capítulo. Neste momento, cabe destacar que o pensamento liebmaniano sofreu reformulação parcial de José Carlos Barbosa Moreira, um de seus mais proeminentes discípulos brasileiros.

Barbosa Moreira corretamente verificou que os efeitos da sentença não são imutáveis. Segundo ele, Liebman teria se libertado da “eficácia”, mas ao mesmo tempo continuava

<sup>132</sup> O Projeto de Novo Código de Processo Civil procura corrigir a terminologia adotada no art.467 do atual CPC, definindo a coisa julgada como a “autoridade”, não “eficácia” (art.483).

<sup>133</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. *Efficacia ed autorità della sentenza*. *Op.cit.*, p.12-14; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Coisa julgada e declaração*. *Op.cit.*, p.27.

<sup>134</sup> MENDELSSOHN-BARTHOLDY, Albrecht. *Die Grenzen der Rechtskraft*. *Op.cit.*, p.12, 352-353; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Effetti della sentenza e cosa giudicata*. *Op.cit.*, p.4-5.

<sup>135</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada institucional*. *Op.cit.*, p.56-57, 105.

<sup>136</sup> Como concluiu MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Ainda e sempre a coisa julgada*. *Op.cit.*, p.10.

<sup>137</sup> Adota substancialmente o conceito liebmaniano FAZZALARI, Elio. *Cosa giudicata e convalida di sfratto*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano X, 1956, p.1304-1305, 1322-1323.

afirmando que a coisa julgada seria uma qualidade da sentença “e de seus efeitos”. Inclusive, observou que Liebman, na sua obra, detém-se mais sobre a suposta imutabilidade *dos efeitos* da sentença do que sobre a imutabilidade de seu conteúdo.<sup>138</sup>

Segundo Barbosa Moreira, ainda que sejam realmente diferentes da autoridade de coisa julgada, tal como afirmou Liebman, os efeitos da sentença não são inalteráveis. Ao contrário, por vezes o sistema até estimula que os efeitos desapareçam. O efeito precípua da sentença condenatória, p.ex., é impor uma prestação e permitir, no caso de seu descumprimento, a execução forçada. Ora, se o réu pagar o valor estipulado na condenação, qual efeito desta sentença sobraría? Da mesma forma, se o efeito principal de uma sentença constitutiva negativa que pronuncia o divórcio é extinguir a relação jurídica matrimonial, o que acontece com este efeito se autor e réu casarem novamente? Por estes e outros exemplos, Barbosa Moreira conclui que os efeitos das sentenças sujeitam-se a mudanças.<sup>139</sup> Por conseguinte, a tal “qualidade” a que se referia Liebman não poderia acobertar a sentença *e seus efeitos*, mas apenas o conteúdo da decisão.

As considerações de Barbosa Moreira receberam os aplausos e a adesão de grande parte da doutrina nacional, que incorporou este “adendo” à tese de Liebman ao lugar comum da teoria da coisa julgada no Brasil.<sup>140</sup>

Não obstante, temos que a divergência de Barbosa Moreira parece ter sido mais um desacordo parcial (limitado à formulação final de Liebman: qualidade da sentença “e dos efeitos”) do que com a tese liebmaniana como um todo.<sup>141</sup> Aliás, Liebman, num dos últimos ensaios que publicou sobre o tema, já em 1979, define a coisa julgada de maneira mais próxima à reivindicação de Barbosa Moreira. Segundo ele, pela *res iudicata*, as partes não poderiam “pretender um novo juízo sobre o que foi validamente decidido por intermédio de uma sentença que representa a disciplina concreta da relação jurídica controvertida”,<sup>142</sup> ou seja, não podem reivindicar uma alteração do conteúdo do *decisum*.

<sup>138</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Ainda e sempre a coisa julgada*. *Op.cit.*, p.12. De fato, assiste razão a Barbosa Moreira. Confirmam-se as passagens de LIEBMAN, Enrico Tullio. *Efficacia ed autorità della sentenza*. *Op.cit.*, p.13, 24, 27, 40, 100, dentre outras.

<sup>139</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. *Revista de Processo*, ano IX, n.34, abr-jun, 1984, p.273 e 279.

<sup>140</sup> MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *A Coisa Julgada*. *Op.cit.*, p.17-19; BUENO, Cássio Scarpinella. Coisa julgada e sentença 'denegatória' em mandado de segurança. *Revista de Processo*, ano 20, n.80, out-dez, 1995, p.226. Um dos grandes opositores da tese foi Ovídio Bapstista da Silva. Cf. SILVA, Ovídio Baptista da. *Conteúdo da sentença e coisa julgada*. *Op.cit.*, p.274-284.

<sup>141</sup> Certo TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. *Op.cit.*, p.36.

<sup>142</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. *Effetti della sentenza e cosa giudicata*. *Op.cit.*, p.7.

#### 1.6.3.6 A coisa julgada como uma situação jurídica nova: a imutabilidade

Seja no que tange aos efeitos, seja apenas em relação ao conteúdo da sentença, ou ainda, dentro deste conteúdo, apenas ao elemento declaratório, o que se pode dizer é que a coisa julgada gira em torno do conceito de inalterabilidade, incontestabilidade, ou, como comumente referido, *imutabilidade* da decisão. Portanto, a coisa julgada coloca-se frente a frente com a questão da mudança: antes da *res iudicata* era possível examinar aquele objeto, agora não mais.

Por esta razão, e abstraindo por ora da distinção entre a coisa julgada e os efeitos da sentença, muitos autores afirmam que o advento da coisa julgada tem uma “eficácia constitutiva própria”, que é a criação de uma *situação jurídica nova* de indiscutibilidade do comando da sentença. A coisa julgada seria então uma situação jurídica que se forma no momento em que a sentença se converte de “instável” em “estável”. E seria a estabilidade precisamente a característica desta nova situação jurídica.<sup>143</sup>

#### 1.6.4 Avaliação das controvérsias entre as teorias materiais e processuais da coisa julgada

##### 1.6.4.1 Críticas recíprocas

Com o desenvolvimento das teorias processuais da coisa julgada, as teorias materiais foram criticadas por criarem uma artificial dualidade entre a verdade dos fatos e a verdade processualmente obtida. Seus defensores partiriam da distinção entre a sentença justa e injusta, atribuindo, *secundum eventum litis*, à sentença justa uma eficácia declarativa e à sentença injusta uma eficácia constitutiva, criativa de direitos. Segundo os adeptos das teorias processuais, se a coisa julgada existe para conferir segurança jurídica, não pode ser relacionada com o direito material, muito menos com a adequação do conteúdo da sentença ao direito substancial: a coisa julgada atinge os objetivos de certeza e segurança jurídica mesmo quando estabiliza julgamentos

---

<sup>143</sup> BETTI, Emilio. *Cosa giudicata e ragione fatta valere*. *Op.cit.*, p.551; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada*. *Op.cit.*, p.281-282; TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. *Op.cit.*, p.44 ss; CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Desconsideração da coisa julgada. Sentença inconstitucional. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, vol.13-14, 2005-2006, p.230.

injustos.<sup>144</sup> Além disso, não é a coisa julgada que cria a injustiça, incorreção ou equívoco contido na própria sentença.<sup>145</sup>

As teorias materiais defendem-se afirmando que os defensores das teses processuais da coisa julgada estariam criando dois ordenamentos jurídicos em paralelo, um pertinente ao direito material abstratamente concebido (o direito objetivo) e outro referente ao direito aplicado no foro.<sup>146</sup> Afinal, haveria estabilização de sentenças injustas e, portanto, de direitos produzidos pela sentença. As teorias processuais da coisa julgada contra-argumentam dizendo que a descoincidência entre a composição ideal (justa) da lide e a solução efetiva do caso pode ser justificada pela necessidade de certeza jurídica, que por vezes suplanta os objetivos de justiça, como vimos, sedimentando decisões incorretas.

Outro argumento contrário às teorias materiais seria o de que poderiam levar a uma oponibilidade *erga omnes* da sentença.<sup>147</sup> Ora, se a sentença tivesse sempre caráter criativo de direitos, não poderia valer apenas *inter partes*.<sup>148</sup> De fato, muitos defensores da teoria material, como Pagenstecher, afirmavam que a teoria processual não explicava satisfatoriamente os efeitos da declaração judicial para certos terceiros.<sup>149</sup>

Trata-se, sem embargo, de crítica fundamentada. Ao emprestar-se à coisa julgada o valor de eficácia substantiva, só haveria três possibilidades: ou se aceita a abrangência subjetiva geral, negando os limites *inter partes* e estendendo a sentença a terceiros; ou se nega o caráter normativo da constituição ou declaração da sentença, aceitando os limites subjetivos restritos aos litigantes; ou se estabelecem regimes diversos para a sentença justa e injusta, sendo esta limitada às partes. Então, por partirem da primeira opção, as teorias materiais seriam incompatíveis com limitação subjetiva da coisa julgada.<sup>150</sup> Por exemplo, as teorias materiais não explicam porque um

<sup>144</sup> KISCH, Wilhelm. *Beiträge zur Urteilslehre*. *Op.cit.*, p.29-30; ROSENBERG, Leo. *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*. *Op.cit.*, p.676; SCHUMANN, Ekkehard. *Fehlurteil und Rechtskraft*. *Op.cit.*, p.319.

<sup>145</sup> KUTTNER, Georg. *Die privatrechtlichen Nebenwirkungen der Zivilurteile*. *Op.cit.*, p.18; SCHUMANN, Ekkehard. *Fehlurteil und Rechtskraft*. *Op.cit.*, p.311.

<sup>146</sup> Veja-se o relato de BLOMEYER, Arwed. *Rechtskrafterstreckung infolge zivilrechtlicher Abhängigkeit*. *Zeitschrift für Zivilprozeß*, ano 75, 1962, p.3.

<sup>147</sup> LENT, Friedrich. *Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozeß*. *Op.cit.*, p.210; ROSENBERG, Leo. *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*. *Op.cit.*, p.676-677. Sobre o debate, KOUSSOULIS, Stelios. *Beiträge zur modernen Rechtskraftlehre*. *Op.cit.*, p.102-103.

<sup>148</sup> Goldschmidt, p.ex., afirmou que Pagenstecher não estava alinhado à ideia de limites subjetivos, afinal, dentro da lógica dele, deveria a sentença valer para todos. GOLDSCHMIDT, James. *Der Prozess als Rechtslage*. *Op.cit.*, p.177-180. Confira-se ainda LENT, Friedrich. *Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozeß*. *Op.cit.*, p.242 ss.

<sup>149</sup> PAGENSTECHEER, Max. *Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft*. *Op.cit.*, p.37-40, 75-94, 302-305.

<sup>150</sup> BLOMEYER, Arwed. *Rechtskrafterstreckung infolge zivilrechtlicher Abhängigkeit*. *Op.cit.*, p.5; SOUSA, Miguel Teixeira de. O objeto da sentença e o caso julgado material (estudo sobre a funcionalidade processual). *Revista Forense*, ano 81, vol.292, out-dez. 1985, p.180.

julgado sobre direitos absolutos deveria apenas valer entre as partes se o conteúdo do direito disputado (p.ex., a propriedade sobre um bem), contém uma obrigação genérica de abstenção.<sup>151</sup>

#### 1.6.4.2 O debate entre dualismo e monismo

Allorio afirmava que as divergências entre as concepções materiais e processuais da coisa julgada derivam do reflexo da discussão sobre a função e os objetivos do processo. Os adeptos das teorias processuais entendem o escopo do processo como sendo a atuação do direito. Assim, se o processo serve para a aplicação do direito objetivo, não se pode imaginar que a sentença crie direitos.<sup>152</sup> Por outro lado, as teorias materiais pensavam que o escopo do processo é a composição da lide, e a atuação da lei aparece apenas como o meio através do qual este objetivo pode ser alcançado. Neste cenário, a sentença poderia ter efeitos criativos no campo material.<sup>153</sup>

De nossa parte pensamos que à base desta discussão esteve uma outra divergência, comumente não verbalizada,<sup>154</sup> que é aquela entre as concepções monista e dualista do ordenamento jurídico, ou seja, se os direitos preexistem à sentença ou se a jurisdição seria propriamente uma *juris dictio*, com função criativa.<sup>155</sup> Para admitir a possibilidade de prolação de sentenças injustas, tem que se partir do dualismo, da premissa de que existiria uma ordem jurídica legislativa que *precede* a formação da regra da sentença.<sup>156</sup> No monismo não caberiam sentenças “injustas”, porque é a decisão que cria o direito. Pensamos que o grande defeito das teorias

<sup>151</sup> BETTI, Emilio. *Cosa giudicata e ragione fatta valere*. *Op.cit.*, p.552; MUSIELAK, Hans-Joachim. *Grundkurs ZPO*. *Op.cit.*, p.371. E também não explicariam como haveria coisa julgada em decisões de natureza puramente processual. Cf. POHLMANN, Petra. *Zivilprozessrecht*. *Op.cit.*, p.290. Desenvolveremos o tema adiante.

<sup>152</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Reflexões a respeito da natureza da coisa julgada como problema filosófico*. *Op.cit.*, p.244.

<sup>153</sup> Como percebeu ALLORIO, Enrico. *Natura della cosa giudicata*. *Op.cit.*, p.222-229 e 236..

<sup>154</sup> Expressamente a enfrentam FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *A coisa julgada nas ações de alimentos*. *Op.cit.*, p.13; NIEVA FENOLL, Jordi. *La cosa juzgada*. *Op.cit.*, p.50 e nota 166. Embora não a trabalhe abertamente, transparece a dificuldade em TOMEI, Giovanni. *Cosa giudicata o preclusione nei processi sommari ed esecutivi*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano XLVIII, n.3, 1994, p.836-837, 856-858, 861.

<sup>155</sup> Confira-se a defesa do dualismo em WACH, Adolf. *Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts*. Leipzig: Duncker & Humblot, vol.1, 1885, p.3-4. Aliás, é de Wach a célebre frase de que o juiz não criava o direito ou dever com a sentença, mas apenas os evidenciava. WACH, Adolf. *Die richterlichen Dekrete, in Vorträge über die Reichs-Civilprozessordnung*. 2. ed., Bonn: Adolph Marcus, 1896, p.98. Sobre o tema, em perspectiva crítica, Cf. BINDER, Julius. *Prozeß und Recht. Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsschutzanspruch*. Leipzig: Deichert, 1927, p.8-9, 103-107, 231, 257, 310 ss.

<sup>156</sup> Como perceberam PAGENSTECHE, Max. *Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft*. *Op.cit.*, p.34, 36-37, 302-305; GOLDSCHMIDT, James. *Der Prozess als Rechtslage*. *Op.cit.*, p.212 e 214; BINDER, Julius. *Prozeß und Recht*. *Op.cit.*, p.253-258, 310-319. Sobre a tese de Binder, confira-se a crítica de BÖTTICHER, Eduard. *Kritische Beiträge zur Lehre von der materiellen Rechtskraft im Zivilprozeß*. *Op.cit.*, p.107-108, 170-171. Liebman, em certo sentido, também reconduz o problema a este ponto. No entanto, diz que a pergunta sobre se a sentença cria ou não direitos nada tem a ver com a coisa julgada. Cf. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Efficacia ed autorità della sentenza*. *Op.cit.*, p.31. É certo que se trata de discussões diversas. Todavia, por coerência científica, um debate necessariamente influencia o outro.



materiais é sustentar a função constitutiva da sentença, mas ao mesmo tempo separar as sentenças justas das injustas, e somente para estas reconhecer eficácia criativa, através da coisa julgada.

#### 1.6.4.3 Krückmann e o “ordenamento de posse” para explicar a coisa julgada

Uma curiosa concepção elaborada para tentar solucionar o problema que as teorias materiais enxergavam na sentença injusta foi aquela desenvolvida por Krückmann: a coisa julgada como uma “posse jurídica”.

Para ele, deveria existir um “ordenamento de posse” ao lado do ordenamento jurídico, e que refletiria a possibilidade de exercício (gozo, fruição) de posições substanciais. A diferença do julgamento justo para o injusto é que, na sentença justa, as dimensões do ordenamento jurídico e do ordenamento de posse jurídica coincidem; na decisão injusta não, porque a capacidade de gozo sobre o objeto do *decisum* não corresponde a uma posição substancial no ordenamento jurídico: existiria apenas um “direito aparente”.<sup>157</sup> Esse desdobramento, segundo o autor, seria importante para justificar os casos em que se acolhe a *exceptio doli generalis*, que evidentemente não abrange o exercício de efetivos direitos.<sup>158</sup>

Na avaliação que fizemos no item anterior a respeito do cerne da disputa entre teorias materiais e processuais sobre a coisa julgada, afirmamos que o problema possa estar na concepção dualista ou monista do ordenamento. Krückmann talvez tenha tido pouco sucesso em suas investigações porque, apesar de adotar posição materialista em relação à *res iudicata* (que se adequaria mais ao monismo), reproduz a dualidade de dimensões que as teorias materiais queriam evitar.

Com efeito, a tese de Krückmann sofreu muitas críticas<sup>159</sup> e nunca ganhou grande aceitação ou repercussão. Um dos autores que de certa maneira aderiu à ideia foi Allorio, igualmente defensor da teoria material da coisa julgada, tendo sido também criticado pela literatura italiana.<sup>160</sup>

---

<sup>157</sup> KRÜCKMANN, Paul. *Die materielle Urteilstwirkung. Zeitschrift für deutschen Civilprozeß*, ano 47, 1918, p.1-2, 4-9, 28, 32-34, 49-50: *Idem, Nachlese zur Unmöglichkeitstheorie. Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, ano 57, 1910, p.50, 98, 102, 104-105, 109 ss.

<sup>158</sup> KRÜCKMANN, Paul. *Die materielle Urteilstwirkung. Op.cit.*, p.6-7.

<sup>159</sup> GOLDSCHMIDT, James. *Der Prozess als Rechtslage. Op.cit.*, p.215-227.

<sup>160</sup> Confirmam-se as duras críticas de VELLANI, Mario. *Appunti sulla natura della cosa giudicata. Op.cit.*, p.19 ss, 36.

#### 1.6.4.4 Existe importância prática nesta discussão teórica? A inalterabilidade da sentença e a vontade das partes

Apesar de todo este debate ter trazido frutos teóricos para a correta definição da coisa julgada, muitos autores não se furtam a exprimir seu descontentamento com o enorme gasto de energia despendida pela doutrina para uma discussão sem aplicabilidade. Muitos afirmam que o debate tem pouca ou escassa utilidade prática porque os verdadeiros problemas da *res iudicata* seriam referentes aos seus limites, ponto para o qual nenhuma valia tem a discussão acerca da natureza da coisa julgada.<sup>161-162</sup> Ainda há aqueles que desmerecem a discussão porque ambas as teorias (material e processual), mesmo que teoricamente incompatíveis,<sup>163</sup> levariam a resultados práticos similares.<sup>164</sup>

Na verdade, se houve alguma discussão no período de transição entre uma e outra teoria, é mister reconhecer que, entre ambas, menos que controvérsia houve uma sucessão: hoje a teoria processual é praticamente unânime em doutrina.<sup>165</sup> Porém, mesmo entre os adeptos da concepção

---

<sup>161</sup> BLOMEYER, Jürgen. *Zum Streit über Natur und Wirkungsweise der materiellen Rechtskraft insbesondere zu seiner praktischen Bedeutung*. *Juristische Rundschau*, n.11, 1968, p.408 e 411; ZEISS, Walter; SCHREIBER, Klaus. *Zivilprozessrecht*. *Op.cit.*, p.217. Jordi Nieva Fenoll argumenta fortemente: “*Temo ser un poco duro, pero la situación actual me remito. Las teorías non hán aportado prácticamente nada útil a la práctica judicial, sino más bien un aumento de las dificultades. Me pregunto qué importa, o qué diferencia existe si pensamos que un juicio anterior debe tenerse por verdadero, o bien es verdadero, o bien se presume que ha de ser verdadero. Me cuestiono también qué puede cambiar el hecho de que ese juicio anterior haya modificado la realidad jurídica material, o deba presumirse que la ha modificado, o no la haya modificado, sino que solamente haya que afirmar que el Juez del segundo proceso está vinculado por lo que que dijo el Juez del primer proceso. Me cuestiono también – y non acierto a dar tampoco con ninguna respuesta satisfactoria – qué importancia tendrá que, supuestamente, el Derecho romano sobre la cosa juzgada estuviera basado en el hecho de la consunción de la acción, y el Derecho germánico en el vínculo que un juicio anterior suponía para el Juez posterior. ¿Nos ayuda todo eso a resolver en qué medida el segundo juicio ha de ser compatible con el primero? Creo que no*”. NIEVA FENOLL, Jordi. *La cosa juzgada*. *Op.cit.*, p.80. Veja-se também p.50, 93-94.

<sup>162</sup> São poucos os autores, talvez de outras gerações, como Pagenstecher e Allorio, que enxergavam aplicação prática na discussão. Cf. ALLORIO, Enrico. *Natura della cosa giudicata*. *Op.cit.*, p.221; PAGENSTECHEER, Max. *Nochmals: Die praktische Bedeutung des Streites über die Rechtskraft*. *Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozessrecht*, ano 6, 1914, p.492, 496.

<sup>163</sup> Sauer também queria unificar os principais objetivos de ambas as vertentes, e falou de uma “capacidade de constituição de nova situação jurídica através do juízo”. SAUER, Wilhelm. *Allgemeine Prozessrechtslehre*. Berlin: Carl Heymanns, 1951, p.233 ss. Alguns autores, como Willis Santiago Guerra Filho, tentam até mesmo afirmar serem ambas as concepções compatíveis porque os dois aspectos do mesmo fenômeno seriam a coisa julgada formal e material. Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Reflexões a respeito da natureza da coisa julgada como problema filosófico*. *Op.cit.*, p.245. Não podemos, com a devida vênua, concordar com o autor. Em nosso sentir, toda a discussão sobre as teorias materiais e processuais tem por objeto apenas a coisa julgada material e é apenas esta que se tem em mente quando: 1) menciona-se um tal “vínculo” dos juízes de futuros processos (o que evidentemente não é próprio da coisa julgada formal); e 2) o debate abarca a questão de aplicação da lei ou criação de um direito novo. Parece-nos claro que se está a comentar o julgamento de mérito, o juízo sobre os direitos em disputa, sobre as situações de direito substancial, o que uma vez ainda é compreendido no espectro da coisa julgada material, mas não da coisa julgada formal.

<sup>164</sup> Com razão, POHLE, Rudolf. *Gedanken über das Wesen der Rechtskraft*. *Op.cit.*, p.380; MARTENS, Joachim. *Rechtskraft und materielles Recht*. *Op.cit.*, p.405; BLOMEYER, Arwed. *Rechtskrafterstreckung infolge zivilrechtlicher Abhängigkeit*. *Op.cit.*, p.3. Divergindo GAUL, Hans Friedhelm. *Die Entwicklung der Rechtskraftlehre seit Savigny und der heutige Stand*. *Op.cit.*, p.443-444.

<sup>165</sup> Isto já era admitido há quase um século por adeptos da teoria material como ALLORIO, Enrico. *Natura della cosa giudicata*. *Op.cit.*, p.218.

vitoriosa, há autores como Guerra Filho e Cresci Sobrinho, p.ex., para os quais a busca pelo conceito de coisa julgada é um pseudo-problema.<sup>166</sup>

Apesar das críticas quanto à inexistência de importância prática neste discussão, assim não pensamos, com todas as vênias aos ilustres professores. É verdade que, como veremos a seu tempo, toda a divergência aparentemente reflete um debate em que muitos autores usam o termo coisa julgada em diferentes acepções. Mas algumas das questões discutidas revelam sim importantes pontos de estrangulamento do ordenamento jurídico que merecem atenção doutrinária.

O debate sobre se a coisa julgada circunscreve-se ao elemento declaratório ou não, p.ex., é deveras relevante porque coloca em questão a indagação sobre qual a vinculação das partes ao conteúdo da sentença. As partes poderiam dispor em sentido contrário ao decidido? P.ex., tendo a sentença de improcedência declarado inexistente o direito alegado pelo autor, podem as partes “reconhecer” o direito? Em se tratando de direitos disponíveis, não teríamos dúvida em responder afirmativamente. Nesta análise, se considerarmos possível a alteração voluntária do que ficou decidido anteriormente, a coisa julgada aparentemente não teria sido formada sobre a declaração pois, afinal, o conteúdo da sentença era mutável.

Mas vamos além: se tal disponibilidade ou renúncia sobre a coisa julgada é possível, é relevante também, como lembra Talamini, saber o momento em que se constitui o direito, se a partir da nova avença (as partes estariam constituindo um “direito novo”) ou retroativamente (estariam reconhecendo um direito pretérito que a sentença afirmou inexistente), o que teria também grande importância prática para verificarmos direitos de terceiros ou o regime jurídico aplicável à matéria (pensemos na sucessão de leis no tempo).<sup>167</sup> Portanto, ainda que grande parte dos debates teóricos realmente não tenha múltiplas aplicações, há sim algumas repercussões práticas das discussões sobre a natureza e o conceito de coisa julgada.

#### 1.6.4.5 Balanço geral da polêmica e reconceituação da coisa julgada

Após vermos a tentativa da legislação brasileira em conceituar a coisa julgada, e depois do relato a respeito das principais teorias a respeito, podemos agora reformular o conceito de

<sup>166</sup> CRESCI SOBRINHO, Elício de. *Coisa julgada*. *Op.cit.*, p.237. Humberto Theodoro Jr. também afirma que esta discussão é puramente acadêmica e não tem valor prático. THEODORO JR., Humberto. Coisa julgada, ação declaratória seguida de condenatória. *Revista de Processo*, ano 21, n.81, jan-mar, 1996, p.94.

<sup>167</sup> TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. *Op.cit.*, p.39.

coisa julgada e identificar na doutrina tradicional majoritária sua definição predominante: coisa julgada é a *qualidade* que cobre as *sentenças de mérito* e que torna *imutável e indiscutível o conteúdo* da sentença quando não mais cabível qualquer recurso.

Queremos lembrar que esta conceituação é aqui elaborada apenas em referência ao estado do conhecimento ortodoxo sobre a coisa julgada, tal como descrito neste capítulo. Mais à frente, quando expusermos nossas críticas ao pensamento tradicional hoje dominante, tentaremos expor ideias e conceito próprios sobre a estabilidade.

Sigamos agora na exposição sobre as linhas gerais da coisa julgada na tradição jurídica europeia-continental.

## **1.7 Alcance e extensão: os limites da coisa julgada**

Talvez a maior relevância prática do estudo sobre a *res iudicata* seja a análise dos chamados “limites da coisa julgada”. Sem embargo, a importância política e social da *res iudicata* faz com que haja preocupação em circunscrever a projeção subjetiva, objetiva e temporal da imunização das decisões estatais, deixando claro dentro de quais limitações existirá (e persistirá) a indiscutibilidade do que foi decidido.

Neste âmbito, geralmente a doutrina brasileira faz referência aos limites objetivos e subjetivos da coisa julgada. Alguns autores no Brasil, bem como grande parte da literatura comparada, mencionam também os denominados limites temporais da coisa julgada. Pela limitação temática proposta neste trabalho, falaremos apenas dos limites objetivos e temporais.

### **1.7.1 Limites objetivos**

#### **1.7.1.1 Evolução histórica e a regra atual da limitação ao dispositivo da sentença**

A pergunta que deve ser formulada quando examinamos os chamados limites *objetivos* da coisa julgada é “*o quê*” é atingido pela vinculatividade do julgado? Se é evidente que a coisa julgada deva circunscrever algum objeto da disputa (*quantum iudicatum quantum disputatum vel disputari debeat*), a busca pelos limites objetivos é a própria pesquisa sobre este conteúdo;

significa, em outras palavras, perquirir *quais* elementos da cognição ou do julgamento que se tornam imutáveis e indiscutíveis.

Sobre o tema, duas orientações foram verificadas historicamente. Até a publicação da *Zivilprozessordnung* (ZPO) alemã, defendia-se que todos os “elementos” da sentença seriam abrangidos pela coisa julgada, inclusive os motivos da sentença que fossem “objetivamente uma parcela da relação jurídica”. Trata-se da célebre formulação de Savigny, que retirava do âmbito da *res iudicata* apenas os motivos que representassem fatores de convencimento puramente subjetivo do magistrado,<sup>168</sup> mas incluía na proteção da coisa julgada as exceções e as questões prejudiciais.<sup>169</sup> P.ex., a solução sobre a propriedade numa demanda reivindicatória seria vinculante no processo sobre a servidão no mesmo bem;<sup>170</sup> a condição de herdeiro do autor, reconhecida num primeiro processo, seria vinculante em lide futura em que se vindicasse uma coisa pertencente à herança;<sup>171</sup> o parentesco reconhecido anteriormente seria vinculante na posterior ação de alimentos;<sup>172</sup> a culpa reconhecida na demanda pela cobrança do capital seria vinculante no processo para a cobrança dos juros, e por aí em diante.

A tese de Savigny só veio a ser abandonada com a edição da ZPO alemã, sobretudo pela expressa limitação objetiva empreendida no seu §322.<sup>173</sup> Porém, aquele modelo de vinculatividade das razões da decisão foi observado no Brasil durante muito tempo, primeiro no Regulamento n° 737/1850 e depois na redação do art.287, parágrafo único, do CPC de 1939.<sup>174</sup>

Foi só depois da edição do Código de Processo Civil de 1973 que a doutrina brasileira, juntamente com a literatura europeia<sup>175</sup> e latino-americana,<sup>176</sup> passou a relacionar a abrangência

<sup>168</sup> SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen Römischen Rechts*. *Op.cit.*, vol.VI, p.273 ss, 352 ss, 361. Confira-se a evolução em GAUL, Hans Friedhelm. *Die Entwicklung der Rechtskraftlehre seit Savigny und der heutige Stand*. *Op.cit.*, p.471 ss; PARRY, Adolfo E. *Limites objetivos de la cosa juzgada*. *Revista Jurídica Argentina La Ley*, t.29, jan-mar, 1943, p.856. Sobre o tema, na literatura brasileira, MOREIRA, José Carlos Barbosa. Questões prejudiciais e coisa julgada. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado da Guanabara*, n.16, 1967, p.217 ss.

<sup>169</sup> NIEVA FENOLL, Jordi. *La cosa juzgada*. *Op.cit.*, p.43.

<sup>170</sup> SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen Römischen Rechts*. *Op.cit.*, vol.VI, p.349 ss, 435 ss.

<sup>171</sup> *Ibidem*, p.347, 430.

<sup>172</sup> *Ibidem*, p.437.

<sup>173</sup> Diz o dispositivo da ordenança tedesca: “*Urteile sind der Rechtskraft nur insoweit fähig, als über den durch die Klage oder durch die Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist*”. (Tradução: “As sentenças só podem ser acobertadas pela coisa julgada na extensão do que foi decidido sobre as pretensões da ação e da reconvenção”). Como ainda veremos mais à frente, o abandono da tese também se deu em função da introdução do instituto da ação declaratória incidental.

<sup>174</sup> Dizia o texto da lei: “Art. 287. A sentença que decidir total ou parcialmente a lide terá força de lei nos limites das questões decididas. Parágrafo único. Considerar-se-ão decididas todas as questões que constituam premissa necessária da conclusão”.

<sup>175</sup> Assim também a doutrina amplamente majoritária na Europa após a edição da ZPO alemã, com o dispositivo, inicialmente no §293, atualmente §322. Cf. HELLWIG, Konrad. *System des deutschen Zivilprozeßrechts*. *Op.cit.*, p.791-792. Na Itália, BETTI, Emilio. *Cosa giudicata e ragione fatta valere*. *Op.cit.*, p.546. Na França, Cf. COLIN, Ambroise; CAPITANT, Henri. *Cour Élémentaire de Droit Civil Français*. *Op.cit.*, t.II, p.454; BLÉRY, Corinne. *L’efficacité substantielle des jugements civils*. *Op.cit.*, p.94-95. No processo internacional: DE VISSCHER, Charles. *La chose jugée devant la Cour Internationale de la Haye*. *Op.cit.*, p.6-7.

da coisa julgada à parte dispositiva da sentença.<sup>177</sup> A matéria veio tratada nos arts.469 e 470, não tendo se restringido a lei a definir o que é abrangido pela coisa julgada, mas dispendo também sobre as matérias *excluídas* da *auctoritas rei iudicatae*, até com certa redundância, já que as hipóteses poderiam se resumir ao inciso I do art.469.<sup>178</sup>

Ficaria ao largo da disciplina da coisa julgada, e fora da vinculatividade dela decorrente, toda a “massa lógica” que precede a conclusão, vale dizer, todas as demais questões contidas na sentença, inclusive a fundamentação.<sup>179</sup> Os fatos analisados pelo juiz, bem como a resolução das questões de direito, a cognição e decisão sobre os argumentos das partes, sobre as questões preliminares e prejudiciais, tudo fica à margem da indiscutibilidade, podendo ser novamente debatido e decidido em outro processo.<sup>180</sup> Vejamos um exemplo: A propõe contra R ação de despejo sob a alegação de infração contratual, pois o locatário teria danificado o imóvel. O juiz se convence da alegação de danos ao prédio e julga procedente o pedido, determinando o despejo. Apenas a ordem para que o réu deixe o imóvel alugado torna-se estável, enquanto a solução da questão de fato (a existência dos danos) não é coberta pela autoridade da coisa julgada. Portanto, em processo posterior, como numa demanda em que se busque a indenização pelos prejuízos causados ao bem, é possível que outro juízo considere não haver prova suficiente da existência dos danos e, se isso ocorresse, não haveria qualquer ofensa à coisa julgada.

### 1.7.1.2 Função e justificativa do estabelecimento dos limites objetivos

#### 1.7.1.2.1 A vontade do Estado e o dispositivo

Por quê surgiu a limitação objetiva da coisa julgada ao dispositivo da sentença? A resposta a esta indagação recebeu tratamento diverso na literatura. Alguns afirmam que a limitação objetiva decorreu de uma evolução histórica: era o esforço de fugir e superar a coisa julgada como presunção de verdade, porque se excluía os motivos da decisão da abrangência da

<sup>176</sup> COUTURE, Eduardo J. *La cosa juzgada como presunción legal*. *Op.cit.*, p.19; PARRY, Adolfo E. *Limites objetivos de la cosa juzgada*. *Op.cit.*, p.852.

<sup>177</sup> Como ensinam NEVES, Celso. *Coisa julgada no direito tributário*. *Op.cit.*, p.240; TUCCI, José Rogério Cruz e. Identificação de ações – apreciação *incidenter tantum* – não abrangência pelo julgado – inexistência de coisa julgada material – enriquecimento indevido. *Revista Jurídica*, ano 49, n.289, novembro, 2001, p.51.

<sup>178</sup> Como bem atentou MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo Código de Processo Civil*. *Op.cit.*, p.31.

<sup>179</sup> MENCHINI, Sergio. *Regiudicata civile*. *Op.cit.*, p.434; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Coisa julgada, 'collateral estoppel' e eficácia preclusiva 'secundum eventum litis'. *Op.cit.*, p.26.

<sup>180</sup> GRUNSKY, Wolfgang. *Zivilprozessrecht*. *Op.cit.*, p.233.

*res iudicata*.<sup>181</sup> Era a tentativa de escapar das teorias materiais, que, por relacionarem a coisa julgada ao direito substancial, precisavam dos motivos da decisão para definir seu alcance objetivo.

Outros autores buscam justificar os limites objetivos no fato de que a estabilidade do resultado concreto do processo, com a consequente imutabilidade do comando judicial, deveria ser compreendida não no seu sentido formal, mas no “sentido de outorga da tutela jurisdicional, que recai sobre uma situação concreta”.<sup>182</sup> Ou seja, aparentemente, nesta visão, tratar-se-ia apenas da necessidade de precisar qual a relação de direito material que será atingida pela estabilidade ou, em outras palavras, definir o âmbito de incidência da *lex specialis* da sentença.

Finalmente, há aqueles para os quais as premissas não fazem coisa julgada porque a sentença adquire essa autoridade como *ato de vontade* (não como ato de inteligência). Algo similar ocorreria nos atos legislativos: os debates parlamentares que antecedem a edição da lei são diferentes de seu texto final promulgado, este sim imperativo e estável.<sup>183</sup> As leis, portanto, desprendem-se dos debates parlamentares (as deliberações racionais-cognitivas) que as geraram.<sup>184</sup> Então, nessa linha, só o ato de vontade do Estado deveria ser acobertado por algum tipo de estabilidade, mas não a atividade intelectual (ou cognitiva) que precede a conclusão estatal.<sup>185</sup>

A sentença, portanto, mesmo sendo ato de inteligência e vontade ao mesmo tempo, adquire coisa julgada apenas como ato volitivo, e não pelas suas premissas lógicas.<sup>186</sup> Como a expressão da vontade do Estado encontra-se no dispositivo, seria natural confinar a coisa julgada apenas a este extrato da decisão.

#### 1.7.1.2.2 Objeto do processo e limites objetivos

Não obstante a ligação da coisa julgada ao elemento volitivo da sentença, as mais bem sucedidas justificações para a limitação objetiva da coisa julgada ao dispositivo vieram das

<sup>181</sup> CRESCI SOBRINHO, Elício de. *Coisa julgada*. *Op.cit.*, p.241.

<sup>182</sup> TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. *Op.cit.*, p.82.

<sup>183</sup> Neste sentido, talvez alguns autores afirmem que, como explicado por Carnelutti, que a limitação da coisa julgada ao dispositivo existe para deixar claro que, “no instituto da coisa julgada, sentença e lei se tocam”. CARNELUTTI, Francesco. *Lineamenti della riforma del processo civile di cognizione*. *Studi di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, vol.IV, 1939, p.427.

<sup>184</sup> É conhecida a lição de que, ao buscar-se a interpretação teleológica de uma lei, devemos atentar que a *mens legis* é diversa da *mens legislatoris*.

<sup>185</sup> Sobre esta corrente, confira-se a exposição e a crítica de ESTELLITA, Guilherme. *Da cousa julgada: fundamento jurídico e extensão aos terceiros*. *Op.cit.*, p.69-71 e 150.

<sup>186</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile*. *Op.cit.*, p.79-80, 916-917.

investigações sobre o significado do “objeto do processo”, o chamado *Streitgegenstand* (literalmente: objeto do litígio) na processualística germânica. O tema recebeu grande atenção de muitos estudiosos ao redor do mundo e o conceito ainda hoje possui papel de destaque na doutrina, sendo usado para a análise de inúmeros institutos processuais além da coisa julgada, tais como a litispendência, a conexão, a continência, a cumulação de demandas, dentre outros.

A doutrina salienta que a palavra “objeto” significa etimologicamente “por diante de”, tanto na origem latina do termo (*ob + ictum*), quanto na sua versão germânica (*gegen + Stand*). O objeto do processo reflete, então, o material que as partes trazem ao processo, submetendo-o a apreciação e julgamento. Na Itália, o debate sobre o objeto do processo estabeleceu-se apenas tardiamente na doutrina, a partir do conceito de *fattispecie* (ou tipo-substancial) e sobretudo nas discussões sobre a identificação da demanda e as teorias da substanciação e individualização, temas tão caros à literatura peninsular.<sup>187</sup>

Mas o que é o *Streitgegenstand*? Historicamente, as primeiras formulações observadas foram as teorias materiais a respeito do objeto do processo. Para as vertentes materialistas, o objeto do processo teria um conteúdo substancial, geralmente ligado às alegações do autor.<sup>188</sup>

Posteriormente, ganharam força as teses puramente processuais a respeito do objeto do processo. Para esta variante, o *Streitgegenstand* seria descoberto à luz de elementos estritamente processuais, sem qualquer relação com o direito material e geralmente assimilados ao pedido. Embora tenha havido, na década de 1970, uma reação das teorias materialistas,<sup>189</sup> hoje prevalecem amplamente as teses que buscam critérios processuais para determinar o *Streitgegenstand*.

O primeiro a definir o objeto do processo sob um prisma puramente processual foi Arthur Nikisch: objeto do processo seriam as conclusões do autor (pretensão) individuadas pela determinação dos fatos. Mas foram Schwab e Habscheid, já nos anos 50 do séc.XX, que

---

<sup>187</sup> DE STEFANO, Giuseppe. *Per una teoria dell'oggetto del processo*, in *Scritti Giuridici in memória di Piero Calamandrei*. Padova: Cedam, vol.II, 1958, p.227 ss.

<sup>188</sup> LENT, Friedrich. *Streitgegenstand und Rechtskraft*, in *Scritti Giuridici in memória di Piero Calamandrei*. Padova: Cedam, vol.II, 1958, p.315 ss, 322-323.

<sup>189</sup> Os mais recentes defensores da teoria substancialista, como Henckel e Rimmelspacher, adotam posicionamentos similares ao dizerem que o objeto do processo é definido no direito material, individuado pelo conteúdo da demanda e pelo título invocado (fundado sobre fatos e determinado por normas substanciais). Defendem, portanto, uma definição preponderantemente substancial, identificando de certa maneira o *Streitgegenstand* com o *Verfügungsgegenstand*, ou seja, o objeto substancial da esfera de disponibilidade do autor, apenas acrescido de alguns elementos processuais. Rimmelspacher, p.ex., divide a pretensão material em posição jurídica (*Rechtsposition*), que é a expectativa de uma prestação, e a proteção jurídica (*Rechtsbehelf*), a possibilidade de exigir a satisfação da expectativa. Cf. RIMMELSPACHER, Bruno. *Materiellrechtlicher Anspruch und Streitgegenstandsprobleme im Zivilprozess*. Göttingen: Otto Schwarz, 1970, p.78 ss, 107, 113, 168-173.



reacenderam o debate a respeito do *Streitgegenstand* e produziram as mais célebres teses a respeito.<sup>190</sup>

Schwab, em posicionamento que se tornou clássico e majoritário no Brasil, defendia uma concepção “unitária” do objeto do processo, afirmando que este consiste somente na conclusão do autor, isto é, o pedido (*Begehren*). Apenas em caso de dúvida sobre se estamos diante de uma demanda diversa ou idêntica (em um segundo processo) é que se poderia recorrer à causa de pedir.<sup>191</sup>

Uma outra vertente da concepção processual do objeto do processo, liderada por Habscheid, sustenta que o *Streitgegenstand* teria duas “camadas” ou “subdivisões”, posição que prevalece até hoje na doutrina tedesca<sup>192</sup> e austríaca.<sup>193</sup> Para os defensores deste entedimento, se a *causa petendi* é elemento essencial da demanda, não poderia ser compreendida apenas como método interpretativo do pedido. Ao contrário, deveria ser incorporada ao objeto do processo.<sup>194</sup>

A relação entre o objeto do processo e a coisa julgada, como se verá adiante, é próxima. Se defendemos, como Schwab, que o objeto do processo é o pedido, a *res iudicata* se limita a ele; porém, no sentido da tese de Habscheid, muitos afirmam que a coisa julgada abrange também aspectos da causa de pedir que são necessários ou “decisivos” para a compreensão do objeto do processo (pedido e causa de pedir).<sup>195</sup> Sem embargo, hoje em dia se sustenta, aqui e ali, que o objeto do processo compreende uma relação simbiótica entre pedido e causa de pedir,<sup>196</sup> e por isso a indiscutibilidade deve estender-se a certos pontos da *causa petendi*.

<sup>190</sup> SCHWAB, Karl Heinz. *Der Streitgegenstand im Zivilprozess*. München: C.H.Beck, 1954, *passim*; HABSCHIED, Walter J. *Der Streitgegenstand im Zivilprozess und im Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit*. Bielefeld: Gieseking, 1956, *passim*.

<sup>191</sup> SCHWAB, Karl Heinz. *Der Streitgegenstand im Zivilprozess*. *Op.cit.*, p.139, 151, 183-185. Sobre o tema, na doutrina italiana, Cf. DE STEFANO, Giuseppe. *Per una teoria dell'oggetto del processo*. *Op.cit.*, p.233-236.

<sup>192</sup> HABSCHIED, Walter J. *Der Streitgegenstand im Zivilprozess*. *Op.cit.*, p.192, 206 ss, 221-222; MUSIELAK, Hans-Joachim. *Der rechtskräftige entschiedene Lebenssachverhalt. Versuch einer Abgrenzung*. *Neue Juristische Wochenschrift*, ano 53, n.49, 2000, p.3593-3594.

<sup>193</sup> BÖHM, Peter. *Die Ausrichtung des Streitgegenstands am Rechtsschutzziel*, in RECHBERGER, Walter H. e WELSER, Rudolf (Orgs.). *Festschrift für Kralik zum 65. Geburtstag*. Wien: Manz, 1986, p.87 ss; RECHBERGER, Walther H.; SIMOTTA, Daphne-Ariane. *Zivilprozessrecht*. 7. ed., Wien: Manz, 2009, p.193.

<sup>194</sup> HABSCHIED, Walter J. *L'oggetto del processo nel diritto processuale civile tedesco*. *Rivista di Diritto Processuale*, vol.XXXV, II, 1980, p.461.

<sup>195</sup> Em sentido semelhante, GRINOVER, Ada Pellegrini. Considerações sobre os limites objetivos e a eficácia preclusiva da coisa julgada. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, ano III, n.16, mar-abr, 2002, p.25-27; ALVIM, José Manuel de Arruda. Coisa julgada. Limites objetivos. Ação prejudicial externa. Julgamento. Ação cautelar. Efeitos. Ação Rescisória. Requisitos. Liquidação por artigos para apuração de perdas e danos. Julgamento antecipado. *Revista de Processo*, ano XII, n.46, abr-jun, 1987, p.179; BLÉRY, Corinne. *L'efficacité substantielle des jugements civils*. *Op.cit.*, p.123-124; GRUNSKY, Wolfgang. *Zivilprozessrecht*. *Op.cit.*, p.99.

<sup>196</sup> Mesmo assim reconhecendo, muitos ainda adstringem a coisa julgada ao dispositivo da sentença. Cf.MUSIELAK, Hans-Joachim. *Grundkurs ZPO*. *Op.cit.*, p.97-99; ZEISS, Walter; SCHREIBER, Klaus. *Zivilprozessrecht*. *Op.cit.*, p.129, 221; ADOLPHSEN, Jens. *Zivilprozessrecht*. *Op.cit.*, p.244.

Note-se que, com a inclusão da causa de pedir no objeto do processo, há uma extensão do espectro da vinculatividade da coisa julgada, diminuindo-se a possibilidade de rediscussão por aumentar o âmbito de questões incluídas nos limites objetivos.<sup>197</sup>

Pois o grande problema nas concepções do objeto do processo que abarcam a causa de pedir é justamente que elas podem levar a uma “fuga” da coisa julgada. É que a *causa petendi* corresponde ao conjunto de fatos alegados, e sua inclusão no objeto do processo poderia tornar a coisa julgada inócua se houvesse um apego às alegações de fatos históricos, precisados em determinada data e hora. O litigante facilmente escaparia da coisa julgada em um segundo processo com sutis alterações na sua linha argumentativa anterior.

Para evitar esta excessiva abertura, muitos autores lançam mão de conceitos que compreenderiam todas as situações ocorridas na vida dos litigantes e que seriam aptas a configurar o complexo fático dentro do qual o processo deverá ficar atrelado. Segundo Habscheid, o *Streitgegenstand* compreenderia as alegações de direito (*Rechtsbehauptungen*) ou pretensão (em sentido material e processual), somado ao “estado de fato” (*Lebenssachverhalt*) sobre o qual se embasa. Seria o conceito de *estado de fato* que evitaria a prisão do objeto do processo a apenas um acontecimento histórico, englobando todos os fatos que constituam um conjunto de acontecimentos da vida dos litigantes. Além disso, como o estado de fato não varia, refletindo um conjunto de fatos relacionados entre si, a coisa julgada ficaria ligada a esse complexo. Então, se o sujeito processual esquecesse de alegar um evento dentro daquele estado de fato, não poderia repropor a demanda porque tal fato já se considerará incluído no conjunto anterior, e então terá sido absorvido pela autoridade do julgado.

Após esta breve incursão no tema do objeto do processo, podemos retomar a linha de análise da *res iudicata*, vez que, como vimos, a relação entre ambos os temas é reconhecida e ressaltada pela doutrina.<sup>198</sup>

No Brasil, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, prevalece a concepção de Schwab do objeto do processo como sendo o pedido, o que tem grande importância nos limites objetivos da coisa julgada.<sup>199</sup>

---

<sup>197</sup> Cf. RECHBERGER, Walther H.; SIMOTTA, Daphne-Ariane. *Zivilprozessrecht. Op.cit.*, p.194, 473.

<sup>198</sup> STROHMAYER, Peter. *Urteilswirkungen. Vorfrage und Prälusion auf der Grundlage des rechtlichen Gehörs und der Logik der Rechtssätze. Ein Beitrag zur Lehre von der materiellen Rechtskraft*. Wien: Manz, 2001, p.6.

<sup>199</sup> No que tange aos limites objetivos, a orientação do STJ e do STF tem se mantido no sentido dominante na doutrina, sem imutabilidade aos fundamentos de fato e de direito em que se baseou. Segundo o STJ - 4ª turma, Resp 444 - RJ - EDcl. Rel. Min. Athos Carneiro, j. 19.3.91, DJU 22.4.91, p. 4.788, 2º vol, "A coisa julgada incide apenas sobre o dispositivo propriamente dito da sentença, não sobre os seus motivos ou a questão prejudicial - CPC, art. 469, I e III, salvante, não alusivo a esta última hipótese,

De fato, se bem analisada, a limitação da coisa julgada a uma específica seção da sentença (o dispositivo) deriva de uma projeção da vontade dos litigantes. Na acepção dominante, os limites objetivos da coisa julgada são, em última análise, os limites colocados pelas partes no pedido. Sem embargo, pelo princípio de adstrição da sentença ao *petitum*, a restrição operada pelas partes em seus arrazoados é transportada para o conteúdo da sentença, e portanto a autoridade de coisa julgada não deveria incidir sobre todos os componentes da sentença, mas só o dispositivo, que é a sede onde o juiz, ao decidir a causa, responde ao pedido. Por isso se diz que a coisa julgada não se forma sobre as questões conhecidas mas não decididas.<sup>200</sup>

Por outro lado, pelos limites objetivos pretende-se atrelar a estabilidade da sentença à vontade das partes, mas também preservar o exercício do poder jurisdicional, evitando que atue fora dos limites da *res in iudicium deducta*. Tenta-se conciliar a necessidade de certeza com a compreensão de que as relações humanas têm um campo periférico de “questões-satélites” que podem ser úteis a outras lides futuras e deveriam estar abertas à rediscussão.<sup>201</sup>

Instituto relacionado aos limites objetivos da coisa julgada é a ação declaratória incidental, prevista no Brasil nos arts.5º e 325 do CPC. A declaratória incidental existe para estender a força da coisa julgada também às questões prejudiciais, questões que até então seriam apenas conhecidas, mas não tecnicamente decididas. O escopo da declaratória incidental é tornar também estas questões imutáveis e indiscutíveis, evitando ou minimizando os riscos de contradições lógicas entre duas decisões.<sup>202</sup>

A ação declaratória incidental adiciona<sup>203</sup> outro conteúdo ao objeto do processo, “transformando” certas questões prejudiciais em questões principais, e então implicando seu automático transporte para o dispositivo da sentença, com sua consequente absorção nos limites objetivos da coisa julgada.

Evidentemente, não se pode confundir esta técnica com extensão da coisa julgada às premissas da decisão,<sup>204</sup> já que a ação declaratória incidental mantém a tradição da disciplina da

se proposta ação declaratória incidental”.

<sup>200</sup> THEODORO JR., Humberto. *Coisa julgada, ação declaratória seguida de condenatória*. *Op.cit.*, p.89.

<sup>201</sup> A expressão é de MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Coisa julgada, 'collateral estoppel' e eficácia preclusiva 'secundum eventum litis'*. *Op.cit.*, p.28.

<sup>202</sup> ADOLPHSEN, Jens. *Zivilprozessrecht*. *Op.cit.*, p.249; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Identificação de ações – apreciação incidenter tantum – não abrangência pelo julgado – inexistência de coisa julgada material – enriquecimento indevido*. *Op.cit.*, p.51; MUSIELAK, Hans-Joachim. *Grundkurs ZPO*. *Op.cit.*, p.374.

<sup>203</sup> A ação declaratória incidental amplia o objeto do processo, transformando certas questões prejudiciais em principais, e então importando no seu automático transporte para o dispositivo da sentença, com a consequente absorção no tema dos limites objetivos da coisa julgada.

<sup>204</sup> Como já chamava atenção PINTO, Teresa Celina de Arruda Alvim. A sentença e a coisa julgada. *Revista de Processo*, ano 11,

coisa julgada de só tornar imutável o conteúdo da sentença em torno das questões cujo julgamento tenha sido expressamente pedido pelas partes. Assim, a exigência da declaratória incidental mantém-se fiel à proximidade entre estabilidade da decisão e a vontade dos litigantes, e até por isso foi lembrada como um fator histórico que indicava a rejeição, pelo ordenamento positivo, da vinculatividade das razões da sentença.

### 1.7.1.2.3 A chamada “eficácia preclusiva da coisa julgada”

Tema intimamente ligado aos limites objetivos da coisa julgada, mas que com eles não pode ser confundido, é a preclusão dos argumentos e alegações que não foram trazidos ao processo pelas partes.

O tema ficou conhecido no Brasil como “eficácia preclusiva da coisa julgada”,<sup>205</sup> muito por influência do professor José Carlos Barbosa Moreira, embora nossa legislação em nenhum momento empregue tal nomenclatura. O nome “efeito preclusivo” (*Präklusionswirkung*) não foi cunhado por Schwab,<sup>206</sup> como já se afirmou, mas por Rosenberg,<sup>207</sup> tendo sido um termo usado por vários autores depois dele, popularizando-se na literatura. A doutrina italiana, por outro lado, conhece o fenômeno da eficácia preclusiva da coisa julgada como “julgamento implícito”.<sup>208</sup>

Nos itens anteriores, vimos que os limites objetivos da coisa julgada referem-se ao que foi discutido e debatido pelas partes no processo, ou seja, à matéria-prima que foi trazida pelos litigantes ao processo e que, por força do princípio de congruência entre *libello* e *decisum*, é consequentemente transportada para ser efetivamente decidida na sentença. A partir deste caminho lógico, os limites objetivos são verificados pela análise do conteúdo da decisão. Tudo o que não é alegado ou pedido não será considerado e incorporado à sentença, escapando dos limites objetivos.

---

n.41, jan-mar, 1986, p.182-183.

<sup>205</sup> ASSIS, Araken de. Reflexões sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada. *Ajuris*, ano XV, n.44, nov, 1988, p.34.

<sup>206</sup> SCHWAB, Karl-Heinz. *Der Streitgegenstand im Zivilprozess*. *Op.cit.*, p.41, 159. O próprio Schwab em outros momentos prefere denominar esta eficácia de *Ausschlußwirkung*. Cf. SCHWAB, Karl Heinz. *Der Streitgegenstand im Zivilprozess*. *Op.cit.*, p.158.

<sup>207</sup> ROSENBERG, Leo. *Die Präklusionswirkung von Urteile*. *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, ano 5, n.5, mai, 1950, p.314; *Idem*, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*. *Op.cit.*, p.679, 694-696.

<sup>208</sup> Críticas à expressão “julgamento implícito” podem ser vistas em GUIMARÃES, Luiz Machado. *Preclusão, coisa julgada, eficácia preclusiva*. *Op.cit.*, p.22-23; ALLORIO, Enrico. Crítica della teoria del giudicato implícito. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, vol.XV, n.4, 1938, p.245, 255-256; SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2008, p.208-212.

Já para o tratamento de outras alegações e defesas – os argumentos omitidos pelas partes e consequentemente ignorados pelo juiz – é que foi pensada a “eficácia preclusiva” da coisa julgada. A eficácia preclusiva da coisa julgada não diz respeito ao que foi decidido, isto é, ao que constava da sentença, mas ao que *poderia ter sido decidido*. Por esta razão, desde o direito romano, afirma-se que a coisa julgada cobre o *deduzido e o deduzível*, a *res deducta* e a *res deducenda*.<sup>209</sup>

Trata-se do que vem disposto no art.474 do CPC brasileiro, previsto em similares no direito comparado.<sup>210</sup> Havia também disposição semelhante no parágrafo único do art.287 do CPC de 1939, criticado por parte da doutrina<sup>211</sup> porque, à época, pensava-se haver uma extensão da coisa julgada a outras relações jurídicas que não fossem objeto do processo mas que seriam também abrangidas pela coisa julgada. Machado Guimarães e Barbosa Moreira lideraram a tese que veio a prevalecer, no sentido de que o dispositivo legal tratava da eficácia preclusiva da coisa julgada.<sup>212</sup> E até hoje assim se manifesta a doutrina.

Pela eficácia preclusiva, tem-se que a coisa julgada, uma vez que se forma sobre a decisão, abrange não apenas o que foi apreciado na sentença, mas também todas as alegações que as partes poderiam ter lançado mão mas não o fizeram.<sup>213</sup> O objetivo da regra é evitar a fraude de reprodução de demandas já debatidas anteriormente, com pequenas diferenças de conteúdo nas alegações.<sup>214</sup>

A redação do atual texto da lei brasileira, apontada por alguns como defeituosa, parece, em nosso sentir, deixar claro que não se trata de um julgamento implícito, como compreendida na doutrina italiana. A lei brasileira, na linha dos ensinamentos de Hellwig,<sup>215</sup> estabeleceu uma

<sup>209</sup> MENCHINI, Sergio. *Regiudicata civile*. *Op.cit.*, p.414 ss.

<sup>210</sup> P.ex., os arts.400 e 286 da *Ley de Enjuiciamiento Civil* espanhola (LEC) preveem a eficácia preclusiva. Sobre o tema, CASTILLEJO MANZANARES, Raquel. *Hechos nuevos o de nueva noticia en el proceso civil de la LEC*. *Op.cit.*, p.319-320.

<sup>211</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Questões prejudiciais e coisa julgada*. *Op.cit.*, p.203-207, 233-251; *Idem*, *Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo Código de Processo Civil*. *Op.cit.*, p.30; NEVES, Celso. *Coisa julgada no direito tributário*. *Op.cit.*, p.240. O texto do art.287, parágrafo único, do CPC de 1939 fora inspirado em artigo do Projeto italiano de 1926 (art.290), elaborado por Carnelutti, mas cuja tradução ao português alterou o original italiano em vários sentidos. Dizia o original: “*La sentenza che decide totalmente o parzialmente una lite ha forza di legge nei limiti della lite e della questione decisa. Si considera decisa, anche se non sia risoluta espressamente, ogni questione la cui risoluzione costituisca una premessa necessaria della disposizione contenuta nella sentenza*”.

<sup>212</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo Código de Processo Civil*. *Op.cit.*, p.30.

<sup>213</sup> PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa Julgada Civil*. *Op.cit.*, p.83-84, 94.

<sup>214</sup> É a função da regra reconhecida no direito comparado. Cf.HABSCHEID, Walther J. *Die Präklusionswirkung des rechtskräftigen Urteils*. *Archiv für die civilistische Praxis*, n.152, 1952-1953, p.172-173; OLIVA SANTOS, Andrés de la. *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*. *Op.cit.*, p.84-85; NIEVA FENOLL, Jordi. *La cosa juzgada*. *Op.cit.*, p.165 ss.

<sup>215</sup> Como vimos anteriormente, Hellwig já usava o termo “futilidade da contestação” (*Aussichtslosigkeit der Bestreitung*) para expressar-se sobre alguns aspectos da indiscutibilidade. Cf.HELLWIG, Konrad. *System des deutschen Zivilprozeßrechts*. *Op.cit.*, p.779.

ficção<sup>216</sup> preclusiva da faculdade de alegar, que tem como resultado prático “tornar irrelevantes” os argumentos não aduzidos. Vale dizer, a eficácia preclusiva implica num impedimento que surge após o trânsito em julgado e que retira a significação jurídica das alegações que poderiam ter sido invocadas pelos litigantes.<sup>217-218</sup>

Por fim, cabe ressaltar que, se estivermos diante de outra causa de pedir (outros fatos), a vedação decorrente da eficácia preclusiva não tem aplicação.<sup>219</sup>

### 1.7.2 Limites temporais

O que se procura responder quando a questão que se põe é sobre os limites *temporais* da coisa julgada? Poder-se-ia pensar em limites temporais não apenas para designar o momento em que a coisa julgada opera, mas também para esclarecer quais fatos, no decorrer do tempo, estão abrangidos pelo pedido ou causa de pedir, e então serão incluídos na estabilidade da coisa julgada.<sup>220</sup> Porém, como lembra Talamini, esta investigação, a rigor, seria referente aos limites objetivos.<sup>221</sup>

Em nosso entendimento, a análise dos limites temporais importa sabermos não só *desde quando* existe coisa julgada, como também e principalmente *até quando* vale ou persiste a imutabilidade e indiscutibilidade da decisão. Com efeito, conquanto a coisa julgada deva ser perene, estável, ela não existe “para todo o futuro”,<sup>222</sup> nem nasce para ser eterna,<sup>223</sup> como veremos mais adiante.

<sup>216</sup> O uso desta ficção revela uma técnica apontada por Barbosa Moreira como “um tanto grosseira”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a chamada ‘relativização’ da coisa julgada material. *Revista Forense*, ano 101, vol.377, jan-fev, 2005, p.46.

<sup>217</sup> ALLORIO, Enrico. Critica della teoria del giudicato implicito. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, vol.XV, 1938, parte II, p.245; NERY JR., Nelson. Eficácia preclusiva da coisa julgada – questão prejudicial. *Revista de Processo*, ano XIII, n.51, jul-set, 1988, p.165; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo Código de Processo Civil*. *Op.cit.*, p.30; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Coisa julgada. Respeito que merece. Interpretação da sentença...* *Op.cit.*, p.244.

<sup>218</sup> Porém, não se trata apenas de uma alegação “irrelevante” ou “inútil”: o juiz não deveria então “ignorar” a alegação, mas considerá-la inadmissível.

<sup>219</sup> A assertiva é pacífica em doutrina. Por todos, ASSIS, Araken de. *Reflexões sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada*. *Op.cit.*, p.40; TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. *Op.cit.*, p.86-87; MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada institucional*. *Op.cit.*, p.138. O Projeto de Novo Código de Processo Civil afirma peremptoriamente esta exceção no art.489.

<sup>220</sup> Para Moniz de Aragão, os limites temporais seriam meios para precisar o momento de formação e a eficácia da coisa julgada. MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Sentença e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p.198-200.

<sup>221</sup> E, portanto, a nomenclatura “limites temporais”, utilizada neste sentido, seria inadequada. TALAMINI, Eduardo. A coisa julgada no tempo: os ‘limites temporais’ da coisa julgada. *Revista Jurídica*, ano 55, n.354, abril, 2007, p.17-18; *Idem*, *Coisa julgada e sua revisão*. *Op.cit.*, p.87; FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *A coisa julgada nas ações de alimentos*. *Op.cit.*, p.9-10.

<sup>222</sup> Muitos autores afirmavam constantemente que a coisa julgada certificava situações substanciais que deveriam valer “para todo o futuro” (*für alle Zukunft*). Cf. SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen Römischen Rechts*. *Op.cit.*, vol.VI, p.266, 284, 289, 300, 362, 387. Na página 304, no mesmo sentido, usa a expressão “para sempre” (*für immer*). Confira-se ainda

A consideração de que a coisa julgada não pode petrificar o tráfego jurídico deixa evidente que afirmar a “imutabilidade” da decisão não pode excluir a possibilidade de que fatos sucessivos possam modificar a situação substancial e as relações entre as partes. A estabilidade assegurada pela *res iudicata* refere-se à situação posta de acordo com as circunstâncias existentes à época em que a sentença foi pronunciada, ou seja, é aquela conclusão judicial, tal qual externada naquele momento, que se torna imutável e indiscutível.<sup>224</sup> Por isso a afirmação de Machado Guimarães de que a sentença só faz sentido porque produz regramento para um determinado e específico momento.<sup>225</sup>

O tema dos limites temporais, à luz dessas primeiras considerações, comportaria dois enfoques: o momento a partir do qual opera a coisa julgada; e as condições para alteração do *decisum*, que a doutrina resume às relações jurídicas continuativas. No Brasil, o exame dos limites objetivos da coisa julgada parte do disposto no art.471 do CPC, base normativa para qualquer consideração teórica.

#### 1.7.2.1 Primeiro aspecto: o momento de formação da coisa julgada e os fatos supervenientes

Como defende a doutrina, deve haver um marco temporal inicial a partir do qual devemos considerar que existe o óbice à rediscussão oriundo da coisa julgada. Este momento equivaleria à última chance de exposição de fatos pelas partes em primeiro grau,<sup>226</sup> já que na segunda instância não caberia inovação no que se refere às alegações fáticas (ressalvada, no Brasil, a hipótese do art.517 do CPC).

A chegada a este marco temporal faria com que a disciplina da coisa julgada estivesse atrelada à situação fática até então existente, à conjuntura observável naquele preciso instante. A fixação deste ponto teria uma importante aplicação prática: os fatos posteriores, ocorridos *supervenientemente* ao marco temporal de formação da coisa julgada, estariam excluídos da

---

SCHMIDT, Richard. *Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts*. Op.cit., p.529; *Idem*, *Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts*. 2. ed., Op.cit., p.745.

<sup>223</sup> OLIVA SANTOS, Andrés de la. *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*. Op.cit., p.247-248; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. Op.cit., p.91; NIEVA FENOLL, Jordi. *La cosa juzgada*. Op.cit., p.246-247, 255-257.

<sup>224</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. *Effetti della sentenza e cosa giudicata*. Op.cit., p.7.

<sup>225</sup> GUIMARÃES, Luiz Machado. *Preclusão, coisa julgada, eficácia preclusiva*. Op.cit., p.26.

<sup>226</sup> Este momento, no direito romano, era a *litiscontestatio*. Cf.SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen Römischen Rechts*. Op.cit., vol.VI, p.266-267. No direito alemão, é a audiência de instrução (*mündliche Verhandlung*). Cf. HELLWIG, Konrad. *System des deutschen Zivilprozessrechts*. Op.cit., p.806; PAULUS, Christoph G. *Zivilprozessrecht*. Op.cit., p.163; ADOLPHSEN, Jens. *Zivilprozessrecht*. Op.cit., p.252; POHLMANN, Petra. *Zivilprozessrecht*, Op.cit., p.288.

indiscutibilidade e poderiam ser alegados e debatidos pelos litigantes a despeito da coisa julgada anterior.<sup>227</sup>

Várias questões então se nos colocam. Que fatos seriam estes? Todos os fatos posteriores poderiam ser considerados supervenientes? Quando os fatos posteriores podem ser compreendidos como componentes de uma nova causa de pedir, ou, ao contrário, incluídos na mesma causa de pedir já ajuizada e portanto abrangidos pela coisa julgada anterior e sua eficácia preclusiva?

É praticamente pacífico que os fatos anteriores ao ajuizamento da demanda, desde que compreendidos na causa de pedir, são atingidos pela coisa julgada. Por outro lado, os fatos posteriores ao trânsito em julgado e que sejam aptos a alterar a situação jurídica objeto da sentença, não encontrarão óbice na *res iudicata* porque constituem nova causa de pedir, um novo objeto processual. P.ex., o pagamento feito pelo condenado depois do trânsito em julgado pode ser alegado em execução. Já a alegação de pagamento realizado antes do fim do processo, se não fora aduzida em contestação (ou até o último momento em que, para as partes, fosse permitida a exposição fática num dado procedimento), estaria preclusa. Portanto, vemos que não representam grandes problemas os fatos anteriores à demanda e os fatos posteriores ao trânsito em julgado. Dificuldades maiores surgem nos fatos intermédios, ocorridos durante a litispendência, isto é, entre o ajuizamento e o trânsito em julgado.

Para disciplinar o tema, nosso CPC contém disposição complexa, obscura e de escasso tratamento doutrinário e jurisprudencial, que é o art.462. O dispositivo permite que o juiz considere na sentença fatos ocorridos durante o processo, independentemente de requerimento das partes, desde que sejam relevantes para a solução da causa. Tem-se afirmado que o marco temporal para que o juiz considere os fatos supervenientes seria o último momento em que for possível a cognição sobre os fatos relevantes dentro do processo. Este momento temporal seria a “conclusão dos autos para sentença”.<sup>228</sup>

---

<sup>227</sup> HELLWIG, Konrad. *System des deutschen Zivilprozeßrechts*. *Op.cit.*, p.807-808.

<sup>228</sup> TALAMINI, Eduardo. *A coisa julgada no tempo: os 'limites temporais' da coisa julgada*. *Op.cit.*, p.18; TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. *Op.cit.*, p.88-89. No direito estrangeiro, em sentido similar, Cf.CASTILLEJO MANZANARES, Raquel. *Hechos nuevos o de nueva noticia en el proceso civil de la LEC*. *Op.cit.*, p.71, 107. Para Talamini, com apoio em certa jurisprudência, seria possível aplicação do fato superveniente em grau recursal, até o momento de conclusão para julgamento, desde que se trate dos chamados “recursos ordinários” (onde possível a apreciação de matéria fática). Cf.TALAMINI, Eduardo. *A coisa julgada no tempo: os 'limites temporais' da coisa julgada*. *Op.cit.*, p.19.



### 1.7.2.2 Segundo aspecto: relações jurídicas continuativas

O segundo aspecto dos limites temporais da coisa julgada corresponde aos casos de “relações jurídicas continuativas”, aquelas que permanecem sofrendo mutações internas mesmo depois de proferida a sentença, “admitindo variações dos elementos quantitativos e qualificativos”.<sup>229</sup> De fato, é até mesmo comum que o Judiciário se pronuncie sobre situações substanciais que tenham uma projeção temporal, e portanto contenham em si mesmas um dinamismo ínsito que justifique tratamento diferenciado.

As sentenças que deliberam sobre este tipo de relação, ao adquirirem a força da coisa julgada, certamente deveriam ainda deixar algum espaço para a alteração do *decisum* se uma nova configuração no direito material for verificada em momento futuro. Nestes casos, apesar do trânsito em julgado, permite-se a adaptação da decisão a um novo tempo ou a novas circunstâncias.<sup>230</sup> Entre nós, estas decisões ficaram conhecidas como sentenças determinativas (*festsetzende Urteile*) ou sentenças dispositivas (*verfügende Urteile*), terminologia devida respectivamente a Wilhelm Kisch e Otto Mayer,<sup>231</sup> popular também na doutrina de tradição latina.<sup>232</sup>

A importância da identificação das sentenças que decidam este tipo de relação jurídica é que, no caso de relações jurídicas continuativas, os limites temporais da coisa julgada são reduzidos, permitindo mudança da sentença se as bases para o *decisum* sofrerem uma “alteração essencial” (*wesentliche Änderung*).<sup>233</sup> Nestes casos, caberia uma outra demanda, denominada “ação de modificação” (*Abänderungsklage*), para alterar o julgado e conferir à situação substancial um novo conteúdo.<sup>234</sup>

<sup>229</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo*. São Paulo: RT, 1997, p.50; PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa Julgada Civil*. *Op.cit.*, p.104.

<sup>230</sup> OLIVA SANTOS, Andrés de la. *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*. *Op.cit.*, p.258 ss.

<sup>231</sup> “Sentença determinativa” é expressão de KISCH, Wilhelm. *Beiträge zur Urteilslehre*. *Op.cit.*, p.110 ss, especialmente p. 111-112. A denominação “sentença dispositiva” é tributária a MAYER, Otto. *Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft in Verwaltungssachen*. *Archiv des öffentlichen Rechts*, XXI, 1906, p.42 ss. Na literatura brasileira, Cf.ARAGÃO, Paulo Cezar. Reflexões sobre as sentenças determinativas. *Revista de Processo*, ano I, n.2, abr-jun, 1976, p.159.

<sup>232</sup> Na Itália, Cf.ROCCO, Alfredo. *La sentenza civile*. Milano: Giuffré, reimpressão, 1962, p.132 ss; RASELLI, Alessandro. *Le sentenze determinative e la classificazione generale delle sentenze*, in *Scritti Giuridici in onore di Francesco Carnelutti*. Padova: Cedam, vol.II, 1950, p.565 ss. Parece equivocado afirmar que Lobão teria antes utilizado a nomenclatura na literatura portuguesa. Lobão diz que as sentenças nas ações de alimentos são “volúveis”, mas não dispositivas ou determinativas. Cf. LOBÃO, Manoel de Almeida e Sousa de. *Segundas linhas sobre o processo civil*. *Op.cit.*, p.704.

<sup>233</sup> POHLMANN, Petra. *Zivilprozessrecht*. *Op.cit.*, p.291.

<sup>234</sup> HELLWIG, Konrad. *System des deutschen Zivilprozessrechts*. *Op.cit.*, p.811-812. É o que se depreende da letra expressa dos §323 da ZPO alemã e no §238 da lei que disciplina o processo em causas referentes ao direito de família na Alemanha (FamFG).

Torna-se importante, por conseguinte, identificar quais são as relações jurídicas que poderiam receber o adjetivo “continuativas”, e em seguida indagar quando uma alteração nestas relações qualificar-se-ia como “essencial” a ponto de justificar a mudança.

Consideram-se relações continuativas ou continuadas aquelas cuja hipótese de incidência concerne a fatos ou situação que perduram no tempo, permitindo modificações das posições jurídicas internas (ônus, direitos, faculdades), ou ao menos seu redimensionamento, conforme a variação fática.<sup>235</sup> Certamente o exemplo mais frequente de relação jurídica continuativa é o das prestações de alimentos, onde o exame de capacidade econômica do alimentante e necessidade efetiva do alimentando depende de circunstâncias da vida de cada um, as quais vão se alterando naturalmente com o correr dos anos. Outros exemplos são: a locação de imóveis urbanos, com o ajuste do preço de mercado do valor do aluguel (art.19 da Lei 8.245/91); as relações previdenciárias e assistenciais referentes a benefícios de caráter temporário, como o auxílio doença, a aposentadoria por invalidez, o benefício assistencial de prestação continuada a famílias com baixa renda (LOAS, art.20 da Lei 8.742/93), etc; as relações contratuais com prestações continuadas,<sup>236</sup> de trato sucessivo ou execução diferida; as relações com a administração pública que sejam referentes a contratos de longo prazo, onde se faz necessário o acompanhamento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato;<sup>237</sup> certas relações trabalhistas, como a fixação de percentuais de adicional de insalubridade, que podem mudar dependendo das circunstâncias fáticas.<sup>238</sup>

Por outro lado, tem-se por “essencial” uma alteração na relação continuativa quando sua consideração pelo juízo, à época da sentença, pudesse ter condicionado o convencimento e modificado o resultado do julgamento proferido.<sup>239</sup> Nesse sentido, mudanças insignificantes na relação jurídica não podem ser utilizadas para quebrar a coisa julgada.<sup>240</sup>

Mas na hipótese da superveniência de novas circunstâncias fáticas, haveria nova demanda (e portanto outro objeto do processo), ou seria a reprodução da mesma discussão com atenuação

<sup>235</sup> TALAMINI, Eduardo. *A coisa julgada no tempo: os ‘limites temporais’ da coisa julgada*. *Op.cit.*, p.21.

<sup>236</sup> Sobre as prestações continuadas (*wiederkehrenden Leistungen*), no direito comparado, Cf. ADOLPHSEN, Jens. *Zivilprozessrecht*. *Op.cit.*, p.252-253.

<sup>237</sup> ASCHKE, Manfred. *Übergangsregelungen als verfassungsrechtliches Problem*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 1987, p.42-43.

<sup>238</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. A coisa julgada no processo do trabalho. *Repertório de Jurisprudência IOB*, vol.II, n.4, fev, 2008, p.130.

<sup>239</sup> MUSIELAK, Hans-Joachim. *Grundkurs ZPO*. *Op.cit.*, p.379.

<sup>240</sup> Na Alemanha, o exemplo recorrente é perda do valor da moeda, que se fosse menor que 10% não poderia fundamentar a demanda de modificação. Cf. GRUNSKY, Wolfgang. *Zivilprozessrecht*. *Op.cit.*, p.241. O exemplo se dilui nos ordenamentos em que haja incorporação da correção monetária no valor da condenação, permitindo recompor o valor real da moeda na fase executiva.

da coisa julgada? A primeira solução permite a alteração do *decisum* porque fatos posteriores fazem a nova demanda escapar dos limites objetivos da coisa julgada; a segunda solução autoriza a mudança com base nos limites temporais.

Em muitos países, estes casos de alteração nas relações continuativas são compreendidos como efetiva quebra ou atenuação da coisa julgada. Trata-se de verdadeira mudança da sentença, com atenuação da coisa julgada já operada,<sup>241</sup> ou ainda a atribuição da condição *rebus sic stantibus* às sentenças ou a algumas delas.<sup>242</sup> A ação de modificação alemã, p.ex., é compreendida como uma quebra de coisa julgada porque a certificação judicial compreende também a prognose judicial sobre como a relação jurídica se desenvolverá no futuro.<sup>243</sup>

Já outro setor doutrinário defende que a situação disciplinada pela sentença pode variar, mas a regra formulada pelo juiz permanece inalterável. A alteração da situação material por fatos posteriores não atingiria a coisa julgada que porventura tivesse sido formada anteriormente. Os limites temporais, portanto, seriam um falso problema: a autoridade de coisa julgada não se subordina a qualquer restrição temporal porque limitada naturalmente pelos fatos históricos da época do processo.<sup>244</sup> E tudo se resolveria nos limites objetivos.<sup>245</sup> Para este segmento doutrinário, o art.471, I do CPC não revela qualquer exceção à coisa julgada ou tampouco significa a aposição de cláusula *rebus sic stantibus* às sentenças determinativas, a “não ser que se pretenda dar essa qualificação a toda e qualquer hipótese de coisa julgada”.<sup>246</sup> Para Talamini, p.ex., com a superveniência de outros fatos, haveria uma nova causa de pedir e então não se poderia falar em óbice da coisa julgada pois o objeto do processo seria diverso.<sup>247</sup> Então, nas hipóteses do art.471, I, a peculiaridade não residiria na coisa julgada, mas no caráter continuativo da própria relação jurídica material, cujo dinamismo e projeção temporal gerariam novas causas de pedir. Ou seja, é a situação material decidida que seria alterável, não a coisa julgada.

<sup>241</sup> GRUNSKY, Wolfgang. *Zivilprozessrecht. Op.cit.*, p.241.

<sup>242</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile. Op.cit.*, p.1253, 1328.

<sup>243</sup> O BGH alemão já decidiu desta forma em mais de um julgamento: BGHZ 82, 246; BGH, j.14.03.2008, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2008, p.1447-1448. Na doutrina, com razão POHLMANN, Petra. *Zivilprozessrecht, Op.cit.*, p.291-292.

<sup>244</sup> SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen Römischen Rechts. Op.cit.*, vol.VI, p.278; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Ainda e sempre a coisa julgada. Op.cit.*, p.15.

<sup>245</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional. Op.cit.*, p.139-142.

<sup>246</sup> TALAMINI, Eduardo. *A coisa julgada no tempo: os ‘limites temporais’ da coisa julgada. Op.cit.*, p.19-20; *Idem. Coisa julgada e sua revisão. Op.cit.*, p.90.

<sup>247</sup> Afirma o professor paranaense: “Vale dizer: o fenômeno que se apresenta nessa hipótese não é essencialmente diverso daquele que se põe em qualquer outra situação em que, pela evolução dos fatos, surja uma nova causa de pedir, que estará, portanto, fora dos limites objetivos da coisa julgada anterior”. Cf.TALAMINI, Eduardo. *A coisa julgada no tempo: os ‘limites temporais’ da coisa julgada. Op.cit.*, p.20; *Idem. Coisa julgada e sua revisão. Op.cit.*, p.90. No mesmo sentido, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil. 2. ed.*, São Paulo: Malheiros, vol.3, 2002, p.311-312.

De nossa parte, pensamos que resumir os limites temporais nos limites objetivos só é possível se adotarmos as concepções mais alargadas sobre o objeto do processo, aquelas que compreendem também elementos da causa de pedir. Estas teses são minoritárias no Brasil, onde prevalece o entendimento de que o objeto do processo limita-se ao pedido. Então, os limites temporais não podem ser absorvidos nos limites objetivos.

Mais à frente neste estudo, retomaremos a discussão para mostrar a utilidade dos limites temporais no modelo aqui proposto.

## 1.8 A existência da coisa julgada na visão das partes e do juiz

### 1.8.1 Efeitos positivo e negativo da coisa julgada

Outra referência constante na doutrina clássica diz respeito aos “efeitos” ou “funções” positiva e negativa da coisa julgada, que são em verdade duas maneiras de expressar a vinculatividade oriunda da coisa julgada.

#### 1.8.1.1 Efeito negativo: *ne bis in idem*

Pela função negativa, o debate é “exaurido”, não podendo ser reproposto, ou seja, torna-se proibida a rediscussão da pretensão. A função negativa da coisa julgada é muito aproximada do princípio mais amplo do *ne bis in idem*,<sup>248</sup> impondo uma vedação de outro julgamento sobre o mesmo tema. Não é permitido nem mesmo que o juiz, no segundo processo, decida da mesma forma ou com idêntico conteúdo. Portanto, existe uma vedação de reiteração (*Wiederholungsverbot*), e neste sentido se fala que a coisa julgada corresponderia a um “pressuposto processual negativo”.<sup>249</sup> A qualificação de “negativo” decorre da concepção de que é a “inexistência” da *res iudicata* que é exigida para o desenvolvimento regular do processo.

<sup>248</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada*. *Op.cit.*, p.21-22; GRINOVER, Ada Pellegrini. Eficácia e autoridade da sentença penal. *Revista de Processo*, ano 7, n.28, out-dez, 1982, p.36; ARMELIN, Donaldo. Flexibilização da coisa julgada, in COSTA, Hélio Rubens B.R., RIBEIRO, José Horácio, H.R., DINAMARCO, Pedro da Silva (Coord.). *Linhas Mestras do Processo Civil*. Comemoração dos 30 anos de vigência do CPC. São Paulo: Atlas, 2004, p.143; CASTILLEJO MANZANARES, Raquel. *Hechos nuevos o de nueva noticia en el proceso civil de la LEC*. *Op.cit.*, p.329; BLÉRY, Corinne. *L'efficacité substantielle des jugements civils*. *Op.cit.*, p.126.

<sup>249</sup> POHLMANN, Petra. *Zivilprozessrecht*, *Op.cit.*, p.290. O tema já era assim tratado na doutrina antiga. SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen Römischen Rechts*. *Op.cit.*, vol.VI, p.268.

O primeiro autor a falar na coisa julgada como pressuposto processual foi Richard Schmidt.<sup>250</sup> No entanto, ele partia de concepção material da *res iudicata*, posteriormente abrandada na segunda edição do seu *Lehrbuch*.<sup>251</sup> Então se pode razoavelmente afirmar que o pioneiro, dentre os adeptos das teorias processuais, a tratar a coisa julgada como pressuposto processual negativo foi, de fato, Eduard Bötticher.<sup>252</sup> O raciocínio de Bötticher, ao estudar a coisa julgada como pressuposto negativo, era de que, em sendo proibida a repetição da litigância, o segundo julgamento deveria ser inadmitido, e portanto deveria haver um pressuposto processual, referente à *res iudicata*, que impedisse que a discussão chegasse ao mérito.<sup>253</sup>

No Brasil, vemos mais frequentemente a referência a esta função negativa da coisa julgada, ou seja, à proibição de reanálise da questão decidida. Existe menor lembrança, tanto na doutrina,<sup>254</sup> quanto na jurisprudência,<sup>255</sup> da função positiva da coisa julgada, mais comum no direito comparado.<sup>256</sup>

### 1.8.1.2 O efeito positivo da coisa julgada no campo da prejudicialidade

O efeito positivo da coisa julgada é tributário à monografia de Keller sobre a *litiscontestatio*.<sup>257</sup> Keller propôs o reconhecimento da função positiva da coisa julgada com base na ideia de consunção da *actio*, ligada à vontade externada na *litiscontestatio*.

Como partia do formato do processo romano, talvez não fosse bem a coisa julgada a produzir este efeito positivo, mas o *deducere in iudicium* que “esgotava” a discussão e

<sup>250</sup> SCHMIDT, Richard. *Lehrbuch des Deutschen Civilprozessrechts*. *Op.cit.*, p.802.

<sup>251</sup> SCHMIDT, Richard. *Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts*. 2. ed., *Op.cit.*, p.661, 748.

<sup>252</sup> BÖTTICHER, Eduard. *Kritische Beiträge zur Lehre von der materiellen Rechtskraft im Zivilprozeß*. *Op.cit.*, p.220 ss.

<sup>253</sup> *Ibidem*, p.221.

<sup>254</sup> Mas existem, de fato, autores no Brasil que lembram os dois lados do fenômeno: MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *A Coisa Julgada*. *Op.cit.*, p.66-67; PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa Julgada Civil*. *Op.cit.*, p.66 ss.

<sup>255</sup> STJ – REsp 219.172-SC, Rel.Min.Nancy Andrighi, j.20.08.2001.

<sup>256</sup> Confira-se, na Dinamarca, THUESEN, Elisabeth e LANDO, Ole. *Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil danois*. *Op.cit.*, p.353. Na Espanha, OLIVA SANTOS, Andrés de la. *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*. *Op.cit.*, p.105 ss; CALAZA LÓPEZ, Sonia. *La cosa juzgada*. *Op.cit.*, p.219 ss.

<sup>257</sup> KELLER, Friedrich Ludwig von. *Ueber Litis Contestation und Urtheil nach classischem römischem Recht*. *Op.cit.*, p.222-223, 229-235. A proeminência de Keller é reconhecida por muitos. Mas Savigny afirma que o embrião das funções positiva e negativa da coisa julgada já se podia verificar nas fontes do direito romano, em diversas passagens de Gaio e Paulo. Mas mesmo assim, reconhece a originalidade de Keller em tratar ambas as funções em conjunto, como fenômenos similares. Cf.SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen Römischen Rechts*. *Op.cit.*, vol.VI, p.271, 273-276, 280-281. Veja-se ainda este reconhecimento em WINDSCHEID, Bernhard. *Lehrbuch des Pandektenrechts*. *Op.cit.*, 9. ed., p.662; *Idem*, *Die Actio des römischen Civilrechts, vom Standpunkt des heutigen Rechts*. *Op.cit.*, p.83; BRINZ, Alois. *Lehrbuch der Pandekten*. *Op.cit.*, p.145-146; v.BÜLOW, Oskar. *Absolute Rechtskraft des Urtheils*. *Op.cit.*, p.48, nota 52; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Efficacia ed autorità della sentenza*. *Op.cit.*, p.43; GOLDSCHMIDT, James. *Der Prozess als Rechtslage*. *Op.cit.*, p.168; GAUL, Hans Friedhelm. *Die Entwicklung der Rechtskraftlehre seit Savigny und der heutige Stand*. *Op.cit.*, p.447; KOUSSOULIS, Stelios. *Beiträge zur modernen Rechtskraftlehre*. *Op.cit.*, p.233; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Questões prejudiciais e coisa julgada*. *Op.cit.*, p.208, nota 10.

“consumia” a ação. Sem embargo, era em razão desta vinculação que, no modelo romano, a vontade e a intenção das partes assumia relevância no estudo das estabilidades.<sup>258</sup>

Na atualidade, contudo, ainda que o efeito positivo não seja desumido da consunção da ação ou da *litiscontestatio*, suas linhas gerais continuam a ser professadas. Entende-se que, pela função positiva da coisa julgada, impõe-se a obediência ao julgado como norma concreta indiscutível, e então o que foi decidido passa a ser considerado *vinculante* não só naquele processo mas em outros processos posteriores, quando nestes venha a ser alegada uma questão prejudicial já decidida, com força de coisa julgada, no processo anterior.<sup>259</sup>

É relevante frisar que o efeito positivo da coisa julgada atua quando uma questão foi decidida como questão principal no primeiro processo, e o mesmo conteúdo reflete uma questão prejudicial no segundo procedimento. Vale dizer, quando uma relação jurídica decidida como questão principal num processo prévio transita em julgado, se posteriormente a mesma questão for alegada em outro processo como “pressuposto” para a constituição de outra relação jurídica, o efeito positivo da coisa julgada anterior impõe que o juiz “absorva” ou “incorpore” o resultado anterior à cognição do segundo processo.

Um exemplo esclarece melhor: num primeiro processo, o autor A processa o réu R postulando a declaração de sua propriedade sobre um bem, cuja titularidade estaria sendo questionada por R, seu vizinho. A demanda é julgada procedente e se forma coisa julgada material. Alguns anos depois, o mesmo autor processa o mesmo réu R em razão de danos causados pelo réu em sua propriedade. Como o objeto do processo é diverso, a coisa julgada não funciona como pressuposto processual (função negativa) impedindo a discussão. Mas, verifica-se a *prejudicialidade*, e portanto a eficácia positiva da coisa julgada faz com que o juiz do segundo processo fique vinculado ao que foi decidido acerca da propriedade de A no primeiro processo. Ou seja, o magistrado não pode conhecer a questão da propriedade e concluir de maneira diversa;

<sup>258</sup> P.ex. no que se refere à fórmula adotada. Cf. KELLER, Friedrich Ludwig von. *Ueber Litis Contestation und Urtheil nach classischem römischem Recht. Op.cit.*, p.233 e 241 ss; para a litispendência, p.125-126. Posteriormente, foi seguido por ENDEMANN, Wilhelm. *Das Prinzip der Rechtskraft. Op.cit.*, p.131. Talvez o primeiro a dar uma fundamentação diversa da consunção da ação tenha sido Savigny. Neste sentido, GAUL, Hans Friedhelm. *Die Entwicklung der Rechtskraftlehre seit Savigny und der heutige Stand. Op.cit.*, p.454 ss. Na literatura italiana, Cf. CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile. Op.cit.*, p.145.

<sup>259</sup> FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Embargos à execução. Alegação de inexistência da pessoa jurídica exequente: improcedência. Coisa julgada. Legitimação para o processo de execução. Op.cit.*, p.145; THEODORO JR., Humberto. *Coisa julgada, ação declaratória seguida de condenatória. Op.cit.*, p.86; TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão. Op.cit.*, p.71; SCHMIDT, Richard. *Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts. Op.cit.*, p.529-531; *Idem, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts. 2. ed., Op.cit.*, p. 746-747; NIKISCH, Arthur. *Zivilprozeßrecht. Tübingen: Mohr Siebeck, 1950, p.407*; MUSIELAK, Hans-Joachim. *Grundkurs ZPO. Op.cit.*, p.373-374; RECHBERGER, Walther H.; SIMOTTA, Daphne-Ariane. *Zivilprozessrecht. Op.cit.*, p.469; TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel. *La cosa juzgada (Estudio de jurisprudência civil). Op.cit.*, p.221.

deve, ao revés, “assumir” ou “absorver” o que foi decidido e utilizar a conclusão anterior, acobertada pela coisa julgada, incorporando-a como premissa do seu julgamento.

Assim, pela função positiva, e em razão da vinculação do juiz, no segundo processo, ao que fora decidido no primeiro, existe uma “proibição de afastamento” ou “proibição de contradição” (*Abweichungsverbot* ou *Widerspruchsverbot*), até porque faltaria interesse para a discussão da questão prejudicial.<sup>260</sup>

Ressalte-se novamente que, no campo da função positiva da coisa julgada, os objetos dos dois processos são diferentes mas dependentes, e aqui a coisa julgada não funciona como pressuposto processual negativo.<sup>261</sup> Isto ocorre porque não estamos diante do mesmo objeto discutido duas vezes como questão principal; aqui, a controvérsia decidida *principaliter* afigura-se, no segundo processo, apenas uma questão prejudicial.<sup>262</sup> Assim, é correto afirmar que o efeito positivo está mais ligado à absorção de conteúdo e o efeito negativo ao impedimento de uma atividade.

Observe-se ainda que ambos os efeitos positivo e negativo da coisa julgada estão de alguma forma relacionados à teoria do objeto do processo, até para sabermos o âmbito de aplicação de cada um. Quando os objetos dos dois processos são iguais (uma mesma relação é questão principal em dois processos), entra em cena o efeito negativo; quando são diferentes, mas uma questão decidida num primeiro processo reflete uma questão prejudicial no segundo processo, estamos diante do efeito positivo.

### 1.8.2 Como se alega a existência de coisa julgada? A “exceção” de coisa julgada e os pressupostos processuais

<sup>260</sup> HELLWIG, Konrad. *System des deutschen Zivilprozeßrechts. Op.cit.*, p.800; LENT, Friedrich. *Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozeß. Op.cit.*, p.304-306; MUSIELAK, Hans-Joachim. *Grundkurs ZPO. Op.cit.*, p.370; ZEISS, Walter; SCHREIBER, Klaus. *Zivilprozessrecht. Op.cit.*, p.215. Critica a utilização do interesse de agir ROSENBERG, Leo. *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts. Op.cit.*, p.681. Em nosso sentir, a utilização do interesse de agir para justificar a inadmissibilidade de uma segunda demanda deriva ou da compreensão substantivista da coisa julgada, que criaria direitos, ou da ideia carneluttiana de que o processo serve para resolver a lide. Esta é uma perspectiva do processo e da coisa julgada totalmente privatista, o que seria consistente com o deslocar a proibição de afastamento para as condições da ação, porque o óbice da coisa julgada seria um obstáculo à “atividade” das partes, e portanto à ação. Modernamente, como foi vitoriosa a concepção processual da coisa julgada (não cria direitos, mas apenas torna imutáveis direitos anteriores declarados pela sentença), e como parece ter vencido também o conceito chiovendiano de jurisdição, cujo objetivo é atuar o direito objetivo, é mais racional enxergar a repetição de uma demanda como um problema do Estado, daí porque pressuposto processual.

<sup>261</sup> ZEISS, Walter; SCHREIBER, Klaus. *Zivilprozessrecht. Op.cit.*, p.215-216.

<sup>262</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Questões prejudiciais e coisa julgada. Op.cit.*, p.199-200.

Desde o direito romano, a parte que pretende impedir a rediscussão, beneficiando-se do efeito negativo da *res iudicata*, deve invocar o impedimento da coisa julgada sobre a questão em seu favor. E isto deve ser feito pela chamada “exceção de coisa julgada”, que pode ser manejada tanto pelo autor quanto pelo réu.<sup>263</sup> Este mecanismo de alegação foi consagrado também na fórmula de Pothier, incorporada ao Código Napoleônico de 1804 (art.1351).<sup>264</sup>

O termo “exceção”, quando empregado para a coisa julgada, não é normalmente utilizado na sua acepção técnica correta. Isto porque as “exceções” (*Einreden*) são defesas processuais que dependem de alegação da parte para serem conhecidos pelo juiz. Já as “objeções” processuais (*Einwendungen*) veiculam matérias que não dependem de provocação para que o juiz as tome em consideração, e poderiam ser apreciadas de ofício pelo magistrado.

Pois bem, são dois os argumentos para derrubar o uso do termo “exceção” no campo da *res iudicata*. O primeiro deles é a propagada natureza pública da coisa julgada e os interesses públicos a que servem em geral as estabilidades, o que levaria à possibilidade do juiz reconhecer de ofício a existência de coisa julgada anterior.<sup>265</sup> Ademais, a coisa julgada é geralmente incluída no rol dos pressupostos processuais,<sup>266</sup> compreendida como um “pressuposto processual negativo”, forte no interesse público de evitar o *bis in idem* e promover a racionalização dos custos do Judiciário.<sup>267</sup> Assim sendo, como a análise dos pressupostos processuais é descrita, na literatura tradicional, como sendo matéria de ordem pública,<sup>268</sup> irrenunciável pelas partes<sup>269</sup> e

<sup>263</sup> Sobre os mecanismos para alegação da existência da coisa julgada no direito romano, Cf. v.BÜLOW, Oskar. *Absolute Rechtskraft des Urtheils*. *Op.cit.*, p.21 ss. Sobre o funcionamento da exceção, Cf.MENCHINI, Sergio. *Regiudicata civile*. *Op.cit.*, p.466.

<sup>264</sup> POTHIER, Robert Joseph. *Traité des obligations*. *Op.cit.*, p.284 ss. Confira-se ainda, sobre o tema, TUCCI, José Rogério Cruz e. *Identificação de ações – apreciação incidenter tantum – não abrangência pelo julgado – inexistência de coisa julgada material – enriquecimento indevido*. *Op.cit.*, p.50; STASIAK, Frédéric. *L'autorité de chose jugée d'une décision de relaxe sur l'instance prud'homale en licenciement disciplinaire*. *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, n.2, 1994, p.268; LIMBURG, M. *L'autorité de chose jugée des décisions des juridictions internationales*. *Op.cit.*, p.527.

<sup>265</sup> v.BÜLOW, Oskar. *Absolute Rechtskraft des Urtheils*. *Op.cit.*, p.118 ss; ROSENBERG, Leo. *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*. *Op.cit.*, p.683.

<sup>266</sup> Esta é a normalidade dos casos, e representa a doutrina majoritária, porque há autores que consideram, nesta hipótese, haver falta de interesse de agir, já que não haveria utilidade pela reprodução de igual objeto. Porém, a falta de interesse de agir somente refletiria a função positiva da coisa julgada, que determina a consideração integral do decisum anterior nos processos futuros em que a questão decidida seja prejudicial.

<sup>267</sup> Por todos, MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Teoria Geral do Processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, vol.1, 2009, p.100-101; GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, vol.I, 2009, p.344-345; TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. *Op.cit.*, p.67. Cf.POHLMANN, Petra. *Zivilprozessrecht*, *Op.cit.*, p.92; MUSIELAK, Hans-Joachim. *Grundkurs ZPO*. *Op.cit.*, p.88; GRUNSKY, Wolfgang. *Zivilprozessrecht*. *Op.cit.*, p.232; HELLWIG, Konrad. *System des deutschen Zivilprozeßrechts*. *Op.cit.*, p.782.

<sup>268</sup> v.BÜLOW, Oskar. *Absolute Rechtskraft des Urtheils*. *Op.cit.*, p.1-2; KUTTNER, Georg. *Die privatrechtlichen Nebenwirkungen der Zivilurteile*. *Op.cit.*, p.127; COLIN, Ambroise; CAPITANT, Henri. *Cour Élémentaire de Droit Civil Français*. *Op.cit.*, t.II, p.452.

<sup>269</sup> SCHWARTZ, Johann Christoph. *'Absolute Rechtskraft' und heutiges Deutsches Recht, in Berliner Festgabe für Heinrich Dernburg zum fünfzigjährigen Doktorjubiläum*. Berlin: W.Müller, 1900, p.336; WINDSCHEID, Bernhard. *Lehrbuch des Pandektenrechts*. *Op.cit.*, 9. ed., p.652.



cognoscível de ofício pelo juiz (arts.267, V e §3º e 304, VI e §4º do CPC),<sup>270</sup> a existência de coisa julgada pode ser analisada independentemente de provocação da parte, e então talvez fosse mais adequado falar em “objeção de coisa julgada”, e não em “exceção”.<sup>271</sup>

Não obstante, a questão terminológica possui pouca aplicação prática. Apenas queremos fazer a referência de que a *praxis* consagrou a expressão “exceção de coisa julgada”, talvez pela influência do direito romano (*exceptio rei iudicatae*) e da literatura clássica, que de há muito a incorporou, antes mesmo que doutrinariamente fosse feita distinção técnica entre as exceções do direito material e as exceções processuais, e muito menos entre as exceções e objeções processuais.<sup>272</sup>

No entanto, um aspecto interessante e constantemente desconsiderado pela doutrina é que a exposição da coisa julgada seja como um pressuposto processual, seja como uma “exceção”, apenas revela o aspecto *negativo* da coisa julgada, de uma *reação* de quem pretende voltar-se contra o *bis in idem*, contra a repetição de demandas idênticas a outras já alcançadas pela coisa julgada material. Mas quando se coloca a questão da função *positiva* da coisa julgada, e então estejamos no campo da vinculação das prejudiciais decididas, a expressão não é suficiente para abarcar o fenômeno.

De nossa parte, pretendemos usar tanto quanto possível o termo correto “objeção de coisa julgada”. Porém, aqui e ali, para obtermos a melhor compreensão do leitor, renderemo-nos à nomenclatura tradicional (“exceção de coisa julgada”).

### 1.8.3 A análise judicial da existência de coisa julgada: tríplice identidade e “teoria da identidade da relação jurídica”

A verificação tradicional da exceção de coisa julgada pelo juiz revela uma análise comparativa entre dois ou mais processos. Compara-se o processo sob exame com outros procedimentos já encerrados para saber se alguma parcela do que já foi decidido coincide com o que deverá ser objeto da cognição judicial no segundo processo. Para controlar a aplicação do efeito positivo da coisa julgada, deve-se verificar se alguma questão decidida no primeiro processo seria prejudicial à conclusão sobre o mérito do segundo processo; para verificar o efeito

<sup>270</sup> A possibilidade de conhecimento *ex officio* da coisa julgada é expressamente prevista no §411, II da ZPO austríaca.

<sup>271</sup> Lent ainda faz outras considerações sobre a natureza material e processual das exceções e objeções, e propõe classificação diversa. LENT, Friedrich. *Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozeß*. Op.cit., p.315-317.

<sup>272</sup> KELLER, Friedrich Ludwig von. *Pandekten*. Leipzig: Bernhard Tauchnitz, 1861, p.188.

negativo da coisa julgada, são comparados os dois processos para analisar se estamos diante da mesma disputa, de demandas idênticas, e, portanto, averiguar se existe a vedação de rediscussão oriunda da coisa julgada.

Mas como se identifica se estamos diante de ações idênticas? A fórmula clássica, adotada desde o direito romano,<sup>273</sup> é a aplicação do exame de *tríplice identidade* (*tria eadem*), isto é, a correspondência entre os elementos da demanda do processo *sub examine* e os elementos da demanda do processo já transitado em julgado. Como a demanda é composta de três elementos (partes, causa de pedir e pedido),<sup>274</sup> o método resume-se a procurar a identidade de *res*, *causa petendi* e *petitum*, como consagrado no art.301 §2º do CPC e em outros similares no direito comparado,<sup>275</sup> e como seguido até hoje pela jurisprudência brasileira.<sup>276</sup>

A vantagem da técnica da tríplice identidade para a disciplina da coisa julgada é grande, já que se trata de um exame relativamente simples de ser aplicado na vida prática. Porém, a tríplice identidade poderia permitir subterfúgios para que uma parte pudesse rediscutir certas questões num processo posterior sem que a ela pudesse ser oposta a exceção de coisa julgada. Tomemos um exemplo de um indivíduo que ajuíza demanda declaratória de inexistência de débito tributário (IPTU referente ao exercício de 2011) contra o Município onde possui bem imóvel, solicitando a expedição da respectiva certidão negativa de débito para participar de uma licitação. O pedido é julgado improcedente, vindo a transitar em julgado. Posteriormente, o mesmo indivíduo ajuíza contra o mesmo Município ação de repetição de indébito (pretensão condenatória, portanto), a fim de reaver os valores pagos a título de IPTU do exercício 2011.

Note-se que, como os pedidos são diversos (o primeiro era meramente declaratório e o segundo condenatório), não haveria tríplice identidade e então não se observaria o óbice de rediscussão.<sup>277</sup> Ou seja, apesar de substancialmente o debate estar versando sobre praticamente o mesmo tema (existência de crédito/débito tributário entre as mesmas pessoas no mesmo período), uma filigrana procedimental poderia burlar a estabilidade exigida da decisão definitiva no primeiro processo.

---

<sup>273</sup> Cf. PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa Julgada Civil. Op.cit.*, p.28; BÉCHILLON, Denys de. *L'identification de la chose jugée dans la jurisprudence du Conseil d'État. Op.cit.*, p.1797.

<sup>274</sup> ROCCO, Ugo. *Trattato di Diritto Processuale Civile*. Torino: Utet, vol.I, 1957, p.351 ss.

<sup>275</sup> Assim, p.ex., o art.498, 1, do Código de Processo Civil português: "1.Repete-se a causa quando se propõe uma acção idêntica a outra quanto aos sujeitos, ao pedido e à causa de pedir".

<sup>276</sup> STJ – REsp 219.172-SC, Rel.Min.Nancy Andrighi, j.20.08.2001.

<sup>277</sup> De fato, quase todos os manuais concordam que diversos pedidos geram diversos objetos do processo. Cf.GOTTWALD, Peter. *Streitgegenstandslehre und Sinnzusammenhänge. Op.cit.*, p.85.

Por esta razão, muitos autores sustentam que deveria haver uma análise complementar à tríplice identidade. A comparação dos *tria eadem* serviria como um primeiro exame, que prestaria apenas para uma conclusão afirmativa: “existe coisa julgada”. Caso o cotejo entre os elementos da demanda nos dois processos *exclua* a coisa julgada, e então estivermos diante de uma conclusão negativa (“não há coisa julgada”), passaríamos para uma análise complementar para “confirmar” esta conclusão.

Este segundo exame, constantemente referido como “teoria da identidade da relação jurídica”, procura não ficar atrelado à análise formal da demanda, mas buscar o conteúdo da situação jurídica material que se discute no processo.<sup>278</sup>

No entanto, a jurisprudência nacional até hoje reluta em admitir a possibilidade de um exame menos formal da *exceptio*, atendo-se à clássica tríplice identidade.<sup>279</sup>

## 1.9 Quebra da coisa julgada: instrumentos rescisórios

### 1.9.1 Generalidades

Tema importante na teoria da coisa julgada são os mecanismos existentes para sua quebra. De fato, tais instrumentos estão intrinsecamente ligados com a estabilidade da decisão final. Embora a coisa julgada seja destinada a assegurar estabilidade às decisões judiciais, os sistemas processuais, balanceando a segurança jurídica com a justiça e correção das decisões, normalmente trazem, em maior ou menor medida, algum meio de superação da coisa julgada, com a conseqüente alteração do *decisum*.

Tais mecanismos, que existem desde o direito romano,<sup>280</sup> possuem caráter excepcional e são manejados na forma de recursos ou ações autônomas de impugnação. Essa diferença existe porque alguns ordenamentos reputam transitada em julgado a sentença desde que não caibam contra ela certos tipos de recurso, enquanto outros sistemas somente admitem formação da *res iudicata* quando totalmente precluso o reexame recursal. Entre os ordenamentos do primeiro

<sup>278</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. *Op.cit.*, p.463.

<sup>279</sup> STJ – REsp 219.172-SC, Rel.Min.Nancy Andrighi, j.20.08.2001, em cuja ementa se lê: “Civil e Processual Civil. Coisa Julgada Material. Identificação. Tríplice Eadem. A *exceptio rei iudicatae* para ser acolhida, operando o efeito negativo de impedir novo julgamento de demanda anteriormente julgada no mérito, e da qual não cabe mais recurso, depende da identificação das partes, da causa de pedir e do pedido. Destoante o pedido formulado em ação posterior, ainda que coincidentes a causa de pedir das demandas, não se configura a coisa julgada. Recurso parcialmente provido”.

<sup>280</sup> Segundo Cruz e Tucci, com apoio em Salvioli, teria sido na glosa de Acúrsio que surgiu o remédio da oposição de terceiro. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. *Op.cit.*, p.51.

grupo podem ser apontados o italiano (art.324 do *Codice*) e português (CPC, art.677). Dentre os sistemas jurídicos que, como o brasileiro (CPC art.467), afirmam a coisa julgada apenas depois de esgotados *todos* os recursos, estão o alemão (§705 da ZPO) e o espanhol.<sup>281</sup>

## 1.9.2 Modelo brasileiro

### 1.9.2.1 Meios típicos de superação da coisa julgada

No Brasil, o trânsito em julgado tornou-se o divisor que denota a potencial utilização dos recursos ou das ações autônomas: para impugnar decisões já acobertadas pela coisa julgada material, devem ser utilizadas apenas ações autônomas.<sup>282</sup>

Dentre os meios que se observam na lei, bem como aqueles pugnados pela doutrina e jurisprudência para a quebra da coisa julgada, podemos identificar dois grandes grupos: os mecanismos típicos (que possuem previsão legal expressa) e aqueles atípicos (inferidos principiologicamente ou por analogia).

Tradicionalmente, o “único” meio para desfazer a coisa julgada seria a *ação rescisória*, uma demanda de natureza constitutiva negativa cujo objeto é a revisão do julgamento anterior, proponível dentro do prazo de dois anos a contar do trânsito em julgado da sentença.<sup>283</sup>

No Brasil, a ação rescisória constitui um processo autônomo, enquanto muitos dos similares de outros países ora são qualificados de “recursos” (por vezes até com o adjetivo “extraordinário”, mesmo sendo um mecanismo impugnativo *exterior* ao processo em que proferida a decisão), ora como ações autônomas de impugnação.<sup>284</sup>

Por ser um instrumento típico e excepcional, a ação rescisória tem hipóteses de cabimento restritas e taxativas. Outro dado que denota sua excepcionalidade é a constatação de que, após o decurso do prazo para utilização da ação rescisória, a estabilidade adquirida pela sentença fica

<sup>281</sup> Barbosa Moreira afirma que o sistema francês é peculiar porque atribui à sentença a *autorité de la chose jugée* desde a prolação da decisão (art.480), mas afirma que a preclusão dos recursos suspensivos confere-lhe a *force de chose jugée*, e preclusão a de todos os recursos é que torna a decisão *irrévocable*. Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Eficácia da sentença e autoidade da coisa julgada*. *Op.cit.*, p.275.

<sup>282</sup> FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Embargos à execução. Alegação de inexistência da pessoa jurídica exequente: improcedência. Coisa julgada. Legitimação para o processo de execução*. *Op.cit.*, p.139.

<sup>283</sup> CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Termo inicial do prazo para ajuizamento da ação rescisória, capítulos de sentença e recurso parcial. *Revista de Processo*, ano 30, n.120, fev. 2005, p.193-194.

<sup>284</sup> Assim p.ex. na Itália (*revocazione straordinaria, opposizione di terzo*) e na França (*pourvoir en cassation, recours en révision, tierce opposition*).

ainda maior. A esta situação convencionou a doutrina chamar de “coisa soberanamente julgada”, nomenclatura atribuída a Pimenta Bueno.<sup>285</sup>

No processo brasileiro, entende-se que a ação rescisória pode ser manejada tanto para atuar o efeito positivo quanto o negativo da coisa julgada, ou seja, tanto no caso em que pretende deconstituir uma segunda sentença que *deliberou* sobre matéria já decidida anteriormente (violando o impedimento de decidir decorrente da função negativa), quanto também para reformar um segundo pronunciamento que *deixou de considerar* como premissa uma determinada questão certificada no primeiro processo (violando a vinculação positiva à prejudicial já decidida anteriormente). Como a ação rescisória pode ser usada em ambos os casos, tem-se dito que é irrelevante se o autor da ação rescisória alegou ou não, durante o processo, a existência da coisa julgada prévia (Sum.514 do STF). Seria também indiferente se, a despeito de ter havido alegação e decisão a tal respeito, o juiz tivera rejeitado a *exceptio* durante o processo.<sup>286</sup>

No que se refere às hipóteses de cabimento da ação rescisória, previstas no art.485 do CPC, vê-se que estas são bem amplas e abarcam não apenas motivos que tocam a própria correção e justeza da sentença, como também defeitos procedimentais.

Além da ação rescisória, outro mecanismo expressamente previsto em lei para a quebra da coisa julgada é a denominada *ação anulatória*, prevista no art.486 do CPC. A doutrina parece concordar que os atos das partes, quando praticados em juízo, podem ser atacados por meio desta demanda.<sup>287</sup> E, então, em alguns casos, a ação anulatória teria o “efeito rescisório” de desfazer sentenças se estas tenham se baseado nestes atos, seja porque a decisão se tenha predominantemente fundamentado neles (p.ex. confissão), seja porque fora uma sentença homologatória do ato privado (p.ex., transação).

Também a *oposição à execução* fundada em título executivo inconstitucional tem sido apontada como meio típico de superação da coisa julgada. Trata-se de hipótese, com alguns termos de comparação no direito estrangeiro,<sup>288</sup> e que se soma àquelas já previstas na legislação

<sup>285</sup> PIMENTA BUENO, José Antonio. *Apontamentos sobre as formalidades do processo civil*. *Op.cit.*, p.94. Seguida por muitos, Cf. PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa Julgada Civil*. *Op.cit.*, p.166-169.

<sup>286</sup> TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. *Op.cit.*, p.152.

<sup>287</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Ação demarcatória, coisa julgada e ação rescisória. *Revista de Processo*, ano 20, n.77, jan-mar, 1995, p.104-105; ARMELIN, Donaldo. *Flexibilização da coisa julgada*. *Op.cit.*, p.148-149.

<sup>288</sup> No direito alemão, as decisões criminais tomadas com base em lei posteriormente declarada inconstitucional podem ser revistas, mesmo se já transitadas em julgado. O mesmo não ocorre com as sentenças cíveis, embora a execução destas pode ser obstada (§79 da Lei do Tribunal Constitucional Federal). Na Itália, embora em sua acepção literal o texto legal pareça dizer o contrário, a doutrina extrai que o art.136 da Constituição peninsular prevê a retroatividade das decisões de controle de constitucionalidade quando declaram uma norma inconstitucional. Na Espanha, a Constituição (art.161, 1) prevê a retroatividade

brasileira para atacar a *res iudicata*. No Brasil, o mecanismo foi introduzido por medida provisória, posteriormente convertida em lei e incorporada ao antigo parágrafo único do art.741 do CPC e à sistemática do processo do trabalho (art.884 §5º da CLT).<sup>289</sup> Algum tempo depois, a regra foi mantida pela Lei 11.232/05, agora acrescida à disciplina geral da impugnação ao cumprimento de sentença (art.475-L, §1º do CPC).<sup>290</sup>

A hipótese prevista nestes dispositivos permite a desconstituição da estabilidade adquirida pela coisa julgada quando o conteúdo da sentença deriva da aplicação de uma norma posteriormente declarada inconstitucional pelo STF em controle abstrato de constitucionalidade, ou mesmo em controle concreto se a Corte Suprema a tiver reputado como “incompatível com a constituição”.<sup>291</sup>

Theodoro Jr. diferencia duas hipóteses: a primeira ocorreria quando o juízo aplica norma posteriormente declarada inconstitucional pelo STF; e a segunda quando o juízo *deixar de aplicar* uma lei por considerá-la inconstitucional, vindo a ser aquela norma declarada constitucional pelo STF. Neste segundo caso, de acordo com o autor, não haveria ofensa à constituição, mas à lei ordinária que deixou de ser aplicada, e então não caberia o uso desta específica oposição à execução.<sup>292</sup> Para Talamini, ao revés, é possível considerar-se haver um vício de inconstitucionalidade na sentença que afirma indevidamente a inconstitucionalidade da norma, não se tratando apenas uma questão infraconstitucional porque, quando o juiz interpreta erroneamente a constituição ou extrai do texto constitucional mais do que o constituinte desejou afirmar, ou mesmo quando se valeu de uma interpretação “desconforme”, deixando de “salvar” a norma, em todos estes casos está em jogo a supremacia do texto constitucional.

---

dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Sobre o tema, CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Desconsideração da coisa julgada. Sentença inconstitucional*. *Op.cit.*, p.235-236 e notas n.20-22.

<sup>289</sup> Sobre o tema, Cf.SÜSSEKIND, Arnaldo. Da coisa julgada inconstitucional. *Revista Jurídica Consulex*, ano XIII, n.294, abr, 2009, p.62.

<sup>290</sup> No processo civil, Cf.MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional*. *Op.cit.*, p.14, 119 ss.

<sup>291</sup> LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Coisa julgada. Conteúdo e efeitos da sentença. Sentença inconstitucional e embargos à execução contra a Fazenda Pública*. *Op.cit.*, p.44-45. Sobre as divergências a respeito de se a medida seria cabível nas hipóteses de controle concreto da constitucionalidade, e se seria necessária a suspensão da execução da lei pelo Senado Federal, Cf. CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Desconsideração da coisa julgada. Sentença inconstitucional*. *Op.cit.*, p.232-234.

<sup>292</sup> THEODORO JR., Humberto. *A ação rescisória e o problema da superveniência do julgamento da questão constitucional*. *Op.cit.*, p.162.

Outros mecanismos seriam, em tese, imagináveis, mas não é nosso objetivo aqui tratar especificamente deste tema.<sup>293</sup> Desejamos apenas deixar assentadas as variadas hipóteses típicas que existem, *de lege lata*, para a superação da coisa julgada no ordenamento brasileiro.

### 1.9.2.2 Instrumentos atípicos

Dentre os meios atípicos, isto é, não expressamente previstos em lei, mas mesmo assim defendidos e admitidos como sendo idôneos a permitir a quebra da coisa julgada, alguns merecem referência. Estes mecanismos poderiam, segundo importante setor doutrinário, ser usados como “equivalentes” à rescisória por possuírem um efeito tipicamente rescisório-revisional.<sup>294</sup>

Historicamente, essa sistemática já fora permitida no Brasil, como se observou no formato dos embargos à execução, que antes do Código de Processo Civil de 1939 podiam ser usados com efeito rescisório.<sup>295</sup> Porém, o mais antigo destes mecanismos atípicos de que se tem notícia é a *querela nullitatis*, uma demanda autônoma e sem prazo de ajuizamento, destinada a atacar vícios procedimentais graves. Este instrumento desenvolveu-se, ainda no direito romano intermédio e por influência do direito canônico,<sup>296</sup> para impugnar os vícios de procedimento, tendo a apelação se firmado como um remédio apenas para os *errores in iudicando*.

Até a presente data, a *querela nullitatis* continua tendo referência doutrinária e jurisprudencial, no Brasil e no direito comparado. Com efeito, segundo parte da literatura processual, a *querela* poderia até hoje ser utilizada para atacar vícios agudos do processo,<sup>297</sup> e este mecanismo atípico já foi algumas vezes reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça.<sup>298</sup>

<sup>293</sup> Outros meios típicos que são possíveis em tese seriam: a arguição de descumprimento de preceito fundamental, mecanismo de controle abstrato da constitucionalidade que não precisa necessariamente ser usado para atacar atos legislativos; e ainda a revisão de decisões judiciais transitadas em julgado por cortes internacionais.

<sup>294</sup> PARENTE, Eduardo de Albuquerque. Institutos equivalentes à ação rescisória. *Revista de Processo*, ano 28, n.112, out-dez, 2003, p.125.

<sup>295</sup> VIDIGAL, Luis Eulálio de Bueno. *Ação rescisória dos julgados*. São Paulo: Saraiva, 1948, p.30 ss; AMERICANO, Jorge. *Da ação rescisória*. Rio de Janeiro: Saraiva, 1936, p.51.

<sup>296</sup> TALAMINI, Eduardo. *Eficácia e autoridade da sentença canônica*. *Op.cit.*, p.30, 50 ss.

<sup>297</sup> FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Embargos à execução. Alegação de inexistência da pessoa jurídica exequente: improcedência. Coisa julgada. Legitimação para o processo de execução*. *Op.cit.*, p.138. No mesmo sentido, COSTA, Eduardo José da Fonseca. Réu revel, vício de citação e querela nullitatis insanabilis. *Revista de Processo*, ano 33, n.164, out., 2008, p.84 ss; PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Institutos equivalentes à ação rescisória*. *Op.cit.*, p.136. Confira-se, sobre o tema, DANTAS, Marcelo Buzaglo. Relativizar ou não relativizar (a coisa julgada material)? eis a questão. *Atuação – Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense*, vol.4, n.10, set-dez, 2006, p.194 ss.

<sup>298</sup> STJ - REsp nº 240.712-SP, Rel.Min.José Delgado, j.15.02.2000; REsp nº 445.664-AC, Rel.Min.Eliana Calmon, j.15.04.2004.

Na mesma linha, nos casos de haver relevantes circunstâncias posteriores ao trânsito em julgado e que sejam aptas para alterar a conclusão da sentença anterior, já se sustentou a possibilidade de propositura de uma *ação revisional* genérica, a ser ajuizada no juízo de primeiro grau, independentemente de ter havido recursos ou que o acórdão que tenha transitado em julgado seja de instância superior. Para tanto, os defensores da tese baseiam-se em analogias com a ação revisional de aluguel, p.ex.,<sup>299</sup> ou na demanda para alteração do valor determinado por força da constituição de capital prevista no art.475-Q e §3º do CPC.

Esta demanda revisional de há muito é admitida na jurisprudência brasileira.<sup>300</sup> Afirma-se que não representaria uma exceção à coisa julgada porque a alteração de circunstâncias faria com que a discussão estivesse fora dos seus limites temporais. Uma ação revisional da coisa julgada, genérica e a par da rescisória, foi também defendida por Eduardo Couture no sistema uruguaio.<sup>301</sup>

Outra hipótese atípica aventada para a superação da coisa julgada é o ajuizamento de *nova demanda sobre o mesmo objeto*, na qual não mais seria aceita a exceção de coisa julgada. Pontes de Miranda foi um dos que sustentara esta possibilidade, assim como a quebra da coisa julgada pela resistência à execução, não necessariamente implementada pelos embargos, mas também por uma simples alegação *incidenter tantum*, pela via das exceções.<sup>302</sup>

Vê-se, portanto, que são muitas as alternativas confeccionadas em doutrina no escopo de desenvolver instrumentos de superação atípica da *res iudicata*, isto é, mecanismos de quebra mesmo sem previsão legal expressa.

Não obstante esta tendência, várias tentativas de aplicar a quebra atípica da coisa julgada não tão bem sucedidas puderam também ser observadas na jurisprudência nacional. Assim, p.ex., já se defendeu a utilização do mandado de segurança para impugnar decisões transitadas em julgado. A possibilidade foi negada pela jurisprudência,<sup>303</sup> tendo sido inclusive sumulada pelo Supremo Tribunal Federal (verbete n.268). Nem mesmo nos juizados especiais cíveis tem sido admitida a utilização do *writ*, sob o argumento de que o legislador, ao proibir a ação rescisória

<sup>299</sup> TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. *Op.cit.*, p.520-521, 636-637; ALVIM, Thereza. Repensando a coisa julgada. *Revista Autônoma de Processo*, n.2, jan-mar, 2007, p.315; MOLINA, André Araújo. A eficácia preclusiva da coisa julgada. *Repertório de Jurisprudência IOB*, vol.II, n.20, out. 2009, p.642; ARAGÃO, Paulo Cezar. *Reflexões sobre as sentenças determinativas*. *Op.cit.*, p.165-166. Contra, DANTAS, Marcelo Buzaglo. *Relativizar ou não relativizar (a coisa julgada material)?: eis a questão*. *Op.cit.*, p.197.

<sup>300</sup> STF - RE nº 62.636-GB, Rel.Min.Eloy da Rocha, j.04.06.1971.

<sup>301</sup> COUTURE, Eduardo J. *La acción revocatoria de la cosa juzgada fraudulenta*. *Revista Juridica Argentina La Ley*, t.16, out-dez, 1939, p.105.

<sup>302</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado da Ação Rescisória das Sentenças e de outras Decisões*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p.195.

<sup>303</sup> RMS 17.976-SP, Rel.Min.Amaral Santos, j.13.09.1968; RE nº 86.056, Rel.Min.Rodrigues Alckmin, j.31.05.1977.



contra as sentenças proferidas nestes procedimentos (art.59 da Lei 9.099/95), desejou expressamente excluir ataques àquelas decisões após o trânsito em julgado.<sup>304</sup> É verdade que a jurisprudência já admitiu mandado de segurança para atacar a preclusão, quando todos os mecanismos recursais para obter a revisão de uma decisão interlocutória estivessem esgotados. O fundamento utilizado foi a “teratologia” da decisão impugnada, ou seja, no absurdo candente que o ato jurisdicional continha.<sup>305</sup> Todavia, aqui a questão é diversa porque, para atacar a coisa julgada, considerada esta como uma estabilidade mais forte, deveria haver hipóteses mais restritas.

### 1.9.2.3 A tese da “relativização da coisa julgada inconstitucional”

Neste tópico queremos trazer à baila a tese da “relativização da coisa julgada”, também conhecida como “coisa julgada inconstitucional”.<sup>306</sup> Não se pode dizer que tal corrente de pensamento reflita a posição majoritária da doutrina brasileira; entretanto, por ter ganhado muitos adeptos na literatura dos últimos anos,<sup>307</sup> merece menção e reflexão detalhada.

A tese pretende desconsiderar, seja pela via principal de uma ação autônoma de natureza declaratória de nulidade, tal como a *querela nullitatis* romana (isto é, sem ação rescisória ou algum outro mecanismo típico),<sup>308</sup> ou ainda pela via prejudicial (como mecanismo de defesa), a imutabilidade e indiscutibilidade decorrente da coisa julgada, permitindo, a seguir, a rediscussão do que ficara antes decidido. Sem embargo, ao indagar se a *res iudicata* deva ser relativizada, o

<sup>304</sup> TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. *Op.cit.*, p.520-521.

<sup>305</sup> STF – MS nº 24.159-QO-DF, Rel.Min.Ellen Gracie, j.26.06.2002.

<sup>306</sup> Na verdade, é difícil saber a “paternidade” da tese. Alguns autores afirmam que o primeiro a defender a tese da “coisa julgada inconstitucional” no Brasil tenha sido o Min.José Augusto Delgado. Cf.SILVA, Ovídio Baptista da. *Coisa julgada relativa? Genesis – Revista de Direito Processual Civil*, ano VIII, n.30, out-dez, 2003, p.791. Porém, Humberto Theodoro Jr. afirma ter sido pioneiro, levando por meio de parecer a questão ao Min.José Delgado no STJ, que depois viria a desenvolver seu trabalho. Cf.THEODORO JR., Humberto e FARIA, Juliana Cordeiro de. *O tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passada em julgado*. *Op.cit.*, p.10-11. O mesmo se extrai do texto de DANTAS, Marcelo Buzaglo. *Relativizar ou não relativizar (a coisa julgada material)? eis a questão*. *Op.cit.*, p.176. E tem razão. O próprio Min.José Augusto Delgado atribui a originalidade da tese a Humberto Theodoro Jr. Cf.DELGADO, José Augusto. *Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais*, in NASCIMENTO, Carlos Valder (Org.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. 4. ed., Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p.52.

<sup>307</sup> A tese foi defendida por Humberto Theodoro Jr., Sérgio Bermudes, Cândido Dinamarco, Carmen Lúcia Antunes Rocha, dentre outros, com algumas variações na fundamentação teórica de cada um. Cf.ROCHA, Carmen Lucia Antunes. *O princípio da coisa julgada e o vício de inconstitucionalidade*, in *Constituição e Segurança Jurídica – direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Forum, 2004, p.166-191; BERMUDES, Sérgio. *Coisa julgada ilegal e segurança jurídica*, in *Constituição e Segurança Jurídica...Op.cit.*, p.131-135. Vejam-se, a respeito, os textos compilados em NASCIMENTO, Carlos Valder do. (Coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

<sup>308</sup> THEODORO JR., Humberto e FARIA, Juliana Cordeiro de. *O tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passada em julgado*. *Op.cit.*, p.23.

que pretendem os defensores desta corrente é efetivamente “desconsiderar” a coisa julgada.<sup>309</sup> Para eles, também o mecanismo de quebra da coisa julgada deveria ser ampliado: seria pouco resumir a quebra da coisa julgada às hipóteses típicas de ação rescisória.

O principal fundamento utilizado é que a segurança jurídica não poderia nunca prevalecer sobre a justiça da decisão, e quando certas “injustiças graves”, cristalizadas pela coisa julgada, fossem reveladas, e, portanto, quando o erro patente da sentença pudesse ser evidenciado, deveria haver ruptura da *res iudicata*. O ato jurisdicional deveria ser sempre consonante com a “justiça” e a “equidade”.

Com forte apelo axiológico, este setor doutrinário identifica hipóteses de relevância social e política, em cuja solução, continente de grande injustiça, aviltaria o senso comum manter a estabilidade da coisa julgada. Dizem os defensores da tese que o dogma de que a coisa julgada “faz do branco preto, do quadrado redondo e do falso verdadeiro” não pode mais subsistir.<sup>310</sup> Constantemente vemos apelos emocionados aos “valores absolutos de legalidade, moralidade e justiça”, que “estão acima do valor segurança jurídica”.<sup>311</sup> Diz-se ainda que “não é legítimo eternizar injustiças a pretexto de evitar a eternização de incertezas”.<sup>312</sup>

Com alguma variação de autor para autor, normalmente as conclusões são apoiadas em textos de Eduardo Couture ou no trabalho de Paulo Otero publicado em Portugal.<sup>313</sup> Na linha do professor português,<sup>314</sup> o parâmetro utilizado para controlar a possibilidade de quebra da coisa julgada é a ofensa a direitos constitucionais. Apoiar-se a tese na supremacia da constituição ou num “princípio de constitucionalidade”: a força normativa superior da constituição justificaria a quebra da *res iudicata*. Afirma-se no Brasil, na mesma linha, que a regra da coisa julgada na

<sup>309</sup> GÓES, Gisele Santos Fernandes. *A ‘relativização’ da coisa julgada: exame crítico (exposição de um ponto de vista contrário)*. *Op.cit.*, p.256; DANTAS, Marcelo Buzaglo. *Relativizar ou não relativizar (a coisa julgada material)? eis a questão*. *Op.cit.*, p.179.

<sup>310</sup> Calamandrei afirma que o aforismo de que a coisa julgada faz do branco preto faz a gente sorrir, nos dias de hoje, quando deveria fazer tremer, porque revela a responsabilidade que recai sobre os juízes. : “De fato, o juiz, como o mago da fábula, tem o sobre-humano poder de efetuar no mundo do direito as mais monstruosas metamorfoses e de dar às sombras aparência eterna de verdade; e, já que em seu mundo sentença e verdade devem acabar coincidindo, ele pode, se a sentença não se ajusta à verdade, reduzir a verdade à medida de sua sentença”. CALAMANDREI, Piero. *Eles os juízes, vistos por um advogado*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.10.

<sup>311</sup> No mesmo sentido, ALENCAR, Rosmar Antonni R. C. de. *Segurança jurídica e fundamentação judicial*. *Op.cit.*, p.61. Para os direitos coletivos, Mazzilli afirma que “não se pode admitir coisa julgada ou direito adquirido contra direitos fundamentais da humanidade. A verdade suprajurídica é a de que não existe, nem pode existir, o direito de violar o meio ambiente e destruir as condições do próprio *habitat* do ser humano”; e ainda “não se pode admitir coisa julgada contra a CF”. MAZZILLI, Hugo Nigro. *Coisa julgada no processo coletivo: notas sobre a mitigação*. *Revista de Direito Civil e Processual Civil*, n.36, jul-ago, 2005, p.42 e 43.

<sup>312</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Relativizar a coisa julgada material*. *Op.cit.*, p.13.

<sup>313</sup> Mencionam as obras de Otero e Couture, dentre outros, THEODORO JR., Humberto e FARIA, Juliana Cordeiro de. *O tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passada em julgado*. *Op.cit.*, p.12-14. Por todos, Cf. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Relativização da coisa julgada material*, *Op.cit.*, p.183-184.

<sup>314</sup> OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: LEX, 1993, *passim*.

CR/88 seria apenas uma regra de direito intertemporal, com a conseqüente conclusão de que a intangibilidade da coisa julgada decorreria das normas do CPC, não podendo prevalecer sobre princípios e regras constitucionais, normas que teriam hierarquia superior.<sup>315</sup> É o que ocorreria em causas como a cristalização de indenizações indevidas em procedimentos de desapropriação ou a descoberta do exame de DNA em sentido contrário ao da sentença de improcedência na investigação de paternidade.<sup>316</sup>

Partindo então da necessidade de proteção destes interesses hierárquica ou axiologicamente superiores, a quebra da coisa julgada viria instrumentalizada por meio de algumas possíveis técnicas. A primeira delas seria a ampliação do conceito de “sentença inexistente” para abranger também a sentença continente de uma inconstitucionalidade, e, portanto, permitir a simples desconsideração do que ficou julgado.<sup>317</sup> José Augusto Delgado afirmava que uma decisão desconforme com a constituição seria uma “não-decisão”, chegando a listar trinta e quatro tipos de decisão que poderiam ser consideradas como uma “não-sentença”. Humberto Theodoro Jr. e Juliana Cordeiro de Faria, p.ex., sustentam que, quando a decisão é desconforme à Constituição, a coisa julgada seria apenas “aparente”.

A segunda solução seria operar uma ponderação dos bens envolvidos, concluindo-se que a segurança jurídica deveria ceder em favor de outros princípios constitucionais de hierarquia superior.<sup>318</sup> Por fim, outra alternativa seria conferir uma interpretação menos restritiva a certas hipóteses do art.485 do CPC, para que a ação rescisória fosse efetiva em eliminar sentenças injustas (ou seja, nesta visão, sentenças contrárias a valores constitucionais). Tal interpretação mais elástica seria possível notadamente em casos de rescisória por violação à literal disposição de lei (art.485, V) ou referentes a matéria probatória (art.485, VI e VII).

A jurisprudência já acolheu a tese da relativização da coisa julgada em algumas hipóteses, a mais célebre delas referentes a processos de investigação de paternidade. Nos casos-parâmetro, por sentença transitada em julgado, ficara assentada a improcedência da investigatória em época em que não havia exame de DNA à disposição das partes e do juízo. Sob o argumento da existência do novo meio de prova, os litigantes ajuizavam novamente as demandas investigatórias de paternidade, invocando os direitos constitucionais à filiação e à dignidade humana, fortes no

<sup>315</sup> DELGADO, José Augusto. *Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais*, *Op.cit.*, p.35; THEODORO JR., Humberto e FARIA, Juliana Cordeiro de. *O tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passada em julgado*. *Op.cit.*, p.11, 15, 21.

<sup>316</sup> Cf. PORTO, Sérgio Gilberto. *Cidadania processual e relativização da coisa julgada*. *Op.cit.*, p.26-27.

<sup>317</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada*. *Op.cit.*, p.26 ss, 86 ss.

<sup>318</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Bens sujeitos à proteção do Direito Processual Constitucional*, *Op.cit.*, p.286.

direito à identidade, cujo componente essencial compreenderia também a origem genética do indivíduo.

Outro grupo de casos em que se tem defendido a possibilidade de relativização da coisa julgada, e que também já ganhou adesão jurisprudencial, é aquele referente a causas de desapropriação, geralmente quando é determinado o pagamento de grandes quantias indenizatórias a indivíduos que não eram os reais proprietários, ou quando outros erros graves das sentenças transitadas em julgado geravam distorções no campo do direito material.<sup>319</sup>

Não obstante a eventual acolhida da tese em certos arestos, não podemos visualizar uma tendência ampliativa na jurisprudência. De fato, se realmente algumas decisões judiciais permitiram a quebra atípica da coisa julgada,<sup>320</sup> outras mantiveram-se fiéis à tradição clássica de intangibilidade da coisa julgada.<sup>321</sup>

Alem disso, o próprio Supremo Tribunal Federal, embora admita excepcionalmente a superação atípica da coisa julgada, tende a limitar suas hipóteses de cabimento, estreitando os parâmetros de aplicação e intensificando o escrutínio dos requisitos para sua incidência.<sup>322</sup>

### 1.9.3 Direito comparado

O instrumento tradicional para superação da coisa julgada na Itália é a *revocazione*, prevista nos arts.395 e seguintes do *Codice di Procedure Civile* e subdividida em dois tipos (ordinária e extraordinária), sendo que só a revogação extraordinária é possível após o trânsito em julgado. Algumas das hipóteses de rescisão possuem prazo de ajuizamento que se abre a partir da descoberta de prova nova.<sup>323</sup>

O Código de Processo Civil português prevê (art.771) o “recurso de revisão”, ajuizável no prazo de sessenta dias a contar do trânsito em julgado ou, em alguns casos, a partir do momento

<sup>319</sup> STF – RE nº 105.012-RN, Rel.Min.Néri da Silveira, j.09.02.1988; STJ – REsp nº 240.712-SP, Rel.Min.José Delgado, j.15.02.2000.

<sup>320</sup> STJ – REsp nº 226.436-PR, Rel.Min.Salvio de Figueiredo Teixeira, j.04.02.2002; REsp 330.172-RJ, Rel.Min.Salvio de Figueiredo Teixeira, j.18.12.2001;

<sup>321</sup> STJ – REsp nº 107.248-GO, Rel.Min.Menezes Direito, j.07.05.1998.

<sup>322</sup> Como se vê em recentes decisões. STF – RE nº 603.188 AgR-SP, Rel.Min.Luiz Fux, j.26.04.2011. Da ementa desta decisão, pode ser extraída relevante passagem: “A relativização da coisa julgada é medida excepcional dependente de previsão legal, como ocorre na ação rescisória e revisão criminal, sendo vedado ao Poder Judiciário conferir aumento aos servidores públicos com fundamento no princípio da isonomia, máxime quando a majoração foi rejeitada em decisão transitada”.

<sup>323</sup> Cruz e Tucci relatou contagem do prazo de rescisão, nos mesmos moldes, no sistema uruguaio. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo. Op.cit.*, p.53-54. Nestes casos, para alguns autores, não estaríamos diante de coisa julgada condicionada pela prova, mas de mecanismos excepcionais que rescisão da coisa julgada incondicionada. GRINOVER, Ada Pellegrini. Coisa julgada *erga omnes, secundum eventum litis e secundum probationem*. *Revista de Processo*, ano 30, n.126, agosto, 2005, p.16.

em que a parte obteve o documento ou teve conhecimento do fato que embasa o pedido. De qualquer forma, depois de cinco anos do trânsito em julgado, não poderá mais ser usado o mecanismo (art.772).

Na Espanha, com sua tradicional influência em relação aos países da América Latina,<sup>324</sup> existe tratamento semelhante ao português. A lei prevê revisão das sentenças “firmes” (arts.509-516) com prazo de três meses a contar da obtenção das novas provas ou ciência do motivo da quebra. Em qualquer caso, existe prazo quinquenal fatal. Há ainda o recurso de audiência ao revel (arts.501 a 508 da LEC),<sup>325</sup> instituto de nítida influência alemã.

Na Alemanha, o principal instrumento rescisório é a *Wideraufnahme des Verfahrens*, cujo regulamento encontra-se nos §§ 580 e seguintes da ZPO. Nos casos de julgamento em revelia, forma-se uma estabilidade mais fraca, podendo a sentença ser impugnada pelo revel, neste caso, por meio da *Einspruch*.

As hipóteses de cabimento da *Wideraufnahme* muito se aproximam daquelas do art.485 do CPC brasileiro. Porém, algumas peculiaridades são dignas de nota. De acordo com o § 582 da ZPO, somente se admite a rescisória quando a parte deixou de alegar o fundamento para a rescisão no processo em virtude de conduta não culposa. Se a alegação era conhecida e possível ao litigante, a omissão em trazê-la impede que a parte o faça em sede rescisória. Além disso, o prazo é diverso do brasileiro. Na Alemanha, o prazo é de apenas um mês, mas seu termo *a quo* inicia no momento em que a parte teve ciência do motivo apto a rescindir a sentença. De qualquer maneira, depois de cinco anos do trânsito em julgado, não será mais cabível a rescisão.

No ordenamento tedesco, admite-se que a *res iudicata* possa ser superada também através de um mecanismo atípico de ataque à coisa julgada em sede executiva e com base na boa-fé processual. Trata-se de interpretação dada pela jurisprudência consolidada do *Bundesgerichtshof* (BGH, tribunal semelhante ao STJ brasileiro) para casos em que houver contrariedade à “ideia de justiça”, quando o exequente aproveita-se da posição formal de credor para beneficiar-se, de má-fé e às custas do devedor, contrariamente à situação material.<sup>326</sup> O tribunal superior alemão

<sup>324</sup> Cf. COUTURE, Eduardo J. *La acción revocatoria de la cosa juzgada fraudulenta*. *Op.cit.*, p.109.

<sup>325</sup> Sobre o tema, CALAZA LÓPEZ, Sonia. *La cosa juzgada*. *Op.cit.*, p.230 ss.

<sup>326</sup> Não se confunda a demanda fundada na boa-fé, com intuito de superar a coisa julgada, com outra demanda defensiva em sede executiva, a *Vollstreckungsabwehrklage*. Esta é uma ação constitutiva, prevista na ZPO, destinada a retirar exequibilidade do título, de natureza e fundamento puramente processual e que não se dirige diretamente para atacar a coisa julgada. Sobre este mecanismo, GAUL, Hans-Friedhelm. *Materielle Rechtskraft, Vollstreckungsabwehr und zivilrechtliche Ausgleichsansprüche*. *Juristische Schulung*, n.1, 1962, p.1, 5; MUSIELAK, Hans-Joachim. *Grundkurs ZPO*. *Op.cit.*, p.458-460; PAULUS, Christoph G. *Zivilprozessrecht*. *Op.cit.*, p.303-304; ZEISS, Walter; SCHREIBER, Klaus. *Zivilprozessrecht*. *Op.cit.*, p.232. Esta demanda é diferente também em seus efeitos: enquanto os mecanismos rescisórios pretendem um novo regramento *ex nunc*, sem apagar

admite aplicação, nestes casos, do §826 do Código Civil (BGB), ampliando jurisprudencialmente as hipóteses de quebra da *res iudicata* para além da ação rescisória.<sup>327</sup> Para o tribunal, este dispositivo aplica-se quando: 1) há “captura” do julgamento (*Urteilserchleichung*), que decorre da prática de um ato de má-fé a partir do qual se consegue um julgamento contrário à situação material. Isso ocorre com alegações sabidamente inverídicas, apresentação de documentos falsos, etc; e 2) Quando alguém aproveita-se por ato de má-fé de um julgamento equivocado para exercer posições jurídicas posteriores.<sup>328</sup> Tem-se defendido na doutrina, na mesma linha do tribunal superior alemão,<sup>329</sup> alguns pressupostos de aplicação:<sup>330</sup> a) o título executivo tem que ser materialmente errado, vale dizer, a pretensão a ser executada tem que ser inexistente ou não estar abrangida no título; b) o credor tem que conhecer a incorreção do título; c) especiais circunstâncias reprováveis em razão das quais seja exigível do credor desistir da posição indevida atribuída a ele.

O uso deste instrumento não é isento de críticas. Parte da doutrina repudia a dualidade de mecanismos (típico e atípico), que poderia gerar contradição entre as duas demandas,<sup>331</sup> até porque não há relação de subsidiariedade entre o meio atípico de quebra e a rescisória,<sup>332</sup> e então ambos poderiam ser utilizados ao mesmo tempo, com certos prejuízos para a coordenação destes instrumentos.

Apesar de alguma resistência à ampliação das hipóteses de superação da coisa julgada, entende-se que o equilíbrio é alcançado aplicando-se o § 826 do BGB a casos excepcionais para não reduzir a segurança jurídica. O próprio BGH tem imposto limitações à utilização deste

---

efeitos já produzidos, as demandas incidentais à execução têm como objetivo apenas cessar a exequibilidade do título. Assim, a doutrina germânica diferencia os efeitos da oposição executiva (*Vollstreckungsgegenklage*) e a ação de modificação (*Abänderungsklage*). Cf. BAUR, Fritz; STÜRNER, Rolf; BRUNS, Alexander. *Zwangsvollstreckungsrecht*. 13. ed., Heidelberg: C.F.Müller, 2006, p.547-548. E essa já era a referência da doutrina brasileira para a ação de modificação nas hipóteses do art.471 do CPC. Cf. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *A coisa julgada nas ações de alimentos*. *Op.cit.*, p.17.

<sup>327</sup> BGHZ 101, 380 (384-384); BGH in *Neue Juristische Wochenschrift* (a partir daqui abreviado também de NJW), 1987, p.3256-3257.

<sup>328</sup> Confira-se, na literatura tedesca, ADOLPHSEN, Jens. *Zivilprozessrecht*. *Op.cit.*, p.255; POHLMANN, Petra. *Zivilprozessrecht*, *Op.cit.*, p.292; GAUL, Hans-Friedhelm. *Materielle Rechtskraft, Vollstreckungsabwehr und zivilrechtliche Ausgleichsansprüche*. *Op.cit.*, p.2-3.

<sup>329</sup> BGHZ 101, 380 (384ss).

<sup>330</sup> MUSIELAK, Hans-Joachim. *Grundkurs ZPO*. *Op.cit.*, p.383; ADOLPHSEN, Jens. *Zivilprozessrecht*. *Op.cit.*, p.255; POHLMANN, Petra. *Zivilprozessrecht*, *Op.cit.*, p.292; ZEISS, Walter; SCHREIBER, Klaus. *Zivilprozessrecht*. *Op.cit.*, p.239-243.

<sup>331</sup> GAUL, Hans-Friedhelm. *Materielle Rechtskraft, Vollstreckungsabwehr und zivilrechtliche Ausgleichsansprüche*. *Op.cit.*, p.5-6.

<sup>332</sup> MUSIELAK, Hans-Joachim. *Grundkurs ZPO*. *Op.cit.*, p.384.

mecanismo atípico, afirmando que a incorreção da sentença não pode ser simplesmente alegada e demonstrada com os mesmos fatos e provas que foram usados no primeiro processo.<sup>333</sup>

## 1.10 Preclusão na doutrina tradicional

### 1.10.1 Delimitação da abordagem da preclusão no presente trabalho

Como já restou salientado na Introdução deste estudo, não será nosso objetivo apresentar um inventário completo e aprofundado sobre as preclusões, suas controvérsias teóricas e os problemas práticos a esse respeito. Nossa abordagem do tema será empreendida apenas para firmar um contraponto com a coisa julgada, evidenciando a possibilidade de um tratamento conjunto das espécies de estabilidade processual.

### 1.10.2 A importância da preclusão para o processo

A preclusão é um fenômeno da essência do processo, cujo encadeamento de atos teleologicamente destinados a um fim comum exige um “caminhar” sempre adiante. Se a marcha procedimental estivesse constantemente sujeita ao contratempo de retornar, sem qualquer restrição, às fases anteriores,<sup>334</sup> o processo teria dificuldade de encontrar um fim adequado, especialmente à luz do mandamento constitucional que impõe sua duração razoável. Nesse contexto, vê-se que o procedimento deve ter sua tramitação regulada porque a sucessão de atos processuais deve possuir não apenas um encadeamento lógico, mas também um ritmo cronológico.<sup>335</sup> A preclusão contribui, por conseguinte, para o transcurso e solução do processo de maneira ordenada e eficiente.<sup>336</sup>

Um dos fatores que assegura esse ritmo compassado ao processo é a preclusão, com a ordenação da atividade processual dos litigantes,<sup>337</sup> o que se observa na fixação de termos rígidos

<sup>333</sup> BGH in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1964, 349; 1974, 557.

<sup>334</sup> FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.223; ROSENBERG, Leo; SCHWAB, Karl-Heinz; GOTTWALD, Peter. *Zivilprozessrecht*. *Op.cit.*, p.429.

<sup>335</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil. Proposta de um formalismo-valorativo*. 3. ed., São Paulo: RT, 2009, p.131; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo*. *Op.cit.*, p.14; EISNER, Isidoro. *Preclusión, Revista Jurídica Argentina La Ley*, p.1106, 1965.

<sup>336</sup> SILGUERO ESTAGNAN, Joaquín. *La preclusión de alegaciones en el proceso civil*. Madrid: Civitas, 2009, p.18, 69-71.

<sup>337</sup> Alguns sistemas, no direito comparado, preveem também a perempção como uma espécie de “prescrição processual”. Sem embargo, para evitar o retardo decorrente da inatividade das partes, certos ordenamentos assinalem prazos após os quais a

e prazos peremptórios, na vedação por inadmissibilidade da conduta incompatível com um ato anterior, ou na proibição de repetir atos já praticados.

Portanto, a sucessiva prática de atos processuais e o avanço na cadeia procedimental vão gerando uma “irreversibilidade tendencial”<sup>338</sup> de cada uma das condutas tomadas anteriormente, de onde se pode extrair que a preclusão, no determinar sempre um “andar para frente”, é uma consequência principiológica, natural do procedimento.

### 1.10.3 Conceito e espécies de preclusão

Segundo a célebre formulação tributária a Giuseppe Chiovenda, desenvolvida em vários estudos desde 1905,<sup>339</sup> a preclusão seria a *perda* de uma *faculdade* processual, gerando a impossibilidade de praticar o ato processual *no mesmo processo* (com eficácia endoprocessual, limitada pela litispendência). A própria etimologia da palavra latina *praecclusio* (*prae* – ante ou diante de – e *claudo*, fechado), indica estar excluída, ou “fechada” uma oportunidade.<sup>340</sup>

Chiovenda classificou as preclusões em três espécies: temporal, consumativa e lógica, de acordo com os motivos que a causam: o decurso de prazo, quando o comportamento deve ser praticado até um momento preciso; o fato de já ter sido exercida aquela específica conduta; e a incompatibilidade do ato com uma atividade já realizada.<sup>341</sup> Em função dessas causas, foi-se desenvolvendo um modelo tripartite de preclusões.

#### 1.10.3.1 Preclusões temporais

---

litispendência cessa com a prolação de uma decisão terminativa. É o caso de alguns cantões suíços. Cf. HABSCHEID, Walther J. *Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht*. 2. ed., Basel und Frankfurt am Main: Helbing und Lichtenhahn, 1990, p.172.

<sup>338</sup> SILVA, Paula Costa e. *Acto e processo. O dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra, 2003, p.287-292.

<sup>339</sup> Cf. CHIOVENDA, Giuseppe. *Cosa giudicata e competenza*, *Op.cit.*, p.417-419. Desenvolvido posteriormente em CHIOVENDA, Giuseppe, *Principii di Diritto Processuale Civile*. *Op.cit.*, p.858 e ss; *Idem*, *Cosa giudicata e preclusione*, *Op.cit.*, p.233. Sobre a evolução do conceito, SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. *Op.cit.*, p.72-75; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz. Preclusão pro iudicato e preclusão judicial no processo civil*. São Paulo: Método, 2004, p. 27 e ss.; EISNER, Isidoro. *Preclusión*. *Op.cit.*, p.1106; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada*. *Op.cit.*, p.21; CASTILLEJO MANZANARES, Raquel. *Hechos nuevos o de nueva noticia en el proceso civil de la LEC*. *Op.cit.*, p.313-314.

<sup>340</sup> ROCHA, Raquel Heck Mariano da. *Preclusão no Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p.17; EISNER, Isidoro. *Preclusión*, *Revista Jurídica Argentina La Ley*, p.1108, 1965.

<sup>341</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, vol. I, 1984, p.235-237.



A preclusão temporal é a perda da posição processual de vantagem pela omissão em praticar o ato no prazo legal. Portanto, as preclusões temporais estão intimamente ligadas à existência de prazos peremptórios, fortes no objetivo de fazer o processo marchar adiante.<sup>342</sup> É decisivo o art.183 do CPC brasileiro: “decorrido o prazo, extingue-se, independentemente de declaração judicial, o direito de praticar o ato, ficando salvo, porém, à parte provar que o não realizou por justa causa”.

Não havendo, p.ex., alegação da incompetência relativa, ou de suspeição do juiz ou contradita de testemunha,<sup>343</sup> preclusa se torna a oportunidade de aduzir tais argumentos.

### 1.10.3.2 Preclusões consumativas: do *ne bis in idem* ao princípio da unicidade

Na classificação chiovendiana das preclusões, a preclusão consumativa é aquela que opera a perda da faculdade por já ter sido praticado o ato. O desempenho de uma conduta impede que aquele mesmo sujeito, *ceteris paribus*, volte a praticá-la.

É o que ocorre, p.ex., quando a parte oferece contestação ou interpõe recurso e deseja, mesmo assim, completar suas razões ou alterar o petitório. Note-se que a preclusão consumativa atua ainda que a parte deseje novamente praticar o ato *dentro do prazo legal*.

A doutrina brasileira apresenta como exemplos de preclusão consumativa, no processo civil, as normas dos arts. 264, 294, 299, 300, 301, 511, 541, todos do CPC.<sup>344</sup> Mas é no art.158 do Código de Processo Civil que se identifica sua base legislativa genérica, ao menos para os atos das partes.<sup>345</sup>

No que diz respeito ao *fundamento* da preclusão consumativa, a doutrina faz alusão a diversos institutos que permitiam justificar, desde o direito romano, a inadmissibilidade de certos atos processuais pelo fato de já terem sido praticados.<sup>346</sup> Porém, a preclusão consumativa baseia-se sobretudo no princípio do *ne bis in idem*, na impossibilidade de repetição do mesmo ato.

<sup>342</sup> SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*, *Op.cit.* p.112 e ss, 128.

<sup>343</sup> OTTO, Hansjörg. *Die Präklusion*. *Op.cit.*, p.34 e ss.

<sup>344</sup> Dispositivos que dizem respeito às alegações de fato na petição inicial; às alterações da demanda; à apresentação de contestação e reconvenção; ao momento para alegação de determinadas questões em contestação; à observância do preparo na interposição de recursos; à interposição simultânea de recurso especial e extraordinário.

<sup>345</sup> Diz a lei: “Art.158. Os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais”. Aliás, no que pertine à preclusão consumativa para as partes, a doutrina é pacífica em aceitá-la. No entanto, o mesmo não se observa quando o tema é a preclusão para o juiz, como veremos mais adiante.

<sup>346</sup> É antiga a referência à *replicatio* e à *duplicatio* romanas. Confira-se SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen Römischen Rechts*, vol. V, Berlin: Veit & Comp, 1840, p.190-193.

Modernamente, no entanto, vem sendo identificada também como tendo finalidades que tangenciam o princípio da economia processual.<sup>347</sup>

Com efeito, a regra do *ne bis in idem* romano recebeu uma reformulação mais refinada e racional de Wilhelm Sauer sob a denominação de princípio da unicidade (*Grundsatz der Einmaligkeit*). Sauer parte de uma relação meios-fins genérica ao processo e, com base nessa ideia, a repetição de um ato com o mesmo escopo daquele repetido seria inútil, porque antieconômica, e ineficaz porque o ato posterior seria desprovido de qualquer finalidade.<sup>348</sup> Trata-se de uma versão mais elaborada e voltada a interesses públicos presentes na atividade jurisdicional, embora atinja efeitos práticos similares ao *ne bis in idem*, tornando inadmissível a conduta repetida.

### 1.10.3.3 Preclusões lógicas

Observa-se a preclusão lógica pela prática de um ato processual incompatível com outra conduta anterior, ou seja, na contradição entre dois comportamentos.<sup>349</sup>

A consequência da preclusão lógica é proibir a conduta incoerente, criando uma situação jurídica de vantagem para outros sujeitos de não ver o ato incompatível produzir efeitos.<sup>350</sup> Assim, o segundo ato, por incompatibilidade com o primeiro, deve ser inadmitido ou invalidado.<sup>351</sup> Sem embargo, os atos processuais, como manifestação de vontade que são, devem ser compreendidos também como atos de responsabilidade, e o legislador deve restringir as possibilidades de contradição com outras condutas.<sup>352</sup>

Assim, p.ex., se houve uma convenção sobre a competência (foro de eleição contratual), é inadmissível, porque logicamente incoerente, o ajuizamento de uma demanda em outro juízo. Da mesma forma, de acordo com o art.117 do CPC, a parte que oferece exceção de incompetência não pode suscitar conflito. No âmbito recursal, é conhecida a aplicação da preclusão lógica, sob o

<sup>347</sup> COMOGLIO, Luigi Paolo. *Premesse ad uno studio sul principio di economia processuale*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano XXXII, nº 2, jun, 1978, p.596, 619.

<sup>348</sup> SAUER, Wilhelm. *Grundlagen des Prozessrechts*. Stuttgart: Ferdinand Enke, 1919, p.475-478.

<sup>349</sup> SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. *Op.cit.*, p.148 e ss; EISNER, Isidoro. *Preclusión*. *Op.cit.*, p.1107.

<sup>350</sup> OSTERMEIER, Peter. *Alte und neue Probleme des Präklusionsrechts nach der ZPO-Reform*. *Zeitschrift für Zivilprozeß*, ano 120, n.2, 2007, p.232; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006, p.128.

<sup>351</sup> SILVA, Paula Costa e. *Acto e processo.... Op.cit.*, p.303; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. *Op.cit.*, p.131; BARBI, Celso Agrícola. Da preclusão no processo civil. *Revista Forense*, ano 52, n.158, mar-abr. 1955, p.62; MUSIELAK, Hans-Joachim. *Grundkurs ZPO*. *Op.cit.*, p.102.

<sup>352</sup> SILVA, Paula Costa e. *Acto e processo.... Op.cit.*, p.489.

nome de “aquiescência”,<sup>353</sup> na hipótese do recorrente praticar ato incompatível com a irresignação típica de quem deseja um reexame da decisão proferida (art.503 do CPC).<sup>354</sup> Por exemplo, o pagamento espontâneo torna inadmissível o recurso. No direito probatório, também vemos preclusões lógicas: o confitente não pode produzir prova sobre os fatos confessados.

Atualmente, tem sido também defendida a possibilidade de que a preclusão lógica torne impossível a prática de um ato em razão da *inércia reiterada* do sujeito. Nestas hipóteses, não haverá um cotejo entre dois atos palpáveis, até porque somente uma das condutas foi comissiva, mas uma comparação entre o ato praticado e a expectativa gerada pela omissão anterior. A inatividade do sujeito em praticar uma conduta pode importar na impossibilidade de adoção daquele comportamento no futuro, desde que da inércia reiterada possa ser extraído um padrão de conduta produtor de expectativa legítima aos demais sujeitos processuais, cuja confiança deve ser protegida.

Por exemplo, já se afirmou que, havendo convenção contratual sobre a distribuição de ônus probatórios (art.333, parágrafo único do CPC) se o acordo não for invocado na petição inicial e na contestação, ou até o momento de proposição das provas, haveria uma inação significativa de que as partes renunciaram à avença.<sup>355</sup>

#### 1.10.4 Teorias sobre a preclusão: diferentes abordagens na tradição europeia-continental

Desde as linhas inaugurais da processualística moderna, forjaram-se teses e se desenvolveram estudos sobre as preclusões. As primeiras teorias partiam da vontade das partes e de uma ideia de autovinculação que os atos processuais carregariam. Observa-se uma percepção similar à que se usou nos estudos iniciais sobre a coisa julgada, o que se justificava na influência do privatismo romano da *litiscontestatio*.

Neste sentido, Degenkolb<sup>356</sup> fundou, na Alemanha, a chamada “teoria da vinculação” (*Verbindlichkeitstheorie*), segundo a qual as partes estariam obrigadas a proceder aos atos

<sup>353</sup> Aquiescência ou aceitação é uma demonstração da parte, expressa ou implícita, de que está disposta a suportar os efeitos do ato. Cf. CARNELUTTI, Francesco. *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*. 2. ed., Roma: Foro Italiano, 1941, p.306.

<sup>354</sup> DIAS, Jean Carlos. A proteção à coisa julgada parcial no processo civil brasileiro. *Gênese – Revista de Direito Processual Civil*, n.34, p.274, out/dez. 2004. Assim já decidiu o STJ: STJ – REsp n.177.180-SC, Rel.Min. Milton Luiz Pereira, j.05.11.1998.

<sup>355</sup> O exemplo é de GRECO, Leonardo. *Atos de disposição processual – primeiras reflexões in* MEDINA, José Miguel Garcia *et alii* (Coords.). *Os Poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais. Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: RT, 2008, p.300-301, que fala em “revogação tácita” da convenção probatória.

<sup>356</sup> DEGENKOLB, Heinrich. *Beiträge zum Zivilprozess*. Leipzig: W.Engelmann, 1905, p.59-64.

processuais honestamente, com reconhecimento e respeito ao adversário. Nesse contexto, a preclusão seria uma *sanção* ao descumprimento deste dever.

Posteriormente, Bülow sustentou que não haveria uma “obrigação de participação” para as partes. Os litigantes estariam livres para praticar ou não atos do processo, e os ônus processuais existiriam justamente para pressioná-los, mesmo na ausência de deveres, à prática de certas condutas para atingir seus próprios interesses.<sup>357</sup> Era uma visão evidentemente privatista sobre os escopos do processo, em que a contumácia ou inação dos litigantes importava na preclusão apenas por ser um instituto ligado aos ônus.

Contra a perspectiva liberal, em tendência de viés publicista que influenciou enormemente o processo em vários cantos do planeta, Franz Klein pregou que deveria haver uma sanção ao ausente ou omitente, inclusive nos custos do processo, porque só assim se protegeria o litigante que atuou leal e adequadamente.<sup>358</sup> Vale dizer, Klein resgatou a vertente sancionadora da preclusão sem filiar-se à vontade das partes, fundando-a em interesses públicos de cooperação e boa-fé processual.<sup>359</sup>

Mas, como visto, foi Chiovenda<sup>360</sup> quem sistematizou o conceito de preclusão utilizado em grande parte da Europa e na América Latina: a preclusão seria a *perda* de uma *faculdade*, restrita ao interior do processo (com eficácia endoprocessual, limitada pela litispendência) e classificada em três espécies: temporal, consumativa e lógica.<sup>361</sup>

Curioso notar que os estudos de Chiovenda foram inspirados no trabalho de Bülow, mas seu conceito ganhou contornos muito mais amplos. De fato, é impossível não notar a diferença abissal entre as compreensões de preclusão na Europa. Enquanto a concepção latina tende a acompanhar o abrangente conceito chiovendiano, a formulação do professor italiano não ganhou adesão ou atenção nos países de tradição tedesca.<sup>362</sup> Nestes, é lugar comum relacionar o tema

<sup>357</sup> SILGUERO ESTAGNAN, Joaquín. *La preclusión de alegaciones en el proceso civil*. *Op.cit.*, p.11.

<sup>358</sup> KLEIN, Franz. *Vorlesungen über die Praxis des Civilprozesses*. Wien: Manz, p.42 e ss, 1900.

<sup>359</sup> KLEIN, Franz. *Die schuldhaftige Parteihandlung. Eine Untersuchung aus dem Civilprozessrechte*. Wien: Toeplitz & Deuticke, 1885, p.147-151.

<sup>360</sup> Cf. CHIOVENDA, Giuseppe. *Cosa giudicata e competenza*, *Op.cit.*, p.417-419. Houve desenvolvimento ulterior do tema em CHIOVENDA, Giuseppe, *Principii di Diritto Processuale Civile*. *Op.cit.*, p.858 e ss; *Idem*, *Cosa giudicata e preclusione*, *Saggi di Diritto Processuale Civile*, vol. III. Milano: Giuffrè, 1993, p.233. Sobre a evolução do conceito, na literatura nacional, SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. *Op.cit.*, p.72-75.

<sup>361</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz*. *Op.cit.*, p. 27 e ss.; EISNER, Isidoro. *Preclusión*. *Op.cit.*, p.1106; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada*. *Op.cit.*, p.21; CASTILLEJO MANZANARES, Raquel. *Hechos nuevos o de nueva noticia en el proceso civil de la LEC*. *Op.cit.*, p.313-314; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Termo inicial do prazo para ajuizamento da ação rescisória, capítulos de sentença e recurso parcial*. *Op.cit.*, p.213-214.

<sup>362</sup> Como lembra Machado Guimarães, os alemães também usam os derivados do termo *Präklusion* (como efeito preclusivo, *Präklusionswirkung*) em sentido mais estrito que os latinos, na proibição de renovação de fundamentos já debatidos no processo

apenas com a preclusão temporal,<sup>363</sup> na linha do antigo direito germânico, profundamente marcado por fases estanques, cuja ultrapassagem dependida de regras preclusivas e prazos peremptórios.<sup>364</sup> Assim também era o conceito de Bülow, ao ligar a preclusão a um princípio da contumácia.<sup>365</sup> Esta concepção mais estreita da preclusão até hoje pode ser notada não só na abordagem legal (vejam-se, p.ex., os §§ 230 e 296 da ZPO alemã), como na doutrina, que ignora as preclusões lógicas e consumativas.<sup>366</sup> P.ex., a preclusão consumativa é raramente tratada como uma outra forma de estabilidade, e mesmo assim na roupagem da *irrevogabilidade* que seria inerente às sentenças.<sup>367</sup>

Temos que este afastamento entre as tradições latina e germânica deriva de dois fatores principais: 1) a ideia central que perpassa o conceito de preclusão nas duas culturas: a “perda”; e 2) a limitação funcional das preclusões, ou concebidas somente como regra de julgamento, ou apenas como regra de conduta.

Com efeito, quando se conceitua a preclusão como decorrente de uma “perda”, sugere-se uma falta ou omissão em praticar o ato no momento adequado, isto é, aponta-se uma conduta omissiva *da parte* de “não cumprir as prescrições legais”, e assim naturalmente a concepção inclina-se para a preclusão temporal,<sup>368</sup> até porque dificilmente seria adaptável às espécies consumativa e lógica, que normalmente não estão previstas em lei. É certo que Chiovenda, mesmo definindo a preclusão como uma perda, sucessivamente mitigou as incompreensões que

---

anterior. GUIMARÃES, Luiz Machado. *Preclusão, coisa julgada, eficácia preclusiva*. *Op.cit.*, p.9-11. Cf. MONTELEONE, Girolamo. *Preclusioni e giusto processo: due concetti incompatibili. Studi in Onore di Carmine Punzi*. Torino: G.Giappichelli, 2000; POHLMANN, Petra. *Zivilprozessrecht*. *Op.cit.*, p.102.

<sup>363</sup> v. STOSCH, Felix Graf. *Prozeßförderung durch das Mittel der Präklusion im österreichischen und deutschen Recht – de lege lata – de lege ferenda*. Berlin: Duncker & Humblot, 2000, p.19 e ss, 84 e ss; OTTO, Hansjörg. *Die Präklusion*. *Op.cit.*, p.36.

<sup>364</sup> SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. *Op.cit.*, p.16-17. Embora o processo romano também tenha sido dividido em fases, a ultrapassagem destas não era acompanhada de preclusões rígidas. Assim, ROCHA, Raquel Heck Mariano da. *Preclusão no Processo Civil*. *Op.cit.*, p.19.

<sup>365</sup> v. BÜLOW, Oskar. *Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten*. *Archiv für die civilistische Praxis*, 1879, p.74. Bülow usava o termo *Rechtsverwirkung* e relacionava a preclusão exclusivamente à inatividade da parte quando houvesse prazos rigidamente fixados, ou seja, a preclusão temporal. Sobre o tema, SILGUERO ESTAGNAN, Joaquín. *La preclusión de alegaciones en el proceso civil*. *Op.cit.*, p.48-49.

<sup>366</sup> Deve-se salientar que alguns autores alemães mencionam a ideia de “perda” (*Versäumung*) de uma oportunidade processual, e ligam a supressão da possibilidade de prática do ato não apenas à preclusão, como também a custos financeiros ou mesmo a ficções de que certos atos desvantajosos à parte teriam sido praticados. Há, portanto, uma ligação tênue com as concepções latinas de outras modalidades preclusivas, inclusive em diversas posições processuais, como o ônus. Como veremos, normalmente isso é operado pelo uso de institutos do direito civil, como a *Verwirkung* e o *venire contra factum proprium*. Cf. ZEISS, Walter; SCHREIBER, Klaus. *Zivilprozessrecht*. *Op.cit.*, p.101. De fato, é frequente a ligação do efeito preclusivo da inatividade dos sujeitos processuais a certos valores de cooperação e participação, tanto é que a lei, comumente, estabelece também outras conseqüências para essa inação. Exemplos no Brasil são a condenação nas custas do retardamento pela alegação tardia das nulidades, (art.113 §1º e 267 §3º do CPC) ou a confissão ficta da matéria fática em caso de ausência de contestação. O mesmo era previsto no Código brasileiro de 1939 (art.277).

<sup>367</sup> GILLES, Peter. *Rechtsmittel im Zivilprozeß. Berufung, Revision und Beschwerde im Vergleich mit der Wiederaufnahme des Verfahrens, dem Einspruch und der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand*. Frankfurt am Main: Athenäum, 1972, p.36, nota 40, p.135-136, nota 425, p.161.

<sup>368</sup> OTTO, Hansjörg. *Die Präklusion*. *Op.cit.*, p.15, 17.

pudessem ser originadas deste conceito inicial, classificando a preclusão e elencando outras espécies para além da preclusão temporal. Porém, a popularização do termo “perda”, acompanhada da falta de reflexão crítica sobre estes outros estudos posteriores de Chiovenda,<sup>369</sup> findou por consagrar o conceito na sua acepção mais limitativa.

Como defende Otto, entendemos que a preclusão significa não a perda, mas a *exclusão* da prática de um ato processual pelo desaparecimento da posição jurídica que a embasa.<sup>370</sup> Machado Guimarães, com razão, também já criticava a abrangência do conceito chiovendiano de preclusão, afirmando que devem ser diferenciadas as hipóteses em que efetivamente existe uma perda daquelas em que a prática do ato se torna impossível pela simples ultrapassagem de uma etapa processual na série de atos em cadeia,<sup>371</sup> ou ainda – acrescentamos nós – se a extinção da posição jurídica decorre de outros atos incompatíveis praticados anteriormente.

Mas o descompasso da compreensão dos fenômenos das preclusões entre as tradições latina e germânica ocorre também pela indevida limitação subjetiva e funcional das preclusões. Voltaremos ao tema mais adiante; porém, aqui, cabe desde logo salientar que as preclusões foram classicamente concebidas em viés retrospectivo, como consequência da inobservância, pelas partes, de certas formalidades previstas em lei. Assim, a abordagem tradicional pensava nas regras preclusivas como auxiliares para as conclusões do juiz sobre a admissibilidade ou validade dos atos pretéritos, *sancionando* a atividade desempenhada pelos demais sujeitos em momento anterior: as preclusões eram vistas como *regras de julgamento* que atingiam somente os *atos das partes*.<sup>372</sup> Nesse contexto, era simples desconsiderar, p.ex., a preclusão lógica, e focar somente na preclusão temporal.

Porém, as preclusões possuem um duplo significado: embora tenham repercussões no conteúdo da decisão (e então poderão sim servir como regras de julgamento), as preclusões são primariamente *regras de comportamento*. E são regras que se impõem a todos os sujeitos, não apenas às partes mas também para o juiz.<sup>373</sup> Assim, decorrem da preclusão o ônus para as partes de concentração da sua atividade, bem como o dever do juiz de não repetir atos já praticados, considerando ainda as posições estabilizadas em outros casos. P.ex., regras preclusivas a respeito

<sup>369</sup> A imprecisão conceitual na teorização das preclusões é ressaltada em SILGUERO ESTAGNAN, Joaquín. *La preclusión de alegaciones en el proceso civil*. *Op.cit.*, p.12.

<sup>370</sup> OTTO, Hansjörg. *Die Präklusion*. *Op.cit.*, p.15, 127.

<sup>371</sup> GUIMARÃES, Luiz Machado. *Preclusão, coisa julgada, eficácia preclusiva*. *Op.cit.*, p.12.

<sup>372</sup> Em sentido similar, GOLDSCHMIDT, James. *Der Prozess als Rechtslage*. *Op.cit.*, p.118 e ss, 227, 248-253.

<sup>373</sup> OTTO, Hansjörg. *Die Präklusion*. *Op.cit.*, p.131-133. Sobre o tema, Cf. SILGUERO ESTAGNAN, Joaquín. *La preclusión de alegaciones en el proceso civil*. *Op.cit.*, p.83-84.

do ônus da prova não são apenas normas para condicionar a sentença. Sua ligação com os ônus de alegação e demonstração mostram que estas regras influenciam também os comportamentos da parte, do adversário e também do juiz (na sua atividade subsidiária de produção de prova prevista no art.130 do CPC).<sup>374</sup>

Esta compreensão defluiu, nos dias atuais, do formalismo-valorativo, uma perspectiva que incorpora as interações subjetivas nos escopos da previsão normativa das formalidades processuais, assumindo o regramento formal do processo um função não apenas repressiva ou sancionatória (retrospectiva), mas indutiva de comportamentos futuros (prospectiva).<sup>375</sup> Assim, as regras preclusivas passam a pautar padrões de conduta, servindo não apenas ao interesse da parte ameaçada pela potencial omissão de comportamento, mas também a seu adversário e aos interesses públicos de prosseguimento hígido e previsível da litigância.<sup>376</sup> A coerência de comportamento, que perpassa a ideia subjacente às preclusões consumativa e lógica, ganha novos ares dentro desta moldura do formalismo contemporâneo.

Toda esta controvérsia em torno do conceito e função das preclusões tem valor prático porque, em sendo enxergadas as alternativas das partes apenas como ônus, a liberdade do litigante é plena, reduzindo o espaço das preclusões numa perspectiva publicista. Ao admitirmos, ao contrário, a existência de deveres comportamentais processuais, pode revelar-se justificável maiores limitações à atividade das partes.

Dentro da concepção contemporânea do formalismo e do contraditório, como veremos adiante, pela qual a atuação dos sujeitos do processo é compreendida não como um dever sancionável, mas como um incentivo legal, as regras preclusivas assumem uma interpretação diversa,<sup>377</sup> um apelo prescritivo, e não apenas sancionador, que tem importância crucial no parâmetro que será sustentado nesta tese, imerso em expectativas e prognoses que pedem um modelo prospectivo das estabilidades processuais.

### 1.10.5 Efeitos da preclusão

<sup>374</sup> Preclusões geram, portanto, efeitos também extraprocessuais. Voltaremos ao tema mais à frente. Cf.OTTO, Hansjörg. *Die Präklusion. Op.cit.*, p.131-135.

<sup>375</sup> CABRAL, Antonio do Passo. Nulidades no processo moderno: contraditório, influência e validade *prima facie* dos atos processuais. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.175 ss, 201 ss; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil. Op.cit., passim.*

<sup>376</sup> Como bem salientado por OTTO, Hansjörg. *Die Präklusion. Op.cit.*, p.134-135.

<sup>377</sup> v.STOSCH, Felix Graf. *Prozeßförderung durch das Mittel der Präklusion....Op.cit.*, p.23; GOLDSCHMIDT, James. *Der Prozess als Rechtslage. Op.cit.*, p.122.

Dentro desta perspectiva, é correto afirmar que a preclusão gera dois efeitos principais: a proibição de repetição do ato e a proibição de contradição com outras condutas futuras,<sup>378</sup> já estudada no semelhante retrato na disciplina da coisa julgada.

Enquanto na teoria sobre a coisa julgada é comum admitir-se a independência entre as proibições de repetição e contradição (e portanto entre os efeitos ou funções positiva e negativa), o mesmo não ocorre com as preclusões. Muitos autores salientam que a função positiva do efeito preclusivo, que obrigaria o juiz a incorporar na sua cognição, sem reavaliações, o decidido sobre uma questão preclusa, é uma mera decorrência da função negativa das preclusões. Em nosso sentir, esta assimilação confunde a causa da preclusão com a sua consequência. O efeito positivo deriva da preclusão (por isso é efeito dela!) e portanto não pode ser considerado como a causa da incorporação no ato posterior do conteúdo do ato anterior.<sup>379</sup>

#### 1.10.6 Objeto e sujeitos da preclusão

Na tradição chiovendiana, a preclusão fora conceituada como a perda de *faculdades*.<sup>380</sup> Segundo a doutrina clássica majoritária, objeto da preclusão poderiam ser não apenas meios de prova, exceções, mas quaisquer exposições, alegações ou queixas.<sup>381</sup> Essa compreensão fez com que, historicamente, houvesse uma restrição subjetiva das preclusões apenas para as partes, pois só elas seriam titulares de faculdades processuais.

A limitação subjetiva das preclusões apenas aos atos das partes (decorrente da conceituação chiovendiana do objeto da preclusão como sendo as “faculdades” limitou as preclusões para o juiz. As preclusões temporais não se aplicariam aos atos judiciais porque o Estado-juiz só seria confrontado com prazos impróprios, cuja inobservância não gera qualquer consequência.<sup>382</sup> Segundo a linha tradicional, a preclusão lógica também seria incompatível com a função jurisdicional porque poderia consagrar decisões sem fundamentação.

<sup>378</sup> OTTO, Hansjörg. *Die Präklusion. Op.cit.*, p.49. Esta vedação compreende também a proibição de revogação (*Widerrufsverbot*).

<sup>379</sup> OTTO, Hansjörg. *Die Präklusion. Op.cit.*, p.88, 93.

<sup>380</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di Diritto Processuale Civile. Op.cit.*, p.322. Note-se que as preclusões não se observam apenas nas posições jurídicas passivas. Muitas preclusões temporais, p.ex., limitam-se a estabelecer apenas *até quando* uma posição de vantagem ou neutra pode ser desempenhada. Em sentido similar, OTTO, Hansjörg. *Die Präklusion. Op.cit.*, p.129-130.

<sup>381</sup> OTTO, Hansjörg. *Die Präklusion. Op.cit.*, p.127-129.

<sup>382</sup> SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil. Op.cit.*, p.267; TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão. Op.cit.*, p.134, nota 188.



A única modalidade de preclusão para o juiz que, em alguma medida, foi mais aceita no Brasil e no direito comparado, foi a preclusão consumativa. Não obstante, ainda que a maioria da doutrina a admita,<sup>383</sup> alguns autores ainda resistem em admitir preclusão consumativa dos poderes judiciais,<sup>384</sup> normalmente sob o argumento de que o juiz tem o poder de conhecer de ofício de certas questões, o que permitiria seu reexame.

No entanto, vemos que, não só pela irreversibilidade tendencial dos atos processuais (a preclusão é principiológica ao processo), mas também porque, em muitas hipóteses, o ordenamento não autoriza o reexame de certas matérias já decididas, não há uma ampla revisibilidade das questões cognoscíveis de ofício. O exemplo maior é a impossibilidade do juiz emendar, modificar ou refazer a decisão, salvo nos casos excepcionais previstos em lei.<sup>385</sup>

Contemporaneamente, porém, têm-se observado que a preclusão pode atingir outras posições que não as faculdades, e assim, ganha força a tendência de imaginar preclusões dos poderes do juiz.<sup>386</sup> Parte da doutrina tem, assim, retificado o objeto da preclusão para incluir a extinção de *situações jurídicas processuais*. Pensamos que igualmente ao que ocorre para os demais sujeitos, também devem existir preclusões para o juiz,<sup>387</sup> mesmo as temporais e lógicas.

### 1.10.7 Preclusões e outros institutos proibitivos de comportamentos incompatíveis

#### 1.10.7.1 Boa fé processual e a segurança das expectativas

Já tivemos oportunidade, em outra sede, de destacar que, seja qual for sua fundamentação normativa, uma das consequências mais importantes de admitir o aspecto participativo e cooperativo do processo é incluir a boa-fé no debate sobre os atos processuais. E, nesta ordem de

<sup>383</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz*. *Op.cit.*, p.22-24; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Termo inicial do prazo para ajuizamento da ação rescisória, capítulos de sentença e recurso parcial*. *Op.cit.*, p.214-215.

<sup>384</sup> Sobre a diferença de tratamento das partes e do juiz no que tange às preclusões, confira-se a crítica de MONTELEONE, Girolamo. *Preclusioni e giusto processo: due concetti incompatibili*. *Op.cit.*, p.414.

<sup>385</sup> É de salientar que a sentença é inalterável para o juiz, mas certas interlocutórias de natureza processual podem ser modificadas se o juiz posteriormente convencer-se. Assim era também em muitos períodos do direito romano, sob a vigência das Ordenações, e ocorre hoje com as medidas antecipatórias de tutela no direito brasileiro. Confira-se, para o direito romano, PLANCK, Julius Wilhelm. *Lehrbuch des Deutschen Civilprozessrechts*. *Op.cit.*, p.471-475. As Ordenações permitiam que o juiz revisse (revogasse) algumas de suas próprias decisões a qualquer tempo, independentemente de provocação, se as reputasse injustas. Cf. BATISTA, Francisco de Paula. *Compêndio de teoria e prática do processo civil*. Campinas: Russel, 2002 (Reedição da original de 1857), p.203; BARBI, Celso Agrícola. *Da preclusão no processo civil*. *Op.cit.*, p.64.

<sup>386</sup> Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *A preclusão no direito processual civil*. Curitiba: Juruá, 1991, p.117; BARBI, Celso Agrícola. *Da preclusão no processo civil*. *Op.cit.*, p.60-61; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz*. *Op.cit.*, p.23 e ss; ROCHA, Raquel Heck Mariano da. *Preclusão no Processo Civil*. *Op.cit.*, p.29, 84 ss.

<sup>387</sup> No mesmo sentido, MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.53.

ideias, cresceu e se tornou predominante o entendimento de que, no direito processual da atualidade, são inaceitáveis chicanas e expedientes escusos e ilegais.

Com a consideração do processo como ambiente de colaboração, passou-se a exigir comportamentos coerentes dos sujeitos do processo: a eles é vedado sinalizar uma conduta em determinado sentido e depois contradizer a expectativa criada com o comportamento anterior.<sup>388</sup> E esta abordagem nos remete a novos lineamentos da segurança jurídica no processo.

Como veremos mais detalhadamente no quarto capítulo, até meados do séc.XX, o valor segurança jurídica somente era tutelado nas máximas de legalidade, sobretudo na garantia de irretroatividade das leis, operada por institutos como o direito adquirido, o ato jurídico perfeito, etc. Hoje, a proteção às expectativas legitimamente criadas, derivada da boa-fé objetiva, abrange vários institutos dela decorrentes,<sup>389</sup> como abuso de direitos processuais e o *estoppel*, muito utilizados nos sistemas do *common law*,<sup>390</sup> bem assim o princípio da proteção da confiança, a *Verwirkung*, a proibição de comportamento contraditório (*nemo potest venire contra factum proprium*), o *tu quoque*, dentre outros, todos conceitos que possuem objetivos comuns e fazem parte de uma mesma constelação de ideias, proibindo condutas incompatíveis com comportamentos anteriores.<sup>391</sup>

Alguns destes princípios e institutos, como a boa-fé e a proteção da confiança,<sup>392</sup> vêm sendo, de há algum tempo, admitidos como aplicáveis ao processo, em qualquer de suas fases.<sup>393</sup> Outros, como o *venire contra factum proprium* e a *Verwirkung* ainda geram polêmica.

<sup>388</sup> MUSIELAK, Hans-Joachim. *Grundkurs ZPO. Op.cit.*, p.62-63; CONDORELLI, Epifanio J. L. *Presupuestos de la nulidad procesal*, in MORELLO, Augusto Mario et alii. *Estudios de nulidades procesales*. Buenos Aires: Hammurabi, 1980, p.112: “una de las consecuencias del deber de obrar de buena fe y de la de ejercitar los derechos de buena fe, es la exigencia de un comportamiento coherente; como que esta exigencia significa que cuando una persona, dentro de una relación jurídica, ha suscitado en otra con su conducta una confianza fundada conforme a la buena fe, en una determinada conducta futura, según el sentido objetivamente deducido de la conducta anterior, no debe defraudar la confianza suscitada y es inadmisibile toda actuación incompatible con ella”.

<sup>389</sup> A boa-fé pressupõe confiança, honestidade e respeito mútuo. WERDER, Alexander. *Dispositionsschutz bei der Änderung von Steuergesetzen...* *Op.cit.*, p.131. Por conseguinte, foi natural que mecanismos de cooperação e exigências de coerência com vistas à alteridade fossem derivados da boa-fé.

<sup>390</sup> ZEISS, Walter. *Die arglistige Prozesspartei. Beitrag zur rechtstheoretischen Präzisierung eines Verbotes arglistigen Verhaltens im Erkenntnisverfahren des Zivilprozesses*. Berlin: Duncker & Humblot, 1967, p.50.

<sup>391</sup> BOURSIER, Marie-Emma. *Le principe de loyauté en droit processuel*. Paris: Dalloz, 2003, p.418-419; WEBER-DÜRLER, Beatrice. *Vertrauensschutz im öffentlichen Recht*. Basel und Frankfurt am Main: Helbing Von Lichtenhahn, 1983, p.52. De fato, proteção da confiança, boa-fé, estabilidade, segurança jurídica são todos princípios que fazem parte da mesma constelação de ideias. Sobre o tema, ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7. ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p.98 e 100. Na vedação de comportamentos incoerentes, existem muitos institutos que poderiam servir como fatores normativos a reduzir ou combater tais condutas, como a *supressio* romana, ou o *estoppel* e o *abuse of process* anglo-americanos. Destes últimos institutos falaremos mais no terceiro capítulo.

<sup>392</sup> Segundo a melhor doutrina, a proteção da confiança também se aplica ao processo e é fundada também na boa-fé. MAURER, Hartmut. *Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz. Op.cit.*, p.401, 445.

<sup>393</sup> Na Grécia, a jurisprudência firmou-se também pela aplicabilidade dos postulados de boa-fé também na execução. Cf. KLAMARIS, Nikolaos, ORFANIDIS, Georgios, KOUSSOULIS, Stelios, TSIKRIKAS, Dimitrios, KATIFORIS, Nikolaos.

Falemos brevemente destes institutos.

#### 1.10.7.2 Princípio da proteção da confiança

Como afirma Luhmann, para lidar com a complexidade do mundo moderno, que oferece ao indivíduo uma vasta gama de possibilidades de escolha de conduta, o homem tem que desenvolver meios para reduzir essa complexidade. E um destes mecanismos seria a confiança intersubjetiva, sem a qual somente seria possível manter relações muito simples e imediatas de cooperação. A confiança, portanto, permite elevar o nível do potencial de atividades humanas e contribui para a racionalização da conduta e da escolha, permitindo prognoses de antecipação dos comportamentos futuros do *alter*.<sup>394</sup> No dizer de Luhmann, “quem demonstra confiança, antecipa o futuro”.<sup>395</sup>

Claro que não se pode eliminar totalmente o componente de imprevisão: sempre haverá possibilidades de que a expectativa futura venha a ser frustrada.<sup>396</sup> Apesar da imensa incerteza do que pode ocorrer, a confiança atua para a antecipação da conduta futura, reduzindo ou mitigando a incerteza, ou a tornando pelo menos tolerável.<sup>397</sup>

Diz-se que a origem do princípio da proteção da confiança data do ano 896, no conhecido episódio do julgamento do Papa Formoso. O novo e recém aclamado Papa Estevão VI determinou que o corpo do Papa Formoso, morto há pouco, fosse exumado para que então fosse submetido a julgamento por faltas cometidas durante o papado. Após o processo, o Papa Formoso foi condenado, excomungado, despido das vestes papais e teve ainda os dedos da mão decepados. Como consequência do julgamento, seus atos perderiam eficácia, isto é, haveria uma pronúncia *ex tunc* da excomunhão. Porém, vislumbrando os trágicos efeitos que a pronúncia de invalidez retroativa traria (muitos bispos e cardeais tinham sido nomeados por ele, p.ex.), os estudiosos do

---

*Neuere Entwicklungen im nationalen und europäischen Zivilprozeßrecht in Griechenland. Zeitschrift für Zivilprozeß International*, 3.Band, 1998, p.176.

<sup>394</sup> LUHMANN, Niklas. *Vertrauen: Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität*. 2. ed., Stuttgart: Ferdinand Enke, 1973, p.7, 98 e 106. Lembrem também esta relação da confiança com a redução de complexidade BIRK, Dieter. *Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz*, in PEZZER, Heinz-Jürgen (Ed.). *Vertrauensschutz im Steuerrecht*. Köln: Otto Schmidt, 2004, p.11; ROTH, Günther. *Das Problem der Rechtsprognose. Festschrift für Friedrich Wilhelm Bosch*. Gieseking: Ernst und Werner, 1976, p.830.

<sup>395</sup> LUHMANN, Niklas. *Vertrauen: Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität. Op.cit.*, p.8: “Wer Vertrauen erweist, nimmt die Zukunft vorweg”.

<sup>396</sup> ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança. Uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Niterói: Impetus, 2009, p.13.

<sup>397</sup> WERDER, Alexander. *Dispositionsschutz bei der Änderung von Steuergesetzen.... Op.cit.*, p.103.

direito canônico buscaram outra solução, preservando a validade dos atos praticados pelo Papa condenado.<sup>398</sup>

Posteriormente, o princípio da proteção da confiança teria sido observado no direito inglês e apareceu na França no famoso caso *Madame Cachet*, julgado pelo *Conseil d'Etat* em 1922. Uma lei francesa, datada de 1918, isentou certos indivíduos do pagamento de aluguel, e ao mesmo tempo assegurou uma compensação aos proprietários dos imóveis prejudicados pela perda de arrecadação. A senhora Cachet, proprietária de um destes imóveis, solicitou a indenização e teve seu pleito apenas parcialmente deferido. Recorreu então ao Ministro das Finanças, que não só improveu o recurso como também anulou a indenização parcial que lhe tinha sido concedida. O Conselho de Estado francês entendeu que deveria haver limites à anulação de atos favoráveis aos cidadãos, e reformou a decisão do ministro.<sup>399</sup>

Na Alemanha, o princípio da proteção da confiança (*Vertrauensschutzprinzip*) surgiu no direito privado, aproximado do princípio da boa-fé,<sup>400</sup> e aos poucos foi ganhando força e autonomia nas discussões do direito público a partir da década de 60 do séc.XX.<sup>401</sup> Até que veio a lume, em 1976, a Lei do Procedimento Administrativo alemão,<sup>402</sup> que tratou, em seu §48, sobre como a confiança do administrado deveria ser tutelada quando da anulação de atos administrativos.

Desde seu surgimento, o uso do princípio da proteção da confiança tem sido cada vez mais comum pelo Tribunal Constitucional Federal tedesco.<sup>403</sup> Nesta evolução, o princípio foi primeiramente utilizado pela corte suprema alemã para limitar efeitos retroativos de uma lei; posteriormente passou a guiar decisões sobre os efeitos da revogação de atos administrativos; até

<sup>398</sup> BEERMANN, Joahanes. *Verwirkung und Vertrauensschutz im Steuerrecht*. Münster-New York: Waxmann, 1991, p.5.

<sup>399</sup> ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança.... Op.cit.*, p.19-20. Sobre o caso, confira-se ainda FORSTHOFF, Ernst. *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*. 9. ed., München: C.H.Beck, vol. 1, 1966, p.254.

<sup>400</sup> Cf. WEBER-DÜRLER, Beatrice. *Vertrauensschutz im öffentlichen Recht*. *Op.cit.*, p.37 e ss.

<sup>401</sup> Na doutrina, alguns veem o fundamento do princípio da confiança na cláusula da boa-fé, outros na cláusula do Estado de Direito ou na segurança jurídica. Adotando parcialmente todos estes fundamentos para a proteção da confiança, Cf.BEERMANN, Joahanes. *Verwirkung und Vertrauensschutz im Steuerrecht*. *Op.cit.*, p.6, 12. Tendência moderna na Alemanha e na Suíça é diferenciar os princípios da boa-fé e da proteção da confiança, porque seus âmbitos de aplicação são diferentes, embora possam ser agrupados na mesma constelação de princípios. Cf.WEBER-DÜRLER, Beatrice. *Vertrauensschutz im öffentlichen Recht*. Basel und Frankfurt am Main: Helbing Von Lichtenhahn, 1983, p.12-13, 37-40, 47-53; MUCKEL, Stefan. *Kriterien des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes bei Gesetzesänderungen*. Berlin: Duncker & Humblot, 1989, p.59 e ss. O próprio *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG) tem decidido ora por um fundamento ora por outro. Confira-se a longa transcrição de decisões em um e outro sentido em ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança.... Op.cit.*, p.50-51, notas 209-211.

<sup>402</sup> Trata-se da *Verwaltungsverfahrensgesetz*, abreviada de VwVfG.

<sup>403</sup> ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança.... Op.cit.*, p.25.

os dias atuais, em que seu alcance é tão amplo que não se pode mais restringir o espectro de abrangência a estes dois grupos de casos.<sup>404</sup>

Para a aplicação do princípio, entende-se que deva estar comprovada a prática de atos concretos que apontem a base ou fundamento da confiança. Trata-se de atos de disposição que demonstram que o agente atuou confiando na expectativa criada. Porém, como lembra Canaris, deve haver também uma relação de causalidade entre a expectativa formada e os atos praticados.<sup>405</sup> Estes devem ter sido influenciados pela confiança gerada.

A doutrina estabelece uma gradação da tutela, a depender da intensidade da base da confiança. A proteção será tão maior quanto mais os atos tiverem aparência de legitimidade (não houver vício evidente); se forem condutas irreversíveis;<sup>406</sup> se o Estado fomentou ou induziu o comportamento individual;<sup>407</sup> se os atos que geraram a base da confiança são onerosos ou possuem uma maior durabilidade.

#### 1.10.7.3 *Nemo potest venire contra factum proprium*

A proibição de comportamento incompatível, que ainda hoje recebe a dicção do brocardo romano que a consagrou, vem sendo compreendida como um espécie de aplicação da boa-fé, ou ainda um de seus efeitos laterais.<sup>408</sup>

Atualmente, admite-se a possibilidade de utilização da proibição do *venire contra factum proprium* no processo, não só pela sua ligação com a proteção da confiança e a boa-fé,<sup>409</sup> mas também com o *estoppel* do direito anglo-americano e a preclusão do *civil law*.<sup>410</sup> A proibição do

<sup>404</sup> *Ibidem*, p.25-26.

<sup>405</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*. München: C.H.Beck, 1971, p.514 e ss.

<sup>406</sup> A irreversibilidade ou imodificabilidade denota intensidade da restrição a direitos, demandando maior proteção. Cf.ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica no direito tributário: entre permanência, mudança e realização*. Tese apresentada à Faculdade de Direito da USP para concurso de ingresso como Professor Titular de Direito Tributário, mimeografado, 2010, p.442.

<sup>407</sup> Não se pode igualar as hipóteses em que o indivíduo atua livremente daquelas em que existe uma indução de comportamento pelo Estado. Nestas deve haver maior proteção. Cf.ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica no direito tributário*. *Op.cit.*, p.420 e ss.

<sup>408</sup> SINGER, Reinhard. *Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens*. München: C.H.Beck, 1993, p.5, 15, 25 e ss, 43 e ss, 335 e ss; WERDER, Alexander. *Dispositionsschutz bei der Änderung von Steuergesetzen...* *Op.cit.*, p.132.

<sup>409</sup> BOURSIER, Marie-Emma. *Le principe de loyauté en droit processuel*. *Op.cit.*, p.245; MARTINS-COSTA, Judith. A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium*. *Revista Forense*, ano 100, vol. 376, nov.-dez. 2004, p.110 e 114; SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório. Tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p.95 e 101 e ss; THEODORO JR., Humberto e FARIA, Juliana Cordeiro de. Contrato – Interpretação – Princípio da boa-fé – Teoria do ato próprio ou da vedação do comportamento contraditório, *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, ano IX, n.54, jul/ago. 2008, p.46-48. No direito comparado, BAUMGÄRTEL, Gottfried. *Treu und Glauben im Zivilprozeß*. *Zeitschrift für Zivilprozeß*, ano 86, n.3, 1973, p.363-365.

<sup>410</sup> SILGUERO ESTAGNAN, Joaquín. *La preclusión de alegaciones en el proceso civil*. *Op.cit.*, p.30; ROCHA, Raquel Heck Mariano da. *Preclusão no Processo Civil*. *Op.cit.*, p.74-75, 82.

*venire* tem sido defendida inclusive para justificar a inadmissibilidade de exceções por parte do réu.<sup>411</sup> Portanto, vê-se que o instituto pode ser aplicado também para as contradições observadas entre alegações processuais e comportamentos anteriores incompatíveis.<sup>412</sup>

#### 1.10.7.3.1 Critérios de aplicação do *nemo potest venire contra factum proprium*

Já tivemos ocasião de discorrer acerca dos pressupostos de aplicação da proibição do *venire contra factum proprium*.<sup>413</sup> Estes são, de acordo com o entendimento dominante, (1) a existência de dois atos sucessivos no tempo (o *factum proprium* e um segundo comportamento) praticados com identidade subjetiva do agente; (2) a incompatibilidade da segunda conduta com o comportamento anterior; (3) a verificação de uma legítima confiança na conservação da primeira conduta; e (4) a quebra da confiança pela contradição comportamental.<sup>414</sup>

O primeiro requisito é a adoção de dois comportamentos por um mesmo sujeito: o *factum* (primeiro comportamento), que é aquele que vai gerar a confiança;<sup>415</sup> e a segunda conduta, questionada por ser incompatível com a anterior. Além disso, é peremptório existir identidade subjetiva na prática de ambas as condutas: o agente que praticou o *factum* deve ser o mesmo a praticar o ato incompatível,<sup>416</sup> e daí dizer-se que o segundo ato deve ser “*proprium*”.

A sucessão temporal dos dois comportamentos é desejável, mas não se exige um lapso temporal significativo entre o *factum proprium* e o comportamento posterior.<sup>417</sup> Não obstante, o decurso de um longo intervalo de tempo, se bem que não essencial para configurar a contrariedade, é indicativo da consolidação da expectativa que caracteriza a confiança legítima.<sup>418</sup>

O segundo requisito diz respeito à existência de uma incoerência que torna os comportamentos incompatíveis um com o outro de maneira não autorizada pelo ordenamento.

<sup>411</sup> OLIVA SANTOS, Andrés de la. *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*. *Op.cit.*, p.161.

<sup>412</sup> ZEISS, Walter. *Die arglistige Prozesspartei*. *Op.cit.*, p.43-44, 100. À toda evidência, existem campos em que a incoerência lógica é permitida pelo ordenamento. Um deles é o chamado princípio da eventualidade, que autoriza a formulação de alegações inconsistentes entre si em nome da concentração dos argumentos das partes. Voltaremos ao tema adiante.

<sup>413</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, influência e validade prima facie dos atos processuais*. *Op.cit.*, p.314 ss.

<sup>414</sup> Cf. SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório....* *Op.cit.*, p.132 e ss.

<sup>415</sup> LEISNER, Anna. *Kontinuität als Verfassungsprinzip....* *Op.cit.*, p.516.

<sup>416</sup> SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório....* *Op.cit.*, p.155-156.

<sup>417</sup> Admite-se mesmo a vedação de *venire contra factum proprium* quando em análise comportamentos simultâneos. Nestes casos, mesmo sendo praticadas ao mesmo tempo as condutas, se a ciência de uma delas pelos destinatários do ato só ocorreu em momento posterior, seria possível imaginar a aplicação do instituto porque a confiança legítima só se forma quando sua repercussão atinge os destinatários, o que pode não coincidir com o momento da prática do ato. Cf. SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório....* *Op.cit.*, p.150-152.

<sup>418</sup> *Ibidem*, p.150 e nota 245.

Vejam os exemplos. A lei processual civil prevê que o vício formal nos atos do processo não pode ser arguído pela parte que lhe deu causa (art.243 do CPC; art.796, b, CLT). Assim, se as partes, na audiência preliminar, forem indagadas a respeito da existência de algum vício processual, responderem negativamente, não poderão contrariar este comportamento pela impugnação ou alegação do defeito.

Cabe salientar que, em alguns casos, o próprio ordenamento abre espaço para certas contradições comportamentais, quando então não será inadmissível a segunda conduta. É o que ocorre com o princípio da eventualidade. De regra, a incoerência da narrativa do autor pode gerar a inadmissibilidade do ato com o indeferimento da petição inicial por inépcia (art.295 do CPC); o código, porém, ao concentrar as alegações em um só momento, permite a narração de defesas incoerentes entre si. Outro caso de incompatibilidade autorizada pelo sistema processual é o permissivo legal de retratação do juízo, reformando ele próprio o conteúdo da decisão proferida. Isso ocorre na apelação contra o indeferimento da petição inicial (arts.285-A e 296, ambos do CPC), no recurso de agravo (art.523 §2º do CPC), bem como nas apelações contra sentenças proferidas em matéria da infância e juventude (art.198, VII da Lei 8.069/90).

O terceiro e o quarto requisitos para aplicação da proibição de comportamento contraditório, intrinsecamente imbricados, atuam no sentido de verificar que a contradição de conduta implique em violação às expectativas criadas para outros sujeitos, ferindo a confiança legítima de manutenção do comportamento anterior. Portanto, o *factum proprium* deve ser capaz de infundir a previsibilidade de atitude do agente no futuro, e a contradição de conduta deve gerar a ruptura da legítima confiança.<sup>419</sup>

Para verificar, na prática, se fica caracterizada a *existência de confiança*, pode-se aferir se o prejudicado realizou gastos e despesas (investimento) com base na conduta anterior; ou ainda verificar se houve anúncio público, pelo prejudicado, de adesão às consequências do comportamento inicial.<sup>420</sup> No processo, a confiança pode ser demonstrada a partir de declarações, documentos, pareceres, alegações (orais ou escritas), etc.

Já a *legitimidade da confiança* é examinada, sobretudo, pela *imprevisibilidade da mudança do comportamento* que gerou a expectativa. Se a primeira conduta foi praticada pelo agente com a reserva de que seria contrariável no futuro, não há confiança legítima dos outros

---

<sup>419</sup> *Ibidem*, p.149.

<sup>420</sup> *Ibidem*, p.142 e ss.

sujeitos.<sup>421</sup> No processo, isso ocorre quando o litigante expressamente pronuncia-se pela possibilidade de reavaliação do comportamento no curso da demanda, o que evidentemente mantém uma relativa imprevisibilidade a respeito daquela conduta que impede a criação de um padrão estável a justificar a formação de confiança legítima e qualquer expectativa digna de tutela.

#### 1.10.7.4 *Verwirkung*

Quando, no processo, um sujeito permanece inativo durante um determinado espaço temporal, sem empreender nenhum ato jurídico que possa demonstrar a racional tomada de posição para exercitar uma posição jurídica ativa, observa-se a chamada *Verwirkung*. Trata-se da extinção de uma posição processual pela inatividade prolongada em exercê-la, ou seja, a inadmissibilidade, fundada na boa-fé objetiva, do exercício de um direito em virtude de seu retardamento desleal por longo período de tempo.<sup>422</sup> É a omissão reiterada que se torna vinculante pela criação de expectativa na manutenção daquele comportamento omissivo.<sup>423</sup>

A *Verwirkung* é frequentemente referida como a versão contemporânea da *supressio* romana, mas que encontra interessantes paralelos modernos, como o *equitable estoppel* na tradição do *common law*.<sup>424</sup>

A *Verwirkung* foi tradicionalmente desenvolvida no direito civil, e foi introduzida no direito público através dos deveres laterais de boa-fé.<sup>425</sup> Especificamente no campo do direito processual, a possibilidade de aplicação da *Verwirkung* foi admitida pelo Tribunal Superior Administrativo alemão, ainda que com fundamentação insatisfatória num primeiro momento. Foi só algum tempo depois que veio a ser desenvolvido fundamento jurídico convincente,<sup>426</sup> com a posterior adesão da doutrina a sua aplicabilidade também para as causas entre particulares na jurisdição civil.<sup>427</sup>

<sup>421</sup> *Ibidem*, p.142-143 e notas 226 a 230.

<sup>422</sup> SINGER, Reinhard. *Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens*. *Op.cit.*, p.10, 223 ss; v.STOSCH, Felix Graf. *Prozeßförderung durch das Mittel der Präklusion....* *Op.cit.*, p.208 e ss; SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório....* *Op.cit.*, p.185 e 188 e ss.

<sup>423</sup> Assim BEERMANN, Joahanes. *Verwirkung und Vertrauensschutz im Steuerrecht*. *Op.cit.*, p.98.

<sup>424</sup> CASAD, Robert C.; CLERMONT, Kevin M. *Res Judicata....* *Op.cit.*, p.18.

<sup>425</sup> O Tribunal do Reich alemão já assim julgava no começo do séc.XX. Cf.BEERMANN, Joahanes. *Verwirkung und Vertrauensschutz im Steuerrecht*. *Op.cit.*, p.86.

<sup>426</sup> BVerwGE 6, 204 (205).

<sup>427</sup> ZEISS, Walter. *Die arglistige Prozesspartei*. *Op.cit.*, p.149; HENCKEL, Wolfram. *Prozessrecht und materielles Recht*. Göttingen: Otto Schwartz, 1970, p.93 e ss, 100.



A literatura especializada prevalente afirma que a *Verwirkung* teria fundamento na boa-fé também quando aplicada ao processo, mas ainda se pode ver alguma divergência doutrinária a respeito do tema, vez que, para alguns, a *Verwirkung* seria um instituto do direito privado que não poderia ser transportado sem restrições para uma relação pública como o processo.<sup>428</sup>

A principal diferença da *Verwirkung* para o *nemo potest venire contra factum proprium* é que aquela se destina a reprimir contradição comportamental quando o *factum proprium* é *omissivo*, gerando a expectativa de que não mais seria exercida a posição jurídica omitida. Além disso, a *Verwirkung* exige uma inatividade por *longo* período de tempo, não sendo possível sua ocorrência na hipótese de atos simultâneos ou praticados num intervalo temporal curto.<sup>429</sup>

É verdade que o elemento temporal é essencial à *Verwirkung*.<sup>430</sup> Todavia, releva frisar que, para que seja operada a extinção de uma posição processual pela inação do sujeito, não basta apenas o passar do tempo, deve haver um caso de proteção da confiança formada e digna de ser protegida.<sup>431</sup> Por esta razão, em nosso entendimento, é relevante a ligação da *Verwirkung* com a boa-fé e a proteção da confiança.

Neste sentido, a *Verwirkung* pode ter aplicação maior, no processo, quando não houver prazos legais ou judiciais rigidamente fixados.<sup>432</sup> A existência de prazos trabalha com dois dados importantes em termos de expectativas: de um lado, oferecem base para proteção da confiança durante o período em que ainda há tempo para a prática do ato; de outro, destroem esta base após o término do prazo.<sup>433</sup> Isso porque, conhecendo o termo *ad quem* para a prática da conduta, não pode ser configurada confiança legítima em decorrência da omissão, ou seja, a inatividade não chega a criar uma expectativa digna de tutela.<sup>434</sup>

Mas quanto tempo deve transcorrer até que se considere ter havido a extinção da possibilidade de praticar o ato? De fato, é difícil precisar um momento exato para todos os casos. Não obstante, podemos buscar critérios. A proximidade do prazo de prescrição ou decadência do

<sup>428</sup> BEERMANN, Joahanes. *Verwirkung und Vertrauensschutz im Steuerrecht*. *Op.cit.*, p.92-93.

<sup>429</sup> ZEISS, Walter. *Die arglistige Prozesspartei*. *Op.cit.*, p.124.

<sup>430</sup> BEERMANN, Joahanes. *Verwirkung und Vertrauensschutz im Steuerrecht*. *Op.cit.*, p.213.

<sup>431</sup> WERDER, Alexander. *Dispositionsschutz bei der Änderung von Steuergesetzen....* *Op.cit.*, p.134.

<sup>432</sup> Por todos, HENCKEL, Wolfram. *Prozessrecht und materielles Recht*. *Op.cit.*, p.114-117; ZEISS, Walter. *Die arglistige Prozesspartei*. *Op.cit.*, p.123 e ss.

<sup>433</sup> BORCHARDT, Klaus-Dieter. *Der Grundsatz des Vertrauensschutzes im Europäischen Gemeinschaftsrecht*. *Op.cit.*, p.109.

<sup>434</sup> Em sentido semelhante, com referência aos prazos no direito privado, Cf.SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório....* *Op.cit.*, p.191-193.

próprio direito material em disputa, p.ex., é um indicativo de que a situação processual já se estabilizou.<sup>435</sup>

#### 1.10.7.5 Conclusão parcial

O breve relato já permite perceber que outros institutos, concebidos no direito privado, são usados para finalidades muito parecidas àquelas das preclusões, sobretudo as preclusões lógicas e consumativas, ainda que com critérios e pressupostos aplicativos diversos. Todos estes instrumentos favorecem a segurança jurídica, e com ela a estabilidade processual, vedando contradições violadoras de posições jurídicas estáveis.<sup>436</sup> Mais adiante questionaremos se há algum ganho em uniformizar, sob um mesmo gênero, todos estes institutos. Por ora, queremos apenas chamar atenção para a concorrência de fundamentos jurídicos para impedir comportamentos contraditórios entre si.

#### 1.10.8 Métodos de desfazer os efeitos preclusivos no Brasil e no direito comparado

Em semelhança ao que ficou assentado para a quebra ou superação da coisa julgada, os efeitos das preclusões nem sempre são definitivos, podendo ser desfeitos ou superados em alguns casos. Vejamos as referências doutrinárias e legislativas que podem ser encontradas no direito brasileiro e nos principais modelos comparados.

##### 1.10.8.1 Brasil

No Brasil, é conhecida a chamada “devolução do prazo” para a prática do ato, concedida pelo juiz para que a parte que se omitiu tenha nova oportunidade de desempenhar a conduta. Trata-se de evidente mecanismo de superação da preclusão temporal.

Na análise das hipóteses em que tal medida é cabível, entende-se que o magistrado deve examinar as razões apresentadas pelo sujeito para a omissão em praticar o ato, verificando se

<sup>435</sup> SINGER, Reinhard. *Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens*. *Op.cit.*, p.227, 336-342.

<sup>436</sup> LEISNER, Anna. *Kontinuität als Verfassungsprinzip...* *Op.cit.*, p.526; ROCHA, Raquel Heck Mariano da. *Preclusão no Processo Civil*. *Op.cit.*, p.72.

existe algum motivo excepcional para autorizar a reabertura daquela oportunidade que não seja tributário culposamente ao requerente.

Regras neste sentido são previstas na legislação processual. A previsão mais genérica é a parte final do art.183 do CPC, que admite a devolução da oportunidade de prática de uma conduta processual se a parte comprovar uma “justa causa” para não ter atuado. Além disso, o Código de Processo Civil permite também que o juiz releve a pena de deserção, admitindo o recurso quando existe justificativa plausível para que o preparo tenha sido realizado apenas parcialmente (arts.511 e 519). Ainda uma vez se exige que o ato não tenha sido praticado por razões alheias à vontade do recorrente.

Em relação aos mecanismos para desfazimento dos efeitos da preclusão, não se costuma observar uma rigidez nas exigências de um ou outro procedimento. Normalmente, por simples petição pode ser obtida a devolução do prazo. Trata-se, portanto, de uma superação atípica.

Ademais, a jurisprudência já admitiu até ações autônomas para atacar a preclusão, como o mandado de segurança, utilizável quando todos os mecanismos recursais aptos a permitir a revisão de uma decisão interlocutória estivessem esgotados. Os fundamentos da utilização do *writ* seria a “teratologia” da decisão impugnada, ou seja, o absurdo manifesto do conteúdo do ato jurisdicional.<sup>437</sup>

#### 1.10.8.2 Direito comparado

##### 1.10.8.2.1 *Rimessione in termini* no direito italiano

No ordenamento italiano, o instituto destinado a eliminar os efeitos preclusivos é a chamada *rimessione in termini*. Trata-se de um mecanismo que se aplica à preclusão decorrente da inatividade das partes quando o não cumprimento de ônus ou deveres não seja imputável ao litigante que se omitiu.

Curioso é que o instituto parece manter-se atrelado à tradição germânica de estudar a preclusão estritamente na sua espécie temporal. Embora o conceito de Chiovenda, dominante na Itália, encampe também as preclusões lógicas e consumativas, a *eliminazione dos efeitos*

---

<sup>437</sup> STF – MS 24.159-QO-DF, Rel.Min. Ellen Gracie, j.26.06.2002.

*preclusivos* e das suas consequências prejudiciais à parte restringe-se a hipóteses típicas de preclusão temporal.<sup>438</sup>

Essa restrição do instituto italiano ocorre não só pela própria nomenclatura, que retrata algo semelhante à “devolução de prazo” brasileira, mas pelos próprios exemplos práticos em que a doutrina afirma aplicável o instituto. De fato, comumente se faz referência à perda de um prazo peremptório, ao não comparecimento a uma audiência,<sup>439</sup> todas causas que levam à preclusão temporal.

Na legislação peninsular, a devolução de prazo nasceu como uma “válvula de segurança” para supressão de efeitos preclusivos indevidos, disciplinada no art.184-bis do *Codice* no ano de 1990, dispositivo que se tornou a regra geral da “restituição”.<sup>440</sup> Recentemente, no ano de 2009 e no bojo das últimas reformas processuais, este artigo foi revogado e seu conteúdo normativo foi deslocado para a segunda alínea do art.153, dentro da disciplina dos prazos peremptórios, o que reforça ainda mais o instituto como um sucedâneo da preclusão temporal. A *rimessione in termini* continua sendo prevista também no art.294 do *Codice* para os poderes processuais do réu revel.

A melhor doutrina italiana dos tempos atuais tem buscado fundamento publicista para a *rimessione in termini*. Entende-se que é o princípio do contraditório que impõe as bases para que o legislador não apenas garanta meios para o exercício dos poderes processuais dos litigantes, mas também instrumentos de eliminação dos efeitos danosos da inatividade das partes, sempre que esta seja devida a um acontecimento não imputável ao sujeito.<sup>441</sup>

São três os pressupostos geralmente apontados pela doutrina para a admissibilidade e procedência da *rimessione in termini*. O primeiro deles é haver pedido da parte, não podendo ser pronunciada de ofício.<sup>442</sup> O segundo é que a parte não pode postergar o pleito pela devolução do prazo: os deveres de lealdade e boa-fé, bem como a duração razoável do processo, exigem que o rito corra com rapidez e respeito aos demais litigantes. O terceiro e mais discutido é a exigência de que a omissão tenha derivado de um fato *não culposo* e que tenha impedido a parte de exercer o poder ou faculdade processual. Tradicionalmente, utilizavam-se conceitos civilistas, próprios

<sup>438</sup> Neste sentido, confira-se FALLETTI, Elena. *La rimessione in termini nel processo civile*. Disponível em <<http://www.dirittoepiemonte.it/articoli/rimessione.htm>>, p.1, acessado em 31.08.2011. Na doutrina brasileira, Cf. SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. *Op.cit.*, p.56 e ss.

<sup>439</sup> CAPONI, Remo. *Rimessione in termine nel processo civile*. *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile. Estratto*. Torino: UTET, 2010, p.5.

<sup>440</sup> FALLETTI, Elena. *La rimessione in termini nel processo civile*. *Op.cit.*, p.1.

<sup>441</sup> CAPONI, Remo. *Rimessione in termine nel processo civile*. *Op.cit.*, p.5.

<sup>442</sup> CAPONI, Remo. *Rimessione in termine nel processo civile*. *Op.cit.*, p.5.

do campo da responsabilidade civil, para definir este balizamento: a culpa e seus graus (leve, grave), o caso fortuito e a força maior.<sup>443</sup>

Na atualidade, todavia, a questão ganhou contornos diversos. Se é verdade que o contraditório e a ampla defesa impedem que a extinção de poderes processuais tenha sua causa em fatos estranhos à esfera de disponibilidade da parte, é na voluntariedade e consciência do comportamento adotado que deve ser baseado o exame da *rimessione in termine*. Portanto, impende indagar se os mecanismos de comunicação processual permitiram à parte ter ciência das oportunidades que se lhe colocavam, e se esta teve *possibilidade real* de praticar o ato processual.<sup>444</sup> Trata-se da busca por um critério que permita aferir se a inatividade foi programada voluntariamente pelo litigante, ou se derivou de um acontecimento “não imputável” a ele.

A publicização destes requisitos aplicativos tem levado a doutrina italiana a afirmar que existem deveres processuais de responsabilidade em prol dos demais sujeitos, obrigações derivadas de uma autorresponsabilidade da parte, própria de ambientes de interações colaborativas.<sup>445</sup> Se o litigante alegasse um impedimento à prática do ato demonstrando apenas que atuou “diligentemente”, o fundamento do instituto seria a culpa. Hoje se defende que a imputação da omissão ao litigante possa ser fruto de um juízo objetivo que abarque valores sistêmicos, não apenas a questão da culpa ou diligência na conduta, mas das condições efetivamente observadas para o exercício do contraditório, mesmo referentes às alternativas para este exercício. Isso porque a inatividade pode decorrer de circunstâncias que excluam o conhecimento a respeito do exercício da posição processual ativa, tais como a ignorância, o erro,<sup>446</sup> ou dificuldades de compreensão em razão de pouco domínio do vernáculo, ausência de representação por advogado, redução de capacidade, etc.

Ademais, como o contraditório não é unilateral, a análise deveria tomar em consideração também a conduta e os direitos e garantias dos demais sujeitos (inclusive o adversário).<sup>447</sup> Trata-se, como se vê, de perspectiva nova e com interessante espectro de aplicação.

<sup>443</sup> FALLETTI, Elena. *La rimessione in termini nel processo civile*. *Op.cit.*, p.3.

<sup>444</sup> CAPONI, Remo. *Rimessione in termine nel processo civile*. *Op.cit.*, p.7-8.

<sup>445</sup> Ainda que, aqui e ali, tal autorresponsabilidade seja limitada a uma espécie de posição processual: o ônus. Cf.FALLETTI, Elena. *La rimessione in termini nel processo civile*. *Op.cit.*, p.2; CAPONI, Remo. *La causa non imputabile alla parte nella disciplina della rimessione in termini nel processo civile*. *Il Foro italiano*, 1998, p.26 64.

<sup>446</sup> FALLETTI, Elena. *La rimessione in termini nel processo civile*. *Op.cit.*, p.3.

<sup>447</sup> CAPONI, Remo. *Rimessione in termine nel processo civile*. *Op.cit.*, p.8-12.

#### 1.10.8.2.2 Tradição germânica: *Wiedereinsetzung in den vorigen Stand*

Nos países de tradição germânica, o mecanismo previsto para superação da preclusão é a “restituição ao estado anterior”. Na Alemanha (§233 da ZPO) e na Áustria (§§ 146 a 154, 192 e 425.2, todos da ZPO), tem o nome de *Wiedereinsetzung in den vorigen Stand*,<sup>448</sup> e a terminologia usada na recente ordenança processual suíça é *Wiederherstellung* (§148).<sup>449</sup>

Trata-se de instituto intimamente relacionado à estabilidade gerada por atos omissivos em razão da perda de um prazo.<sup>450</sup> Portanto, é mais uma prova da ligação íntima que se faz, nestes ordenamentos, entre o instituto da preclusão e apenas uma de suas espécies, a preclusão temporal.

Ao contrário dos mecanismos rescisórios próprios para atacar a coisa julgada, a “reposição ao estado anterior” não possui requisitos que buscam o equívoco no conteúdo da decisão ou ato processual atacado. Até porque relacionadas com uma omissão, e portanto não havendo qualquer ato sensível, palpável, a superação da estabilidade depende apenas de saber se a perda do prazo pode ser atribuída à parte que se omitiu (“sem culpa”, diz a lei alemã, ou ao menos com culpa leve, como afirma o §148.1 da ZPO suíça). Portanto, será o caso de aplicar o instituto se a parte não cumpriu o prazo por circunstâncias aleatórias ou inevitáveis.<sup>451</sup>

Ao compararmos com a novel compreensão italiana, vemos que os ordenamentos de tradição germânica ainda se apegam aos contornos civilistas da culpa.

<sup>448</sup> Sobre os casos de *Wiedereinsetzung* no direito alemão, Cf. OTTO, Hansjörg. *Die Präklusion. Op.cit.*, p.17. Na Áustria, RECHBERGER, Walther H.; SIMOTTA, Daphne-Ariane. *Zivilprozessrecht. Op.cit.*, p.475.

<sup>449</sup> O Código de Processo Civil suíço foi publicado em 19.12.2008 e entrou em vigor em 01.01.2011.

<sup>450</sup> Na Áustria, p.ex., a disciplina da restituição vem em seguida às disposições sobre os prazos (§§ 123 a 143) e os efeitos do não comparecimento (§§ 144 e 145).

<sup>451</sup> HENCKEL, Wolfram. *Prozessrecht und materielles Recht. Op.cit.*, p.106-110.

## 2 PRIMEIRAS CRÍTICAS À FORMULAÇÃO CONVENCIONAL DA COISA JULGADA E DAS PRECLUSÕES

Neste capítulo, tentaremos expor algumas de nossas divergências em relação ao modelo ortodoxo, que servirão para realçar as deficiências do formato atual e preparar o terreno para nossas propostas.

### 2.1 As teorias sobre o conceito de coisa julgada. Critérios confusos, debates mal postos

Vimos, no primeiro capítulo, que são incontáveis as nuances das teorias e definições da coisa julgada, se ela consistiria numa situação jurídica, qualidade, efeitos, etc. Não se chegou a nenhum consenso doutrinário nos últimos cento e cinquenta anos da moderna processualística, tendo-se já há muito tempo afirmado que sobre o tema formou-se um “labirinto de controvérsias”.<sup>452</sup>

Após tanto debate e pouco sucesso, temos que suspeitar: discussões intermináveis sugerem que se trata de uma questão mal colocada ou de um pseudo-problema.

Ademais, quando se trata de institutos que favorecem a segurança, definições precisas e sistemas coerentes são absolutamente fundamentais.<sup>453</sup> Se não há critérios claros e simples para definir quando e como uma discussão processual pode ser reaberta, uma das funções mais relevantes da coisa julgada, que é promover a economia e a segurança jurídica, proibindo a reapreciação, acaba virando-se contra o próprio sistema, porque os debates sobre a existência de efeito preclusivo ou sobre se pode haver rejuízo tornam-se tão complexos que aumentam os custos globais da litigância.<sup>454</sup>

Vejamos alguns pontos referentes às teses mais famosas sobre o conceito de coisa julgada.

<sup>452</sup> v. ALMENDIGEN, Ludwig Harscher. *Metaphysik des Civil-Processes*. *Op.cit.*, p.155. A respeito da confusão doutrinária a respeito da coisa julgada, Cf. TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel. *La cosa juzgada (Estudio de jurisprudência civil)*. *Op.cit.*, p.13.

<sup>453</sup> ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica no direito tributário*. *Op.cit.*, p.59-60.

<sup>454</sup> SHAPIRO, David L. *Civil Procedure: Preclusion in Civil Actions*. *Op.cit.*, p.17.

## 2.2 Críticas à teoria de Liebman

### 2.2.1 A conceituação da coisa julgada como “qualidade”

Liebman fundou sua tese em torno de uma objeção contundente à concepção da coisa julgada formulada por Hellwig,<sup>455</sup> vez que este afirmava que a *res iudicata* seria ela mesma um dos efeitos da sentença. Para Hellwig, após o momento do trânsito em julgado, um *outro efeito* reforça o elemento declarativo da sentença: a indiscutibilidade ou incontestabilidade, tornando a declaração vinculativa para todos os juízes. Segundo Liebman, o erro estaria em pensar que a sentença *produz* a coisa julgada tal como gera outros efeitos; como a coisa julgada não decorreria da sentença, Liebman rejeitava o uso do termo “efeito” e então afirmou que a *res iudicata* seria uma “qualidade”.<sup>456</sup>

Uma das críticas mais evidentes que se pode fazer à teoria de Liebman é justamente sua definição da coisa julgada como uma “qualidade” da sentença.<sup>457</sup> Isso porque, na tese do autor italiano, o referencial semântico da coisa julgada é outro signo, a sentença; a coisa julgada não possui um referencial próprio porque é definida como um adjetivo.<sup>458</sup> Este é o problema. Ora, dizer que coisa julgada é qualidade (predicado) significa atribuí-la a um ser (no caso, a sentença), mas não representa qualquer conceituação que abarque a sua própria natureza, a sua autônoma substância.<sup>459</sup> Como afirma Willis Santiago Guerra Filho, trata-se de um equívoco filosófico porque as qualidades, os atributos, são itens acidentais ao ente e não pertencem à sua essência.<sup>460</sup> E, portanto, não podem ser o centro de uma definição que se pretenda ontológica.

É relevante salientar que, com essa crítica, não queremos dizer que seja incorreto considerar a coisa julgada uma qualidade, mas identificar nisso o cerne para defini-la reflete sim um erro metodológico, como que procurar por uma substância onde não há.

<sup>455</sup> E de outros que o seguiram, como GOLDSCHMIDT, James. *Der Prozess als Rechtslage*. *Op.cit.*, p.218-219.

<sup>456</sup> Barbosa Moreira, que seguia fielmente Liebman neste ponto, critica a tese de Hellwig porque estaria voltada para a “eficácia”. Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Ainda e sempre a coisa julgada*. *Op.cit.*, p.13.

<sup>457</sup> Confira-se a crítica de VELLANI, Mario. *Appunti sulla natura della cosa giudicata*. *Op.cit.*, p.67-70.

<sup>458</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Reflexões a respeito da natureza da coisa julgada como problema filosófico*. *Op.cit.*, p.246.

<sup>459</sup> CRESCI SOBRINHO, Elício de. *Coisa julgada*. *Op.cit.*, p.243-245.

<sup>460</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Reflexões a respeito da natureza da coisa julgada como problema filosófico*. *Op.cit.*, p.246.



### 2.2.2 Em defesa de Hellwig: a coisa julgada como efeito sistêmico e não um efeito da sentença

Neste tópico, queremos analisar o preconceito, ou ao menos a insistência, por parte dos críticos de Hellwig, em combater sua tese por conta do uso do termo “efeito”. Em verdade, o que pretendia Liebman era diferenciar a coisa julgada dos efeitos *gerados pela própria sentença*, afirmando que não é a decisão que produz a coisa julgada. A *res iudicata* decorre de normas externas à sentença, e então não seria algo intrínseco, interno à decisão. Até aí, tudo bem, e aderimos à conclusão.

Porém, em nosso sentir, a objeção de Liebman contra a teoria de Hellwig, tão popularizada na Iberoamérica, acabou sendo levada ao extremo a ponto de “demonizar” o uso das expressões “efeito” ou “eficácia” para conceituar a coisa julgada.

Dizer que a coisa julgada não é um efeito *da sentença* não significa afirmar que a coisa julgada não pode ser efeito de mais nada no ordenamento jurídico. De fato, se a coisa julgada “surge” ou “se produz”, e então “se agrega” à sentença, como afirma Liebman, é porque fora produzida por alguém ou por algo, no sentido de que é consequência, e portanto efeito, de algum fenômeno no sistema jurídico.<sup>461</sup>

No mais, também não serve adotar a expressão “qualidade” e conceituar a coisa julgada como uma “nova situação jurídica”, como faz parte da doutrina.<sup>462</sup> Esta opção poderia ser compreendida como uma tendência velada em adotar uma concepção material da coisa julgada,<sup>463</sup> como se fosse a sentença que criasse uma “nova” estabilidade. Pois então esta “nova” situação jurídica é gerada por quem ou pelo quê? Se não foi a própria decisão que a produziu (porque não pode ser “efeito” dela), como nasceu esta situação jurídica? Retornamos ao mesmo problema.

Temos que a coisa julgada pode ser retratada como um *efeito sistêmico*, decorrente não da sentença, mas do trânsito em julgado ou da preclusão das vias recursais.<sup>464</sup> Não vemos, por conseguinte, obstáculo algum em afirmar que a coisa julgada é um efeito, mas externo à

<sup>461</sup> Com razão ASSIS, Araken de. Breve contribuição ao estudo da coisa julgada nas ações de alimentos. *Ajuris*, ano XVI, n.46, jul. 1989, p.83. Confira-se também a argumentação similar de BLÉRY, Corinne. *L'efficacité substantielle des jugements civils*. *Op.cit.*, p.14.

<sup>462</sup> Note-se que Betti rejeita a teoria material, fala que a coisa julgada é um efeito da ordem jurídica, mas posteriormente afirma que se trata de uma situação jurídica nova criada pela coisa julgada. BETTI, Emilio. *Cosa giudicata e ragione fatta valere*. *Op.cit.*, p.547, 551.

<sup>463</sup> Como fez POHLE, Rudolf. *Gedanken über das Wesen der Rechtskraft*. *Op.cit.*, p.397.

<sup>464</sup> FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *A coisa julgada nas ações de alimentos* *Op.cit.*, p.13.

decisão,<sup>465</sup> e que com os efeitos produzidos pelo conteúdo da própria sentença não se confunde. Observe-se que, mesmo alguns críticos de Hellwig, como Barbosa Moreira e Machado Guimarães, admitem que a coisa julgada tem uma eficácia própria, ainda que diversa dos efeitos da sentença.<sup>466</sup>

Notemos também – e este é o ponto principal que gostaríamos de chamar a atenção – que as críticas de Liebman, Barbosa Moreira e outros apenas tangenciam, mas não se focam, no ponto essencial do pensamento de Hellwig, que é aquele de que a coisa julgada não torna imutáveis conteúdos outros que não a declaração.<sup>467</sup> Esta era sua principal bandeira, e não a conceituação da *res iudicata* como “feito”. Vale dizer, mais do que pregar contra o uso do termo “feito”, a crítica maior ao pensamento de Hellwig deveria ser a limitação desta eficácia aos conteúdos declaratórios da sentença.

E se algum defeito congênito a tese de Hellwig possui seria permitir alguma confusão entre a coisa julgada (um efeito sistêmico, não da decisão!) e o conteúdo da própria sentença, que somente às vezes é meramente declaratório.<sup>468</sup> Isto talvez seja devido a um descuido terminológico ou simplesmente porque não era o objetivo principal do autor alemão.

### 2.2.3 A crítica de Carnelutti e a real importância e originalidade da tese de Liebman

Certamente, a maior e mais dura crítica contra a teoria de Liebman foi feita por Carnelutti,<sup>469</sup> por vezes até mesmo com palavras ríspidas e deselegantes.<sup>470</sup> Nem todas as suas

<sup>465</sup> Em sentido similar, CALAZA LÓPEZ, Sonia. *La cosa juzgada*. *Op.cit.*, p.44.

<sup>466</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Ainda e sempre a coisa julgada*. *Op.cit.*, p.17.

<sup>467</sup> Barbosa Moreira admite que se poderia limitar o âmbito de manifestação da coisa julgada à declaração, embora discuta, com apoio em Liebman, tal limitação. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Ainda e sempre a coisa julgada*. *Op.cit.*, p.11.

<sup>468</sup> Correto, no ponto, MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Cosa julgada e declaração*. *Op.cit.*, p.25.

<sup>469</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Efficacia, autorità e immutabilità della sentenza*. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, vol.XII, I, 1935, p.205 e ss; *Idem*. *Bilancio di una polemica*. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, vol.XIV, I, 1937, p.78 e ss.

<sup>470</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Efficacia, autorità e immutabilità della sentenza*. *Op.cit.*, *passim*. Na p.205, diz que “se Liebman tivesse começado por recordar-se... e tivesse...pensado no significado das palavras, talvez este livro não tivesse sido escrito”. Posteriormente, p.208, fala que Liebman chega às suas conclusões com “excesso, para não dizer absurdo”. Na página seguinte, exclama: “não, diabos!”, para classificar a conclusão liebmaniana de uma confusão. Na página 212, faz referência a uma “heresia” de Liebman; em seguida, rebatendo afirmações de Liebman de que certa conclusão “não teria sido percebida por Carnelutti”, afirma que, antes de ser tomado pela cólera, deveria ter paciência, dirigindo-se expressamente a Liebman para remeter a uma passagem das suas *Lezioni*, sugerindo que Liebman não a conhecia. Na página 214, após fazer referência ao “último e talvez mais grave erro de Liebman”, diz que tem medo de tê-lo “compreendido mal”, para, ao fim do texto, não antes de bradar “*caspita!*”, dizer que se forem tais as consequências do pensamento de Liebman, continua “esperando ter entendido mal”. Posteriormente à resposta de Liebman, que não deixou de conter também expressões até certo ponto inadequadas, Carnelutti retoma a polêmica, para, a pretexto de fazer um “balanço” geral do que fora discutido, tentar reivindicar como suas algumas das ideias de Liebman. CARNELUTTI, Francesco. *Bilancio di una polemica*. *Op.cit.*, p.78 e ss. Neste texto, Carnelutti, também com certa rispidez, afirma que Liebman apenas deu outro nome a diferenciações que já tinham sido feitas na doutrina italiana, sobretudo por ele mesmo Carnelutti. Diminui a originalidade liebmaniana, afirmando que, com as “correções” que Liebman fez ao seu livro nas

críticas procedem, mas como o debate foi objeto de intensa polêmica na *Rivista di Diritto Processuale Civile*, a importância histórica nos impõe algumas referências à discussão.

Carnelutti afirma que são três as ideias centrais da tese de Liebman: a) que são diferentes a eficácia da sentença e autoridade de coisa julgada; b) que a eficácia da sentença é igual para as partes e para os terceiros; e c) que a imutabilidade é limitada às partes.<sup>471</sup>

As teses das letras *b* e *c* dizem respeito aos limites subjetivos da coisa julgada, fora do nosso objeto de estudo. Vejamos então se a separação entre eficácia da sentença e autoridade de coisa julgada pode ter a paternidade atribuída a Liebman.

Ao bem analisarmos a evolução histórica da teoria da coisa julgada, vemos que já antes de Liebman alguns autores haviam mencionado a diferenciação entre efeitos de um julgamento e autoridade de coisa julgada.

Keller já sustentava, um século antes de Liebman, que ainda no processo romano, quando se começou a construir um sistema de instâncias, foi sendo forjada a diferença entre os conceitos de “sentença” e “sentença passada em julgado”, isto é, a diferença entre as decisões em si e seus efeitos, entre as sentenças em geral e aqueles julgados com a especial característica da estabilidade. Afirmava expressamente que, ao falar da coisa julgada, não iria tratar de temas que dizem respeito à essência do julgamento ou à sua execução, já que seriam assuntos relacionados aos efeitos da sentença.<sup>472</sup>

Como Keller, Binder também separou execução (no campo dos efeitos), da coisa julgada.<sup>473</sup> Josef Kohler também já tinha evidenciado a diferença entre a sentença compreendida como ato decisório e como futuro ato de execução, externando a separação entre eficácia e autoridade.<sup>474</sup>

Adolf Wach foi outro autor que já tinha explicitamente afirmado que a exequibilidade da sentença nada tem a ver com a estabilidade decorrente da coisa julgada.<sup>475</sup> Bötticher também diferenciava *res iudicata* e efeitos da sentença, até porque existem sentenças executáveis e eficazes sem coisa julgada.<sup>476</sup> Coester juntou-se ao grupo dos que expressamente defenderam posicionamento no mesmo sentido do que viria a ser propagado por Liebman. Segundo o autor,

respostas às críticas de Carnelutti, sua teoria pareceria como a “de qualquer outro estudioso da coisa julgada”.

<sup>471</sup> CARNELLUTTI, Francesco, *Bilancio di una polemica*. *Op.cit.*, p.78.

<sup>472</sup> KELLER, Friedrich Ludwig von. *Ueber Litis Contestation und Urtheil nach classischem römischem Recht*. *Op.cit.*, p.197-198.

<sup>473</sup> BINDER, Julius. *Die subjectiven Grenzen der Rechtskraft*. *Op.cit.*, p.1.

<sup>474</sup> KOHLER, Josef. *Ungehorsam und Vollstreckung im Civilproceß*. *Archiv für die civilistische Praxis*, ano 80, 1893, p.277 e ss.

<sup>475</sup> WACH, Adolf. *Zur Lehre von der Rechtskraft*. *Op.cit.*, p.8.

<sup>476</sup> BÖTTICHER, Eduard. *Kritische Beiträge zur Lehre von der materiellen Rechtskraft im Zivilproceß*. *Op.cit.*, p.6-9, 15, 30-31.

os efeitos que decorreriam do julgamento deveriam ser apartados de outros efeitos legais, dentre eles a vinculação decorrente da coisa julgada.<sup>477</sup> Trata-se de visão à qual aderimos no item anterior: efeitos não são necessariamente os efeitos da sentença, podendo ser extraídos do ordenamento.

Portanto, diante de tantas elaborações dogmáticas anteriores, é de concordar-se com Cruz e Tucci<sup>478</sup> ao refletirmos sobre o pioneirismo de Liebman em diferenciar efeitos da sentença e autoridade de coisa julgada. Se o seu método, vale dizer, a forma que utilizou para plasmar suas premissas, pode até ter sido original, já em relação ao conteúdo vemos que a separação entre efeito da sentença e coisa julgada era lugar comum desde o direito romano, passando por muitas obras da literatura germânica, todas anteriores ao livro de Liebman. Isso sem contar até mesmo algumas teses italianas, nas quais a diferença, senão explicitada, chegou ao menos a ser intuída.<sup>479</sup>

### 2.3 Críticas à diferenciação das funções positiva e negativa da coisa julgada

No Cap.1, estudamos as “funções” ou “efeitos” positivo e negativo da coisa julgada. O efeito positivo seria o vínculo para o juiz, que o obriga a assumir e incorporar as conclusões do julgamento proferido num primeiro processo quando refletirem questões prejudiciais no segundo processo, evitando contradição e promovendo harmonia sistêmica. Já o efeito negativo seria a proibição de rejuízo, tendo o juiz a obrigação de abster-se de apreciar o tema *quando diante de demandas com idêntico objeto*. Sem embargo, se bem analisada, esta célebre diferenciação revela algumas incongruências.<sup>480</sup>

De início, podemos ver que ambas as funções atendem a objetivos diversos, e então o cumprimento de uma pode levar ao que se pretende afastar com a outra. Observe-se bem: a obrigação de consistência, decorrente do efeito positivo da coisa julgada, levaria a um dever de incorporação do que foi decidido à segunda sentença, o que seria, ao mesmo tempo, proibido pelo

<sup>477</sup> COESTER, Robert. *Die Rechtskraft der Staatsakte*. München: Duncker & Humblot, 1927, p.34 e ss, 45-58, estabelecendo ainda uma graduação destes efeitos. Não obstante, cabe ressaltar que o autor tinha concepções materialistas sobre a coisa julgada.

<sup>478</sup> Cf. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. *Op.cit.*, p.25 e nota 6, p.85-86.

<sup>479</sup> BETTI, Emilio. *Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata in diritto romano*. Macerata: Bianchini, 1922, p.22-23.

<sup>480</sup> Notadas há muito no direito comparado. Cf. MILLAR, Robert Wyness. *The premises of the judgement as res iudicata in continental and anglo-american Law*. *Michigan Law Review*, vol.39, n.1, nov. 1940, p.6.

efeito negativo.<sup>481</sup> Por outro lado, a vedação de rediscussão, decorrente do efeito negativo, pode causar uma contradição entre julgados, justamente o que se pretende evitar pelo efeito positivo. Note-se que a doutrina afirma constantemente que a vedação de rediscussão decorrente do efeito negativo impediria o juiz no segundo processo de proferir *qualquer decisão*, seja contradizendo o que ficou assentado no processo transitado em julgado, seja reproduzindo seu conteúdo.

Essa relação contraditória entre os dois efeitos só se resolveria, de acordo com o pensamento clássico, de duas formas: ou pela diferenciação do seu âmbito de incidência, e então o efeito positivo aplicar-se-ia quando os objetos dos processos fossem diversos (prejudicialidade), enquanto o efeito negativo incidiria quando os objetos do processo fossem idênticos;<sup>482</sup> ou afirmando que, como a vinculatividade positiva não atua nos casos de igual *Streitgegenstand*, então o fator a impedir a prolação de decisão idêntica não seria diretamente o efeito negativo, mas a falta de interesse de agir.<sup>483</sup> Só assim não haveria contradição entre os objetivos pretendidos pelos dois efeitos.

Porém, os argumentos para resolver a dificuldade de conciliação entre os dois efeitos ainda assim não convencem, e não resistiriam a uma análise aprofundada. Por quê não se observa o efeito positivo da coisa julgada também quando os objetos do processo são idênticos? Por quê o juiz de um segundo processo não pode decidir de maneira igual ao verificar a identidade de objeto com outro processo cuja decisão transitou em julgado, devendo, ao revés, abster-se de qualquer decisão? Em outras palavras, como justificar este mandado de “omissão geral” decorrente do efeito negativo (proíbe não só que seja proferida uma decisão contrária ao *iudicatum*, como também a prolação de uma decisão idêntica), se ao mesmo tempo existe para as prejudiciais um dever de consistência, com absorção e incorporação de conteúdo?

Além disso, a abordagem do interesse de agir é equivocada porque transfere o exame da coisa julgada para as condições da ação, requisitos mais ligados ao direito material, enquanto a ausência de *res iudicata* é normalmente considerada um pressuposto processual, sem considerações substanciais.<sup>484</sup>

---

<sup>481</sup> Tais incongruências não passaram despercebidas a SOUSA, Miguel Teixeira de. *O objeto da sentença e o caso julgado material (estudo sobre a funcionalidade processual)*. *Op.cit.*, p.171-172. Na página 172, lê-se: “Como é evidente, só pode contradizer a decisão anterior o órgão judiciário que não a deve repetir e só pode repetir a decisão antecedente o órgão jurisdicional que não a deve contradizer”.

<sup>482</sup> MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *A Coisa Julgada*. *Op.cit.*, p.68-69.

<sup>483</sup> SOUSA, Miguel Teixeira de. *O objeto da sentença e o caso julgado material (estudo sobre a funcionalidade processual)*. *Op.cit.*, p.176.

<sup>484</sup> Note-se que, de fato, por vezes podemos observar uma zona cinzenta onde parece difícil extremar o que é um pressuposto processual negativo e o interesse de agir como “condição” negativa. Porém, parece-nos teoricamente mais correto pensar no tema

Ademais, também em relação ao direcionamento subjetivo dos dois efeitos verificamos algumas incongruências. O efeito positivo é direcionado apenas aos futuros órgãos decisórios, pois é retratado como um dever de consistência (ou proibição de afastamento) subjetivamente limitado, como se a coisa julgada, neste ponto, não se aplicasse ou não vinculasse as partes.

Trata-se de concepção derivada da superação do debate entre as teorias materiais e processuais da coisa julgada. Sem embargo, alguns dos autores mais antigos, adeptos das teorias materiais da coisa julgada, relacionando a *res iudicata* com a criação do direito pelo juiz do primeiro processo, afirmavam conseqüentemente que vínculo só existiria para as partes porque a norma da sentença, que criava direito material, era a aplicável apenas para elas. Num segundo processo, as questões pronunciadas no julgamento anterior deveriam ser compreendidas como “verdade” por causa do vínculo criado pelo direito material.<sup>485</sup> Em sentido contrário, vieram estudos dos defensores das teorias processuais da coisa julgada. Goldschmidt, p.ex., um dos adeptos da teoria processual, falava que a palavra “*Recht*” na expressão coisa julgada (em alemão: *Rechtskraft*), não teria o significado de “jurídico”, mas sim “judicial”. Então, deduzia que a coisa julgada devesse ser um vínculo que se formava para os juízes dos processos posteriores (e assim a “força jurídica” – *Rechtskraft* – corresponderia a uma “força judicial” ou *Gerichtskraft*, sem qualquer efeito material): a coisa julgada não seria nem a norma objetiva criada na sentença, nem a força dos direitos subjetivos.<sup>486</sup> Portanto, a coisa julgada não criaria vínculos para as partes.

Ora, a ideia subjacente ao efeito positivo da coisa julgada, quando atrelada a uma restrição da coisa julgada como vínculo apenas “dos juízes”, afasta a estabilidade de outras muitas contingências da vida onde o *decisum* deva ser respeitado também pelas partes tal como regulado na sentença, e mesmo fora de um “futuro processo”. Liebman já ressaltou o equívoco, afirmando que a vinculação positiva nada tinha que ver com a coisa julgada, pois seria apenas a eficácia natural da sentença e sua imperatividade perante outro juiz.<sup>487</sup>

Portanto, temos que não se pode pensar a coisa julgada apenas como vínculo *para o juízo e em futuros processos*. A regra concreta estabilizada deve ser respeitada também pelas partes, nas recíprocas relações individuais e em todas as posições subjetivas que formam o tráfego

---

dentro dos pressupostos processuais, e não nas condições da ação, como já afirmado anteriormente.

<sup>485</sup> SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen Römischen Rechts. Op.cit.*, vol.VI, p.271. KRÜCKMANN, Paul. *Die materielle Urteilswirkung. Zeitschrift für deutschen Civilprozeß*, ano 46, 1917, p.403-408.

<sup>486</sup> GOLDSCHMIDT, James. *Der Prozess als Rechtslage. Op.cit.*, p.211-212 e 220-221.

<sup>487</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. *Efficacia ed autorità della sentenza. Op.cit.*, p.29-30, 44; Cf.TALAMINI, Eduardo. *Cosa julgada e sua revisão. Op.cit.*, p.131.

jurídico.<sup>488</sup> Com efeito, a norma não se endereça primariamente ao Estado, mas aos indivíduos, até porque pode haver cumprimento espontâneo de seu preceito. O processo, nesta perspectiva, é uma anomalia, uma exceção,<sup>489</sup> e não se pode imaginar uma estabilidade que tenha lugar apenas se a posição estável for discutida judicialmente. A coisa julgada e seus efeitos vinculativos, sejam aqueles positivos, sejam os negativos, atingem todos os sujeitos: para o juízo, como *norma de julgamento*, e para as partes como *norma de conduta processual e extraprocessual*.<sup>490</sup>

Na verdade, atualmente cabe refletir sobre os dois efeitos (positivo e negativo) das estabilidades em conjunto, discutindo sua funcionalidade e seus papéis sistêmicos no modelo da segurança jurídica, algo de que trataremos mais adiante (Cap.4).

## 2.4 Críticas aos limites da coisa julgada na acepção clássica

Nos tópicos que seguem, queremos tecer ainda alguns comentários a respeito dos limites da coisa julgada. Procuraremos expor os problemas práticos e teóricos da abordagem tradicional, com o escopo de demonstrar que, de acordo com o paradigma clássico, essas limitações simplesmente não cumprem seu objetivo principal que é racionalizar a aplicação da coisa julgada.

Focaremos nos limites objetivos e temporais da coisa julgada porque a proposta deste estudo não é tratar aprofundadamente a questão dos limites subjetivos da coisa julgada.

### 2.4.1 Limites objetivos: um modelo estático e privatista

A verificação dos limites objetivos da coisa julgada, como vimos no Cap.1, é fruto de uma análise dos elementos da sentença e sua ligação com o objeto do processo.<sup>491</sup> Segundo a doutrina majoritária, o *Streitgegenstand* é o pedido e a coisa julgada limita-se ao que consta do dispositivo,<sup>492</sup> a não ser em hipóteses excepcionais, quando, seja porque a lei admite, seja porque

<sup>488</sup> Com razão ALLORIO, Enrico. *Natura della cosa giudicata*. *Op.cit.*, p.242-243.

<sup>489</sup> Em sentido similar, CALAMANDREI, Piero. *Limiti fra giurisdizione e amministrazione nella sentenza civile*. *Op.cit.*, p.75.

<sup>490</sup> Cf.SOUSA, Miguel Teixeira de. *O objeto da sentença e o caso julgado material (estudo sobre a funcionalidade processual)*. *Op.cit.*, p.187.

<sup>491</sup> Esta relação não foi nenhuma novidade da processualística alemã, até porque, desde Ulpiano e Paulo, o direito romano ligava a coisa julgada à *res*. Cf.NIEVA FENOLL, Jordi. *La cosa juzgada*. *Op.cit.*, p.95-97, 107-108. Seu refinamento científico, este sim, pode ser atribuído à literatura germânica dos séculos XIX e XX.

<sup>492</sup> Por todos, Cf. HELLWIG, Konrad. *System des deutschen Zivilprozeßrechts*. *Op.cit.*, p.793-794; LENT, Friedrich. *Streitgegenstand und Rechtskraft*. *Op.cit.*, p.315 e ss.

o dispositivo não é claro, deva-se recorrer às razões da decisão para compreender o alcance da conclusão.

Temos que este modelo é estático e fruto de uma visão privatista do processo. Vejamos detidamente nos itens seguintes.

#### 2.4.1.1 A influência do direito privado e a vinculação estreita à vontade das partes

A doutrina amplamente majoritária entende ser o objeto do processo apenas o pedido, seguindo a linha de Karl-Heinz Schwab. Em alguns países, prevalece a posição de que o objeto do processo é composto por “duas camadas” (pedido e causa de pedir, ou ao menos algumas seções da *causa petendi*). Não é nosso objetivo aqui abordar as muitas divergências que historicamente se verificaram no debate sobre o objeto do processo. Queremos apenas destacar que a vinculação da coisa julgada com o *Streitgegenstand* produziu um modelo de verificação da *res iudicata* totalmente privatista, até porque estes conceitos foram teorizados, no início do séc.XIX, por professores que lecionavam também direito civil.<sup>493</sup>

Cabe a ressalva de que, em grande parte da Europa continental, o processo civil é até hoje lecionado nas universidades, e teorizado na doutrina, por professores de direito civil, e isso ocorre por diversas razões. A mais importante delas, para os fins deste estudo, é que inúmeros países europeus possuem jurisdição administrativa separada da jurisdição civil. Vale dizer, existem tribunais (órgãos do Judiciário) que julgam as causas contra o Estado, cujo processo (administrativo) é regulado por leis específicas e ensinado em disciplinas diferentes nas faculdades. Assim, o processo civil limita-se a causas entre particulares, e a ideologia do direito material acaba por fazer-se presente na interpretação de muitos institutos processuais. No Brasil, ao contrário, é o Código de Processo Civil e a disciplina teórica do direito processual civil que se aplicam – com derrogações, é claro – também às lides que envolvam entes públicos. Entre nós, é muito mais natural destacar o processo civil do direito material e escapar do privatismo.<sup>494</sup>

Mesmo assim, esta consideração não infirma a nossa conclusão anterior. Isto é, se o modelo europeu de coisa julgada é forjado para uma jurisdição com viés privatista, talvez existam maiores razões para que tal formato não seja importado para a realidade brasileira sem restrições,

---

<sup>493</sup> Como observou MERKEL, Adolf. *Die Lehre von der Rechtskraft*. *Op.cit.*, p.1-3.

<sup>494</sup> GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. *Revista de Processo*, ano 33, n.164, out., 2008, p.36.



ou pelo menos sem que se lhe imponham algumas atenuações à sua base eminentemente privada, visualizada em diversos pontos do padrão europeu.

E esta nota privatista do marco teórico europeu mostra-se na projeção objeto do processo-dispositivo da sentença: de um lado, o objeto do processo é delimitado pelas partes ao formularem seus pedidos; e, pela adstrição da sentença ao libelo, o dispositivo acaba refletindo a vontade dos litigantes. Na sua ligação com as estabilidades, portanto, são as partes que, ao definirem o *Streitgegenstand*, decretarão qual será a incidência da coisa julgada.<sup>495</sup> Isso ocorre, em maior ou menor medida, também nos ordenamentos em que certos elementos da causa de pedir fazem parte do objeto do processo, até porque é o autor que define a *causa petendi*.

Além disso, outros pontos do sistema, que poderiam atenuar o privatismo, acabam por confirmar esta constatação. Com efeito, a limitação é visualizada na exclusão da vinculatividade da fundamentação da sentença, e também é a razão de ser da ação declaratória incidental, mecanismo que compensa a inexistência da coisa julgada para as prejudiciais mas que também exige iniciativa das partes, e assim não poderia ser visto como um instrumento de gestão da eficiência processual ou atenuação do caráter privado do modelo. A declaratória incidental confirma o privatismo.<sup>496</sup>

Por força dessa influência histórica, e pela estreita relação entre a coisa julgada e o objeto do processo, quem determina o âmbito de incidência da estabilidade normativa da sentença de mérito são exclusivamente os particulares.<sup>497</sup>

Ora, quando vemos que as estabilidades respeitam aos interesses de segurança, eficiência sistêmica, paz social, todos interesses públicos, parece ao menos estranho que o Estado não possa interferir nesta determinação. Claro que, no processo civil, onde predomina a iniciativa dispositiva das partes, o Estado só atua mediante provocação e existe um grande espaço de liberdade dentro do qual as partes podem dispor de seus direitos e posições substanciais. Porém, é

<sup>495</sup> Wach já afirmava peremptoriamente: sem pedido não há coisa julgada. WACH, Adolf. *Die richterlichen Dekrete. Op.cit.*, p.140-141. Cf.BAUMGÄRTEL, Gottfried. *Zur Lehre vom Streitgegenstand. Juristische Schulung*, ano 14, n.2, fev. 1974, p.70.

<sup>496</sup> Por outro lado, a limitação tradicional do modelo de estabilidades à vontade dos sujeitos revela-se, ainda, nos efeitos preclusivos da coisa julgada em relação a terceiros: é a iniciativa dos terceiros em intervir e participar que importa na extensão a eles da proibição de rediscutir (art.55 do CPC). E também nas intervenções de terceiros forçadas, na qual a iniciativa da parte em provocar-lhes a intervenção determinará sua vinculação.

<sup>497</sup> Observe-se que a ligação entre a coisa julgada e o objeto do processo ocorre tanto quando o conteúdo das duas demandas é idêntico, como quando diverso. Se o conteúdo do novo processo for igual ao do processo em que a decisão tornou-se imutável, a segunda demanda deverá ser considerada inadmissível, devendo ser rejeitada por falta de um pressuposto processual negativo (função negativa da coisa julgada). Por outro lado, se o conteúdo dos dois processos não for idêntico, mesmo assim o fenômeno da coisa julgada observa-se: trata-se da função positiva da *res iudicata*, que ocorre quando uma questão efetivamente decidida e preclusa no primeiro processo for prejudicial ao mérito no segundo processo. Cf.POHLMANN, Petra. *Zivilprozessrecht. Op.cit.*, p.279-281.

igualmente correto que, uma vez provocada a jurisdição, os interesses públicos envolvidos imponham uma série de restrições à atuação das partes, bem como um inventário de poderes ao juiz na condução do processo. A coisa julgada pertence ao direito público,<sup>498</sup> e nos parece evidente que o seu campo de abrangência não pode estar *totalmente* submetido ao talante das partes.<sup>499</sup> O julgado não retira sua força e estabilidade apenas da vontade das partes, mas de elementos que estão compreendidos também no conjunto de interações que o procedimento estatal proporciona.<sup>500</sup>

No mais, não haveria qualquer dificuldade em pensar um modelo de coisa julgada e preclusões desatrelado do objeto do processo. Neste sentido, não seria nada estranho ao processo civil se a estabilidade da decisão atingisse outros conteúdos não postos pelas partes. De fato, existem inúmeros pontos da teoria tradicional que são completamente desvinculados de um conteúdo fixado puramente por iniciativa das partes, como a extensão da preclusão à *res deducenda* (o que não foi alegado, na “eficácia preclusiva da coisa julgada”); a extensão da coisa julgada a certos sujeitos não participantes nos casos de representatividade adequada (ações coletivas); a inserção na sentença de parcelas não pedidas, como previsto nos arts.290 e 293 do CPC, como as inclusões da correção monetária e das condenações por litigância de má-fé, todas parcelas acrescidas à decisão sem requerimento e que também adquirem estabilidade à margem da vontade dos litigantes. E são apenas alguns exemplos.

Ora, se no plano subjetivo, existem procedimentos em que a vinculatividade atinge sujeitos que não participaram; e, no plano objetivo, os efeitos preclusivos, isto é, os impedimentos de rediscussão, estendem-se por vezes a um conteúdo que não era compreendido pelo *Streitgegenstand*, isso significa que o espectro proibitivo da coisa julgada (ao menos sua função negativa), é mais amplo que o objeto do processo. Essa constatação já seria suficiente, no nosso modo de entender, para deslocar o estudo dos limites da coisa julgada da mera análise do pedido ou causa de pedir.

É claro que a ligação da coisa julgada com o objeto do processo talvez seja fruto da marca que o princípio dispositivo após historicamente sobre a literatura processual, que até hoje se

<sup>498</sup> Sua ligação não só com o processo publicizado, mas também com o direito constitucional, é lugar comum na doutrina. Cf. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Efficacia ed autorità della sentenza*. *Op.cit.*, p.41.

<sup>499</sup> Claro que o papel das partes é importante e por vezes primacial, como veremos adiante; mas não podem ser esquecidos outros elementos e considerações publicistas que também são relevantes para o processo. Como afirma Greco, é necessário um equilíbrio entre o publicismo e privatismo, sem permitir tamanhos poderes ao Estado a ponto de significar uma supressão da esfera privada, mas também sem retornar ao Estado liberal-absenteísta clássico. Cf. GRECO, Leonardo. *Publicismo e privatismo no processo civil*. *Op.cit.*, p.55-56.

<sup>500</sup> HELLWIG, Konrad. *System des deutschen Zivilprozeßrechts*. *Op.cit.*, p.784.

verifica quando observamos vários resquícios da compreensão privatista no processo civil, ainda encontrada em grande parte da Europa se comparada a uma visão mais publicista e voltada para interesses públicos dos ordenamentos latino-americanos e do *common law*. Talvez então pudéssemos falar de uma “tradição europeia” sobre o tema, até porque em muitos países do “velho continente” existe jurisdição administrativa para as causas de Estado e o processo “civil” e suas regras legais acabam sendo aplicáveis apenas e majoritariamente a causas de direitos patrimoniais disponíveis.

Todavia, se analisarmos a fixação do objeto do processo e limitação do julgamento nos próprios ordenamentos europeus, veremos que os modelos existentes não podem ser considerados idênticos: a solução germânica é mais privatista, pois o objeto do processo é individualizado pelas alegações das partes. Já o modelo italiano poderia ser considerado intermédio, porque a lei (e não só a vontade das partes) pode contribuir para a delimitação objetiva do julgado, estendendo o objeto do processo às questões prejudiciais por razões de economia processual (art.34 do *Codice*). Sem contar, na Itália, as diferenças decorrentes da utilização da teoria da *fattispecie* e aquelas que dizem respeito às teses sobre a causa de pedir (substanciação ou individualização), já que os ordenamentos adotam modelos diversos. Assim, no fundo, vê-se que não há uma “tradição” europeia-continental uniforme em relação ao objeto do processo.

Pelo exposto, temos que o sistema europeu de coisa julgada é profundamente marcado por traços privatistas e não apresenta formato unificado. Em resposta a este parâmetro, tentaremos focar o estudo dos limites objetivos em elementos não apenas determinados pelas partes, fatores desvinculados do conceito de objeto do processo.

#### 2.4.1.2 O caráter estático da vinculação ao objeto do processo

A segunda crítica que se pode fazer à limitação da coisa julgada ao dispositivo, determinada pelo objeto do processo, é que o sistema de estabilidades, assim delineado, não consegue adquirir o dinamismo exigido pelas interações do processo contemporâneo.

Atualmente, pela inserção das atividades processuais das partes num contexto comunicativo e argumentativo, tornaram-se essenciais, em muitos pontos do sistema, considerações acerca dos escopos dos litigantes, suas expectativas e suas prognoses de curto e longo prazo, e não apenas referentes ao direito material disputado, mas também de caráter

puramente processual. Vejam-se institutos como os acordos de procedimento e os contratos processuais, que permitem exercício de posições processuais dinâmicas e cujas estabilidades não funcionam bem dentro da tradicional concepção do *Streitgegenstand*.

Na Itália, tem-se também criticado a reconstrução do objeto do processo na teoria da *fattispecie*, o que evidentemente gera repercussões na clássica ligação que se faz com a coisa julgada.<sup>501</sup> As críticas, dentre outros aspectos, baseiam-se no caráter estático deste enquadramento, que não envolve a dinâmica das atividades humanas que se desenvolvem no processo. Com razão, afirma Caponi que não podemos considerar meramente o *quê* o autor pretende em juízo. Para o processo atual, importa também saber *porque, como e quando*.<sup>502</sup>

Em verdade, a doutrina tradicional parte de uma premissa não provada, aquela de que deva existir uma transposição da *res iudicanda* em *res iudicata*,<sup>503</sup> o que justificaria a projeção pedido-dispositivo. Porém, a *res de qua agitur* não se converte automaticamente em *res iudicata* porque não se trata nem de uma mutação necessária, pois vínculos intermédios podem alterar as finalidades pretendidas pelos litigantes, nem um deslocamento ou fusão simplista de um conceito no outro, que ocorresse como que “por mágica” e de maneira alheia à cadeia de atos do processo.<sup>504</sup> Assim, devemos desacoplar a coisa julgada do objeto do processo.

Aliás, analisando o problema da conceituação do *Streitgegenstand*, e percebendo o apego “positivista” dos seus defensores, Ekelöf definiu o “objeto do processo” como o “filho preferido da jurisprudência dos conceitos”.<sup>505</sup> O objeto do processo nada mais é que um *mecanismo formal*; pode haver alternativas a ele que sejam mais adequadas ao sistema de estabilidades.<sup>506</sup>

A proposta de nosso estudo tentará apresentar a ideia de incorporar ao exame das estabilidades outros elementos que não apenas aqueles trazidos pelas partes, evitando a limitação a fatores estáticos. Esta abordagem revela-se mais consentânea com as tendências atuais na

<sup>501</sup> P.ex., DENTI, Vittorio. *I giudicati sulla fattispecie. Scritti Giuridici in memória di Piero Calamandrei*, vol. III. Padova: Cedam, 1958, p.218 e ss.

<sup>502</sup> CAPONI, Remo. *Oggetto del processo e del giudicato “ad assetto variabile”*. *Il Foro Italiano*, v.180 (estratto), jun. 2008, p.27-29; *Idem*. *Processo civile e nozione di controversia ‘complessa’: impieghi normativi*. *Il Foro italiano*, v. 136 (estratto), fev. 2009, p.7.

<sup>503</sup> Por todos, CHIOVENDA, Giuseppe. *Sulla cosa giudicata*, in *Saggi di Diritto Processuale Civile*. Milano: Giuffrè, 1993, vol.II, p.401; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. *Op.cit.*, p.469.

<sup>504</sup> Já identificou essa impossibilidade, ainda que em abordagem por demais restrita, OLIVA SANTOS, Andrés de la. *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*. *Op.cit.*, p.12-13, 24.

<sup>505</sup> EKELÖF, Per Olof. *Der Prozeßgegenstand – ein Lieblingskind der Begriffsjurisprudenz*. *Zeitschrift für Zivilprozeß*, ano 85, 1972, p.145 e ss.

<sup>506</sup> STROHMAYER, Peter. *Urteilswirkungen*. *Op.cit.*, p.55.

jurisprudência comparada, e afinada com algumas formulações teóricas em torno de uma diversa compreensão do objeto do processo com foco nos escopos dos litigantes.<sup>507</sup>

#### 2.4.1.3 Insuficiência e contradições da técnica da tríplice identidade

Outra crítica que pode ser feita à vinculação estreita da coisa julgada ao *Streitgegenstand* é o *modo de análise* da objeção de coisa julgada. Sem embargo, como visto, o exame para verificar a existência de coisa julgada anterior resume-se a uma análise comparativa dos elementos da demanda: partes, causa de pedir e pedido, os três *eadem* da famosa técnica romana da tríplice identidade.

Nos países em que o objeto do processo é compreendido como tendo “duas camadas”, o exame não espanta.<sup>508</sup> Contudo, no Brasil, onde a limitação objetiva da *res iudicata* deveria ser observada na projeção pedido-dispositivo, a tríplice identidade deve ser “complementada” por um segundo exame a respeito da pretensão, chamado por aqui de “teoria da relação jurídica” (como visto no Cap.1).

Ora, se é necessário recorrer a uma análise mais ampla da relação jurídica, inclusive adentrando na *causa petendi*, só podemos extrair uma de duas conclusões: ou a limitação da estabilidade ao pedido (e ao dispositivo) não é um exame seguro, mas um critério incompleto ou indireto para a definição da coisa julgada;<sup>509</sup> ou a própria concepção de objeto do processo de Schwab, adotada no Brasil, é por demais estreita para servir a um sistema estabilidades.

Com efeito, o conceito unitário do objeto do processo (limitado ao pedido) gera, como lembra Andrés de la Oliva, uma “esquizofrenia”: o objeto que se usa para analisar a congruência da sentença com as postulações das partes não é o mesmo da verificação da coisa julgada, pois nesta há que se recorrer à motivação da sentença.<sup>510</sup>

<sup>507</sup> Assim são a proposta de Peter Böhm, na Áustria, e a solução atualmente adotada pelo Tribunal da União Europeia.

<sup>508</sup> Assim o *Bundesgerichtshof* alemão, em BGH in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2004, p.1253: “*Der Streitgegenstand wird durch den gesamten historischen Lebensvorgang bestimmt, (...) unabhängig davon, ob einzelne Tatsachen dieses Lebenssachverhalts von den Parteien vorgetragen worden sind oder nicht*”. (Tradução: “O objeto do processo é determinado através do conjunto de ocorrências históricas, (...) independentemente de se todos os fatos individualizados deste conjunto fático foram ou não apresentados pelas partes”).

<sup>509</sup> Cf. HEIDERHOFF, Bettina. *Der entschiedene Lebenssachverhalt und die Rechtskraftsperrre bei Klageabweisenden Urteilen. Zeitschrift für Zivilprozeß*, ano 118, n.2, 2005, p.189 e nota 21.

<sup>510</sup> OLIVA SANTOS, Andrés de la. *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil. Op.cit.*, p.75. Andrés de la Oliva Santos propõe uma repartição do objeto do processo. Após identificar esta “esquizofrenia” entre o conceito de objeto do processo limitado ao pedido, e o constante uso da causa de pedir para definir os limites da coisa julgada, afirma que é necessário dividir o conceito em dois planos: um interno e imanente, e outro externo ou transcendente. No plano interno, estuda-se a relevância do objeto do processo dentro daquele mesmo procedimento; no plano externo, seriam analisadas suas relações com outros processos

A conclusão é que a relação entre o *Streitgegenstand* e a limitação da coisa julgada parece doutrinariamente em contradição com as próprias premissas.

#### 2.4.1.4 A incongruência da curiosa “eficácia preclusiva da coisa julgada” com o modelo tradicional

##### 2.4.1.4.1 Preclusão extraprocessual ligada à fundamentação?

Vimos, no Cap.1, que a coisa julgada teria uma “eficácia preclusiva” que tornaria irrelevante quaisquer argumentos de fato ou de direito<sup>511</sup> que, dentro da mesma causa de pedir, poderiam ter sido alegados pelas partes mas não foram. Ou seja, após a tomada da decisão, a conclusão se isola da participação dos litigantes e das razões da sentença, imunizando-se contra outras alegações que se pudessem opor contra ela. É o que dispõe o art.474 do CPC,<sup>512</sup> uma regra que tem clara inspiração em conferir à coisa julgada maior abrangência e eficiência sistêmica,<sup>513</sup> evitando a repetição de demandas já resolvidas com sutis diferenças de conteúdo nas alegações.<sup>514</sup>

Grande parte da doutrina afirma que a eficácia preclusiva é uma *decorrência* da *res iudicata*, e por isso vem geralmente referida como sendo um efeito “da coisa julgada”.<sup>515</sup> De fato, a fórmula ficcional do art.474 do CPC (“tornar irrelevantes”) parte da premissa de que a

e seus respectivos objetos. *Idem*. p.75-76. Daí então falar num “objeto atual” e num “objeto virtual” do processo, este último projetando a atividade das partes e do juízo para outros processos. *Ibidem*, p.78: “Objeto virtual de umn proceso civil es aquello sobre lo que no tiene por qué proyectarse la actividad de las partes y del tribunal en el correspondiente proceso, pero que, sin embargo, en relación con otros procesos, valdrá como objeto procesal o tendrá la virtualidad de este. Así, pues, esa virtualidad o eficacia se despliega ad extra o transcendentemente, es decir, hacia afuera del proceso mismo, cuando se trata de establecer si el objeto de varios procesos es el mismo o si el de uno de ellos comprende el de un proceso distinto, aún pendiente o ya terminado. Es asimismo relevante cuando interesa establecer si entre los objetos de vários procesos existe conexión, a efectos de acumulación de procesos. El objeto virtual del proceso civil viene determinado, respecto del objeto principal y del accesorio (excepciones materiales (...)), por los sujetos, el petitum y, finalmente, por todos los hechos y todos los fundamentos o títulos jurídicos que se hubieran podido aducir, aunque de hecho no se hiciesen valer, en un determinado proceso. Cuando se trate de decidir si procede, sobre todo, la litispendencia y la cose juzgada – pero también, como hemos dicho, la acumulación de procesos – habrá que atender al objeto virtual del proceso de referencia”.

<sup>511</sup> A eficácia preclusiva abrange também as *quaestiones iuris* porque estas são “motivos”, como previsto na lei. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo Código de Processo Civil*. *Op.cit.*, p.31.

<sup>512</sup> Certos autores afirmam que o art.474 do CPC deve ser conjuntamente interpretado com o art.468. Assim, THEODORO JR., Humberto. *Coisa julgada, ação declaratória seguida de condenatória*. *Op.cit.*, p.89.

<sup>513</sup> ZEISS, Walter; SCHREIBER, Klaus. *Zivilprozessrecht*. *Op.cit.*, p.229.

<sup>514</sup> HABSCHEID, Walther J. *Die Präklusionswirkung des rechtskräftigen Urteils*. *Op.cit.*, p.172-173.

<sup>515</sup> ASSIS, Araken de. *Reflexões sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada*. *Op.cit.*, p.35, 39-40.

impossibilidade de alegar é uma consequência da *res iudicata*, vedando-se o uso da alegação omitida anteriormente.<sup>516</sup>

Neste sentido, a eficácia preclusiva é enxergada como um meio para assegurar a vinculatividade da própria coisa julgada,<sup>517</sup> em função da popularizada ideia de que a imutabilidade ou “irrelevância” das razões não aduzidas teria uma *natureza instrumental* em relação à inalterabilidade do dispositivo.<sup>518</sup>

Esta eficácia preclusiva por vezes é compreendida como um produto da coisa julgada material ou, para outros estudiosos, da coisa julgada formal. Temos que ambas as soluções são equivocadas e explicamos nossa divergência. Em primeiro lugar, existem autores que optam por justificar o instituto como decorrência da coisa julgada material. Ao adotar esta perspectiva, não haveria possibilidade de conciliar a eficácia preclusiva com a teoria da substanciação sobre a causa de pedir, pois se estaria atribuindo aos fatos alegados e aos não alegados a mesma força, olvidando a limitação da *res iudicata* pelo objeto do processo. A justificação da eficácia preclusiva na coisa julgada material só seria possível num ambiente em que se adotasse a teoria da individualização, porque então algumas questões jurídicas seriam incluídas no âmbito do objeto do processo, e conseqüentemente da coisa julgada.<sup>519</sup>

Por outro lado, quem justifica a eficácia preclusiva na coisa julgada formal esquece que a preclusão deveria ser limitada ao interno do processo.<sup>520</sup> Essas inconsistências podem ser visualizadas porque, bem analisada, a eficácia preclusiva realmente é algo estranho ao sistema tradicional da coisa julgada, e talvez por isso seja mal estudada e mal aplicada. Trata-se de uma *preclusão extraprocessual decorrente de omissões*, o que, se pensamos nas características tradicionais da preclusão na doutrina clássica (p.ex., limitada pela litispendência), reflete uma *contradictio in terminis*.

Além disso, quando associada à coisa julgada, parece que a eficácia preclusiva desvincula-se do *Streitgegenstand*, pois impõe a proibição de rediscussão de certos conteúdos que

<sup>516</sup> Machado Guimarães divide a eficácia preclusiva decorrente da preclusão, da coisa julgada formal e material. A primeira, dar-se-ia só sobre questões de fato; a segunda também sobre questões de direito mas limitada ao mesmo processo; e a última para outros processos. GUIMARÃES, Luiz Machado. Preclusão, coisa julgada, eficácia preclusiva. *Op.cit.*, p.16.

<sup>517</sup> OTTO, Hansjörg. *Die Präklusion*. *Op.cit.*, p.65 e ss, 80-82, 84.

<sup>518</sup> Segundo Barbosa Moreira, “a preclusão das questões logicamente subordinantes não é um fim em si mesma, senão simples meio de preservar a imutabilidade do julgado O art. 474, do CPC vigente (1973), exclui qualquer possibilidade de revestir-se da autoridade da coisa julgada, tornando-se imutável e indiscutível a decisão de qualquer questão de fato ou de direito resolvida incidentemente pela sentença, notadamente as questões prejudiciais”, *apud* MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *A Coisa Julgada*. *Op.cit.*, p.78-79.

<sup>519</sup> HABSCHEID, Walther J. *Die Präklusionwirkung des rechtskräftigen Urteils*. *Op.cit.*, p.170-171.

<sup>520</sup> SOUSA, Miguel Teixeira de. *O objeto da sentença e o caso julgado material (estudo sobre a funcionalidade processual)*. *Op.cit.*, p.137.

não constavam do processo anterior. É verdade que a eficácia preclusiva da coisa julgada reduz a força da vontade das partes na determinação da estabilidade, o que pensamos ser louvável, mas de qualquer forma é um instituto que foge à propagada limitação objetiva ao pedido – e conseqüentemente ao dispositivo da sentença<sup>521</sup> – porque, ao impedir o uso de alegações e defesas incompatíveis com a coisa julgada anterior, a eficácia preclusiva exige uma análise não apenas do *decisum*, mas também dos motivos da decisão.<sup>522</sup>

E uma outra pergunta ainda se nos coloca: por quê identificar e especificar esta eficácia preclusiva, diferenciá-la da coisa julgada, para em seguida afirmar que é um efeito da própria *res iudicata*?<sup>523</sup> Ora, como notou Otto, esta resistência em admitir efeitos preclusivos extraprocessuais *independentes da coisa julgada* era uma tendência típica das teorias materiais.<sup>524</sup>

Todas estas incongruências teóricas que dificultam a compreensão da eficácia preclusiva da coisa julgada no sistema europeu-continental talvez não sejam tão evidentes para nós que fomos doutrinados sob estas premissas e nos acostumamos ao instituto. Mas autores estrangeiros, em análise comparativa, já se confundiram.

Sem embargo, foi a eficácia preclusiva da coisa julgada que levou Robert Wyness Millar a afirmar a proximidade entre os modelos do *civil law* e do *common law*, pois ambos, segundo ele, levariam em conta os motivos da sentença na configuração da coisa julgada.<sup>525</sup> Nos sistemas de tradição romano-germânica, não se atribui – ao menos não confessadamente! – relevância jurídica para as razões no campo da coisa julgada, e portanto a ilação de Miller deflui talvez não de uma incorreta pesquisa, mas da exata conclusão a respeito de um sistema que idealmente

<sup>521</sup> Neste sentido, em relação ao autor, ROSENBERG, Leo. *Die Präklusionswirkung von Urteilen*. *Op.cit.*, p.315.

<sup>522</sup> ATTARDI, Aldo. *In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata*. *Op.cit.*, 499-500; *Idem*. *Diritto processuale civile*. 3. ed., Padova: Cedam, vol.I, 1999, p. 480 ss. No Brasil, MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional*. *Op.cit.*, p.19-20, 75-77. O mesmo ocorre com a eficácia da intervenção, ou a eficácia preclusiva da coisa julgada para terceiros: para sua verificação, impõe-se analisar outros elementos referentes à conduta dos litigantes e às razões de decidir. Embora se mantenha, *de lege lata*, com a doutrina tradicional, reconhece o ponto GOTTWALD, Peter. *Streitgegenstandslehre und Sinnzusammenhänge*. *Op.cit.*, p.98.

<sup>523</sup> Talvez para não reconhecer efeitos preclusivos autônomos e que não fossem “absorvidos” pela coisa julgada, uma absorção que veremos mais adiante no Cap.6. Alguns autores, vislumbrando tratar-se de um instituto que não se enquadra bem na disciplina da coisa julgada, separam a *res iudicata* da eficácia preclusiva. Cf.SCHWAB, Karl-Heinz. *Der Streitgegenstand im Zivilprozess*. *Op.cit.*, p.162, 167-171. Trata-se de uma tentativa de diferenciar coisa julgada e preclusões a partir de seu âmbito objetivo da abrangência. Neste sentido, deveria haver preclusão fática extraprocessual fora do campo coberto pela coisa julgada, ou seja, quando esta não tivesse lugar. SOUSA, Miguel Teixeira de. *O objeto da sentença e o caso julgado material (estudo sobre a funcionalidade processual)*. *Op.cit.*, p.137. A eficácia preclusiva da coisa julgada só se observaria sobre fatos não preclusos pela preclusão “normal”. HABSCHEID, Walther J. *Die Präklusionswirkung des rechtskräftigen Urteils*. *Op.cit.*, p.179-180. De fato, como salienta Oberhammer, o termo clássico que expressa a vinculatividade decorrente da coisa julgada era *Bindungswirkung der materiellen Rechtskraft*, e o chamado efeito preclusivo extraprocessual (*Präklusionswirkung*) seria algo diferente da *res iudicata*. Cf.OBERHAMMER, Paul. *Objektiven Grenzen der materiellen Rechtskraft: Bindung und Präklusion*. *Juristische Blätter*, ano 122, n.4, abr. 2000, p.208, 219 e ss.

<sup>524</sup> OTTO, Hansjörg. *Die Präklusion*. *Op.cit.*, p.88.

<sup>525</sup> MILLAR, Robert Wyness. *The premises of the judgement as res iudicata in continental and anglo-american Law*. *Op.cit.*, p.4.



deveria funcionar daquela maneira. Não obstante, apesar de prever o efeito preclusivo, nossa doutrina e jurisprudência continuam a não admitir a relevância das razões e argumentos para o sistema de estabilidades; continuam a ligar a coisa julgada ao objeto do processo; e continuam a negar a eficácia extraprocessual às preclusões.

Pelo exposto neste tópico, a eficácia preclusiva reflete uma parte da teoria da coisa julgada em franca contradição com o restante do modelo clássico: trata-se de uma preclusão que projeta a vinculatividade da coisa julgada para além do pedido e para outros processos. Está, portanto, à margem do objeto do processo e fora do conceito clássico de preclusão. E as inconsistências do instituto sugerem a necessidade de reformulação deste ponto do sistema das estabilidades.

#### 2.4.1.4.2 A indevida análise do efeito preclusivo das omissões

Mas talvez a maior crítica que se possa fazer à eficácia preclusiva da coisa julgada é que, através dela, estabelece-se uma ampla preclusão, gerada por atos omissivos, sem um exame apurado a respeito de se a omissão pode ser vista ou não como um ato voluntário. Como veremos adiante, embora defendamos, dentro da atual moldura do contraditório, que também os atos omissivos geram vínculos preclusivos, para que esta vinculação seja observada, mister se faz que as omissões possam ser caracterizadas como fruto de atividades programadas. No exemplo da eficácia preclusiva, para que haja estabilidade decorrente de um ato omissivo, deveria haver uma análise sobre se as omissões são *conclusivas* em indicar que a inação da parte em apresentar certas alegações revela uma opção consciente.

Se assim é, talvez seja mais interessante, como afirmam Habscheid e Otto, pensar que a “preclusão dos conteúdos não apresentados” (*Präklusion des nicht vorgebrachten Prozessstoffes*) deva ser compreendida autonomamente, e não como uma decorrência da coisa julgada.<sup>526</sup> De fato, antes de serem institutos isolados, a eficácia preclusiva deve ser uma “instituição

<sup>526</sup> HABSCHIED, Walther J. *Die Präklusionswirkung des rechtskräftigen Urteils*. *Op.cit.*, p. 169, 176; *Idem*. *Der Streitgegenstand im Zivilprozess*. *Op.cit.*, p.291-293, 295-297; *Idem*. *L'oggetto del processo nel diritto processuale civile tedesco*. *Op.cit.*, p.463. Contra, Schwab pensa que esta não este efeito preclusivo seria uma consequência normal da coisa julgada. Destaque-se que Schwab não inclui os fatos no objeto do processo (para ele seria apenas o pedido), e então o *Ausschlusswirkung* não seria um tema tão problemático em termos teóricos para o desenvolvimento de sua tese. Cf.SCHWAB, Karl-Heinz. *Der Streitgegenstand im Zivilprozess*. *Op.cit.*, p.158, 169. Veja-se o contraponto de Habscheid em HABSCHIED, Walter J. *Der Streitgegenstand im Zivilprozess*. *Op.cit.*, p.294-296.

complementar”, porque comunga dos mesmos objetivos, mas independente em relação à coisa julgada.<sup>527</sup>

## 2.4.2 Críticas aos limites temporais da coisa julgada na teoria tradicional

### 2.4.2.1 Os problemas da linearidade e da imutabilidade: primeiras considerações

O modelo tradicional dos limites temporais da coisa julgada, tal como exposto no Cap.1, também merece críticas. A mais evidente delas decorre do congelamento do panorama fático existente até a sentença (ou até a última oportunidade de exposição fática), ficando os fatos ocorridos até então preclusos, não podendo mais ser rediscutidos, desde que incluídos na mesma causa de pedir.<sup>528</sup>

Trata-se um modelo que estabiliza invariavelmente o passado, deixando totalmente instáveis os acontecimentos do futuro, que ficam fora do âmbito de incidência da coisa julgada.<sup>529</sup> Sem embargo, dentro da mesma *causa petendi*, nenhum fato anterior à formação da estabilidade pode ser posteriormente reconsiderado, ainda que sobre ele existam novos elementos ou tenha havido alguma modificação fática ou jurídica essencial.<sup>530</sup>

Esse formato acopla a dimensão temporal com a dimensão das estabilidades, apropriando-se da ideia de imutabilidade do que ficou no passado e deixando completamente abertos e sem qualquer efeito vinculativo todos os acontecimentos do porvir.

Embora considerações mais detalhadas serão tecidas à frente, deixemos aqui desde logo algumas linhas sobre a questão. Em princípio, é de se concordar que a estabilidade deva ser temporalmente limitada. Como já afirmado, as decisões não se tornam vinculativas desde sempre

<sup>527</sup> Otto divide as preclusões extraprocessuais em três tipos: aquelas que são autônomas em relação à coisa julgada formal e material; a eficácia preclusiva da coisa julgada (que ele denomina de *Rechtskraft-Präklusion*), e as preclusões “complementares” à coisa julgada e que protegem a sentença acobertada pela coisa julgada formal. Preclusões complementares são aquelas que “pressupõem” a coisa julgada formal, mas não a material, porque escapam ao conceito de *Streitgegenstand*. Cf. OTTO, Hansjörg. *Die Präklusion*. *Op.cit.*, p.65 e ss, 104 e ss. Schwab também já trabalhava o tema das preclusões autônomas em relação à coisa julgada, aplicáveis para atos que não estivessem relacionados com a discussão do primeiro processo, e então não teriam como objetivo uma decisão que contivesse declaração dissonante à do primeiro processo. SCHWAB, Karl-Heinz. *Der Streitgegenstand im Zivilprozess*. *Op.cit.*, p.162, 170 ss, 198. Para Otto, estas preclusões são apenas aquelas que são independentes da coisa julgada formal, e que mesmo assim geram efeitos preclusivos num segundo processo. OTTO, Hansjörg. *Die Präklusion*. *Op.cit.*, p.67.

<sup>528</sup> Assim, por todos, PLANCK, Julius Wilhelm. *Lehrbuch des Deutschen Civilprozessrechts*. *Op.cit.*, p.257; ADOLPHSEN, Jens. *Zivilprozessrecht*. *Op.cit.*, p. 107-108 e 242, 244, 252.

<sup>529</sup> SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen Römischen Rechts*. *Op.cit.*, vol.VI, p.377-378; KOHLER, Josef. *Der Prozeß als Rechtsverhältniß*. *Op.cit.*, p.113.

<sup>530</sup> BLOMEYER, Arwed. *Zivilproßrecht. Erkenntnisverfahren*. *Op.cit.*, p.499; KELLER, Friedrich Ludwig von. *Ueber Litis Contestation und Urtheil nach classischem Römischen Recht*. *Op.cit.*, p.292-295; HABSCHEID, Walter J. *Der Streitgegenstand im Zivilprozess*. *Op.cit.*, p.286, 291-292.

e tampouco nascem para ser eternas: deve haver uma barreira a impedir que outros elementos possam ser a elas incorporados ou delas subtraídos, e a estabilidade do conteúdo dos atos processuais depende do bloqueio a estas alterações.

O que não nos parece acertado é ligar a disciplina dos limites temporais ao conceito de imutabilidade. É esta perversa associação da inalterabilidade com a linearidade temporal do sistema que torna ultrapassada a formatação dos limites temporais da coisa julgada.

Isto porque a abordagem dos limites temporais baseia-se, em grande medida, numa análise puramente enunciativa das espécies de relação jurídica: “em se tratando dos tipos A, B ou C de relação jurídica”, porque essas relações são continuativas e normalmente possuem projeção temporal, estamos diante de sentenças determinativas e portanto se aplica o art.471 do CPC. A partir daí segue-se um exame da estabilidade *linearmente superposto à dimensão cronológica dos fatos*. Ligada ao conceito de imutabilidade, esta técnica resulta da conclusão de que “se são fatos posteriores, então é possível alteração” do conteúdo da sentença determinativa.

No entanto, essa é uma abordagem apenas parcial do fenômeno temporal, limitando seu estudo a identificar “quais” relações jurídicas seriam “continuativas”, ou se os fatos são posteriores, e portanto poderiam submeter-se às alterações deste regime atenuado da coisa julgada. Ficam de fora considerações sobre quais critérios seriam adequados para que a alteração do *iudicatum* fosse operada.

Talvez este modelo clássico tenha sido cunhado naquela estreita relação com o objeto do processo, na crença de que, se a coisa julgada está atrelada ao conteúdo do litígio, a regra concreta da sentença deveria corresponder a um retrato de um momento histórico, petrificado em um preciso contexto e naquele marco temporal. Veja-se que, também nos limites temporais, parecemos retornar à análise do *Streitgegenstand* para saber se a coisa julgada do primeiro processo abrange os fatos novos trazidos no segundo.<sup>531</sup> Nessa linha, vimos que não é incomum tentar aproximar a análise temporal da coisa julgada dos limites objetivos:<sup>532</sup> quando supostamente estão em jogo fatos novos, o juízo do segundo processo, para examinar se estão incluídos na estabilidade da coisa julgada, deve necessariamente indagar se tais fatos estão compreendidos no “complexo” fático que compunha o objeto do primeiro processo, ou seja,

<sup>531</sup> HEIDERHOFF, Bettina. *Der entschiedene Lebenssachverhalt und die Rechtskraftsperr bei Klageabweisenden Urteilen*. *Op.cit.*, p.187-188 e 190.

<sup>532</sup> MUSIELAK, Hans-Joachim. *Der rechtskräftige entschiedene Lebenssachverhalt*. *Op.cit.*, p.3593-3594.

verificar se os fatos são “posteriores” resume-se a analisar se são “externos” ao objeto do processo anterior.

Como veremos nos capítulos 4 e 6, de um lado, a compreensão contemporânea das relações entre Estado e indivíduos, derivada da evolução da cláusula do Estado de Direito, pede uma forma mais moderna de proteção da segurança jurídica que não aquela da imutabilidade. De outra parte, o dinamismo do processo exige o rompimento com o formato linear de superposição da dimensão das estabilidades com a dimensão temporal.

A soma desta equação, que resultará na adoção do paradigma da segurança-continuidade e no formato das estabilidades como cadeias de vínculos argumentativos, permitirá renovar a concepção de limites temporais.

## 2.5 Críticas à reação da tese da “coisa julgada inconstitucional”

Diversas críticas foram e podem ainda ser dirigidas à tese da “relativização da coisa julgada”, também chamada de “coisa julgada inconstitucional”. De fato, se por um lado, como vimos no primeiro capítulo, vários autores aderiram à ideia da coisa julgada inconstitucional, outros tantos expuseram críticas à tese, sua base teórica, seus argumentos e sua forma.<sup>533</sup> Para facilitar a exposição, dividiremos as críticas em tópicos.

### 2.5.1 A nomenclatura utilizada

O primeiro ponto que podemos criticar na tese é a própria nomenclatura utilizada por seus defensores, seja na vertente da “coisa julgada inconstitucional”, seja na variante “relativização da coisa julgada”.

Com efeito, se o ordenamento jurídico prevê diversos mecanismos de quebra da coisa julgada, típicos e atípicos,<sup>534</sup> não faz nenhum sentido pugnar uma “relativização” da coisa julgada. Ela já é “relativa” porque admite alterações, ainda que excepcionais. Wach já afirmava, muito tempo atrás, que a coisa julgada é relativa *em todas as suas dimensões* porque é limitada

<sup>533</sup> Muitos foram também os opositores da tese. Por todos, MARINONI, Luiz Guilherme. *O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material)*. *Op.cit.*, p.14 e ss.

<sup>534</sup> Como a ação rescisória, os embargos à execução e a revisão criminal etc. Sobre os meios atípicos, veja-se a discussão no primeiro capítulo.

objetiva, subjetiva e temporalmente.<sup>535</sup> Portanto, pode até ser que Dinamarco esteja certo, com Pontes de Miranda, quando afirma que se levou a coisa julgada longe demais;<sup>536</sup> mas a coisa julgada sempre foi relativa e é, no mínimo, uma *contradictio* propter a sua “relativização”.<sup>537</sup>

Por outro lado, se a coisa julgada é uma qualidade da sentença, como entende a doutrina de base liebmaniana, e então é algo que se acresce à decisão mas é neutra em conteúdo, não poderia ser a própria *res iudicata* qualificada de constitucional ou inconstitucional: a inconstitucionalidade está na própria sentença, vale dizer, é a decisão que possui algum conteúdo inconstitucional, antes mesmo de tornar-se estável pela coisa julgada.<sup>538</sup>

Aliás, se tivéssemos que optar por uma das duas expressões, “relativização da coisa julgada” ou “coisa julgada inconstitucional”, esta última parece melhor, porque, ainda que não totalmente adequada, pelo menos empresta ao problema a conotação mais próxima da realidade, no sentido de descrever uma estabilidade (a coisa julgada) que atua em favor da manutenção do conteúdo de uma decisão inconstitucional, uma sentença que incorpora, pressupõe, veicula, gera, enfim, que contém uma ofensa à constituição.

### 2.5.2 A sentença inconstitucional como ato “inexistente”

Além da questão da nomenclatura, constantemente os defensores da tese da relativização recorrem à figura da sentença inexistente para sustentar a possibilidade de utilização da “desconsideração” da coisa julgada. Segundo esta concepção, a lei inconstitucional é uma norma inexistente, e a decisão que a aplica seria também ela uma sentença inexistente, devendo haver ruptura atípica da *res iudicata* que eventualmente tenha se formado.

Ora, se a tese prevalecer, haveria uma evidente contradição lógica: se a sentença é inconstitucional, não existe, e portanto não há coisa julgada; ora, se não há coisa julgada, estaríamos diante de um falso problema.<sup>539</sup>

<sup>535</sup> WACH, Adolf. *Die richterlichen Dekrete*. *Op.cit.*, p.135 e nota.

<sup>536</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Relativizar a coisa julgada material*. *Op.cit.*, p.22.

<sup>537</sup> Com razão, MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material*. *Op.cit.*, p.43.

<sup>538</sup> Certos, no ponto, CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. *Op.cit.*, p.466-467; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material*. *Op.cit.*, p.44; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Coisa julgada. Conteúdo e efeitos da sentença. Sentença inconstitucional e embargos à execução contra a Fazenda Pública*. *Op.cit.*, p.42. Confira-se, sobre a neutralidade de conteúdo, SCHUMANN, Ekkehard. *Fehlurteil und Rechtskraft*. *Op.cit.*, p.316 e ss.

<sup>539</sup> Já percebido por HELLWIG, Konrad. *System des deutschen Zivilprozeßrechts*. *Op.cit.*, p.782.

No entanto, discordamos também da premissa: a sentença que contenha vício de inconstitucionalidade não é inexistente;<sup>540</sup> é nula e “poderá” ser invalidada, sendo certo que, enquanto não pronunciada sua nulidade, a decisão estará apta a produzir efeitos. Ademais, tampouco a lei inconstitucional é inexistente. Qualquer regra incompatível com a constituição também é nula, o que facilmente se pode constatar por uma rápida observação dos métodos da jurisdição constitucional, através dos quais pode haver a preservação de efeitos de uma norma contrária à constituição. De fato, se podem ser aproveitados efeitos da lei inconstitucional, parece-nos claro que a norma não é inexistente, o que se opera é um aproveitamento de efeitos da lei nula.

### 2.5.3 Críticas quanto ao mecanismo de desconsideração ou quebra da coisa julgada. A questão da competência

Outra crítica da tese da coisa julgada inconstitucional é o mecanismo que seus defensores lançam mão para afirmar ser possível a desconsideração. Para a grande maioria dos adeptos da “relativização”, a superação da coisa julgada poderia ter lugar não só por meio de instrumentos típicos (como a ação rescisória), mas também pelo ajuizamento de uma demanda “revisional” atípica, à moda da *querela nullitatis*, ajuizada na primeira instância. Para alguns autores, nem mesmo uma demanda própria para desconstituir a coisa julgada seria necessária: a desconsideração da *res iudicata* poderia ser operada no bojo da ação que reproduz a demanda anteriormente ajuizada, quando o juiz, incidentemente, rejeitasse a “exceção de coisa julgada” pela inconstitucionalidade contida na sentença anterior.

Ora, como a superação de estabilidade processual deve ser algo controlado, previsível e excepcional, é de ressaltar que a previsão legal de instrumentos típicos de revisão carrega consigo, de um lado, a força garantística das formalidades previamente estabelecidas e, de outro, revela a tendência do sistema de fixar modelos mais ou menos ampliativos para a quebra da coisa julgada.

Além disso, os mecanismos típicos possuem regras específicas de competência legalmente fixadas para o juízo de superação da estabilidade. No Brasil, p.ex., existem normas de competência originária para o processo e julgamento da ação rescisória expressamente previstas

---

<sup>540</sup> Certo CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Desconsideração da coisa julgada. Sentença inconstitucional. Op.cit.*, p.229.

no ordenamento para a quebra da coisa julgada. E essa competência pode ser inclusive dos tribunais superiores se o acórdão rescindendo tiver apreciado o mérito recursal. Caso a “desconsideração” fosse operada na primeira instância, por meio de instrumentos atípicos, poderia haver uma burla da competência especial para a rescisão porque um órgão de instância inferior estaria revendo e potencialmente desconstituindo o conteúdo estável de uma decisão transitada em julgado do STF ou do STJ, enquanto que uma ação rescisória para produzir efeito similar teria que ser ajuizada nos próprios tribunais superiores.<sup>541</sup>

Devemos portanto, tanto quanto possível, aproveitar a sistemática e a competência dos instrumentos típicos mesmo quando sejam utilizados meios atípicos para a superação da estabilidade. Talvez fosse o caso, *de lege ferenda*, de ampliar os casos de rescisória,<sup>542</sup> ou aproveitar a regra de competência para todas as demandas com similar efeito rescisório. Por ora, sem entrar nesta discussão, é suficiente relatar as críticas a este ponto da tese da relativização, e partir da premissa de que os mecanismos de revisão devem respeitar, na maior medida, o procedimento dos instrumentos típicos previstos em lei.<sup>543</sup>

#### 2.5.4 A confusão entre segurança e justiça: como devemos encarar a segurança?

Nas discussões sobre a desconsideração da coisa julgada, constantemente vemos argumentos baseados nos escopos processuais de “consecução da justiça”, dentre eles a constante citação de que o processo “não pode eternizar injustiças graves”. Os defensores da tese da relativização afirmam a todo tempo que “a segurança jurídica não pode ser um valor absoluto” e que valores como legalidade, moralidade e justiça estão “acima” da segurança jurídica.<sup>544</sup>

Bom, ninguém nega que as decisões judiciais devam ser, tanto quanto possível, justas e corretas. Não obstante, gostaríamos de salientar, de um lado, a ausência de precisão conceitual sobre o que é “injustiça”,<sup>545</sup> que levou o legislador do Código de 1939 a rejeitar expressamente

<sup>541</sup> Com razão, CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Termo inicial do prazo para ajuizamento da ação rescisória, capítulos de sentença e recurso parcial*. *Op.cit.*, p.201; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material*. *Op.cit.*, p.58-59. De fato, mesmo entre os relativistas, alguns sustentam a necessidade de preservação da competência. Cf. TESHEINER, José Maria Rosa. *Relativização da Coisa Julgada*. *Revista do Ministério Público*, n.47, abr/jun. 2002, p. 104; PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa Julgada Civil*. *Op.cit.*, p.134.

<sup>542</sup> Como se vê em LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Coisa julgada. Conteúdo e efeitos da sentença. Sentença inconstitucional e embargos à execução contra a Fazenda Pública*. *Op.cit.*, p.47.

<sup>543</sup> TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. *Op.cit.*, p.636.

<sup>544</sup> DELGADO, José Augusto. *Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais*, *Op.cit.*, p.46; PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa Julgada Civil*. *Op.cit.*, p.132; ZAVASCKI, Teori. *Ação rescisória em matéria constitucional*. *Op.cit.*, p.156.

<sup>545</sup> Confira-se a crítica de CÂMARA, Alexandre Freitas. *Relativização da coisa julgada material*, *Op.cit.*, p.194 ss; *Idem*, *Bens*

(art.800) a rescindibilidade fundada na “injustiça” da sentença.<sup>546</sup> E, de outro, uma falta de compreensão do que se entende por segurança jurídica, e como seu aspecto garantístico deveria ser atuado. Ambos os problemas convergem na conhecida tensão existente entre um sistema preclusivo e o valor “justiça”,<sup>547</sup> que nas teses sobre a coisa julgada inconstitucional quase não é abordado cientificamente.

Falemos inicialmente da imprecisão sobre o conceito de “injustiça”. Uma objeção que muitos autores lançam à tese da relativização é a ausência de uma concepção clara do que seria “justiça” ou “injustiça”.<sup>548</sup> Theodoro Jr., defendendo-se das críticas, afirma que não pretende desconsiderar a coisa julgada apenas com base na injustiça da sentença, mas “num tipo de injustiça muito mais grave do que o decorrente da ilegalidade ou da contravenção ética. Trata-se da vulneração, pela sentença, de algum preceito ou mandamento constitucional”.<sup>549</sup> Sérgio Gilberto Porto afirma que o remédio seria aplicável quando estivéssemos diante de “extrema injustiça” ou “vícios insuportáveis”.<sup>550</sup> Ora, o parâmetro da “gravidade” da “injustiça”, apta a permitir a quebra, levaria certamente a uma imensa abertura à potencial revisão da coisa julgada, com poucas restrições teórico-doutrinárias, conferindo assim amplos poderes ao juiz para decidir, sem critérios, quando seria possível ignorar a estabilidade adquirida.<sup>551</sup>

De fato, não podemos deixar totalmente ao talante do juiz, pelo evidente risco de arbítrio,<sup>552</sup> decidir quando e como deve haver desconsideração da coisa julgada.<sup>553</sup> Lembremos que a quebra discricionária da *res iudicata* sempre esteve associada a regimes autoritários.

De outro lado, cabe perquirir qual a compreensão da segurança jurídica no ordenamento processual, indagando se a segurança deve ser um *meio* para a proteção de direitos ou é ela própria um direito a ser protegido, isto é, a segurança jurídica é *funcional* e deve ter algum outro valor final a ela atribuído, ou tem *valor em si* apenas porque assegura outros bens (quaisquer que

*sujeitos à proteção do Direito Processual Constitucional, Op.cit.*, p.286; *Idem, Lições de Direito Processual Civil. Op.cit.*, p.465.

<sup>546</sup> Como lembra MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 13. ed., Rio de Janeiro: Forense, vol.V, 2006, p.148.

<sup>547</sup> OTTO, Hansjörg. *Die Präklusion. Op.cit.*, p.43, 156 e ss.

<sup>548</sup> GÓES, Gisele Santos Fernandes. *A “relativização” da coisa julgada: exame crítico (exposição de um ponto de vista contrário). Op.cit.*, p.253-254.

<sup>549</sup> Em resposta a Barbosa Moreira, diz que também o colega carioca admitiria poder haver vícios graves na sentença, mas apenas se prende à observância do procedimento da ação rescisória, e *de lege ferenda*, propõe uma flexibilização de seu prazo. Cf. THEODORO JR., Humberto e FARIA, Juliana Cordeiro de. *O tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passada em julgado. Op.cit.*, p.39.

<sup>550</sup> PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa Julgada Civil. Op.cit.*, p.131, 139.

<sup>551</sup> SILVA, Ovídio Baptista da. *Coisa julgada relativa? Op.cit.*, p.793; ARMELIN, Donaldo. *Flexibilização da coisa julgada. Op.cit.*, p.172-173.

<sup>552</sup> TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão. Op.cit.*, p.24.

<sup>553</sup> MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Coisa julgada: garantia constitucional. Revista de Processo*, ano 32, n.146, abr. 2007, p.20.



sejam, certos ou errados)? A resposta será naturalmente decisiva para vermos se e como o valor “justiça” deverá entrar nas considerações sobre a quebra da coisa julgada.

O sistema tradicional parece considerar a segurança como um valor em si, independentemente da correção do conteúdo estabilizado, como veremos no próximo tópico.

### 2.5.5 A retomada da injustiça da sentença: um possível retorno às teorias materiais da coisa julgada?

É fora de dúvida que a vitória teórica da teoria processual da coisa julgada permite imaginar a estabilização de posições jurídicas processuais “injustas” ou incorretas.<sup>554</sup> Aliás, é até comum no sistema jurídico que a segurança estabilize situações cujo conteúdo não é conforme o direito. Isso não ocorre apenas no processo, mas também no direito privado, no direito constitucional, administrativo, tributário, penal, etc.

Nesse contexto, se a coisa julgada faz lei entre as partes (regra especial), e passa a reger a relação casuística à margem da regra geral do ordenamento, e se ela é “neutra de conteúdo”, não faz sentido comparar a regra do caso com a norma do direito objetivo para extrair um juízo de conformidade ou incorreção, justiça ou injustiça.<sup>555</sup>

Ademais, incorporar o valor “justiça” ou usar a sentença injusta para teorizar a coisa julgada foram opções historicamente rejeitadas pela teoria processual, e retomar esta tendência seria ao menos um contrassenso, a não ser que expressamente houvesse adesão às teorias materiais da coisa julgada,<sup>556</sup> o que também não se vê entre os defensores da relativização.

### 2.5.6 O segundo julgamento é melhor que o primeiro?

<sup>554</sup> Como afirma Lent, ambas as teorias sobre a coisa julgada possuem problemas práticos. A maior dificuldade da teoria processual é lidar com a cristalização das incorreções judiciárias. Cf. LENT, Friedrich. *Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozeß*. *Op.cit.*, p.186.

<sup>555</sup> Em sentido similar, FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Embargos à execução. Alegação de inexistência da pessoa jurídica exequente: improcedência. Coisa julgada. Legitimação para o processo de execução*. *Op.cit.*, p.144. Confira-se ARMELIN, Donaldo. *Flexibilização da coisa julgada*. *Op.cit.*, p.147.

<sup>556</sup> Sobre as diversas tentativas de negar a sentença injusta, examinando as diversas justificações para esta negação, é essencial conferir o ensaio de SCHUMANN, Ekkehard. *Fehlurteil und Rechtskraft*. *Op.cit.*, p.289 e ss.

Note-se ainda que, ao mencionarmos a correção das decisões, um valor que unanimemente todos queremos no sistema jurídico, não podemos esquecer que o risco do erro é inerente ao julgamento por causa da falibilidade cognoscitiva humana.<sup>557</sup>

Assim, ninguém garante que um segundo julgamento será melhor que o primeiro que se pretende desconsiderar, e se esta pressuposição fosse correta, tampouco que um terceiro julgamento talvez fosse ainda melhor que o segundo.<sup>558</sup> Vale dizer, não se pode assegurar que a nova sentença terá solução mais acertada que a anterior ou afastará o sentimento de injustiça que esta possa ter causado.<sup>559</sup>

A constituição e o sistema processual não ignoram a possibilidade de que a sentença errônea, incorreta, torne-se também estável pela coisa julgada. O ordenamento privilegia, nestes casos, a segurança sistêmica em detrimento da justiça do caso concreto. Não se pode pensar que, no conflito entre os valores justiça e segurança, deva haver primazia de um ou de outro.<sup>560</sup> Talvez seja melhor, como já notara Lent, admitir a possibilidade do erro que tentar escondê-lo com argumentações valorativas.<sup>561</sup>

Além do mais, uma observação sobre a Constituição da República de 1988 poderá facilmente levar-nos à conclusão de que se trata de uma “constituição da segurança”, não só por ter o legislador constituinte, em geral, preferido regras detalhadas a princípios genéricos, mas também porque o valor segurança perpassa muitos dos regramentos constitucionais setoriais.

---

<sup>557</sup> Como já percebeu SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen Römischen Rechts*. Vol. VI. *Op.cit.*, p.260. Na doutrina mais moderna, Cf. SHAPIRO, David L. *Civil Procedure: Preclusion in Civil Actions*. *Op.cit.*, p.17; YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. *Em defesa da coisa julgada*. *Op.cit.*, p.16. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Relativizar a coisa julgada material*. *Op.cit.*, p.33: “O juiz deve ter a consciência de que a ordem jurídica é composta de um harmonioso equilíbrio entre certezas, probabilidades e riscos, sendo humanamente impossível pensar no exercício jurisdicional imune a erros. Sem a coragem de assumir racionalmente certos riscos razoáveis, reduz-se a possibilidade de fazer justiça. O importante é saber que onde há riscos há também meios para corrigi-los, o que deve afastar do espírito do juiz o exagerado apego à perfeição e o temor pânico aos erros que possa cometer”.

<sup>558</sup> CASAD, Robert C.; CLERMONT, Kevin M. *Res Judicata.... Op.cit.*, p.29.

<sup>559</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material)*. *Op.cit.*, p.17; SILVA, Ovídio Baptista da. *Coisa julgada relativa?* *Op.cit.*, p.793-794. Como afirma Paulo Gouvêa Medina, “o problema da injustiça da decisão é, sem dúvida, em última análise, reflexo da falibilidade humana ou consequência da imperfeição do sistema judiciário. A paz social, entretanto, não se funda na desconfiança no elemento humano que a constrói, mas na aspiração de cada um e de todos de viver numa sociedade que lhes assegure e faça valer os direitos reconhecidos pelo Poder competente. Isso exige, naturalmente, segurança e estabilidade nas relações jurídicas que o Estado tem o dever de tutelar. Eis a razão de ordem pública que justifica o respeito à coisa julgada. Não será, pois, o risco de a coisa julgada encobrir eventuais injustiças que nos fará descreer da sua importância e da necessidade de preservá-la. De certo modo, a injustiça é sempre o contraponto da coisa julgada. Ou melhor, o sentimento de injustiça da parte vencida representa, simbolicamente, o reverso da medalha da coisa julgada.” MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Coisa julgada: garantia constitucional*. *Op.cit.*, p.25.

<sup>560</sup> GAUL, Hans-Friedhelm. *Materielle Rechtskraft, Vollstreckungsabwehr und zivilrechtliche Ausgleichsansprüche*. *Op.cit.*, p.4; SOBOTA, Katharina. *Das Prinzip Rechtsstaat*. *Op.cit.*, p.180.

<sup>561</sup> Ou com a contraposição entre a verdade e o conteúdo do julgamento, como faziam as teorias materiais: LENT, Friedrich. *Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozeß*. *Op.cit.*, p.299.

Portanto, não existe uma prevalência da justiça sobre a segurança nem mesmo na Constituição brasileira.<sup>562</sup>

### 2.5.7 A fluidez dos parâmetros da tese da relativização

#### 2.5.7.1 A crítica ao raciocínio por indução: casuística invulgar que se transformou na regra

Outra importante objeção que pode ser feita à tese relativista é que esta trabalha com uma técnica indutiva e hipóteses excepcionais. Seus defensores partem de casos concretos absolutamente incomuns para chegar às conclusões gerais a que se propõem, um casuísmo por vezes até mesmo por eles assumido.<sup>563</sup> Em nossa opinião, não se pode partir de pontos patológicos para construir padrões teóricos para o sistema das estabilidades.<sup>564</sup>

Até poderíamos concordar com a metodologia indutiva se as hipóteses trazidas pelos defensores da tese da relativização fossem plausíveis. Porém, não se trata de casos normais que, mesmo excepcionais, ainda assim revelassem alguma incongruência da disciplina tradicional da coisa julgada. Não. As hipóteses em que geralmente se sustenta a aplicação da tese da relativização são em grande parte incomuns e improváveis, já qualificadas de “pitorescas”,<sup>565</sup> chegando alguns críticos a afirmar, por este motivo, a ausência de fundamentos “sérios” para a tese.<sup>566</sup>

De fato, a exemplificação é demasiadamente fantasiosa e fora da realidade. Pontes de Miranda, ao sustentar que a coisa julgada fora “levada longe demais”, dava exemplo de sentença ininteligível que pusesse alguém em regime de escravidão. Dinamarco menciona uma sentença que declarasse o recesso de um Estado da Federação, ou que condenasse alguém a dar determinado peso de sua carne para o pagamento de uma obrigação, como no célebre Mercador de Veneza; ou que condenasse “uma mulher a proporcionar préstimos de prostituta ao autor” em

<sup>562</sup> No mesmo sentido, o Tribunal Constitucional espanhol já decidiu que seria contrário aos princípios da legalidade e da igualdade a revisão da estabilidade anterior, mesmo se posteriormente ficasse verificada a incorreção da sentença. Prefere-se, lá também como aqui, a segurança geral que a justiça casuística. SSTC n.189/1990, 26 de novembro de 1990; n.67/1984, 07 de junho de 1984.

<sup>563</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Relativizar a coisa julgada material*. *Op.cit.*, p.25.

<sup>564</sup> MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Coisa julgada: garantia constitucional*. *Op.cit.*, p.25: “Não convém, a esse respeito, imaginar hipóteses abstratas, de difícil ocorrência, no afã de reforçar a tese da relativização da coisa julgada, porque semelhante exercício de elucubração poderá comprometer, desnecessariamente, a fé no instituto”

<sup>565</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material*. *Op.cit.*, p.53 e 55 nota 45.

<sup>566</sup> É a opinião de OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Coisa julgada. Respeito que merece. Interpretação da sentença...* *Op.cit.*, p.241.

cumprimento a contrato firmado por ambos.<sup>567</sup> Outros exemplos apontados são: sentença que reconheça vitalício um juiz com apenas um ano de exercício no cargo; decisão que permita a brasileiros naturalizados exercerem cargos de Presidente da República, Ministro do STF, dentre outros. São, à toda evidência, hipóteses muitíssimo improváveis.

Outros exemplos já são de ocorrência mais frequente no foro.<sup>568</sup> Todavia, baseiam-se em critérios amplos demais para a superação da coisa julgada. Muitos dos trinta e quatro exemplos apresentados por José Augusto Delgado são largos o suficiente para abranger qualquer possibilidade de revisão da coisa julgada: sentença “baseada em fatos falsos”, ou “que atente contra os bons costumes, os valores morais da sociedade”, ou as decisões que ofendam “as relações jurídicas de direito administrativo, o princípio da legalidade e da moralidade, da eficiência, da impessoalidade e da publicidade”.<sup>569</sup>

Como se vê, com uma casuística assim ampla, corremos todos o grande risco de permanecer com um modelo de total insegurança. São necessários critérios racionais e controláveis para a quebra de estabilidade.

#### 2.5.7.2 A base constitucional da “injustiça grave”

Outro ponto merecedor de críticas, que preferimos separar em tópico específico, diz respeito aos critérios autorizadores da relativização. Segundo os partidários da tese ora analisada, a coisa julgada poderia ser superada quando houvesse: 1) injustiça grave, e 2) que ofenda a constituição. Alguns autores procuram, a partir destes dois critérios, ao menos compensar o casuismo verificado no item anterior com a identificação de “critérios objetivos e constantes e capazes de oferecer segurança no trato da coisa julgada material em face dos demais valores presentes na ordem jurídica”, propondo, então, o uso da proporcionalidade e da ponderação de princípios.

<sup>567</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Relativizar a coisa julgada material. Op.cit.*, p.27.

<sup>568</sup> E no que se refere ao exemplo magno da tese da relativização, o exame de DNA nas sentenças de investigação de paternidade transitadas em julgado, cabe trazer ao debate a interessante observação de Ovídio Baptista da Silva. Afirma o autor que, na sua larga experiência forense, jamais se deparou com uma demanda investigatória de paternidade movida por um filho abastado contra um pai miserável. Sugere, assim, que a dignidade humana, e o direito à identidade que justificaria a busca pelo pai biológico e permitiria a quebra da coisa julgada, na verdade não é o escopo do litigante, que deseja apenas receber alguma quantia em dinheiro como pensão. Cf.SILVA, Ovídio Baptista da. *Coisa julgada relativa? Op.cit.*, p.795.

<sup>569</sup> DELGADO, José Augusto. *Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais, Op.cit.*, p.50-52. Com razão a crítica de MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material. Op.cit.*, p.55 nota 45.

Em nosso sentir, primeiramente devemos perquirir se as discussões sobre a coisa julgada sempre importam em debates constitucionais. A tese só se confirmaria se pudéssemos conduzir a ofensa, operada pela sentença e solidificada pela coisa julgada, a um controle de constitucionalidade.

Vimos, no primeiro capítulo, que só existe no Brasil uma norma constitucional que faz referência à coisa julgada, protegendo-a, na alteração da lei, juntamente com o direito adquirido e o ato jurídico perfeito (art.5º, XXXVI). Teresa Wambier e José Miguel Medina afirmam que não se pode superestimar a proteção constitucional da coisa julgada:<sup>570</sup> analisando a posição constitucional da *res iudicata*, prevista no mesmo inciso com estes outros institutos, estes e outros autores sustentam que a coisa julgada só receberia uma proteção constitucional de direito intertemporal. Vale dizer, a constituição protegeria a norma especial da sentença das futuras alterações da lei (norma geral); haveria um conflito de normas, devendo-se privilegiar a *lex specialis*. Pensar que existiria uma proteção mais ampla da coisa julgada na constituição poderia, tomado ao extremo, levar à interpretação de que as regras de revisão da coisa julgada, p.ex. aquelas dos arts.485 a 495 do CPC, fossem inconstitucionais.

O STF e outra parcela da doutrina, em sentido contrário, já admitiram que a previsão constitucional da coisa julgada não é somente uma regra de direito intertemporal, ou seja, não é uma proteção apenas contra a mudança de lei.<sup>571</sup> Afirmou o Supremo Tribunal Federal que a CR/88 também deseja preservar a coisa julgada da sua desconstituição por outros atos jurídicos, como uma segunda sentença.<sup>572</sup>

Entretanto, ainda que se compreenda que a coisa julgada é uma garantia constitucional mais ampla, isso não significa que toda discussão sobre coisa julgada reflita um debate constitucional. Geralmente, aliás, as manifestações da Corte Suprema são no sentido de que a discussão sobre a coisa julgada diz respeito a matéria infraconstitucional.<sup>573</sup> Ademais, o STF já fixou entendimento consolidado no sentido de que as matérias previstas simultaneamente na legislação infraconstitucional e na Constituição da República, como é o caso da norma sobre a

<sup>570</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada*. *Op.cit.*, p.171.

<sup>571</sup> Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material*. *Op.cit.*, p.50-51. O mesmo se observa na jurisprudência espanhola. Cf. TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel. *La cosa juzgada (Estudio de jurisprudência civil)*. *Op.cit.*, p.265 ss.

<sup>572</sup> STF – RE nº 117.991-DF, Rel.Min. Sepúlveda Pertence, j.04.09.1990; RE nº 363.889-DF, Rel.Min.Dias Toffoli, j.07.04.2011.

<sup>573</sup> STF – AgRg no RE nº 535.372-RS, Rel.Min. Carmen Lucia, j. 23.10.2007; AgRg no AgIn nº 621.666-RS, Rel.Min. Carmen Lucia, j.23.10.2007; AgRg no RE nº 441.771-PR, Rel.Min. Celso de Mello, j.31.05.2005.

coisa julgada, podem ser apreciadas pelo STJ quando não houver *ofensa direta* à constituição.<sup>574</sup> Assim, não existiria violação à constituição se a discussão se restringisse a debater normas infraconstitucionais, como p.ex. quando a decisão recorrida examinou, à luz do Código de Processo Civil, quais seriam os limites objetivos e subjetivos da coisa julgada, matéria da legislação ordinária.<sup>575</sup> Mas quando houver “erro conspícuo quanto ao conteúdo e à autoridade, em tese, da coisa julgada, há ofensa à própria Constituição”, e então caberá recurso extraordinário.<sup>576</sup>

Sendo ou não uma discussão de natureza constitucional, havendo ou não uma proteção constitucional ampla à coisa julgada, outras críticas podem ser feitas à fórmula “injustiça grave que ofenda a constituição”, utilizada como critério para a desconsideração ou relativização da coisa julgada.

Sem embargo, num ambiente de constituição analítica, com grande quantidade de matérias constitucionalizadas, reconduzir os critérios para quebra à contrariedade do texto constitucional torna praticamente qualquer matéria sujeita à possível relativização. Com efeito, como o texto constitucional brasileiro é prolixo, permitir relativizar coisa julgada pela mera arguição de inconstitucionalidade pode revelar-se frontalmente contrário à segurança jurídica.<sup>577</sup>

### 2.5.8 Os problemas de aplicação da técnica da ponderação

Muito bem. Imaginemos agora que todas as críticas anteriores estivessem superadas: que houvesse um claro conceito de “injustiça grave”; que toda discussão sobre a coisa julgada desaguasse em um debate constitucional; e que a Constituição de 1988 não fosse analítica e fossem claros os princípios contra os quais a coisa julgada pudesse colidir.

Segundo a tese da relativização, o método a ser utilizado é a ponderação de princípios constitucionais. Eis outra objeção à formulação da tese relativista que se nos afigura importante.

É que o discurso empregado pelos defensores da tese da “relativização” parece já apresentar juízos prontos sobre como a questão deva ser decidida, o que é contrário ao processo de ponderação de princípios pregado por eles mesmos. De fato, afirmar que, em todos os casos de

<sup>574</sup> Sobre o tema, Cf. MOREIRA, Fernando Mil Homens. Apontamentos à atual jurisprudência do STJ e do STF sobre os limites e a afronta à coisa julgada no âmbito civil: perplexidades e perspectivas. *Revista de Processo*, ano 33, n.156, fev. 2008, p.269 e ss.

<sup>575</sup> STF – RE n° 220.517, Rel.Min. Celso de Melo, j.10.04.2001.

<sup>576</sup> STF – RE n° 226.887-PE, Rel.Min. Carlos Velloso, j.03.11.1998.

<sup>577</sup> MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Coisa julgada: garantia constitucional*. *Op.cit.*, p.26.

sentenças sobre tema de investigação de paternidade, a “dignidade humana” da criança impor a quebra de coisa julgada, equivale a não ponderar efetivamente nada pois o resultado já é fixado prévia e abstratamente.<sup>578</sup> O uso da técnica da ponderação, aqui, sugere que a conclusão já fora tomada e o aplicador do direito apenas sai em busca de argumentos retóricos para justificar a escolha.<sup>579</sup>

Ao contrário, é ínsito à técnica da ponderação que possa haver soluções diversas, o que significaria, sim, que por vezes deve prevalecer a coisa julgada. Contudo, não parece ser esta a solução dos adeptos da tese da relativização.

### 2.5.9 A inadequada citação das teses de Paulo Otero e Eduardo Couture

Por fim, merecem alguma atenção alguns dos “argumentos de autoridade” utilizados pela tese da coisa julgada inconstitucional. Com efeito, para abalizar suas conclusões, os defensores da relativização invocam frequentemente os ensinamentos de Paulo Otero e Eduardo Couture. Reputamos indevido o recurso às obras destes autores.

A tese de Otero é voltada ao direito positivo português, cujas peculiaridades, fundamentalmente diferentes das nossas normas constitucionais, impedem a importação destas ideias para o Brasil. De fato, a Constituição lusitana, no art.282, n° 3, trata da eficácia da decisão de inconstitucionalidade das leis proferida pelo Tribunal Constitucional, e menciona expressamente que o caso julgado pode ser atingido pela declaração de inconstitucionalidade.<sup>580</sup> Não há norma similar na nossa Constituição de 1988. No mais, a previsão portuguesa está restrita aos efeitos de decisão da Corte Constitucional, no que não corresponde à tese da relativização defendida no Brasil. Por outro lado, em Portugal, a garantia da coisa julgada não tem assento na

---

<sup>578</sup> Assim é a passagem de TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. *Op.cit.*, p.591: “Assim, não é nada difícil perceber o grande risco que se corre, em matéria de coisa julgada nas sentenças sobre filiação, de incidir em uma abordagem meramente retórica e vazia, despida de verdadeiro conteúdo axiológico, uma argumentação amparada em ‘fundamentos óbvios’. Quando se passa a afirmar genericamente que a ‘dignidade humana’ impõe, sempre e em qualquer caso, a desconsideração da coisa julgada nas sentenças sobre filiação; quando se passa a sustentar que por se tratar de um ‘direito absoluto e indisponível’ sempre se poderá rever a sentença já proferida; enfim, quando de antemão já se estabelece qual é o resultado da suposta ‘ponderação de valores’ pretendida, não se está, a rigor, preconizando a aplicação de juízo de ponderação *nenhum*. Ao se sustentar em termos práticos o extremo oposto daquilo que é defendido pelos que afirmam que a coisa julgada material *já* pode ser desconsiderada, recai-se exatamente na mesma concepção teórica por esses adotada: nega-se o caráter conflituoso dos princípios ou pretende-se sustentar que as colisões se resolvem de um modo prévio e abstrato”. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional*. *Op.cit.*, p.181 ss.

<sup>579</sup> GRECO, Leonardo. *Ainda a coisa julgada inconstitucional*, *Op.cit.*, p.558.

<sup>580</sup> E não apenas em matéria penal, mas também disciplinar. Sobre o tema, Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material)*. *Op.cit.*, p.20.

constituição, mas é inferida implicitamente de outras cláusulas constitucionais como a do Estado de Direito (art.2º).<sup>581</sup>

Ainda é de notar que, diversas vezes, o próprio Paulo Otero faz referência a argumentos que não fazem sentido no contexto constitucional brasileiro, como a invocação de norma constitucional expressa do ordenamento português para o direito de resistência (art.21º).<sup>582</sup>

Ora, quando se pretende um juízo de constitucionalidade, são determinantes as regras constitucionais positivadas e, neste ponto, a Constituição da República de 1988 não pode ser comparada com a Constituição de Portugal.<sup>583</sup> Todos estes fatores impedem, a nosso ver, a alusão comparatista ao modelo português.

Além de Otero, geralmente os defensores da relativização citam ainda Eduardo Couture como sendo um célebre partidário de sua concepção. De fato, o autor uruguaio propôs mecanismo atípico para a superação da coisa julgada. Todavia, Couture nunca sugeriu “relativização” ou “desconsideração” da coisa julgada na extensão sustentada pela doutrina brasileira. Ao contrário, limitou-se a defender que, em casos de colusão e fraude, deveria haver meios de combater o ato viciado nos moldes da ação pauliana usada na fraude contra credores.

Mas deve ser frisado que Couture somente sustentara a demanda “revocatória” em casos de fraude processual, que, segundo ele, formariam uma “coisa julgada delincente”. Se não houvesse mecanismo para romper a *res iudicata* nesta hipótese, seria dada uma “carta de cidadania” para as “formas delituosas” do processo.<sup>584</sup> Ademais, o argumento de Couture deve-se ao fato de que o sistema uruguaio de então não previa expressamente um mecanismo extraordinário para quebra atípica da coisa julgada.

## 2.5.10 Avaliação das críticas

Em resumo, muitas são as críticas da doutrina à tese da relativização. A todas elas, soma-se nossa posição neste trabalho. Pensamos que, da forma como exposta, a tese da coisa julgada

<sup>581</sup> OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. *Op.cit.*, p.50.

<sup>582</sup> OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. *Op.cit.*, p.164-166.

<sup>583</sup> Nem com outras tantas no direito estrangeiro. Veja-se a constituição espanhola, p.ex., que no art.161, 1, (a), afirma que as decisões de inconstitucionalidade das leis retroagem mas não contra a coisa julgada. Sobre o tema, Cf.MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Coisa julgada: garantia constitucional*. *Op.cit.*, p.30.

<sup>584</sup> COUTURE, Eduardo J. *La acción revocatoria de la cosa juzgada fraudulenta*. *Op.cit.*, p.105. O próprio Paulo Otero admite a excepcionalidade de sua tese, e oferece como exemplo a mesma hipótese de decisões criminosas envolvendo corrupção de juízes. OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. *Op.cit.*, p.52.



inconstitucional não pode ser aplicada por não fornecer critérios substanciais e procedimentais seguros para a superação da estabilidade.

Porém, como já referido, a tese da desconsideração da coisa julgada inconstitucional teve o mérito de produzir larga reflexão em torno das concepções de justiça e segurança no processo contemporâneo, permitindo que tais temas voltassem à agenda dos processualistas.

## **3 COISA JULGADA E PRECLUSÃO EM OUTROS SISTEMAS NO DIREITO ESTRANGEIRO E COMPARADO**

### **3.1 Introdução**

No primeiro capítulo, descrevemos o modelo de coisa julgada e preclusões na tradição europeia-continental, que se propagou para a América Latina.

Neste terceiro capítulo, entendemos importante proceder a um estudo comparativo do formato da coisa julgada e das preclusões em outros sistemas jurídicos. Sem embargo, para que qualquer alternativa ao modelo atual possa ser proposta, devemos pesquisar as tentativas de sistematização do tema no maior número de países possível. Dessa maneira, não só poderemos adotar as ideias exitosas como ainda alertar para opções mal sucedidas no estrangeiro, colhendo o que há de bom e evitando as desventuras que a história e a prática de outros ordenamentos jurídicos já experimentaram.

Para a confecção da tese, foram pesquisados os seguintes países, em ordem alfabética: Alemanha Oriental, Austrália, China, Coreia do Sul, Dinamarca, Escócia, Estados Unidos da América, Finlândia, Inglaterra, Japão, Noruega, Nova Zelândia, Rússia, Suécia e União Soviética. Nem todos possuem sistemas tão diversos daqueles descritos no Cap.1, e até poderiam ter sido incluídos naquele capítulo. Porém, pela escassez de referência que encontram na literatura tradicional, e para que as referências a tais países fiquem mais destacadas, optamos por fazer-lhes também aqui a devida menção.

A escolha destes países deve-se às peculiaridades de seus sistemas de estabilidade, que serão úteis para ressaltar as diferenças para o sistema nacional, além de evidenciar aspectos e enfoques que possam apresentar soluções para os problemas do processo contemporâneo no Brasil.

Foram pesquisados ainda outros ordenamentos: Grécia, Hungria, Bulgária, República Tcheca e Polônia, mas nestes sistemas não encontramos elementos comparativos relevantes e nossa opção foi a de não os incluir no trabalho.

A metodologia será a de reunir os países investigados em vários grupos, para construir gradualmente sedes mais restritas de comparação que possam evidenciar as similitudes entre os respectivos sistemas, e assim coletar para a tese subsídios mais precisos.

Os pontos de enfoque serão os aspectos analisados que sejam mais interessantes em termos comparativos, bem assim as características marcantes de cada ordenamento jurídico. Serão abordadas, sobretudo, a coisa julgada e as preclusões, sem exclusão de outras espécies de estabilidade cuja comparação possa mostrar-se relevante. E, dentro deste corte, será dada ênfase aos seguintes dados: existência de tratamento apartado ou conjunto das preclusões; os escopos do modelo de estabilidades para o sistema jurídico; meios e formas de alegação da subsistência de uma posição estável; limites (objetivos e temporais) e critérios para sua aplicação; mecanismos de superação da estabilidade.

Para procedermos efetivamente a uma investigação de direito comparado, e não apenas uma coletânea de regras estrangeiras, incluímos vários tópicos específicos de “comparação”, no qual serão cotejados resumidamente os principais pontos de contato entre os sistemas estudados.

Mas a comparação não se limitará a estes tópicos. No decorrer da tese, será nossa preocupação constante que o Cap.3 “dialogue” com o restante do trabalho. Neste sentido, haverá, sempre que necessária, referência aos elementos comparativos coletados e compilados nas linhas que se seguem.

### **3.2 Coisa julgada e preclusão nos países do *common Law***

#### **3.2.1 Importância e desenvolvimento histórico**

É de grande valor a comparação do modelo romano-germânico das estabilidades com aqueles dos ordenamentos do *common law*. Além de tratar-se de uma tradição completamente diferente daquela do direito europeu-continental, sobretudo no viés teuto-italiano, as soluções a que chegam os juristas anglo-americanos são assaz interessantes, e poderão fornecer subsídios para orientar alguns pontos do modelo a ser aqui delineado e proposto.

O desenvolvimento da teoria e prática da coisa julgada e das preclusões nos ordenamentos do *common law* parece ter sido oriundo da transposição de princípios baseados no direito romano<sup>585</sup> e que, por influência do direito canônico, normando e germânico, chegaram até a Grã-Bretanha e começaram a ser compilados em decisões por volta de meados do séc.XII.<sup>586</sup> Não obstante, ainda que algumas das ideias romanas, inclusive brocardos latinos, sejam até hoje

<sup>585</sup> SILGUERO ESTAGNAN, Joaquín. *La preclusión de alegaciones en el proceso civil*. *Op.cit.*, p.29-30.

<sup>586</sup> CASAD, Robert C.; CLERMONT, Kevin M. *Res Judicata...* *Op.cit.*, p.6.

constantemente utilizados, pode-se afirmar sem dúvida que o modelo de estabilidades do *common law* teve um desenvolvimento próprio,<sup>587</sup> construído basicamente pelas “doutrinas” (*doctrines*) forjadas e maturadas na jurisprudência, com princípios que foram resultado de uma mistura de lógica, tradição, política processual e administração da justiça.<sup>588</sup> Tal sistema estabeleceu-se na praxe forense inglesa e posteriormente migraria às colônias britânicas.

Como se verá, no entanto, na própria Grã-Bretanha o tema ficou marginalizado na literatura, e foi nos Estados Unidos que recebeu maior atenção e desenvolvimento doutrinário. De fato, muitas e variadas foram as *doctrines* criadas pelas construções pretorianas do *common law* norte-americano: a regra *law of the case*, segundo a qual um juiz não deve rever uma decisão anterior no mesmo processo a não ser que a decisão tenha deixado aberta a possibilidade de posterior revisão; a regra de *prior action pending*, similar às normas brasileiras de litispendência e prevenção, segundo a qual, havendo uma ação proposta e sendo descoberto outro processo pendente que seja similar ao processo em análise, o juízo deve aguardar o término do primeiro processo, a não ser que haja alguma razão específica para não o fazer; a *election of remedies doctrine*, que em alguns aspectos influenciaram teoria da preclusão nos EUA, segundo a qual condutas extrajudiciais podem fazer com que o litigante perca o direito de usar algum meio judicial.<sup>589</sup>

Além disso, nos EUA, a moderna concepção dos institutos ligados às estabilidades processuais, fruto da evolução histórica da jurisprudência, está hoje estampada no *Restatement (Second) of Judgements*, de 1982, que sucedeu a compilação anterior, que datava de 1942. Os *Restatements* são elaborados pelo *American Law Institute* e procuram sistematizar os esforços das cortes federais e estaduais em torno de importantes temas do direito processual.<sup>590</sup> Embora não sejam vinculativos como uma lei, seus textos são constantemente citados e tomados como base por muitos tribunais, o que não só reforça a interação entre doutrina e jurisprudência, mas revela também um fenômeno já descrito como uma “semicodificação”.<sup>591</sup>

Apesar desta proeminência norte-americana no tratamento do tema, sem dúvida todos os ordenamentos do *common law* partiram de um instituto comum para a construção do sistema de

<sup>587</sup> MENDELSSOHN-BARTHOLDY, Albrecht. *Die Grenzen der Rechtskraft*. *Op.cit.*, p.200-201.

<sup>588</sup> SHAPIRO, David L. *Civil Procedure: Preclusion in Civil Actions*. *Op.cit.*, p.2.

<sup>589</sup> *Ibidem*, p.8-9.

<sup>590</sup> AMERICAN LAW INSTITUTE. *Restatement of the Law (Second) Judgements 2d*. St.Paul: American Law Institute, 1982.

<sup>591</sup> CASAD, Robert C.; CLERMONT, Kevin M. *Res Judicata...Op.cit.*, p.7.

estabilidades: o *estoppel*.<sup>592</sup> O “impedimento” (*estoppel*) era um instituto genérico, derivado do direito inglês, que impõe a proibição para a parte, em razão de seus próprios atos, de postular em face da outra parte alegando ou negando fatos que sejam incompatíveis com condutas (p.ex. argumentos, defesas) anteriores. Foi esta origem da coisa julgada e das preclusões no ordenamento norte-americano.<sup>593</sup>

A evolução do *estoppel* delineou as características mais típicas deste grupo de países, das quais destacamos duas: o tratamento conjunto das preclusões e da coisa julgada, compreendidas como mecanismos similares e deriváveis de principiologia comum; e a inclusão de fatores dinâmicos e argumentativos na verificação das estabilidades.

Vejamos as particularidades de cada um dos ordenamentos deste grupo.

### 3.2.2 Estados Unidos da América

#### 3.2.2.1 Finalidades dos institutos

Nos EUA, é reconhecida a importância que assume, no sistema processual, a imunização das decisões (*immunity from reopening*) contra alterações posteriores. Segundo a doutrina especializada, esta concepção parte da afirmação do poder estatal como autoridade final.<sup>594</sup> Existe forte aceitação de que, às vezes, é melhor que o julgamento seja estável do que correto. Shapiro, p.ex., sustenta que a finalidade da sentença estável é “permitir ao perdedor, assim como ao vencedor, seguir com sua vida”.<sup>595</sup>

Afirma-se existir um *principle of finality* que envolveria a ideia de por fim aos litígios, otimizando a economia processual, contribuindo para a redução dos custos de tempo e dinheiro, além de evitar os riscos de instabilidade e incerteza.<sup>596</sup> Mas o escopo de por fim aos litígios

<sup>592</sup> O *estoppel* era um instituto tão antigo, com raízes no direito germânico, que muitos afirmam que seria a origem remota de outros instrumentos de tutela da segurança jurídica mais atuais, como o próprio princípio de proteção da confiança ou as *legitimate expectations*. Cf. MILLAR, Robert Wyness. *The premises of the judgement as res iudicata in continental and anglo-american Law* (segunda parte). *Michigan Law Review*, vol.39, n.2, dez, 1940, p.238; YOSHINO, Shozaburo. *Zur Lehre der Rechtskrafterstreckung: rechtsvergleichende Bemerkungen*. Freiburg i. Breisgau: Universitäts Verlag, Dissertation, 1981, p.31; KISKER, Gunter e PÜTTNER, Günter. *Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht, in Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*. Berlin-New York: Walter de Gruyter, 1974, p.203; Cf. LEISNER, Anna. *Kontinuität als Verfassungsprinzip... Op.cit.*, p.461.

<sup>593</sup> SILVA, José Germano da. A coisa julgada nos EUA e a reforma do Judiciário brasileiro. *Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região*, ano 12, n.39, 2001, p.18.

<sup>594</sup> SHAPIRO, David L. *Civil Procedure: Preclusion in Civil Actions. Op.cit.*, p.14-15.

<sup>595</sup> *Ibidem*, p.16: “The finality of a judgement in its fullest sense, allows the loser as well as the winner, to get on with his life”.

<sup>596</sup> MARCUS, Richard L.; REDISH, Martin H.; SHERMAN, Edward F. *Civil Procedure: a modern approach*. 4. ed., St.Paul:

também encampa a finalidade de não submeter uma pessoa duas vezes a uma mesma pretensão,<sup>597</sup> e assim o instituto assume uma função garantística de direitos individuais, embora sejam visivelmente predominantes seus objetivos públicos voltados para a administração da justiça. De fato, nos EUA, a coisa julgada assume um formato fluido que torna possível a flexibilização do instituto tanto para atender interesses sociais como favorecer os sujeitos privados.<sup>598</sup>

Outro dado relevante é a perspectiva das preclusões e da coisa julgada em sua importância estratégica, vez que nos ordenamentos de tradição romano-germânica este aspecto é praticamente ignorado. Por meio de avaliações a respeito do que pode tornar-se estável, o litigante fará opções táticas a respeito da conduta a praticar, antes, durante ou depois da duração do processo.<sup>599</sup> Decisões como definir a linha argumentativa das petições, engajar-se num acordo processual, interpor recursos ou ajuizar a ação rescisória, todas estas são vitais escolhas estratégicas tanto nos sistemas do *common law* como nos modelos do *civil law*, e em todas estas situações o litigante deverá levar em conta as regras preclusivas decorrentes das estabilidades processuais.

### 3.2.2.2 Nomenclatura. O tratamento conjunto da coisa julgada e das preclusões

Uma das características que rapidamente salta aos olhos ao jurista de tradição romano-germânica quando este se depara com o modelo norte-americano é que lá existe um tratamento conjunto da coisa julgada e das preclusões dentro de um gênero comum. Compreende-se terem ambos os institutos funções complementares, o que justifica a análise conjunta.<sup>600</sup>

---

Thomson West, 2005, p.1092; CASAD, Robert C.; CLERMONT, Kevin M. *Res Judicata...Op.cit.*, p.4; FRIEDENTHAL, Jack H.; MILLER, Arthur R.; SEXTON, John E.; HERSHKOFF, Helen. *Civil Procedure: cases and materials*. 9. ed., St.Paul: Thomson West, 2005, p.1113; TEPLY, Larry L.; WHITTEN, Ralph U. *Civil Procedure*. 3. ed., New York: Foundation Press, 2004, p.943; FRIEDMAN, Joel Wm., LANDERS, Jonathan M., COLLINS, Michael G. *The Law of Civil Procedure*. 2. ed., St.Paul: Thomson West, 2006, p.823. Confirma-se ainda o que afirma Shapiro: “Any system of justice must strive not only for truth and accuracy, but also for the avoidance of excessive costs...both financial and psychological...And another, less tangible cost to the system is the loss of ‘prestige’ (for want of a better word) that attends the existence of inconsistent and even conflicting results”. (Tradução: “Qualquer sistema de justiça deve lutar não apenas por verdade e precisão, mas também por evitar custos excessivos...ao mesmo tempo financeiros e psicológicos...E outro custo menos tangível no sistema é a perda de prestígio (na falta de outro termo melhor) que diz respeito à existência de resultados inconsistentes e até conflitantes”). SHAPIRO, David L. *Civil Procedure: Preclusion in Civil Actions*. *Op.cit.*, p.16-17.

<sup>597</sup> VERBIC, Francisco. *La cosa juzgada en el proceso civil estadounidense y su influencia sobre el proyecto de reformas a la Ley General Del Ambiente de la República Argentina*. *Revista de Processo*, ano34, n.167, jan, 2009, p.192-193, 197.

<sup>598</sup> HAZARD JR., Geoffrey. *Preclusions as to issues of Law: the legal systems interest*. *Iowa Law Review*, n.70, 1984, p.81, 88-90.

<sup>599</sup> CASAD, Robert C.; CLERMONT, Kevin M. *Res Judicata...Op.cit.*, p.4.

<sup>600</sup> TARUFFO, Michele. ‘Collateral estoppel’ e *giudicato sulle questioni*. *Rivista di Diritto Processuale*, vol.XXVI, n.2, 1971, p.654 e nota 10, p.656; KOSHIYAMA, Kazuhiro. *Rechtskraftwirkungen und Urteilsanerkennung nach amerikanischem, deutschem und japanischem Recht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1996, p.38.

A disciplina pode ser dividida em dois grupos: *res iudicata* e o *estoppel of judgement*. Ambos se colocam como as principais faces da “doutrina” da decisão prévia (*doctrine of former adjudication*), que representa o estudo dos impactos da litigância anterior nos processos futuros.<sup>601</sup>

Para evitar confusão terminológica, cabe destacar que já se chamou a *res iudicata* de *direct estoppel* (impedimento direto) ou ainda *claim preclusion* (preclusão da causa); a preclusão das questões recebe o nome de *issue preclusion* ou *collateral estoppel* (impedimento colateral). No entanto, a nomenclatura *claim preclusion* e *issue preclusion* foi adotada no *Restatement (Second) of Foreign Judgements* e recebe crescente adesão tanto na prática norte-americana<sup>602</sup> como na doutrina brasileira.<sup>603</sup> Aqui usaremos os termos como sinônimos.

*Res iudicata* (ou *claim preclusion*) é similar ao que conhecemos como coisa julgada nos sistemas romano-germânicos, impedindo a rediscussão posterior de uma mesma causa de pedir. Já a *issue preclusion* ou *collateral estoppel* impede a análise de questões (*issues*) que serviram de fundamento ao processo anterior, independentemente de ter havido discussão sobre o pedido e sem considerações sobre se o objeto do processo era o mesmo nos dois processos.<sup>604</sup> Este “impedidor colateral” apresenta regra<sup>605</sup> segundo a qual o julgamento anterior em outro litígio entre as mesmas partes impede o reexame das *questões* que foram objeto da controvérsia e que foram apreciadas naquela sentença. Portanto, pela *issue preclusion*, uma questão relevante resolvida por um julgamento não pode ser novamente objeto de litígio entre as partes.<sup>606</sup>

Entre *claim preclusion* e *issue preclusion* existe uma relação de recíproca repercussão. Isso porque quanto mais abrangente a coisa julgada, menor espaço sobra para a preclusão e vice-versa. Assim, já se chamou a atenção, p.ex., para um grande campo de aplicação da *issue preclusion* nas decisões de urgência (não finais) e que portanto não podem ser abrangidas pela *res iudicata*.<sup>607</sup>

Vejamos detalhadamente as principais diferenças entre os institutos.

<sup>601</sup> YEAZELL, Stephen C. *Civil Procedure*. 6. ed., New York: Aspen, 2004, p.657; GUERRA, Marcel Vitor de M. *Res iudicata* do sistema da *common law* e eficácia preclusiva da coisa julgada do sistema brasileiro: análise comparada e possíveis influências. *Ciência Jurídica*, ano XXIII, n.145, jan-fev, 2009, p.426; CASAD, Robert C.; CLERMONT, Kevin M. *Res Judicata...Op.cit.*, p.13.

<sup>602</sup> MARCUS, Richard L.; REDISH, Martin H.; SHERMAN, Edward F. *Civil Procedure: a modern approach*. *Op.cit.*, p.1092.

<sup>603</sup> PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa Julgada Civil*. *Op.cit.*, p.47.

<sup>604</sup> VERBIC, Francisco. *La cosa juzgada en el proceso civil estadounidense... Op.cit.*, p.191.

<sup>605</sup> José Germano da Silva afirma tratar-se de um “princípio”. Cf.SILVA, José Germano da. *A coisa julgada nos EUA e a reforma do Judiciário brasileiro*. *Op.cit.*, p.17.

<sup>606</sup> *Ibidem*, p.18.

<sup>607</sup> KOSHIYAMA, Kazuhiro. *Rechtskraftwirkungen und Urteilsanerkennung nach amerikanischem, deutschem und japanischem Recht*. *Op.cit.*, p.38.

### 3.2.2.3 *Res iudicata* ou *claim preclusion*

Segundo a regra da *claim preclusion*, uma sentença é vinculativa entre as partes, se favorável ao autor, quando torna absorvidas (*merged*) naquele julgamento todas as demandas posteriores sobre a mesma *cause of action*; e, se favorável ao réu, quando atua para impedir (*bar*) qualquer outra demanda futura a respeito daquela mesma causa.<sup>608</sup>

A doutrina ingressou no sistema anglo-americano por influência romana, de onde herdou seu nome, passando pelo direito canônico e normando até sua absorção e consolidação na Inglaterra, sobretudo no desenvolvimento do *estoppel by record*, uma forma preclusiva que só tornava estáveis os elementos que constassem do “registro” do julgamento.<sup>609</sup> A tradição romana e inglesa fez com que o marco para a verificação da estabilidade fosse o *juízo*, que impediria posteriores ações com o mesmo objeto. Assim, só eram abarcadas pela *res iudicata* as questões que fossem especificamente tratadas no primeiro processo. Isso era reflexo não só da origem da coisa julgada no *estoppel by record*, mas também, como bem notou Verbic, do antigo sistema de *writs*, em que as possibilidades de rediscussão eram mais amplas, permitindo às partes reabrir o debate quando dispusessem de provas diversas.<sup>610</sup> Porém, este critério foi sendo pouco a pouco abrandado, numa evolução histórica que permitiu uma maior extensão da disciplina da coisa julgada.

Com efeito, paulatinamente foram sendo desenvolvidos diversos institutos processuais correlatos que favoreceriam o ulterior formato que a *res iudicata* assumiria: assim, p.ex., o atual modelo de *pleadings* norte-americano permite que o autor use, no processo, todas as razões que poderia lançar mão em defesa de sua pretensão, inclusive modificando as alegações iniciais no curso do processo. Além disso, as disposições acerca do processo com pluralidade de sujeitos (*joinder* e *interpleader*) facultam direcionar pedidos contra todos os envolvidos, sem considerações sobre a configuração da participação de cada um deles no conflito de interesses. Cabe destacar também o sistema probatório, com a regulação da *discovery*, inexistente no

<sup>608</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Coisa julgada, 'collateral estoppel' e eficácia preclusiva 'secundum eventum litis'*. *Op.cit.*, p.29.

<sup>609</sup> MILLAR, Robert Wyness. *The premises of the judgement as res iudicata in continental and anglo-american Law*. *Op.cit.*, p.8-9.

<sup>610</sup> VERBIC, Francisco. *La cosa juzgada en el proceso civil estadounidense...* *Op.cit.*, p.194.



anterior modelo de *writs*<sup>611</sup> e que autoriza o autor não só a investigar todas as provas idôneas para sustentar sua pretensão, bem como também a propor novas demandas cuja causa seja descoberta nesta fase preliminar. Como o réu também possui faculdades similares no que tange às suas defesas (alegações e exceções) e pretensões reconventionais, o conflito tem condições de ser discutido em sua integralidade, a partir de todas as suas facetas e nuances.

Em suma, com igualdade processual e menos preclusões internas para as alegações e produção de prova, a *claim preclusion* aumentou sua intensidade, acompanhando a concepção de que não apenas o que foi efetivamente decidido, mas também o que poderia ter sido, deveria adquirir estabilidade. Esta ideia levou a uma concentração do debate sobre a lide em uma litigância única. Assim, por meio do desenvolvimento de regras contra a divisão da causa de pedir (*rule against splitting the cause of action*), acompanhada de pressões sistêmicas para que o réu alegue obrigatoriamente certas questões no mesmo processo,<sup>612</sup> a *res iudicata* encontrou terreno fértil para se expandir e cobrir não apenas a específica demanda proposta, mas o conflito *in natura*.<sup>613</sup>

Um caso importante nesse contexto é *Rush v. City of Maple Heights*,<sup>614</sup> no qual a autora pretendia condenação por danos pessoais do município réu depois de ter acionado e obtido condenação por danos materiais. O juiz de primeiro grau, no Estado de Ohio, entendeu estarem preclusas as alegações do Município porque já tinha sido fixada sua responsabilidade no primeiro processo. A questão foi remetida ao tribunal estadual por meio de apelação, e existia naquela corte um precedente (*Vasu v. Kohlers*) que afirmava ser possível ajuizar separadamente pedidos ocasionados por um mesmo acidente. O Tribunal de Ohio, apreciando o recurso, negou-lhe provimento e superou o precedente do caso *Vasu*, entendendo que a demanda era inadmissível porque já tinha sido compreendida na primeira decisão, ou seja, a partir do novo entendimento, fixou-se a tese de que não se pode postular dano pessoal separado do dano material.<sup>615</sup>

<sup>611</sup> *Ibidem*, p.195.

<sup>612</sup> Nos EUA, existe a *compulsory counterclaim*, que poderia ser combinado com a *claim preclusion* em casos de “*claim splitting*”. A *compulsory counterclaim*, prevista nas *Federal Rules of Civil Procedure*, §13(a), é uma espécie de “reconvenção obrigatória” para o réu, quando este quiser fazer valer contra o autor uma pretensão que tenha nascido do mesmo contrato ou mesmo fato (“*same transaction or occurrence*”). Confirma-se a relação da *compulsory counterclaim* com o sistema preclusivo em TEPLY, Larry L.; WHITTEN, Ralph U. *Civil Procedure. Op.cit.*, p.958 ss.

<sup>613</sup> CASAD, Robert C.; CLERMONT, Kevin M. *Res Judicata...Op.cit.*, p.61; GUERRA, Marcel Vitor de M. *Res judicata do sistema da common law e eficácia preclusiva da coisa julgada do sistema brasileiro: análise comparada e possíveis influências. Op.cit.*, p.434; STÜRNER, Rolf. *Die ‘Principles of Transnational Civil Procedure’. Eine Einführung in ihre wichtigsten Grundlagen. Zeitschrift für Zivilprozeß International*, ano 11, 2006, p.399.

<sup>614</sup> *Rush v. Maple Heights*, 167 Ohio St. 221, 147 N.E.2d 599.

<sup>615</sup> Confirma-se a avaliação do caso em YEAZELL, Stephen C. *Civil Procedure. Op.cit.*, p.46-50; FRIEDENTHAL, Jack H.; MILLER, Arthur R.; SEXTON, John E.; HERSHKOFF, Helen. *Civil Procedure: cases and materials. Op.cit.*, p.1115 ss.

Uma possibilidade que se admite para excepcionar a coisa julgada seria aquela em que as partes *acordam* pelo fracionamento da pretensão, o que é permitido no direito norte-americano, e que então teria evidentes efeitos em não aplicar a preclusão da discussão das questões omitidas em outro processo.

### 3.2.2.3.1 Forma de alegar: *bar e merger*

Os países de origem romano-germânica são muito mais tendentes a tratar da coisa julgada sob um aspecto negativo, como impedimento processual (pressuposto processual negativo), o que se reflete na sua alegação como forma de defesa, a “exceção” de coisa julgada. Todavia, no sistema norte-americano, a disciplina da *former adjudication* assume um caráter muito mais amplo, e os mecanismos para sua asserção também. No *common law*, tanto a *claim preclusion* quanto o *collateral estoppel*, ambos podem ser alegados como uma *affirmative defense*, como p.ex. na *counterclaim* (similar à reconvenção brasileira).

No caso da rediscussão ser novamente ajuizada pelo vencedor do primeiro processo, a parte adversa alegará que o segundo julgamento estava abrangido, “fundido” (*merged*) ou “absorvido” no primeiro (*Restatement Second*, §18).<sup>616</sup> Note-se talvez a influência da tradição romana da tese do efeito consuntivo da sentença.<sup>617</sup> Já quando a questão ou causa decidida é arguída pela parte vencida no primeiro julgamento, diz-se, pelo mesmo motivo da extinção (ou consunção) da *claim*, que a segunda demanda sobre a mesma *cause of action* é impedida, proibida, “barrada” pelo primeiro processo (*barred by the first judgement*).<sup>618</sup>

Embora normalmente se exija alegação da parte,<sup>619</sup> já se admitiu o reconhecimento da estabilidade de ofício pelo juízo (*on its own motion*), em algumas hipóteses fundadas no princípio

<sup>616</sup> SHAPIRO, David L. *Civil Procedure: Preclusion in Civil Actions*. *Op.cit.*, p.10; TARUFFO, Michele. ‘*Collateral estoppel*’ e *giudicato sulle questioni*. *Op.cit.*, p.653.

<sup>617</sup> Como notou MENDELSSOHN-BARTHOLDY, Albrecht. *Die Grenzen der Rechtskraft*. *Op.cit.*, p.208 e foi confessado, com alguma nota de ressentimento pela incorreção teórica, por MILLAR, Robert Wyness. *The premises of the judgement as res iudicata in continental and anglo-american Law*. *Op.cit.*, p.5.

<sup>618</sup> Confira-se o *Restatement Second*, §19. Na doutrina, CASAD, Robert C.; CLERMONT, Kevin M. *Res Judicata...Op.cit.*, p.8-9, 11, 82-85; MENDELSSOHN-BARTHOLDY, Albrecht. *Die Grenzen der Rechtskraft*. *Op.cit.*, p.209-210; PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa Julgada Civil*. *Op.cit.*, p.48; GUERRA, Marcel Vitor de M. *Res judicata do sistema da common law e eficácia preclusiva da coisa julgada do sistema brasileiro: análise comparada e possíveis influências*. *Op.cit.*, p.427; KOSHIYAMA, Kazuhiro. *Rechtskraftwirkungen und Urteilsanerkennung nach amerikanischem, deutschem und japanischem Recht*. *Op.cit.*, p.7, 35.

<sup>619</sup> MILLAR, Robert Wyness. *The premises of the judgement as res iudicata in continental and anglo-american Law*. *Op.cit.*, p.8.

da economia processual ou razões de eficiência subjacentes à análise da preclusão.<sup>620</sup> Não obstante a possibilidade, as cortes raramente pronunciam as preclusões *ex officio*.<sup>621</sup>

### 3.2.2.3.2 Limites objetivos

As linhas gerais anteriormente expostas criam indagações práticas referentes a dois principais aspectos: 1) porque a *res iudicata* só se aplica quando o objeto do processo é o mesmo, deve-se precisar a definição de *cause of action*, modernamente identificada com o conceito de *claim*; e 2) as características que a primeira decisão deve conter para que possa precluir a rediscussão em processos futuros.

Em primeiro lugar, o conceito de causa de pedir é fundamental na *res iudicata* pois ela só pode ser invocada se estiverem sendo comparados processos cujos objetos sejam idênticos. Historicamente, o termo *cause of action* foi o mais comumente adotado para definir a *causa petendi*. Atualmente, por possuir significação mais elástica e ampla, prefere-se o termo *claim*, mas ambos ainda podem ser tomados como sinônimos.<sup>622</sup>

O tema da causa de pedir deve ser cuidadosamente analisado em termos comparativos pois o conceito de *causa petendi* assume abrangência maior nos ordenamentos anglo-americanos do que na tradição romano-germânica.<sup>623</sup> Como vimos, o *common law* estimula a economia processual, fomentando – e por vezes obrigando – o litigante a levar ao Judiciário, de uma só vez, todas as pretensões relacionadas ao caso. Portanto, como veremos, os pedidos não ajuizados mas potencialmente dedutíveis ficam proibidos em outros processos. Trata-se de modelo similar à eficácia preclusiva da coisa julgada no modelo brasileiro.<sup>624</sup> Nesse cenário, o termo *claim preclusion*, portanto, pode ser compreendido como uma *vedação* de rediscussão de todos os pedidos e alegações *possíveis* para aquele mesmo contexto discursivo.<sup>625</sup>

<sup>620</sup> VERBIC, Francisco. *La cosa juzgada en el proceso civil estadounidense...* Op.cit., p.201 e 210-211; SHAPIRO, David L. *Civil Procedure: Preclusion in Civil Actions*. Op.cit., p.71.

<sup>621</sup> CASAD, Robert C.; CLERMONT, Kevin M. *Res Judicata...* Op.cit., p.237.

<sup>622</sup> TEPLY, Larry L.; WHITTEN, Ralph U. *Civil Procedure*. Op.cit., p.944; CASAD, Robert C.; CLERMONT, Kevin M. *Res Judicata...* Op.cit., p.10, 62.

<sup>623</sup> Cf. MARCUS, Richard L.; REDISH, Martin H.; SHERMAN, Edward F. *Civil Procedure: a modern approach*. Op.cit., p.1095 ss.

<sup>624</sup> A mesma comparação é feita por TARUFFO, Michele. *'Collateral estoppel' e giudicato sulle questioni*. Op.cit., p.654-655, e nota 13.

<sup>625</sup> ALVIM, Artur da Fonseca. Coisa julgada nos Estados Unidos. *Revista de Processo*, ano 31, n.132, fev, 2006, p.78.

Entretanto, não obstante a essencialidade do conteúdo de causa de pedir para a definição da disciplina aplicável e para os “limites objetivos” da *res iudicata* (isto é, para a verificação do “quê” se torna estável), nunca se chegou a um consenso ou uma definição precisa sobre o conceito de *claim*.<sup>626</sup> Algo parecido, é verdade, ao que se verifica nos debates sobre o *Streitgegenstand* na tradição europeia.<sup>627</sup>

Neste pano de fundo, a doutrina e as cortes norte-americanas criaram diversos *tests* analíticos para tentar verificar se estamos diante da mesma *cause of action*. O primeiro teste propõe que seja dada ênfase à necessidade de identificar se o direito “primário” (*primary right*) ou o dano são iguais nas duas ações, sem importar a falta de consistência ou incompatibilidade do resultado de ambas. O chamado *primary test* examina, portanto, os direitos discutidos no primeiro processo (os *rights and wrongs* das partes), para ver se foram repetidos na segunda litigância. Já se aventou também o chamado “teste de destruição do julgamento anterior” (*destruction of prior judgement test*), que pretende verificar se o segundo julgamento contradiz ou desfaz algo decidido no processo anterior.<sup>628</sup> Outra técnica é denominada de *transactional approach*, que busca determinar um complexo ou unidade de fatos que originaram o “negócio” (*transaction*) e verificar se os acontecimentos e cadeias de eventos ligados a esta relação podem ser atingidos pela segunda litigância.<sup>629</sup> Este último método, além de ser adotado pelo *Restatement Second*,<sup>630</sup> é prevalente na jurisdição federal e na maioria dos tribunais estaduais.<sup>631</sup>

Como regra geral, e de acordo com a tendência do sistema de incentivar a concentração das alegações, os juízes são autorizados a considerar como objeto do primeiro processo a maior “quantidade do conflito” possível, evitando fracionamento da *claim*. Para reduzir a subjetividade de sua aplicação, o teste passou a considerar outros elementos relevantes para a formação da decisão no curso do procedimento, como o nível de amplitude das regras processuais do primeiro processo e o grau de compromisso que era exigido da corte com o objetivo geral de economia

<sup>626</sup> TARUFFO, Michele. ‘*Collateral estoppel*’ e *giudicato sulle questioni*. *Op.cit.*, p.659, nota 24.

<sup>627</sup> Assim já afirmou Millar, na sua importante análise comparativa. Cf. MILLAR, Robert Wyness. *The premises of the judgement as res iudicata in continental and anglo-american Law*. *Op.cit.*, p.4.

<sup>628</sup> KOSHIYAMA, Kazuhiro. *Rechtskraftwirkungen und Urteilsanerkennung nach amerikanischem, deutschem und japanischem Recht*. *Op.cit.*, p.16.

<sup>629</sup> CASAD, Robert C.; CLERMONT, Kevin M. *Res Judicata...Op.cit.*, p.62-68; TEPLY, Larry L.; WHITTEN, Ralph U. *Civil Procedure*. *Op.cit.*, p.948; KOSHIYAMA, Kazuhiro. *Rechtskraftwirkungen und Urteilsanerkennung nach amerikanischem, deutschem und japanischem Recht*. *Op.cit.*, p.17.

<sup>630</sup> *Restatement Second of Judgements*, § 24(1).

<sup>631</sup> SHAPIRO, David L. *Civil Procedure: Preclusion in Civil Actions*. *Op.cit.*, p.35-36; FRIEDMAN, Joel Wm., LANDERS, Jonathan M., COLLINS, Michael G. *The Law of Civil Procedure*. *Op.cit.*, p.833 ss.

processual. No próximo item, veremos as características que a decisão deve conter para que se possa observar a *claim preclusion*.

Para que se observe a *claim preclusion*, deve-se investigar se o primeiro processo permitiu completas possibilidades de debate sobre as pretensões (que ficarão então preclusas). Cuida-se do aspecto formal do procedimento, que na tradição norte-americana desdobra-se em três aspectos: a decisão deve ser válida, final, e sobre o mérito.

A *validade* da sentença refere-se basicamente ao contraditório (*adequate notice*)<sup>632</sup> e à competência para o primeiro procedimento, tanto em relação ao objeto (competência material), quanto em relação às pessoas envolvidas.<sup>633</sup>

O caráter *final* da decisão é verificado quando o juízo proferiu sua “última palavra” a respeito da causa, independentemente da pendência de apelação, sendo exigível apenas que a questão não pudesse mais ser revogada na instância que a proferiu. Ou seja, basta que tenham sido levados a cabo todos os procedimentos *naquele juízo*, com exceção da atribuição de custos e da execução.<sup>634</sup> Portanto, o modelo norte-americano não vê a diferença entre coisa julgada formal e coisa julgada material, ou pelo menos não compreende a primeira como “pressuposto” da segunda.<sup>635</sup>

O terceiro requisito pede que a decisão seja sobre o mérito (*judgement on the merits*), e se considera cumprido quando o conflito é resolvido com base em fundamentos não apenas de natureza processual.<sup>636</sup> Comparando com o direito brasileiro, este último aspecto significaria negar vinculatidade nas hipóteses em que a decisão fosse extintiva do processo sem julgamento de mérito, na forma do art.267 do CPC.

Este requisito é fundamental no caso dos *dismissals*, decisões processuais terminativas. Por exemplo, em havendo *dismissal for lack of subject matter jurisdiction* (que seria uma decisão parecida com a extinção do processo por ausência de competência em razão da matéria), não se

<sup>632</sup> *Restatement Second*, §§ 2 e 3.

<sup>633</sup> *Restatement Second*, §§ 4-12. Cf. CASAD, Robert C.; CLERMONT, Kevin M. *Res Judicata...Op.cit.*, p.49-50; SILGUERO ESTAGNAN, Joaquín. *La preclusión de alegaciones en el proceso civil. Op.cit.*, p.38-40.

<sup>634</sup> CASAD, Robert C.; CLERMONT, Kevin M. *Res Judicata...Op.cit.*, p.51-52.

<sup>635</sup> MILLAR, Robert Wyness. *The premises of the judgement as res iudicata in continental and anglo-american Law. Op.cit.*, p.7; KOSHIYAMA, Kazuhiro. *Rechtskraftwirkungen und Urteilsanerkennung nach amerikanischem, deutschem und japanischem Recht. Op.cit.*, p.8.

<sup>636</sup> ALVIM, Artur da Fonseca. *Coisa julgada nos Estados Unidos. Op.cit.*, p.77; TEPLY, Larry L.; WHITTEN, Ralph U. *Civil Procedure. Op.cit.*, p.951 ss.

impediria o ajuizamento da mesma ação perante o órgão jurisdicional competente pois se considera, na falta da competência em razão da matéria, não ter havido exame do mérito.<sup>637</sup>

Nos casos em que houver *dismissal without prejudice* (literalmente “extinção sem prejuízo”), entende-se que inexistente apreciação conclusiva do mérito, e então a demanda poderá novamente ser ajuizada. É o que ocorre nas decisões sumárias (*summary judgements*), ou qualquer hipótese de limitações cognitivas e defensivas,<sup>638</sup> e poderá também ser observado se for dada permissão de formulação de um aditamento às alegações (*amending pleading*).<sup>639</sup> Já nos casos de *dismissal with prejudice*, o rejuízo é proibido sob o argumento de que o mérito fora apreciado.<sup>640</sup> As cortes têm assumido posição variada nos casos de *dismissal on demurrer*, decidido na fase do *pretrial*, porque fica muito difícil, antes do julgamento pelo júri, saber se o mérito foi efetivamente apreciado.<sup>641</sup>

Interessante notar que, por vezes, os *dismissals* que não produzem efeitos preclusivos para outra *claim*, ou seja, aqueles não são aptos a gerar *res iudicata*, podem ainda assim gerar *issue preclusion*. Com efeito, ainda que não tenha efeitos de coisa julgada, um julgamento prévio entre as partes pode impor um bloqueio de *estoppel* às alegações da matéria controversa no processo anterior.<sup>642</sup>

Não obstante a exigência de que o julgamento tenha enfrentado o mérito, o requisito não é insuperável, e já admitiu a jurisprudência norte-americana que existam efeitos preclusivos mesmo se a decisão é baseada em questões processuais, mas desde que a parte tenha tido adequadas oportunidades de defender-se sobre o mérito.<sup>643</sup> Parece, então, haver possibilidade de que a vinculação incida nos casos em que, ainda que não tenha havido efetivo julgamento de mérito, os litigantes tenham debatido em torno das questões principais.

<sup>637</sup> A competência também assume certa importância em instrumentos internacionais, para assegurar a eficácia e exequibilidade das decisões no estrangeiro. Assim, Cf. WESER, Martha. *Faut-il réviser la Convention franco-italienne du 3 juin 1930 sur l'exécution des jugements?* *Op.cit.*, p.453-454.

<sup>638</sup> CASAD, Robert C.; CLERMONT, Kevin M. *Res Judicata...* *Op.cit.*, p.99-100.

<sup>639</sup> SHAPIRO, David L. *Civil Procedure: Preclusion in Civil Actions.* *Op.cit.*, p.42.

<sup>640</sup> Não obstante, alguns autores admitem a possibilidade de *dismissal with prejudice* sem exame da causa, como relata ALVIM, Artur da Fonseca. *Coisa julgada nos Estados Unidos.* *Op.cit.*, p.78.

<sup>641</sup> KOSHIYAMA, Kazuhiro. *Rechtskraftwirkungen und Urteilsanerkennung nach amerikanischem, deutschem und japanischem Recht.* *Op.cit.*, p.44.

<sup>642</sup> SILVA, José Germano da. *A coisa julgada nos EUA e a reforma do Judiciário brasileiro.* *Op.cit.*, p.18; MARTINS-COSTA, Judith. *A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do venire contra factum proprium.* *Op.cit.*, p. 113; BOURSIER, Marie-Emma. *Le principe de loyauté en droit processuel.* *Op. cit.*, p. 234-235.

<sup>643</sup> CASAD, Robert C.; CLERMONT, Kevin M. *Res Judicata...* *Op.cit.*, p.85 ss.

### 3.2.2.4 Issue preclusion: as preclusões das questões decididas

A evolução da teoria do *estoppel*, da tradição inglesa até a consolidação da moderna preclusão nas cortes norte-americanas, foi muito mais acidentada do que a trajetória histórica da *res iudicata*.

Historicamente, a *issue preclusion* ingressou no sistema inglês pelo direito germânico, marcado pelo controle das partes sobre os procedimentos. Naquela época, os litígios eram concluídos por declarações solenes e irretiráveis dos litigantes (juramentos), e então se seguiria naturalmente que o *estoppel* proibisse a pessoa de contradizer o que havia afirmado previamente. Assim, ficava claro que uma parte se encontrava limitada pelas suas próprias admissões.<sup>644</sup>

Ainda na Inglaterra, o conceito do *estoppel by record*<sup>645</sup> passou a estabelecer uma presunção absoluta sobre as afirmações das partes *registradas* nas Cortes do Rei. Esta tendência formalista fez com que o *estoppel* perdesse sua característica histórica principal, que era ser fundado nas declarações das partes para produção de efeitos preclusivos, e passasse a proteger a “sacralidade” das decisões judiciais, estabilizando a decisão em si (o registro), e não a conduta das partes. E foi esta guinada de perspectiva que permitiu o desenvolvimento da doutrina da *res iudicata*.<sup>646</sup>

Porém, ainda se fazia necessário algum mecanismo de estabilização que estivesse atrelado a questões intermédias no processo, e foi justamente neste ponto que a *doctrine* se dividiu e se evidenciaram, também oriundas do *estoppel*, as *preclusões das questões* (em sua origem denominada *collateral estoppel*). Nos EUA, a primeira aparição da *issue preclusion* foi no *leading case* de 1876, o caso *Cromwell v. County of Sac*, julgado pela Suprema Corte.<sup>647</sup>

Atualmente, é possível dizer que a *issue preclusion* não está mais relacionada com as origens do *estoppel*, aquelas raízes de impedir condutas incoerentes. O instituto assumiu uma abrangência muito maior, configurando uma outra espécie de efeito preclusivo das decisões judiciais.<sup>648</sup>

<sup>644</sup> Cf. BOURSIER, Marie-Emma. *Le principe de loyauté en droit processuel*. *Op.cit.*, p.234-235.

<sup>645</sup> MENDELSSOHN-BARTHOLDY, Albrecht. *Die Grenzen der Rechtskraft*. *Op.cit.*, p.201.

<sup>646</sup> Como bem percebeu VERBIC, Francisco. *La cosa juzgada en el proceso civil estadounidense...* *Op.cit.*, p.202-203.

<sup>647</sup> *Cromwell v. County of Sac*, 94 U.S. 351.

<sup>648</sup> KOSHIYAMA, Kazuhiro. *Rechtskraftwirkungen und Urteilsanerkennung nach amerikanischem, deutschem und japanischem Recht*. *Op.cit.*, p.37-38.

### 3.2.2.4.1 Diferenças para a *res iudicata*

Em termos gerais, o *collateral estoppel* ou *issue preclusion* seria a preclusão ou impedimento consistente na vedação de alegar algo que tenha sido anteriormente negado, ou negar algo que tenha sido anteriormente afirmado em decisão judicial. A formulação da regra está no §27 do *Restatement Second*, e sua principal função é obstaculizar uma pretensão ou alegação. Por exemplo, quando uma segunda demanda é ajuizada, pode vir à tona uma alegação ou questão que já tenha sido decidida e debatida em outro processo anterior. A *issue preclusion*, portanto, torna vinculante a decisão sobre estas questões, impedindo sua rediscussão em processos posteriores.

Assim, vê-se prontamente que, ao contrário dos ordenamentos de tradição romano-germânica, existe vinculatividade de questões prejudiciais no modelo preclusivo anglo-americano.<sup>649</sup>

O instituto da *issue preclusion* não proíbe a repetição integral do litígio (como a *res iudicata*), mas torna preclusas apenas certas *issues* resolvidas no processo anterior, sem qualquer consideração sobre se as partes eram as mesmas ou se a causa de pedir era idêntica. Assim, ao contrário da *res iudicata*, em que o impedimento à rediscussão verifica-se porque estamos diante da mesma causa de pedir, o *collateral estoppel* observa-se quando a decisão invocada para impedir a rediscussão foi proferida em litígio anterior com *causa de pedir diversa*.<sup>650</sup> Por conseguinte, podemos tirar duas conclusões: a primeira é que a *res iudicata* e o *collateral estoppel* possuem esferas de aplicação diversas;<sup>651</sup> e a segunda é que a *issue preclusion* é mais ampla que a *claim preclusion* porque pode ser invocada em outros contextos.

Outra grande diferença entre a *res iudicata* (*claim preclusion*) e a *issue preclusion* é que, na coisa julgada, a litigância repetida não segue adiante; vale dizer, o segundo processo não se

<sup>649</sup> ZEUNER, Albrecht. *Rechtsvergleichende Bemerkungen zur objektiven Begrenzung der Rechtskraft im Zivilprozeß. Aspekte der anglo-amerikanischen, der französischen und der deutschen Lösungskonzeption*, in BERNSTEIN, Herbert; DROBNIG, Ulrich; KÖTZ, Hein (Org.). *Festschrift für Konrad Zweigert zum 70. Geburtstag*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1981, p.606. Segundo Gidi, uma espécie que talvez pudesse ser similar à do *collateral estoppel* no Brasil seria o art.735 do CC, impedindo a rediscussão de certas questões já resolvidas na esfera criminal. GIDI, Antonio. *Class actions in Brazil – A model for civil law countries. The American Journal of Comparative Law*, vol.51, 2003, p.11 ss.

<sup>650</sup> SHAPIRO, David L. *Civil Procedure: Preclusion in Civil Actions. Op.cit.*, p.11, 46, nota 26; VERBIC, Francisco. *La cosa juzgada en el proceso civil estadounidense...* *Op.cit.*, p.192; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Coisa julgada, 'collateral estoppel' e eficácia preclusiva 'secundum eventum litis'*. *Op.cit.*, p.29; GUERRA, Marcel Vitor de M. *Res judicata do sistema da common law e eficácia preclusiva da coisa julgada do sistema brasileiro: análise comparada e possíveis influências. Op.cit.*, p.429; TARUFFO, Michele. *'Collateral estoppel' e giudicato sulle questioni. Op.cit.*, p.656.

<sup>651</sup> CASAD, Robert C.; CLERMONT, Kevin M. *Res Judicata...Op.cit.*, p.113.



instaura ou não continua. Com a *issue preclusion*, mesmo havendo efeito preclusivo, a litigância segue adiante, estando ou não a questão sujeita à reapreciação.

Por essa razão, como a preclusão aqui independe de muitos dos critérios e exames da *res iudicata*, deve haver maiores compensações sistêmicas para a estabilidade. Como veremos, a jurisprudência coloca limites mais fortes à aplicação da *issue preclusion*, criando requisitos que não existem para o uso da *claim preclusion*. De fato, os requisitos para a *issue preclusion* são mais rigorosos e as exceções à preclusão (i.e., os casos em que o efeito preclusivo não se observa) mais numerosas.<sup>652</sup> É porque, como lembra Shapiro, aqui assumem papel mais fraco razões utilitárias referentes ao escopo sistêmico de por fim ao processo (economia de atividade jurisdicional).

Não obstante, não seria correto afirmar que quaisquer considerações publicistas voltadas às finalidades públicas do processo fiquem de fora do exame das preclusões nos EUA. Os valores e princípios referentes à eficiência sistêmica, os ganhos por não permitir relitigar uma questão, também devem ser guias para a aplicação da *issue preclusion*. Neste sentido, os critérios a serem observados geralmente são apontados na doutrina como sendo a economia de custo e tempo; a consistência e harmonia dos julgamentos; a incerteza sobre se um segundo julgamento será mais correto ou preciso. E todos correspondem, em linhas gerais, a perspectivas semelhantes à ideologia subjacente à *res iudicata*.<sup>653</sup>

#### 3.2.2.4.2 Limitação às questões de fato?

Uma restrição historicamente levantada para a preclusão é que a *issue preclusion* só se aplicaria a questões de fato (*issues of fact*) e não às questões de direito (*issues of law*).<sup>654</sup> Essa diferenciação parte da generalidade ínsita à resolução das questões de direito, enquanto que o objetivo da *issue preclusion* seria regular casos específicos.<sup>655</sup>

<sup>652</sup> SHAPIRO, David L. *Civil Procedure: Preclusion in Civil Actions*. *Op.cit.*, p.47-48.

<sup>653</sup> Eficiência e consistência são reconhecido valor no modelo das estabilidades norte-americano. Cf. YEAZELL, Stephen C. *Civil Procedure*. *Op.cit.*, p.658, 667.

<sup>654</sup> Cf. TARUFFO, Michele. '*Collateral estoppel*' e *giudicato sulle questioni*. *Op.cit.*, p.660-662. Uma observação aqui é importante. A diferença entre os dois tipos de questão não é idêntica àquela do *civil law* entre questões de fato e questões de direito. No modelo norte-americano, a diferenciação leva em conta ainda a repartição de funções entre o júri, competente para a apreciação dos elementos fáticos, e o juiz togado, que avalia preponderantemente as questões jurídicas, ainda que na sua competência também sejam abrangidas certas questões de direito. Assim TARUFFO, Michele. '*Collateral estoppel*' e *giudicato sulle questioni*. *Op.cit.*, p.661, nota 30.

<sup>655</sup> O *leading case* pela proibição era *United States v. Moser*, 266 U.S. 236 (1924).

Porém, o requisito da limitação da preclusão às questões de fato trazia dois problemas. O primeiro era a possível ocorrência de uma alteração fática relevante, quando então o debate já estaria precluso e a solução não mais poderia ser modificada; ou então que a invocação do *estoppel* fosse feita num processo em que as questões jurídicas fossem totalmente diversas daqueles em função dos quais a causa anterior foi decidida.

Por essas incongruências, e em razão da função pragmática das preclusões no modelo norte-americano, a jurisprudência evoluiu para admitir também a *issue preclusion* para questões de direito, desde que não sejam questões puramente abstratas, descontextualizadas da lide na qual foi decidida.<sup>656</sup>

A questão interessante aqui é: por que a conclusão sobre uma questão de direito deve permanecer estaticamente igual para aquelas partes do processo, se a interpretação e aplicação daquela matéria é passível de ser alterada em outros processos? E por que a doutrina do *stare decisis* já não seria suficiente para tornar a questão indiscutível? Os norte-americanos têm preocupação com este problema, que ocorre nos casos em que a estabilidade de um entendimento apenas para um indivíduo pode ter efeitos econômicos deletérios, p.ex., no que diz respeito à proteção da concorrência. Imaginemos que, num processo, fique decidido que um determinado agente econômico dever pagar tributo com base numa interpretação da norma por um tribunal superior. Alterada aquela interpretação da jurisprudência, a estabilização da decisão apenas para um dos agentes econômicos criaria uma situação desigual naquele mercado relevante.

#### 3.2.2.4.3 Requisitos objetivos para identificar a preclusão

Para a identificação de hipóteses de *issue preclusion*, a identidade de questões (*issues*) é fundamental. Devem, então, ser comparados os processos em que alegadas as questões sobre as quais se examina se houve ocorrência da preclusão, para verificar se existe reprodução da mesma discussão a respeito delas.

Porém, como se verá em seguida, o exame da identidade das questões não é estático, mas dinâmico. A identidade de *issues*, no direito norte-americano, leva em consideração não apenas a similitude fática ou jurídica da questão em si, mas outros elementos como os estândares legais de

---

<sup>656</sup> *Montana v. United States*, 440 U.S. 147 (1979); *United States v. Stauffer Chem. Co.*, 464 U.S. 165 (1984). Na doutrina, CASAD, Robert C.; CLERMONT, Kevin M. *Res Judicata...Op.cit.*, p.130-132; MARCUS, Richard L.; REDISH, Martin H.; SHERMAN, Edward F. *Civil Procedure: a modern approach. Op.cit.*, p.1154 ss.

cognição e o nível de ônus da prova que pesam sobre as partes nos dois processos. Ademais, atenta-se para a “dimensão” que assumem as questões no contexto do debate e para os objetivos pretendidos pelos litigantes ao debaterem a questão nos dois processos.

Vale dizer, analisa-se a identidade das questões como se esta fosse extraída não só da comparação entre as questões em si, mas também das diferenças do uso dos argumentos nos dois procedimentos (p.ex., grau de cognição, limitações aos direitos fundamentais), e também a diversidade das interações entre os litigantes (p.ex., escopos das partes, dimensão e importância que as questões assumem nos dois processos, etc.).

No que se refere ao requisito da similitude fática, entende-se que a passagem do tempo ou mudança de circunstâncias podem evitar o *estoppel* se o tribunal considerar que as mudanças de circunstâncias justifiquem a retomada da discussão. É claro que esse critério dependerá das particularidades do caso, como, p.ex., se o fato dizia respeito a um contexto estático ou dinâmico (tome-se a incapacidade transitória de celebrar um contrato por doença mental). Neste sentido, os contextos “estáticos”, sem projeções futuras da discussão do processo, gerariam uma “presunção” em favor da preclusão, e a parte que quer rediscutir terá que provar a alteração relevante de circunstâncias.<sup>657</sup>

Sobre as características que a questão deve ter, para que se verifique a identidade, dois outros requisitos foram pensados na tradição estadunidense: a efetiva litigância e a essencialidade da questão.

Em primeiro lugar, exige-se que tenha havido efetivo debate sobre o tema no processo anterior (*actual litigation and determination requirement*). A parte que utiliza o *estoppel* deve demonstrar que a questão foi discutida e decidida.<sup>658</sup>

Como se vê, a exigência de efetiva litigância exclui da aplicação da *issue preclusion* o que era dedutível e não foi. Esta é apontada como uma das principais diferenças do *estoppel* para a *res iudicata*.<sup>659</sup> Entende-se que a função da *issue preclusion*, neste ponto, não é impedir a rediscussão porque certas questões poderiam ter sido alegadas, mas sim impedir a relitigância *porque a questão foi efetivamente debatida e decidida*. Desta maneira, evita-se que a parte fosse incentivada a colocar uma questão para julgamento apenas para escapar dos efeitos preclusivos

<sup>657</sup> VERBIC, Francisco. *La cosa juzgada en el proceso civil estadounidense...* Op.cit., p.204 e nota n.41.

<sup>658</sup> CASAD, Robert C.; CLERMONT, Kevin M. *Res Judicata...* Op.cit., p.11.

<sup>659</sup> TEPLY, Larry L.; WHITTEN, Ralph U. *Civil Procedure*. Op.cit., p.944; VERBIC, Francisco. *La cosa juzgada en el proceso civil estadounidense...* Op.cit., p.208; SHAPIRO, David L. *Civil Procedure: Preclusion in Civil Actions*. Op.cit., p.48-49; TARUFFO, Michele. ‘*Collateral estoppel*’ e *giudicato sulle questioni*. Op.cit., p.657, nota 18; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Coisa julgada, 'collateral estoppel' e eficácia preclusiva 'secundum eventum litis'*. Op.cit., p.29.

futuros que sua omissão pudesse gerar, embaralhando e tornando demasiadamente complexa sua linha argumentativa com aspectos não primordiais. A regra, portanto, ao não impedir a rediscussão das alegações omissas, afasta uma possível “corrida” dos litigantes para alegar tudo o que pudessem.

O requisito da efetiva litigância não exige que a questão conste expressamente das razões de decidir. Entende-se que o requisito da “efetiva discussão” está atendido quando a questão foi “posta para discussão”, sendo suficiente para aferir-se que as partes tenham querido incorporá-la ao debate.<sup>660</sup> As maiores dificuldades práticas dessa verificação são para questões que foram alegadas nas petições das partes sem que a decisão as tenha abordado. Cabe, nestes casos, à parte que invoca o *estoppel*, demonstrar que a questão foi discutida.

No que se refere ainda a esta exigência de efetivo contraditório, a jurisprudência tem afirmado, com base no *Restatement Second*, que nas hipóteses onde o debate entre as partes não tenha transcorrido perfeitamente no primeiro processo, seria permitida a reapreciação da questão. Assim, não haveria efeito preclusivo nos casos de julgamentos à revelia (*default judgements*) e em casos onde houvesse manifesta infringência de certas regras de competência. Exclui-se, ainda, do campo da preclusão, qualquer causa decidida por confissão ou acordos.<sup>661</sup> Vejamos as razões para estas regras.

Em relação à revelia, entende-se que o réu deve ser livre para não contestar, avaliando os riscos da derrota iminente. Porém, é igualmente um direito seu não arriscar nada mais do que consta daquela demanda, nada além do que se discute naquele juízo. Seria injusto imaginar que o réu tivesse implicitamente optado por não atacar todo e qualquer argumento do autor porque o demandado pode ter fundadas razões para escolher validamente não o fazer. O mesmo seria aplicável nos casos em que há ausência de impugnação específica, ou seja, quando o réu responde mas não se defende de todas as alegações do autor.<sup>662</sup>

Neste sentido, deve-se ressaltar que nem sempre a omissão em alegar torna a asserção posterior inadmissível ou violadora da boa-fé. Pode haver justificativas para que, no primeiro processo, a parte não tenha desejado litigar a respeito de uma questão. Dentre elas, podemos lembrar a dificuldade e o custo para buscar provas a seu respeito. De outro lado, a regra de não

<sup>660</sup> TARUFFO, Michele. ‘*Collateral estoppel*’ e *giudicato sulle questioni*. *Op.cit.*, p.664.

<sup>661</sup> KOSHIYAMA, Kazuhiro. *Rechtskraftwirkungen und Urteilsanerkennung nach amerikanischem, deutschem und japanischem Recht*. *Op.cit.*, p.42.

<sup>662</sup> CASAD, Robert C.; CLERMONT, Kevin M. *Res Judicata...* *Op.cit.*, p.124-127. Esta segunda hipótese, como veremos adiante, é de aplicabilidade mais discutível, tanto no direito americano, onde há julgados divergentes, quanto no direito brasileiro.

abranger o deduzível é importante se lembrarmos que a *issue preclusion* não está vinculada à mesma causa de pedir. Ora, dentro da mesma *causa petendi*, as partes podem ter uma razoável previsibilidade sobre a repercussão que a decisão da questão vá ter no futuro, o que torna mais aceitável que haja preclusão do que não foi alegado. Mas essa previsibilidade não é possível a respeito de toda e qualquer *causa petendi* que venha a surgir posteriormente e aí está o cerne da diferença na *issue preclusion*.

A ausência de preclusão de questões no caso de revelia decorre da proteção do revel pelo não atendimento do requisito de “efetiva litigância”. Neste caso, ao contrário das hipóteses de *claim preclusion* (onde há maiores interesses de estabilidade de todo o conflito), entende-se que o contraditório suplanta os escopos de eficiência sistêmica, impedindo que se observe a *issue preclusion*.<sup>663</sup>

Contudo, mesmo um julgamento à revelia pode ser reconhecido como preclusivo se o litigante que quiser escapar das consequências da preclusão teve notícia do processo e intencionalmente praticou alguma conduta que demonstra que o considerava válido; ou ainda para proteger a boa-fé de terceiros, quando o fato de não se atribuir o efeito preclusivo a uma sentença anterior puder prejudicar a confiança de outrem naquele julgamento.<sup>664</sup>

Estrategicamente, esta limitação é também importante porque retira dos efeitos preclusivos do *estoppel* certas questões que, por acordo entre as partes,<sup>665</sup> foram excluídas para evitar contraditório sobre elas.<sup>666</sup> Em linhas gerais, tem-se que os interesses públicos nas preclusões não podem impedir que as partes resolvam não litigar a respeito de determinado ponto do litígio, excluindo certas questões dos debates na primeira causa.

Porém, o aspecto colaborativo do processo e a boa-fé exigida dos litigantes reforçam os deveres de alegar a preclusão. Se o réu, p.ex., omitir-se em alegar que havia o dever do autor de não repartir a causa de pedir (e portanto que cabia ao demandante alegar todas as questões pertinentes àquele conjunto fático), para somente depois da decisão desfavorável levantar esta objeção, entende-se que houve uma espécie de concordância tácita, e portanto sua defesa está preclusa.<sup>667</sup>

<sup>663</sup> TARUFFO, Michele. ‘*Collateral estoppel*’ e *giudicato sulle questioni*. *Op.cit.*, p.665.

<sup>664</sup> SHAPIRO, David L. *Civil Procedure: Preclusion in Civil Actions*. *Op.cit.*, p.27-28.

<sup>665</sup> Cf. CASAD, Robert C.; CLERMONT, Kevin M. *Res Judicata...* *Op.cit.*, p.102, 129.

<sup>666</sup> *Restatement Second*, §26 (1) (a).

<sup>667</sup> *Todd v. Central Petroleum Co.*, 124 P.2d 704 (1942).

Além das hipóteses de revelia, confissão e acordos, também as diferenças de ônus da prova e *standards* de valoração podem evitar a aplicação da *issue preclusion*. Isso porque a combinação destes fatores influi no nível de cognição da decisão e justificariam quebra de estabilidade se ficar demonstrado ser possível um resultado diverso em outro processo com análise e debate mais aprofundados.

Por fim, é relevante destacar que não há, aqui, necessidade de tratar-se de uma decisão final, vale dizer, uma sentença de mérito. Como lembra Shapiro, se uma decisão interlocutória tiver se pronunciado de forma conclusiva para todo o procedimento, existe “autoridade suficiente” para que se considere preclusa a questão em outro processo.<sup>668</sup> O requisito da “última palavra” (*finality*), no campo da *issue preclusion*, deve ser visto como a determinação “sólida” ou “suficientemente firme” de uma questão para que se lhe atribuam efeitos preclusivos.<sup>669</sup>

Outro requisito para que se observe o *estoppel* é a exigência do tribunal analisar se a questão era *essencial* para o julgamento no processo anterior. Trata-se de algo similar à ideia de um “fundamento necessário”, encontrada nos ordenamentos do *civil law*. O requisito justifica-se porque o foco do debate tende a estar nestas questões mais relevantes, e não em aspectos laterais da litigância. O requisito, portanto, funciona como uma garantia para as partes de que a estabilidade não se forme sobre elementos por elas considerados como secundários ou de menor importância.<sup>670</sup>

Outro interessante requisito em termos comparativos, desconhecido no *civil law*, é a exigência de que seja examinada a “dimensão” que a questão assumiu no debate dos dois processos, entendido atualmente como fundamental para a *ratio essendi* do sistema preclusivo. Neste sentido, para justificar a aplicação da preclusão ou permitir um novo debate sobre o tema, seria relevante indagar o “grau de ultrapassagem” (*degree of overlap*) ou o “avanço argumentativo” (*argument advance*) do tema no tempo que mediou entre a litigância anterior e a

<sup>668</sup> SHAPIRO, David L. *Civil Procedure: Preclusion in Civil Actions. Op.cit.*, p.30.

<sup>669</sup> *Restatement Second*, §13. Cf. CASAD, Robert C.; CLERMONT, Kevin M. *Res Judicata...Op.cit.*, p.53.

<sup>670</sup> TARUFFO, Michele. ‘*Collateral estoppel*’ e *giudicato sulle questioni*. *Op.cit.*, p.670; CASAD, Robert C.; CLERMONT, Kevin M. *Res Judicata...Op.cit.*, p.128: “*The rule is explained on the ground that such a determination, being unnecessary or immaterial to the judgement rendered in the case, does not bear sufficient assurance of correctness to warrant giving it issue preclusion effect. Nothing ultimately turned on it, so the litigants may not have done their best. It might not have received the court’s most careful consideration*”. (Tradução: “A regra é explicada porque uma tal determinação, sendo desnecessária ou fora do objeto do julgamento proferido no caso, não traz segurança suficiente de correção para avaliar em conferir-lhe efeito preclusivo. Nada, em última análise, voltou-se para ela. Pode ser que não tenha recebido a atenção mais cuidadosa do juízo”).

análise da preclusão,<sup>671</sup> inclusive alterações no campo probatório. É o que sugere o *Restatement Second*.<sup>672</sup>

As repercussões deste exame são várias. Em primeiro lugar, não deve o juízo atentar somente para as alegações e condutas das partes isoladamente. Não é apenas porque a parte alegou determinada questão que haverá automaticamente efeitos preclusivos. Os atos processuais são bons guias para *iniciar* um exame das preclusões, mas não são os únicos elementos a serem buscados porque é a dinâmica do debate em contraditório que determinará a real importância da questão na discussão. De fato, as interações intersubjetivas podem mostrar que, em realidade, era reduzida a dimensão e a importância que uma questão pareceria ter pela mera leitura da petição inicial e da contestação. Por exemplo, a linha argumentativa pode aparentar focar-se no inadimplemento contratual e na responsabilidade dele decorrente, mas no curso do processo pode desviar-se para questões referentes à legalidade do contrato, o que revelará que é a discussão sobre a legalidade da avença que deve adquirir estabilidade.

Assim, a análise da “dimensão” das *issues* mostra que a “identidade de questões” não pode ser verificada somente pela moldura rígida de sua configuração inicial. P.ex., o debate sobre a negligência de uma conduta pode ter uma importância menor num processo em que sejam pleiteados danos materiais de pequena monta, e a mesma questão pode assumir uma relevância crucial num outro processo em que pedida vultosa quantia de indenização pela morte de uma pessoa. A discussão sobre a alegação de um réu, no processo penal, a respeito da ilegalidade da conduta da polícia na colheita de prova pode ter outro formato e importância numa ação milionária para obter indenização do Estado por violação de direitos humanos.<sup>673</sup>

A *issue preclusion* não abrange as questões não discutidas, mas que poderiam ter sido alegadas e debatidas no primeiro processo. Porém, mesmo aqui atua o relevante requisito da previsibilidade do vínculo em processos futuros. Trata-se da necessidade de verificar se a preclusão futura da discussão sobre a questão era previsível à época do primeiro debate, isto é, se a parte tinha ciência ou se teve efetiva oportunidade de trazer as alegações ao juízo.

Isso se baseia em duas principais razões: uma questão fática pode ser negligenciada pela parte no processo originário por ser de “importância menor”; o descuido, apesar de não influir no resultado daquele processo, poderia prejudicá-la em outros. Seria injusto que o efeito preclusivo

<sup>671</sup> CASAD, Robert C.; CLERMONT, Kevin M. *Res Judicata...Op.cit.*, p.116 ss; TEPLY, Larry L.; WHITTEN, Ralph U. *Civil Procedure. Op.cit.*, p.963-965.

<sup>672</sup> *Restatement Second*, §27, comentário c.

<sup>673</sup> CASAD, Robert C.; CLERMONT, Kevin M. *Res Judicata...Op.cit.*, p.117-118.

no primeiro processo resultasse de uma falta de atenção em debater exaustivamente e em todas as suas dimensões a questão que, no contexto em que discutida, não era importante.

Mas como definir quando a vinculação era previsível? Tradicionalmente, diferenciavam-se as questões apenas de acordo com a natureza dos fatos, se estes eram principais (*ultimate facts*) ou fatos “menores” (secundários ou acessórios), para a partir daí concluir se as partes tiveram, durante o processo anterior, total consciência das possíveis consequências que ocorreriam no futuro. Esta foi a técnica do caso *Evergreens v. Nunan*.<sup>674</sup> O fundamento da corte para adotar esta distinção foi a experiência comum de que os litigantes tendem a dar maior atenção ao debate dos fatos principais.

Mas, aos poucos, os precedentes foram se afastando da diferenciação dos tipos de fatos, sempre difícil de operar. Argumenta-se ainda que, em se considerando a mera “dependência lógica” entre as questões, poder-se-ia permitir a preclusão da matéria em infinitos casos futuros, muitos dos quais não foram antecipados pelos litigantes quando discutiram a questão judicialmente.

Portanto, desde o *Restatement Second*, passou-se a examinar a previsibilidade (*forseeability*) do vínculo, com parâmetros mais dinâmicos que dizem respeito às relações entre os dois processos. Utiliza-se como critério a possibilidade de a parte prever que a questão pode ser invocada em futuros litígios,<sup>675</sup> e então se empenhar em litigar a questão de maneira exaustiva (*fully*).<sup>676</sup> O requisito da previsibilidade faria com que as partes prestassem atenção também aos fatos secundários, incentivando não só que a discussão seja travada num nível mais apurado, mas evitando ainda que os litigantes fossem surpreendidos em processos posteriores.<sup>677</sup>

#### 3.2.2.4.4 Restrições à aplicabilidade da preclusão: exceções em que não se aplica a *issue preclusion*

Assim como na coisa julgada, também no campo das preclusões das questões afirma a jurisprudência que existem determinadas atenuações às regras preclusivas.

A exceção geral é que a preclusão não deve ser aplicada toda vez que alguma das partes participou de um processo em que seus direitos decorrentes do devido processo legal tenham sido

<sup>674</sup> *Evergreens v. Nunan*, 141 F.2d 927 (1944).

<sup>675</sup> *Hyman v. Regenstein*, 258 F.2d 502 (1958).

<sup>676</sup> *Restatement Second*, §28, comentário i.

<sup>677</sup> SHAPIRO, David L. *Civil Procedure: Preclusion in Civil Actions*. *Op.cit.*, p.55-56.



restringidos, não lhe permitindo engajar-se plenamente no debate. Afirma-se que, quando o litigante não teve uma oportunidade justa e completa (*full and fair opportunity*) de debater a questão, não pode ser invocado contra ele qualquer efeito preclusivo. Neste sentido, se a parte prejudicada pela resolução de uma questão não teve mecanismos adequados para interpor recursos da decisão no primeiro processo, entende-se não poder haver *issue preclusion*.<sup>678</sup> É o que ocorre, p.ex., em tribunais destinados a dirimir litígios menores de forma rápida e com custo baixo, chamados de *limited jurisdictions*. Por vezes, estes procedimentos limitam as condições do debate e, ao restringirem a discussão ampla, impedem que incida o efeito preclusivo.

Ao lado desta regra geral, restrições à *issue preclusion* podem ser previstas por leis escritas (*statutes*). Assim já pôde ser observado no campo da legislação antitruste, por conta de discussões de competência entre jurisdição estadual e federal, pois a lei estabelece que certas questões devem ser decididas exclusivamente em cortes especializadas. Neste diapasão, o *Restatement Second* dispõe que uma questão decidida em outra corte que não aquela especializada não pode ter efeitos preclusivos, podendo a questão ser novamente discutida. Exemplos destas exceções também já foram observados em matéria de patentes e direitos autorais.<sup>679</sup>

Outra restrição diz respeito ao grau de convencimento do juiz no segundo processo. Se este puder ser mais favorável à parte que inicialmente foi prejudicada pela resolução da questão, pode haver rediscussão. Também não ocorre o efeito positivo da preclusão se a parte que a invoca teria um ônus de convencimento (*burden of persuasion*) muito maior na segunda demanda, ou ainda se o adversário teve um ônus de convencimento muito reduzido na primeira demanda (*Restatement Second*, §28 (4) e comentário f).<sup>680</sup> Estas questões ficam mais evidentes quando analisamos *issue preclusion* do processo civil para o processo penal, porque, neste, para obter uma decisão favorável, a acusação deve empreender esforço argumentativo muito maior para convencer que o réu é culpado *beyond the reasonable doubt* e não apenas por uma mínima preponderância ou probabilidade menor, tal como no processo civil. P.ex., se um réu no processo penal anterior foi absolvido, como seu ônus de convencimento era menor, não pode haver

<sup>678</sup> KOSHIYAMA, Kazuhiro. *Rechtskraftwirkungen und Urteilsanerkennung nach amerikanischem, deutschem und japanischem Recht. Op.cit.*, p.46.

<sup>679</sup> *Becher v. Contoure Laboratories*, 279 U.S. 388 (1929).

<sup>680</sup> TEPLY, Larry L.; WHITTEN, Ralph U. *Civil Procedure. Op.cit.*, p.975-976.

preclusão da discussão sobre certas questões no segundo processo para sua responsabilização civil *ex delicto*.<sup>681</sup>

### 3.2.3 Inglaterra

A grande dificuldade de análise da coisa julgada e das preclusões no direito inglês é a falta de tratamento doutrinário sistemático a respeito do tema. De fato, como já reconhecido por aqueles que tentaram empreender estudos comparados,<sup>682</sup> são raros os livros sobre o assunto e geralmente os manuais não tratam das preclusões num tópico autônomo.<sup>683</sup>

Vejamos as principais características do sistema da Inglaterra nos tópicos que se seguem.

#### 3.2.3.1 *Estoppel* e o desenvolvimento histórico da coisa julgada e das preclusões

No modelo inglês, a coisa julgada e as preclusões construíram-se em torno do conceito de *estoppel*, que era subdividido e classificado em vários tipos ou espécies, como o *estoppel in pais*, o *estoppel by deed* (ligado a documentos), ou ainda a variante mais importante de todas, o *estoppel by record*, que originou a moderna concepção da coisa julgada.<sup>684</sup>

Ao contrário do direito norte-americano, na Inglaterra a nomenclatura das estabilidades processuais continua ligada até hoje ao instituto do *estoppel*. Embora alguns estudos utilizem o termo *res iudicata*,<sup>685</sup> geralmente a coisa julgada é chamada de *estoppel per rem iudicatam* ou *cause of action estoppel*, e as preclusões recebem o nome de *issue estoppel*.<sup>686</sup>

Os traços destes institutos podem ser reconhecidos em aparições anteriores, mas foi a partir do séc.XIX que os princípios do *estoppel by record* começaram a ser mais e mais aplicados na Inglaterra.<sup>687</sup> Então, podemos afirmar que a construção da coisa julgada inglesa não só teve

<sup>681</sup> CASAD, Robert C.; CLERMONT, Kevin M. *Res Judicata... Op.cit.*, p.138.

<sup>682</sup> COHN, Ernst J. *Die materielle Rechtskraft im englischen Recht*, in DIETZ, Rolf e HÜBNER, Heinz (Orgs.). *Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag*. München: C.H.Beck, 1965, tomo I, p.875-876.

<sup>683</sup> Um dos poucos é BOWER, Spencer; TURNER, Alexander K. *The Doctrine of Res Judicata*. 2. ed., London: Butterworths, 1969, *passim*.

<sup>684</sup> Cf. YOSHIMURA, Tokushige. *Die Bindungswirkung der Entscheidungsgründe – aus der Sicht des collateral estoppel*, in BAUMGÄRTEL, Gottfried (Org.). *Grundprobleme des Zivilprozeßrechts. Japanische Veröffentlichungen in deutscher und englischer Sprache*. Berlin: Carl Heymanns, 1976, p.252-253.

<sup>685</sup> Como no livro clássico de Spencer Bower. Sobre a nomenclatura, no direito inglês, Cf. BOWER, Spencer; TURNER, Alexander K. *The Doctrine of Res Judicata. Op.cit.*, p.16-18.

<sup>686</sup> *Thoday v. Thoday*, 1964, 2 W.L.R. 371. Na doutrina, COHN, Ernst J. *Die materielle Rechtskraft im englischen Recht. Op.cit.*, p.877-878.

<sup>687</sup> MENDELSSOHN-BARTHOLDY, Albrecht. *Die Grenzen der Rechtskraft. Op.cit.*, p.199 ss; COHN, Ernst J. *Die materielle*

berço comum à *res iudicata* norte-americana (o *estoppel*), mas também tem um nascimento ou fortalecimento histórico em época semelhante.<sup>688</sup>

Como salientado anteriormente, o *estoppel* recebe, no direito inglês, um escasso tratamento doutrinário. Normalmente os tratadistas analisam as preclusões no campo do direito probatório:<sup>689</sup> ao dissertarem sobre os fatos que não precisam de prova, incluem aqueles sobre os quais já se tenha observado o *estoppel* (preclusão).<sup>690</sup> E mesmo entre os autores que especificamente escreveram sobre a coisa julgada e as preclusões, encontra-se a referência de que o *estoppel per rem judicatam* seria uma “*rule of evidence*”.<sup>691</sup> A ideia subjacente é que o que não pode ser provado não pode ser também alegado, e então o sistema preclusivo direciona-se em evitar a repetição do debate.

Com efeito, isso talvez seja explicado porque o *estoppel* sempre fora dependente do sistema de *pleadings*, relacionado com as formalidades das alegações. Como a concentração de atos só ocorria na fase do *trial*,<sup>692</sup> fazia-se necessário reduzir as possibilidades de argumentar para que o processo avançasse. Então, era sobre as alegações que se formava a preclusão, e não sobre a decisão. Assim se julgou no clássico caso *Outram v. Morewood*, de 1803.<sup>693</sup>

Posteriormente, no caso *Howlett v. Tarte*, de 1861,<sup>694</sup> estabeleceu-se uma regra de *estoppel* também para condutas do litigante (já não apenas para alegações) que fossem inconsistentes ou incompatíveis com comportamentos registrados no *record* do processo anterior.

Aos poucos, os precedentes iniciais foram sendo abrandados em relação à rigidez do sistema de *pleadings* (que exigia grande precisão das alegações), e evoluíram no sentido de uma ampla proibição de condutas em contradição com comportamentos pretéritos, o que poderia ser

*Rechtskraft im englischen Recht. Op.cit.*, p.876-877.

<sup>688</sup> Aliás, muitos institutos decorrentes da repressão ao abuso do processo e referentes à proibição de comportamento contraditório (*nemo potest venire contra factum proprium, Verwirkung*), tiveram suas raízes modernas no *estoppel*, ainda que o conceito de *fraud* ou *abuse of process* no direito inglês seja mais amplo que aquele da tradição romano-germânica. Cf. KOSHIYAMA, Kazuhiro. *Rechtskraftwirkungen und Urteilsanerkennung nach amerikanischem, deutschem und japanischem Recht. Op.cit.*, p.37; COHN, Ernst J. *Die materielle Rechtskraft im englischen Recht. Op.cit.*, p.877-878, 890 ss.

<sup>689</sup> *Remnant v. Savoy Estate Ltd.*, 1949, 2 All E.R. 286, onde, na página 290, lê-se: “*The principle of res iudicata is, after all, a rule of evidence*”. (Tradução: “o princípio da coisa julgada é, afinal, uma regra probatória”).

<sup>690</sup> Como notou Cohn, a proibição de contradição, neste esquema, fica comprometida, secundarizada pela vedação seca das alegações. Cf. COHN, Ernst J. *Die materielle Rechtskraft im englischen Recht. Op.cit.*, p.877-878.

<sup>691</sup> BOWER, Spencer; TURNER, Alexander K. *The Doctrine of Res Judicata. Op.cit.*, p.9.

<sup>692</sup> Essa concentração não equivale ao que conhecemos em muitos sistemas do *civil law*. Sem embargo, a concentração, por causa do sistema de *pleadings*, só entra em cena na fase do *trial*. Sobre o tema, Cf. ABEL, Paul; BRESCH, Max. *Grundsätze des österreichischen und englischen Zivilprozesses in vergleichender Darstellung, in Festschrift für Fünfzigjahrfeier der österreichischen Zivilprozeßordnung*. Wien: Manz, 1948, p.9-11.

<sup>693</sup> Antes, o princípio já tinha sido afirmado, aqui e ali, em casos nos tribunais eclesiais. Cf. MILLAR, Robert Wyness. *The premises of the judgement as res iudicata in continental and anglo-american Law* (segunda parte). *Op.cit.*, p.240 ss.

<sup>694</sup> *Howlett v. Tarte* (1861), 10 C. B (N. S.) 813.

inferido também das alegações e condutas dos litigantes, e já não mais apenas do registro do julgamento, sempre que estas questões e comportamentos fossem conclusivos para o resultado.

A partir da solidificação do *estoppel* como instrumento de preclusão lógica, e da sua desvinculação do sistema de *pleadings*, pode-se dizer que a “doutrina” do *estoppel by record* desenvolveu-se no sentido do que hoje entendemos como coisa julgada, através da evolução e aprimoramento do *estoppel per rem iudicatam*.<sup>695</sup>

### 3.2.3.1.1 Escopos. Necessidade de alegação da parte

Os escopos das estabilidades no direito inglês são, de um lado, favorecer o interesse público em evitar a reprodução de litígios e, de outro, proteger os indivíduos para que não sejam expostos a um mesmo debate judicial mais de uma vez.<sup>696</sup>

Muito embora, nessa visão, estejam conciliados interesses públicos e privados, assim como nos EUA, entende-se que o juiz não deve conhecer de ofício do *estoppel per rem iudicatam*,<sup>697</sup> o que, como se verá, é uma característica de outros sistemas do *common law*.

### 3.2.3.1.2 Limites objetivos

No que se refere aos limites objetivos do *estoppel per rem iudicatam*, exige-se que a decisão seja final e de mérito,<sup>698</sup> não havendo coisa julgada para decisões interlocutórias ou de natureza puramente processual.<sup>699</sup> Pouco importa se a sentença ainda é apelável, devendo verificar-se apenas se o juízo que a proferiu emitiu sua última palavra a respeito.<sup>700</sup>

Porém, neste ponto, difere o modelo inglês (como de resto os sistemas do *common law*), em relação aos ordenamentos europeus-continentais. Atribui-se maior importância à atividade das partes, à sua condução do processo e ao esforço despendido para fazer chegar à atenção do juízo certas alegações.<sup>701</sup> Assim, os limites objetivos da coisa julgada são muito mais amplos por

<sup>695</sup> MILLAR, Robert Wyness. *The premises of the judgement as res iudicata in continental and anglo-american Law* (segunda parte). *Op.cit.*, p.244-251.

<sup>696</sup> BOWER, Spencer; TURNER, Alexander K. *The Doctrine of Res Judicata*. *Op.cit.*, p.10-13; COHN, Ernst J. *Die materielle Rechtskraft im englischen Recht*. *Op.cit.*, p.878.

<sup>697</sup> COHN, Ernst J. *Die materielle Rechtskraft im englischen Recht*. *Op.cit.*, p.879.

<sup>698</sup> COHN, Ernst J. *Die materielle Rechtskraft im englischen Recht*. *Op.cit.*, p.884.

<sup>699</sup> *Re Greaves, ex parte Whitton*, 1880, 43 L.T. 480.

<sup>700</sup> BOWER, Spencer; TURNER, Alexander K. *The Doctrine of Res Judicata*. *Op.cit.*, p.131 ss, especialmente p.143-144.

<sup>701</sup> *Henderson v. Henderson*, 1843, 3 Hare 100.

considerarem para a estabilidade as condutas dos litigantes, e também por abrangerem partes da fundamentação da decisão.<sup>702</sup>

### 3.2.3.2 *Abuse of process* no direito inglês

Ao contrário da maior flexibilidade na concepção da coisa julgada, as cortes inglesas têm sido mais cautelosas para desenvolver espécies e *doctrines* a respeito do abuso de direitos processuais. Porém, é curioso notar o espectro de aplicação do *abuse of process*, que pode ser utilizado para tornar inadmissíveis certos atos processuais.

O conceito inglês de *abuse of process* (abuso do processo) é muito mais restrito que aquele da literatura brasileira contemporânea.<sup>703</sup> Na Inglaterra, o *abuse of process* tem o significado de uma *deliberada* distorção, frustração ou manipulação do processo pela parte ou seu advogado. Portanto, exige-se normalmente *comportamento doloso*.

No entanto, a mais abalizada doutrina britânica tem afirmado que o conceito, aliado às sanções de perjúrio e *contempt of court*, poderia compreender condutas não intencionais.<sup>704</sup> Nesta acepção mais larga, o *abuse of process* aproximar-se-ia da boa-fé processual objetiva, uma tendência observável em estudos mais recentes.

Na Inglaterra, entende-se que as alegações e defesas das partes, quando refletirem argumentos fracos e sem fundamento sólido, que mostrem que não existe objetivamente qualquer chance de seu acolhimento, podem ser considerados abusivas mesmo se o litigante honestamente acreditar que suas alegações são fundadas. Trata-se de justificativa parecida com aquela que está na base da distinção entre “boa-fé crença” e a “boa-fé objetiva”. A diferença para o sistema de tradição romano-germânica é que na Inglaterra a questão não pode ser conhecida *ex officio* pelo juiz, mas depende de alegação do adversário, que terá o ônus de provar a abusividade do comportamento.<sup>705</sup>

De qualquer maneira, se o instituto do abuso do processo permite indenizações por condutas processuais de má-fé,<sup>706</sup> converteu-se numa outra maneira de sancionar de

<sup>702</sup> COHN, Ernst J. *Die materielle Rechtskraft im englischen Recht. Op.cit.*, p.887-888.

<sup>703</sup> E também, em geral, diverso do conceito da tradição romano-germânica. Cf. COHN, Ernst J. *Die materielle Rechtskraft im englischen Recht. Op.cit.*, p.890 ss.

<sup>704</sup> ANDREWS, Neil. *Abuse of process in english Civil Litigation. Zeitschrift für Zivilprozeß International*, ano 3, 1998, p.4-6.

<sup>705</sup> *Ibidem*, p.7-8.

<sup>706</sup> *Varawa v. Howard Smith* (1911) 13 C.L.R. p.91.

inadmissibilidade ou invalidade questões (*issues*) levadas ao Judiciário.<sup>707</sup> As cortes podem excluir demandas ou alegações não só quando são consideradas “abusivas” ou “vexatórias”, mas também quando não contêm nenhuma causa de pedir ou defesa razoável, e também quando puderem retardar a solução da causa. O uso da objeção pode ser manejado tanto pelo autor como pelo réu, e é especialmente relevante para que se obtenham julgamentos terminativos do processo ou exclusivos de uma questão num estágio inicial do procedimento. A doutrina destaca ainda que uma das possibilidades de utilização do *abuse of process* é a solicitação de *strike out* de uma demanda quando se pretender renovar um debate já precluso pela *res iudicata*.<sup>708</sup>

Evidentemente, algumas das hipóteses de cabimento do abuso do processo são amplas, e o excesso no seu emprego pode levar a violações de alguns direitos processuais fundamentais, como o contraditório, o acesso à justiça e a ampla defesa. Por este motivo, a doutrina recomenda cuidado, devendo haver exclusão por inadmissibilidade apenas das alegações e demandas que “evidentemente” sejam abusivas, ou ainda quando forem “*unarguable*” ou “*obviously unsustainable*”.<sup>709</sup>

#### 3.2.4 Escócia

No que se refere ao objeto da coisa julgada e das preclusões, a *res iudicata* é constantemente retratada, na Escócia, como tendo o escopo de intolerância com a reprodução de discussões judiciais entre as mesmas partes e baseadas nos mesmos argumentos.<sup>710</sup>

A respeito do debate sobre se a coisa julgada tem natureza material ou processual, já houve comentadores do continente europeu que identificaram, aqui e ali, tendências de adoção da teoria material da coisa julgada no sistema escocês. Porém, é preciso chamar a atenção para o pragmatismo dos ordenamentos de tradição anglo-americana, visível em outras partes de seus sistemas processuais, e que, em muitas hipóteses, privilegia a simplicidade à elegância doutrinária. E assim como em outros países do *common law*, também na Escócia a doutrina pouco se depara com indagações teóricas a respeito da natureza da coisa julgada, e talvez por esta

<sup>707</sup> Veja-se a ênfase da *House of Lords* no caso *Grover v. Doctor* (1997) 1 WLR 640, HL. Confira-se ainda *Miles v. Bull* (n.1) (1969) 1 Q.B. 258.

<sup>708</sup> ANDREWS, Neil. *Abuse of process in english Civil Litigation*. *Op.cit.*, p.11, 16-17.

<sup>709</sup> *Ibidem*, p.17.

<sup>710</sup> GLOAG, W.M. e HENDERSON, R. *The Law of Scotland*. 12a Ed., Edinburgh: W.Green & Son, 2007, p.37.

razão as referências que sugerem adesão às teses materialistas provavelmente são fruto de um desapego ou descuido na precisão terminológica.<sup>711</sup>

Em relação à forma de provocação da cognição a respeito da coisa julgada, a jurisprudência já afirmou que a *res iudicata* pode ser usada como defesa peremptória que extingue a segunda demanda,<sup>712</sup> ou seja, tem efeitos semelhantes aos pressupostos processuais na tradição romano-germânica, ainda que por lá não possa ser conhecida de ofício.

Para identificar quais julgamentos podem tornar-se preclusos pela *res iudicata*, deve ser feita a distinção no que tange ao tipo de sentença e ao conteúdo destas decisões (*decrees*).<sup>713</sup> Importante é a diferença entre os *decrees in foro*, comparáveis aos julgamentos com pronúncia de mérito no Brasil, que são aqueles que só podem ser proferidos num estágio em que as partes já se “engajaram na litigância”,<sup>714</sup> e, de outro lado, os *decrees of dismissal*, que são decisões terminativas por razões processuais, como falta de competência. No processo escocês, só há *res iudicata* para os julgamentos *in foro*. Os *dismissals* não impedem a rediscussão e, nestes casos, permite-se a repositura da demanda.<sup>715</sup>

O exame da identidade de causa de pedir ou identidade de questões é assumidamente complexo, e, na prática, as próprias cortes admitem que é difícil afirmar se estamos diante da “mesma questão”.<sup>716</sup> Entende-se que não há fórmulas simples para esta análise, e deve ser buscada a “essência do debate”, verificando se houve discussão substancial das questões no processo anterior. Para evitar a preclusão, não bastaria a apresentação de outras alegações se não ficasse demonstrada a *novidade da linha argumentativa*.<sup>717</sup>

Em relação aos limites temporais, entende-se que pode haver rediscussão quando surge nova prova de que a parte não tinha conhecimento no primeiro processo, não a tendo descoberto mesmo atuando com *razoável diligência* para tanto.<sup>718</sup> De fato, as cortes reforçam o critério da “razoável diligência” na busca das provas de maneira a analisar as tentativas empreendidas pelo

<sup>711</sup> BÖTTGER, Günter. *Das schottische Zivilprozeß-, Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 1982, p.76; KOSHIYAMA, Kazuhiro. *Rechtskraftwirkungen und Urteilsanerkennung nach amerikanischem, deutschem und japanischem Recht*. *Op.cit.*, p.12-13, 15. O mesmo já ocorreu com comparatistas que analisaram o direito inglês. BUNGE, Jürgen. *Das englische Zivilprozeßrecht. Eine systematische Darstellung mit einer Auswahlbibliographie*. Berlin: Duncker & Humblot, 1974, p.95. No mesmo sentido do texto, afirmando que não se trata de adesão à teoria material, mas apenas de manifestações sem fundamentação aprofundada, Cf. COHN, Ernst J. *Die materielle Rechtskraft im englischen Recht*. *Op.cit.*, p.879.

<sup>712</sup> *Waydale Ltd. v. DHL Holdings Ltd.*, 2000 S.C. 172.

<sup>713</sup> HENNESSY, Charles. *Civil Procedure and Practice*. Edinburgh: Sweet & Maxwell, 2000, p.274 ss.

<sup>714</sup> *Ibidem*, p.276.

<sup>715</sup> GLOAG, W.M. e HENDERSON, R. *The Law of Scotland*. *Op.cit.*, p.38; HENNESSY, Charles. *Civil Procedure and Practice*. *Op.cit.*, p.81. BÖTTGER, Günter. *Das schottische Zivilprozeß-, Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht*. *Op.cit.*, p.75.

<sup>716</sup> *Murray v. Seath*, 1939, S.L.T. 348.

<sup>717</sup> *Grahame v. Secretary of State for Scotland*, 1951 S.C. 368.

<sup>718</sup> *McCarroll v. McKinstery*, 1924 S.C. 396.

litigante no primeiro processo de informar-se e coletar elementos probatórios. Isso porque, como já se afirmou, as provas não podem ser consideradas *res noviter* se estavam dentro das possibilidades da parte tomar conhecimento delas (e então trazê-las ao debate) durante o processo anterior.<sup>719</sup>

### 3.2.5 Austrália e Nova Zelândia

Na Austrália, entende-se que os objetivos da coisa julgada e das “doutrinas” assemelhadas é assegurar a estabilidade das questões decididas, forte no interesse público de terminar a litigância.<sup>720</sup>

A *res iudicata*, assim como vimos nos demais sistemas do *common law*, preclui o reexame quando se reproduz a mesma causa de pedir, e por essa razão também é chamada, na doutrina australiana, de *cause of action estoppel*.<sup>721</sup> Note-se que a terminologia é aproximada à tradição da metrópole.

O sistema de estabilidades, assim como a tradição inglesa, é muito relacionado à rigidez dos *pleadings*. É o conteúdo que consta do registro da decisão (*record*) que balizará a exceção de coisa julgada.<sup>722</sup> Neste sentido, para a definição dos limites objetivos da coisa julgada, examinam-se as alegações e o julgamento, e é a partir destes elementos que se pode saber o quê efetivamente foi decidido.<sup>723</sup> Se uma questão aparece no *record*, entende-se que ela foi decidida, e então é mais simples afirmar a preclusão.

A preclusão das questões, chamada na Austrália de *issue estoppel*, tem um mecanismo de verificação diverso e mais amplo: permite-se que qualquer “material” seja considerado para a definição da preclusão, desde que estes elementos permitam identificar a questão objeto do debate. Vale dizer, as alegações ajudam, mas não são necessariamente decisivas; e não se exige o formalismo de fazer constar do *record*.

<sup>719</sup> *Campbell v. Campbell*, (1865) 3 M. 501.

<sup>720</sup> CAIRNS, Bernard C. *Australian Civil Procedure*. 3. ed., Sydney: The Law Book, 1992, p.88, 101.

<sup>721</sup> *Ibidem*, p.101.

<sup>722</sup> *Ibidem*, p.101.

<sup>723</sup> *Hoystead v. Comissioner of Taxation*, (1926) A.C. 155; *Blair v. Curran*, (1939) 62 C.L.R. 464.



Na Nova Zelândia, nota-se uma influência ainda maior do direito britânico, com constantes citações de precedentes das cortes inglesas, que parecem ter grande força persuasiva na jurisprudência daquele país.<sup>724</sup>

Digno de nota, em termos comparativos, é o chamado *promissory estoppel*, uma espécie de preclusão lógica por violação a expectativas criadas. Este tipo de *estoppel* é oriundo do desenvolvimento do *common law*, segundo o qual uma promessa não é vinculativa se não for recebida nenhuma consideração em retorno por parte do *alter*.<sup>725</sup> Em outras palavras, só pode haver expectativa legítima se os demais sujeitos tiveram suas condutas condicionadas, influenciadas eficazmente. Ou seja, para aplicação do *promissory estoppel* deve haver prova não só de que o comportamento da parte foi fator determinante para gerar um padrão estável, crível de ser mantido, mas também que os demais o consideraram ao conduzir sua atividade processual. Tal modalidade de *estoppel* também foi reconhecida como aplicável no direito australiano.<sup>726</sup>

### 3.2.6 Comparação

Em termos comparativos, vemos que todos os ordenamentos do *common law* têm muitos elementos aproximados pela origem comum das estabilidades processuais no instituto do *estoppel*. A proximidade é maior entre a Inglaterra e a Escócia (ambas componentes do Reino Unido) e as antigas colônias Austrália e Nova Zelândia. Já os Estados Unidos da América tiveram um desenvolvimento um pouco diverso a respeito do tema, tendo assumido a coisa julgada e as preclusões um grau de detalhamento muito maior neste sistema.

De maneira geral, em todos os ordenamentos destaca-se que a coisa julgada e as preclusões são institutos que devem servir não apenas a interesses privados de segurança, mas também a escopos públicos de eficiência sistêmica, harmonia e coerência entre os julgamentos, além da economia processual.

No modelo do *common law*, destaca-se sobretudo o tratamento conjunto da coisa julgada e das preclusões dentro de um gênero comum em razão das funções complementares dos institutos. Altera-se a terminologia, mas se mantém a análise conjunta.

<sup>724</sup> MULHOLLAND, R.D. *Introduction to the New Zealand legal system*. 7. ed., Wellington: Butterworths, 1990, p.103-104.

<sup>725</sup> *Ibidem*, p.119-120.

<sup>726</sup> *Legione v. Hately* (1983) 152 CLR 406.

Além disso, os países de origem romano-germânica são muito mais tendentes a tratar da coisa julgada sob um aspecto negativo, como pressuposto processual negativo, o que se reflete na sua alegação como forma de defesa, a “exceção” de coisa julgada. Todavia, no sistema do *common law*, pode ser alegada como uma *affirmative defense*, como se vê nos EUA. Em todos os países, ainda que salientado o aspecto publicista dos institutos, entende-se que a cognição *ex officio* deve ser excepcional, e de regra exige-se a alegação da parte.

No que se refere à diferença entre coisa julgada formal e coisa julgada material, vemos que a maioria dos ordenamentos do *common law* desconhece esta distinção porque não se exige o término das oportunidades recursais para que haja estabilidade.

Mas é no campo dos limites objetivos que vemos as principais diferenças destes sistemas para a tradição europeia e latino-americana. Ao contrário dos ordenamentos de tradição romano-germânica, existe vinculatividade de questões prejudiciais. Porém, o exame da preclusão das questões não é estático, mas dinâmico, levando em consideração, além da mera identidade entre as *issues*, outros elementos como os estândares legais de cognição e o nível de ônus da prova que pesam sobre as partes nos dois processos. Ademais, atenta-se para a “dimensão” que assumem as questões no contexto do debate e para os objetivos pretendidos pelos litigantes ao debaterem a questão nos dois processos. Diferencia-se o argumento em si do uso que dele se faz, e também a diversidade das interações entre os litigantes nos dois processos.

Por fim, cabe destacar que, nos ordenamentos do *common law*, as preclusões são verificadas também no confronto com condutas extraprocessuais dos litigantes e não se limitam ao interno do processo.

### 3.3 Japão

#### 3.3.1 Tradição e evolução histórica do processo japonês

O ordenamento jurídico japonês é interessante numa análise comparativa porque, no campo processual, teve influências históricas variadas. Desde o final do séc.XIX até 1945, a tradição nipônica era praticamente toda fulcrada na literatura e praxe alemãs,<sup>727</sup> até por ter-se baseado na recém aprovada ordenança processual tedesca para a confecção de seu próprio

<sup>727</sup> YOSHINO, Shozaburo. *Zur Lehre der Rechtskrafteerstreckung*. *Op.cit.*, p.92.

estatuto processual, aprovado em 1890.<sup>728</sup> Após a II Guerra Mundial, o sistema judiciário japonês foi substancialmente modificado, absorvendo muitos aspectos do *common law* e sobretudo da tradição norte-americana.<sup>729</sup>

Durante o séc.XX, não houve grandes alterações da estrutura da justiça japonesa. Foi só no fim da década de 90 que novas reformas começaram a ser implementadas, mormente em razão das críticas a respeito dos custos e da duração do processo.<sup>730</sup> Em 1996, foi publicada uma nova lei processual geral, código que entrou em vigor em 1998.<sup>731</sup> Posteriormente, foram operadas novas reformas legislativas a partir de 2001, culminando com alterações aprovadas em 2003.

O balanço das reformas mostra que hoje existem maiores restrições à possibilidade de trazer novos fatos no curso do processo,<sup>732</sup> reforçando-se as preclusões. Esta tendência é devida não só à tentativa de acelerar a marcha processual, mas também pela introdução de alguns procedimentos probatórios pré-processuais, similares à *discovery* norte-americana.<sup>733</sup> Nestes casos, se houver alegação de novos fatos durante o processo, o adversário pode solicitar que a parte apresente justificativa para a omissão em alegá-los anteriormente ao início do procedimento judicial (§§167 e 174 do Código). Na ausência de razão justificadora, as alegações serão consideradas preclusas e inadmitidas.<sup>734</sup>

A doutrina japonesa geralmente deriva a incompatibilidade lógica dos comportamentos de institutos relacionados à boa-fé, como a proibição do *venire contra factum proprium*, e não das preclusões. Aproxima-se, neste ponto, da formulação tedesca de preclusão, limitada à preclusão temporal.<sup>735</sup>

<sup>728</sup> HONMA, Yasunori. *Die Reform des Zivilprozessrechts in Japan*. *Zeitschrift für Zivilprozess International*, ano 1, 1996, p.327. Desconsideramos aqui o período de evolução anterior, inclusive aquele em que o direito japonês recebera influência do antigo direito chinês. Sobre a evolução histórica, Cf. KAKIUCHI, Shusuke. *Reform des Zivilprozessrechts in Japan*. *Zeitschrift für Zivilprozess International*, ano 9, 2004, p.268-270; NAKAMURA, Hideo. *Einführung in das japanische Zivilprozessrecht*, in NAKAMURA, Hideo e HUBER, Barbara. *Die japanische ZPO in deutscher Sprache*. Berlin: Carl Heymanns, 1978, p.1-6.

<sup>729</sup> HONMA, Yasunori. *Die Reform des Zivilprozessrechts in Japan*. *Op.cit.*, loc.cit.

<sup>730</sup> MATSUMOTO, Hiroyuki. *Zur Struktur des japanischen Zivilprozesses nach der Zivilprozessordnung von 1996*. *Zeitschrift für Zivilprozess International*, ano 2, 1997, p.333; KAKIUCHI, Shusuke. *Reform des Zivilprozessrechts in Japan*. *Op.cit.*, p.272-273.

<sup>731</sup> Sobre os principais dispositivos legais, com interessante introdução sistemática, Cf. HEATH, Christopher; PETERSEN, Anja. *Das japanische Zivilprozessrecht. Zivilprozessverordnung nach der Reform von 1996*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2002, p.1-35.

<sup>732</sup> MARUTSCHKE, Hans-Peter. *Einführung in das japanische Recht*. 2. ed., München: C.H.Beck, 2010, p.310.

<sup>733</sup> MATSUMOTO, Hiroyuki. *Zur Struktur des japanischen Zivilprozesses nach der Zivilprozessordnung von 1996*. *Op.cit.*, p.339 ss.

<sup>734</sup> UEHARA, Toshio. *Das Verfahren zur Ordnung der Streitpunkte und Beweismittel in der japanischen Zivilprozessordnung von 1996*. *Zeitschrift für Zivilprozess International*, ano 3, 1998, p.409; KAKIUCHI, Shusuke. *Reform des Zivilprozessrechts in Japan*. *Op.cit.*, p.274. Curioso notar que, nos primeiros escritos após a reforma e ainda antes de sua entrada em vigor, ainda havia discussão, na doutrina, sobre se haveria efeito preclusivo neste caso. Cf. HONMA, Yasunori. *Die Reform des Zivilprozessrechts in Japan*. *Op.cit.*, p.330.

<sup>735</sup> KOSHIYAMA, Kazuhiro. *Rechtskraftwirkungen und Urteilsanerkennung nach amerikanischem, deutschem und japanischem Recht*. *Op.cit.*, p.79.

No que se refere à coisa julgada, o modelo japonês assemelha-se mais com os sistemas de tradição europeia-continental. Adota-se a teoria processual da coisa julgada e, quando verificada a *exceptio*, deve o segundo processo ser inadmitido por falta de pressuposto processual (decisão terminativa sem mérito).<sup>736</sup> Diferenciam-se coisa julgada formal e coisa julgada material, compreendendo-se a primeira como pressuposto lógico para a segunda.

O escopo principal da coisa julgada é retratado na doutrina japonesa como sendo a preservação da coerência sistêmicas e atribuição de certeza jurídica às decisões. Assim, primordial é não apenas a proibição de rediscussão (*ne bis in idem*), mas igualmente a proibição de afastamento, tendo havido algumas tentativas de conciliação e agregação entre os efeitos positivo e negativo da coisa julgada.<sup>737</sup>

### 3.3.2 Os limites objetivos: a tradição alemã e a tese de Shindo

No campo dos limites objetivos, também existe uma proximidade à literatura germânica. A tese de Schwab é majoritária no Japão,<sup>738</sup> e então o objeto do processo é predominantemente compreendido como sendo o pedido.

Além disso, é moeda corrente a ligação entre o *Streitgegenstand* e a coisa julgada. Com efeito, a doutrina majoritária afirma que só o dispositivo da sentença é abrangido pela vinculatividade da coisa julgada.<sup>739</sup> Os fatos e as questões prejudiciais, bem como as exceções e os contradireitos do réu, estão todos excluídos da *res iudicata*.<sup>740</sup> Para as prejudiciais, é previsto o mecanismo da ação declaratória incidental (art.234), que é apto, tal como em muitos ordenamentos romano-germânicos, a incluir certas questões no espectro de abrangência da coisa julgada.<sup>741</sup>

<sup>736</sup> *Ibidem*, p.14.

<sup>737</sup> Assim foi a tese de Shindo. Cf.KOSHIYAMA, Kazuhiro. *Rechtskraftwirkungen und Urteilsanerkennung nach amerikanischem, deutschem und japanischem Recht*. *Op.cit.*, p.11-12.

<sup>738</sup> YOSHIMURA, Tokushige. *Die Bindungswirkung der Entscheidungsgründe – aus der Sicht des collateral estoppel*. *Op.cit.*, p.239; SAKAMOTO, Keizo. *Rechtskräftige Entscheidung und Nachforderung in Unterhalts- und Schadensersatzsachen in Japan*. Köln: Carl Heymanns, 1990, p.50 ss.

<sup>739</sup> SAKAMOTO, Keizo. *Rechtskräftige Entscheidung und Nachforderung...Op.cit.*, p.69-70, com referência aos parágrafos 186 e 199, I do estatuto processual japonês; YOSHIMURA, Tokushige. *Die Bindungswirkung der Entscheidungsgründe – aus der Sicht des collateral estoppel*. *Op.cit.*, *loc.cit.*

<sup>740</sup> KOSHIYAMA, Kazuhiro. *Rechtskraftwirkungen und Urteilsanerkennung nach amerikanischem, deutschem und japanischem Recht*. *Op.cit.*, p.19, 51 ss.

<sup>741</sup> A influência tedesca é patente ao abrir-se excepcionalmente para a vinculatividade da alegação de compensação, prevista no art.199.2 do Código japonês.

Não obstante, no campo dos limites objetivos, foi muito inovadora a tese de Shindo sobre a “vinculação de pontos controvertidos”. Sustentava ele a existência de um vínculo autônomo, diverso da coisa julgada<sup>742</sup> e que atingiria questões de importância primordial à solução do processo, desde que as partes tenham-nas debatido a fundo e que tais questões tenham sido decididas pelo juízo. Nesta concepção, haveria vinculação não apenas do dispositivo da sentença, mas também de parcelas da fundamentação.<sup>743</sup>

Para Shindo, portanto, para verificar quais questões prejudiciais tornam-se vinculativas, deveria ser analisado o resultado do processo como um todo, quais foram as discussões enfatizadas pelos sujeitos do processo e em quais pontos do debate concentraram-se as atenções dos litigantes, e não apenas visualizar o dispositivo ou a conclusão da sentença.<sup>744</sup>

Para esquivar-se da objeção de que sua tese seria contrária ao direito positivo japonês, Shindo parte da premissa de que a ligação da coisa julgada aos estreitos confins do objeto do processo funda-se nos princípios da economia e celeridade processual, dando às partes e ao juiz mecanismos de solucionar rapidamente a lide. Mas a lei não estabelece *quando* um tema controvertido é tratado como ponto principal do debate, e por vezes este núcleo não está contido na restrita definição de objeto do processo. Ademais, ele lembra que a eficácia da coisa julgada aos terceiros, no ordenamento japonês, seria também baseada nas razões de decidir, e não apenas no dispositivo. Então, para Shindo, por todos esses argumentos, a “vinculação aos pontos controvertidos” seria justificável também *de lege lata*.

Embora com visíveis influências do *collateral estoppel* norte-americano, buscou Shindo uma base normativa positivada no direito japonês. Em seu modo de ver, é o princípio da boa-fé e a ideia de “unicidade” e “irrepetibilidade” do debate que justificam a vinculação.<sup>745</sup> Os princípios relacionados à boa-fé impedem que o litígio seja novamente reproduzido na medida em que os litigantes tenham contribuído para o convencimento do juiz, argumentando e condicionando as razões de decidir do órgão julgador, engajando-se na discussão de maneira que se possa legitimamente confiar que aquele debate foi levado ao seu final (exaurido).<sup>746</sup>

<sup>742</sup> YOSHINO, Shozaburo. *Zur Lehre der Rechtskrafsterstreckung*. *Op.cit.*, p.93, 108.

<sup>743</sup> YOSHIMURA, Tokushige. *Die Bindungswirkung der Entscheidungsgründe – aus der Sicht des collateral estoppel*. *Op.cit.*, p.249 ss.

<sup>744</sup> Sobre a tese de Shindo, Cf.KOSHIYAMA, Kazuhiro. *Rechtskraftwirkungen und Urteilsanerkennung nach amerikanischem, deutschem und japanischem Recht*. *Op.cit.*, p.68 ss, 72-73.

<sup>745</sup> YOSHINO, Shozaburo. *Zur Lehre der Rechtskrafsterstreckung*. *Op.cit.*, p.97, 107-108, 121.

<sup>746</sup> KOSHIYAMA, Kazuhiro. *Rechtskraftwirkungen und Urteilsanerkennung nach amerikanischem, deutschem und japanischem Recht*. *Op.cit.*, p.70-72.

Então, requisitos para a “vinculatividade dos pontos controvertidos” seriam: a identidade de interesses materiais nas demandas; que a questão fosse ponto principal do debate nos dois processos; que tenha havido decisão; e que as partes tenham debatido o tema aprofundadamente.<sup>747</sup>

A exigência do debate exaustivo a respeito de um ponto pode ser verificada pelos meios de prova e alegações que foram trazidos ao processo, e que construíram uma base sólida para o convencimento do juiz a respeito.

O requisito da identidade de interesses e sua relevância nos dois contextos justifica-se para evitar a surpresa da parte por consequências inesperadas da vinculatividade do julgamento.<sup>748</sup> Nesta linha, p.ex., Shindo exclui a vinculação do debate sobre a validade de um contrato, se na primeira demanda discutiram-se os juros praticados e, na segunda, o valor do principal. O descompasso entre as quantias poderia levar a que os litigantes fossem surpreendidos por uma vinculação não prevista.<sup>749</sup>

A tese de Shindo é célebre mas controvertida na doutrina japonesa, encontrando opositores à ampliação do âmbito de aplicação da boa-fé.<sup>750</sup> Porém, ganhou forte adesão da jurisprudência a partir da década de 70,<sup>751</sup> como veremos adiante, e também de importantes autores da literatura nipônica, como Takeshita, que defende a aplicação da boa-fé nas vertentes da *Verwirkung* e da proibição do *venire contra factum proprium*.

### 3.3.3 Limites temporais

Sobre os limites temporais, pouca diferença relevante existe para o modelo europeu. Entende-se que o juiz só pode apreciar, num segundo processo, fatos *posteriores* à formação da coisa julgada.<sup>752</sup>

<sup>747</sup> YOSHINO, Shozaburo. *Zur Lehre der Rechtskrafterstreckung*. *Op.cit.*, p.111-114.

<sup>748</sup> *Ibidem*, p.98.

<sup>749</sup> KOSHIYAMA, Kazuhiro. *Rechtskraftwirkungen und Urteilsanerkennung nach amerikanischem, deutschem und japanischem Recht*. *Op.cit.*, p. 73.

<sup>750</sup> Confira-se a crítica parcial de YOSHIMURA, Tokushige. *Die Bindungswirkung der Entscheidungsgründe – aus der Sicht des collateral estoppel*. *Op.cit.*, p.275-285.

<sup>751</sup> KOSHIYAMA, Kazuhiro. *Rechtskraftwirkungen und Urteilsanerkennung nach amerikanischem, deutschem und japanischem Recht*. *Op.cit.*, p.83-85.

<sup>752</sup> *Ibidem*, p.11.

### 3.3.4 Comparação

Em termos comparativos, o ordenamento japonês é muito similar ao brasileiro, até pela proximidade com o modelo alemão. Porém, a adoção na jurisprudência da tese de Shindo a respeito da vinculação dos pontos debatidos consagra um modelo de estabilidade das questões prejudiciais constantes da fundamentação das decisões, algo que não se vê no sistema nacional.

## 3.4 Coréia do Sul

O processo sul-coreano foi historicamente influenciado pela recepção do direito europeu, sobretudo do direito alemão.<sup>753</sup> Sua evolução histórica, contudo, é um tanto acidentada em razão das conjunturas políticas experimentadas no país. De fato, a Coréia viveu um período de dominação japonesa no início do séc.XX e as leis nipônicas, inclusive em matéria processual, tornaram-se obrigatórias no país por meio de ordens consulares (1912). Foi só depois de II Guerra Mundial, com a independência coreana, que se pôs fim à supremacia do Japão.<sup>754</sup> Porém, posteriormente, foram instalados governos militares de viés norte-americano e soviético, dividindo-se a Coréia nos dois países que hoje vemos nas fronteiras do paralelo 38.

Na Coréia do Sul, as leis japonesas foram mantidas até 1948, e o início da Guerra da Coréia fez com que os trabalhos legislativos fossem significativamente atrasados, o que levou ao retardamento da aprovação do Código de Processo Civil sul-coreano, ocorrida apenas no ano de 1959 com entrada em vigor no ano seguinte.

O Código passou por algumas poucas reformas na década de 60 do séc.XX e, a partir do final dos anos 80, o movimento reformador ganhou força. No ano de 1990, atendendo a reivindicações por sua modernização, foi promulgada legislação alteradora do Código processual.

Por força da reforma de 1990, o processo coreano passou a admitir expressamente o princípio da boa-fé. Além disso, a legislação sobre as preclusões foi modificada. O sistema preclusivo, em relação às omissões das partes, já era muito atenuado pois a lei previa que a superação da preclusão dar-se-ia apenas quando houvesse comportamento “não culposo” da parte. Por conta de várias reivindicações da advocacia, a reforma alterou a antiga dicção legal: os

<sup>753</sup> HO, Moon-Hyuck. *Zur neueren Reform des Zivilverfahrensrechts in Korea*. *Zeitschrift für Zivilprozeß International*, ano 1, 1996, p.337.

<sup>754</sup> SOHN, Hanki. *The Civil Procedure system and Civil Procedure Law in Korea*. *Zeitschrift für Zivilprozeß International*, ano 7, 2002, p.523-524.

efeitos preclusivos da inatividade foram reduzidos sempre que a parte demonstrar uma “razão suficiente” para a omissão.<sup>755</sup>

Posteriormente, vieram novas reformas pontuais no curso da década de 90<sup>756</sup> e, em seguida, o Superior Tribunal instituiu comissão que viria a apresentar em 1999 diversas conclusões ao Ministério da Justiça do país.<sup>757</sup> Após a tramitação legislativa, em 2001 foi aprovada nova alteração legal, cuja entrada em vigor foi em julho de 2002.<sup>758</sup>

À moda do “modelo de Stuttgart” alemão, a reforma coreana de 2002 focou-se em promover a concentração do processo, ampliando e reforçando as preclusões. Porque os juízes, na prática, evitavam as preclusões sobre as alegações das partes, com receio de proferir julgamentos incorretos, o processo acabava tendo tramitação longa e acidentada.<sup>759</sup> A lei reformada enrijeceu as preclusões e dificultou o desdobramento da audiência principal.

Foi introduzido ainda o instituto da “ação revisional” ou “ação de modificação” para alteração da estabilidade no caso das relações jurídicas continuativas.<sup>760</sup> Antes da previsão legal, a jurisprudência tinha dificuldade, ao confrontar estes pedidos com a coisa julgada, de encontrar uma justificação juridicamente plausível para a alteração da estabilidade. Os casos mais comuns eram de subida desproporcional de preços, seguida da respectiva demanda para atualizar o valor da prestação determinada judicialmente. Dois entendimentos eram sustentados: o primeiro, mais aproximado dos modelos europeus, compreendia a questão nos limites temporais da coisa julgada; o segundo, muito aplicado nas cortes coreanas, resolvia a questão no campo dos limites objetivos, afirmando tratar-se de demandas parciais (uma pelo principal e outra pelo restante). A introdução do instituto da ação revisional (§ 252 do Código) tem sido festejada como fator de ordenação e simplificação.<sup>761</sup>

<sup>755</sup> HO, Moon-Hyuck. *Zur neueren Reform des Zivilverfahrensrechts in Korea. Op.cit.*, p.344.

<sup>756</sup> *Ibidem*, p.357 ss.

<sup>757</sup> YANG, Byung-Hui. *Moderne Techniken im koreanischen gerichtlichen Verfahren. Zeitschrift für Zivilprozeß International*, ano 7, 2002, p.511-513; HO, Moon-Hyuck. *Zur neueren Reform des Zivilverfahrensrechts in Korea. Op.cit.*, p.338-339.

<sup>758</sup> HO, Moon-Hyuck. *Zur Reform des koreanischen Zivilprozessrechts im Jahr 2002. Zeitschrift für Zivilprozeß International*, ano 9, 2004, p.323-324; SOHN, Hanki. *The Civil Procedure system and Civil Procedure Law in Korea. Op.cit.*, p.525.

<sup>759</sup> HO, Moon-Hyuck. *Zur Reform des koreanischen Zivilprozessrechts im Jahr 2002. Op.cit.*, p.325, 327.

<sup>760</sup> Cabe por fim mencionar que, como em muitos ordenamentos europeus, existe um mecanismo rescisório no processo sul-coreano similar às “oposições de terceiro”, destinado não a suprimir a força do título executivo, mas a tornar ineficazes medidas constitutivas do patrimônio do terceiro. Confira-se YANG, Hyung-Woo. *Rechtsvergleichende Darstellung der zur Widerspruchsklage legitimierenden Drittrechte im koreanischen und deutschen Recht. Zeitschrift für Zivilprozeß International*, ano 4, 1999, p.429-430, 455.

<sup>761</sup> HO, Moon-Hyuck. *Zur Reform des koreanischen Zivilprozessrechts im Jahr 2002. Op.cit.*, p.330 ss.



No seu procedimento, a ação de modificação tomou feições assemelhadas àquela prevista no ordenamento alemão.<sup>762</sup> Seus pressupostos de admissibilidade são: competência do mesmo juízo que proferiu a sentença; a existência de coisa julgada sobre uma relação continuativa com prestação protraída no tempo; a coisa julgada do processo anterior deve estender-se às partes da demanda revisional. Já as condições para que a demanda seja provida são: a comprovação de uma “alteração essencial” na relação jurídica que seja apta a afetar a determinação do valor da prestação, sendo que o ônus de alegar e provar é do autor da ação revisional; que a mudança tenha ocorrido *depois* da formação da coisa julgada (após o último momento de apresentação fática). Como “alteração essencial” compreende-se aquela que pudesse ocasionar uma “extraordinária e desproporcional iniquidade”.<sup>763</sup>

### 3.5 Regimes Socialistas

#### 3.5.1 Relevância da análise

Neste tópico, entendemos ser interessante a análise da disciplina da coisa julgada em países que experimentaram regimes comunistas ou socialistas. Investigaremos o sistema do processo soviético e russo, bem como os institutos chineses. Por fim, faremos um relato histórico do modelo da antiga Alemanha Oriental, influenciado pela ideologia socialista soviética e parcialmente apartado da tradição europeia.

Trata-se de sistemas que pertencem à família do *civil law*, pela força cogente da lei escrita e a preponderância dos elementos característicos da tradição romanista, embora alguns *experts* em direito comparado os posicionassem como uma terceira categoria.<sup>764</sup>

Sem ingressar nas inúmeras discussões morais sobre a correção dos propósitos (revolucionários ou não) que levaram à formação destes regimes de governo, e tampouco sobre as razões para as mudanças históricas que puderam ser observadas em seus modelos econômicos, de fato são sistemas processuais que podem ser agrupados em conjunto por possuírem todos traços comuns, tanto na sua origem histórica como na conformação normativa dos dias de hoje.

<sup>762</sup> SOHN, Hanki. *The Civil Procedure system and Civil Procedure Law in Korea*. *Op.cit.*, p.526.

<sup>763</sup> HO, Moon-Hyuck. *Zur Reform des koreanischen Zivilprozessrechts im Jahr 2002*. *Op.cit.*, p.331.

<sup>764</sup> Sobre a discussão, Cf.MALESHIN, Dmitry. *Russian Civil Procedure: an exceptional mix*. *Civil Procedure Review*, vol.1, n.1, mar-jun, 2010, disponível em [www.civilprocedurereview.com](http://www.civilprocedurereview.com), acesso em 31.08.2011, p.100.

Esta é uma constatação curiosa quando vemos as diferenças políticas e econômicas da União Soviética bolchevique ou stalinista para a Rússia capitalista pós-1991. Mesmo possuindo um recente Código de Processo (2002), a Rússia mantém muitos aspectos do modelo soviético para as estabilidades processuais. Também a China, que experimenta nos últimos anos imensa abertura capitalista, sobretudo no campo econômico, ainda vive um formato fortemente autoritário na esfera jurídico-processual, que se revela também nas disposições acerca da coisa julgada. Vejamos nos itens seguintes.

### 3.5.2 União Soviética e Rússia

#### 3.5.2.1 Do Império Russo aos tempos atuais: características do processo

A época do antigo Império Russo apresentou, no campo da legislação processual, modelos de pouco interesse para investigações científicas. Desde o imperador Pedro, o Grande, a lei era aprovada e aplicada de acordo com a vontade e as ordens do monarca. Foi só no reinado de Alexander I, já no séc.XIX, sob a influência da era das codificações francesas, que foram formadas comissões para confeccionar códigos que compilassem e sistematizassem as leis do império.<sup>765</sup> Porém, o código processual produzido em 1864 estabeleceu uma justiça aristocrática, cara e demorada, que era alvo de muitas críticas<sup>766</sup> e teria que ser aplicada num quadro social de multiplicação da litigiosidade. Com efeito, o número de processos aumentava, e crescia também a insatisfação com a legislação da época, que não atendia aos anseios de efetividade da jurisdição.<sup>767</sup>

A Revolução Russa de 1917, com a vitória bolchevique, fez com que fosse implantado o modelo político-econômico baseado no materialismo dialético, segundo o qual o direito deveria ser visto apenas como um instrumento, posicionado abaixo das instituições e cujas regras existiam para facilitar o progresso do comunismo. O direito passou a ser visto como um complexo de normas para a ordenação das relações sociais e econômicas no viés socialista coletivista (“coletivização dos meios de produção”, “desenvolvimento das forças produtivas do

<sup>765</sup> GEILKE, Georg. *Einführung in das Sowjetrecht*. 2. ed., Darmstadt: Wiss.Buchgesellschaft, 1983, p.34 ss.

<sup>766</sup> BUTLER, W.E. *Soviet Law*. 2. ed., London: Butterworths, 1988, p.335; MALESHIN, Dmitry. *Russian Civil Procedure: an exceptional mix*. *Op.cit.*, p.114.

<sup>767</sup> VAN DER BERG, Ger P. *The Soviet System of Justice: figures and policy*. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1985, p.143.

país”).<sup>768</sup> A esfera jurídica, portanto, deixou de servir à proteção dos cidadãos; era, ao revés, um imperativo político, um artifício do poder para a realização dos ideais coletivos da revolução.<sup>769</sup>

Assim, o processo civil também deveria ser imaginado como um instrumento para promover o fortalecimento do regime socialista,<sup>770</sup> e seus princípios eram orientados para a salvaguarda da propriedade coletiva, dos organismos cooperativos, para a preservação da legalidade.<sup>771</sup>

Na União Soviética pós-revolucionária, ainda que a lei continuasse a ser a principal fonte do direito, rapidamente foi proibida a aplicação de diplomas normativos do regime czarista anterior, tendo sido ainda reduzidos os recursos, sobretudo aqueles de cassação.<sup>772</sup> Aos juízes, na ausência de lei, era dado decidir de acordo com o seu “sentimento socialista de justiça”,<sup>773</sup> em patente tentativa de infundir a ideologia comunista na interpretação das leis.

Esse viés claramente autoritário e controlador repercutiu na confecção dos códigos soviéticos, que mantiveram sempre uma tendência de funcionalizar os direitos em favor dos objetivos do regime comunista.<sup>774</sup> E assim não foi diferente com o sistema de organização judiciária, que sempre teve, em todos os códigos e compilações, elevado caráter inquisitivo, com ênfase nos poderes do juiz.<sup>775</sup> A atuação oficiosa dos tribunais seria necessária para excluir as relações de poder entre os litigantes, fomentando a colaboração e preservando a igualdade.<sup>776</sup>

Mesmo no processo civil, observavam-se procedimentos com ampla liberdade e discricionariedade para o juiz atuar na colheita de prova, com ausência de vinculação do magistrado ao pedido, bem como aproximação da principiologia aplicável àquela do processo penal.<sup>777</sup>

<sup>768</sup> MALESHIN, Dmitry. *Russian Civil Procedure: an exceptional mix*. *Op.cit.*, p.110-111.

<sup>769</sup> BELLON, Jacques. *Le Droit Soviétique*. Paris: PUF, 1963, p.9-13.

<sup>770</sup> BUTLER, W.E. *Soviet Law*. *Op.cit.*, p.339.

<sup>771</sup> GURVICH, M.A. *Derecho Procesal Civil Sovietico*. Trad.Miguel Lubán. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1971, p.7-8.

<sup>772</sup> Sobre esta primeira fase do processo civil da União Soviética comunista, Cf.TIMASCHEW, N. *Die Gerichtsverfassung*, in MAKLEZOW, A., TIMASCHEW, N., ALEXEJEW, N., e SAWADSKY, S. (Eds.). *Das Recht Sowjetruslands*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1925, p.415-419; BUTLER, W.E. *Soviet Law*. *Op.cit.*, p.98, 335.

<sup>773</sup> BELLON, Jacques. *Le Droit Soviétique*. *Op.cit.*, p.24.

<sup>774</sup> *Ibidem*, p.28 ss.

<sup>775</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Social and political aspects of Civil Procedure – Reforms and trends in western and eastern Europe*. *Michigan Law Review*, vol.69. n.5, 1971, p..879.

<sup>776</sup> GURVICH, M.A. *Derecho Procesal Civil Sovietico*. *Op.cit.*, p.43-52.

<sup>777</sup> FINCKE, Martin. *Die aufsichtliche Überprüfung rechtskräftiger Strafurteile im Sovetrecht*. Herrenalb: Horst Erdemann, 1966, p.17; HANFMANN, M. *Der Zivilprozeß*, in MAKLEZOW, A., TIMASCHEW, N., ALEXEJEW, N., e SAWADSKY, S. (Eds.). *Das Recht Sowjetruslands*. *Op.cit.*, p.437; DAMAŠKA, Mirjan R. *The Faces of Justice and State Authority. A comparative Approach to the Legal Process*. New Haven: Yale University Press, 1986, p.202; GEILKE, Georg. *Einführung in das Sowjetrecht*. *Op.cit.*, p.282; BUTLER, W.E. *Soviet Law*. *Op.cit.*, p.334.

O processo civil foi marcado ainda por forte apelo popular e pela acentuada função política dos tribunais, na premissa do caráter educativo que o direito (e as decisões judiciais) deveriam prestar ao povo soviético.<sup>778</sup> Curiosas são as obras científicas onde se contrastava o direito processual da União Soviética com o sistema “reacionário” dos países capitalistas, modelos “burgueses” que eram retratados como instrumentos de repressão utilizados apenas no “interesse do grande capital”.<sup>779</sup>

E essas diretrizes puderam e podem até hoje ser observadas em muitos pontos do processo russo,<sup>780</sup> ainda que os comentadores do novo código de 2002 afirmem que uma ideologia mais liberal, com menos ingerência do Estado e deferente ao papel das partes começa a ser implantada na esteira de significativas alterações no campo do direito material, como a previsão do direito à propriedade privada.<sup>781</sup>

Não obstante, ainda se percebe a presença de forte estatalidade no sistema da coisa julgada. Vejamos mais detalhadamente.

### 3.5.2.2 Coisa julgada: conceito, efeitos e limites

De fato, a disciplina da coisa julgada e dos mecanismos para sua revisão foi sempre relacionada à importância que se dava à correção das decisões, com amplos poderes conferidos ao juiz para a busca da verdade real.<sup>782</sup> Decisões “injustas” ou incorretas não poderiam tornar-se imutáveis.<sup>783</sup> E esta influência manteve-se na Rússia contemporânea, mesmo após o desmantelamento da URSS.

No direito soviético, utilizava-se o termo “força jurídica” para expressar o conceito de coisa julgada, nomenclatura que se mantém no atual direito russo.<sup>784</sup> O uso desta expressão pode ser percebido não apenas nos estudos comparados em língua alemã, onde a associação

<sup>778</sup> GURVICH, M.A. *Derecho Procesal Civil Sovietico*. Op.cit., p.7-8, 10, 28-29; BERMAN, Harold J. *Justice in Russia: an interpretation of Soviet Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1950, p.204-210, 215-216; DAMAŠKA, Mirjan R. *The Faces of Justice and State Authority*. Op.cit., p.202; BELLON, Jacques. *Le Droit Soviétique*. Op.cit., p.11-13, 96 ss.

<sup>779</sup> GURVICH, M.A. *Derecho Procesal Civil Sovietico*. Op.cit., p.31, 56.

<sup>780</sup> YARKOV, Vladimir. *Contemporary problems of russian Civil Procedure*. *Zeitschrift für Zivilprozeß International*, ano 10, 2005, p.372.

<sup>781</sup> MALESHIN, Dmitry. *Some cultural characteristics of the new Russian Code of Civil Procedure of 2002*. *Zeitschrift für Zivilprozeß International*, ano 10, 2005, p.385-386.

<sup>782</sup> GURVICH, M.A. *Derecho Procesal Civil Sovietico*. Op.cit., p.10, 40-43.

<sup>783</sup> FINCKE, Martin. *Die aufsichtliche Überprüfung rechtskräftiger Strafurteile im Sovetrecht*. Op.cit., p.21, 278 ss. No atual processo russo, ainda se encontra este argumento. Cf. MALESHIN, Dmitry. *Russian Civil Procedure: an exceptional mix*. Op.cit., p.108-109.

<sup>784</sup> MALESHIN, Dmitry. *Russian Civil Procedure: an exceptional mix*. Op.cit., p.107; *Idem*, *Some cultural characteristics of the new Russian Code of Civil Procedure of 2002*. Op.cit., p.387.

terminológica seria mais natural pela proximidade de uma tradução literal com o termo *Rechtskraft*, mas também nos textos escritos em outros idiomas.<sup>785</sup>

O conceito de coisa julgada (força jurídica) está hoje previsto no art.209 do Código de Processo Civil russo de 2002, que se completa pelos arts.210 e 428, que dizem respeito à eficácia e execução das sentenças. O texto legal, na esteira da tradição soviética,<sup>786</sup> afirma que o julgamento torna-se definitivo no fim do prazo para apresentação de uma apelação para a sua cassação, ou então após a prolação da decisão pela Corte Superior.

No que tange aos efeitos negativo e positivo, vemos patentes diferenças do modelo russo em relação à linhagem europeia-continental. Ao contrário da tradição romano-germânica, a vedação de rediscussão decorrente da coisa julgada é tratada, no direito russo, na vertente da proibição de contradição,<sup>787</sup> e não como *ne bis in idem*. Esta concepção denota a preocupação com a harmonia entre julgamentos e eficiência sistêmica.

Em relação ao efeito positivo da coisa julgada, uma diferença importante do modelo russo é a existência de um efeito vinculativo prejudicial das conclusões fáticas e jurídicas entre as mesmas partes em outros casos. A consequência prática dessa vinculatividade é a desnecessidade de prova a respeito na litigância posterior.<sup>788</sup> Vale dizer, pode-se pensar numa “vinculação superável” se o adversário conseguir provar em sentido contrário.

### 3.5.2.3 Superação da coisa julgada: o procedimento de fiscalização

No que tange à quebra da coisa julgada, o ordenamento prevê um mecanismo rescisório para a revisão diante de novos elementos fáticos,<sup>789</sup> similar às ações revisionais no caso de relações continuativas no Brasil. Porém, o principal mecanismo típico de rescisão é uma demanda denominada “procedimento de fiscalização” (*Aufsichtsverfahren*), “procedimento de supervisão”

<sup>785</sup> BUTLER, W.E. *Soviet Law. Op.cit.*, p.348. É verdade que já se usaram as expressões “sentença firme” e “coisa julgada” para definir o instituto na tradução espanhola, termos popularizado naquele país. Porém, em muitas outras passagens do mesmo texto, também vemos o termo “força legal”. Cf. GURVICH, M.A. *Derecho Procesal Civil Sovietico. Op.cit.*, p.331, 333 ss.

<sup>786</sup> GEILKE, Georg. *Einführung in das Sowjetrecht. Op.cit.*, p.284; GURVICH, M.A. *Derecho Procesal Civil Sovietico. Op.cit.*, p.331.

<sup>787</sup> Fala-se em “exclusão”: *Ausschliesslichkeit*. Cf. MARENKOV, Dmitry. *Zivilprozess und Schiedsgerichtsbarkeit, in* NUSSBERGER, Angelika (Ed.). *Einführung in das russische Recht*. 2. ed., München: C.H.Beck, 2010, p.299-300.

<sup>788</sup> MARENKOV, Dmitry. *Zivilprozess und Schiedsgerichtsbarkeit. Op.cit.*, p.300; GURVICH, M.A. *Derecho Procesal Civil Sovietico. Op.cit.*, p.332-334.

<sup>789</sup> GEILKE, Georg. *Einführung in das Sowjetrecht. Op.cit.*, p.286; HANFMANN, M. *Der Zivilprozeß. Op.cit.*, p.447; GURVICH, M.A. *Derecho Procesal Civil Sovietico. Op.cit.*, p.476 ss.

(*supervisory review*) ou “inspeção”.<sup>790</sup> Este procedimento existia desde os tempos da União Soviética,<sup>791</sup> e suas características mais marcantes, como veremos, mantiveram-se na Rússia até recentemente.

Em relação às hipóteses de rescisão, historicamente estas eram muito amplas, podendo ser citada como exemplo a violação de “interesse público protegido pela lei”, ou “a contrariedade de normas materiais ou processuais”.<sup>792</sup> O código previa ainda a possibilidade de suspensão da execução até o término do procedimento. As hipóteses de cabimento classicamente previstas nos códigos, tanto naquele de 1964, como no recente código de 2002, continuam muito abrangentes, sendo caso de rescisão a “errônea aplicação da lei” e a “violação significativa de leis processuais que levaram à prolação de decisão ilegal”, conceitos abertos que, evidentemente, representam grande espaços para a rescisão.

Em razão dos objetivos a serem realizados por este procedimento de revisão da coisa julgada, notadamente a finalidade de exercer um “controle judiciário”, era conferida ampla legitimidade para o seu ajuizamento, não só às partes, mas também ao Ministério Público, submetido a avaliações com alto grau de discricionariedade.<sup>793</sup> O procedimento poderia ser iniciado também de ofício pelo presidente dos tribunais, não só com o escopo de uniformizar jurisprudência, bem assim para adequar a decisão ao direito objetivo.

Este formato de atuação *ex officio* já foi apontado como possível motivo para a perda da imparcialidade dos órgãos judiciários no julgamento destas causas.<sup>794</sup> De fato, a abertura que o processo civil soviético deu para a realização de interesses estatais, seguida em larga medida no processo russo atual, permitiu dogmaticamente uma intervenção irrestrita de sujeitos estatais por meio de cláusulas que remetem ao genérico conceito de interesse público.<sup>795</sup> É o que se observa também na legitimação estatal para o procedimento de supervisão.

<sup>790</sup> O ultimo termo é encontrado na tradução espanhola de GURVICH, M.A. *Derecho Procesal Civil Sovietico*. *Op.cit.*, p.13.

<sup>791</sup> BUTLER, W.E. *Soviet Law*. *Op.cit.*, p.99; GEILKE, Georg. *Einführung in das Sowjetrecht*. *Op.cit.*, p.286

<sup>792</sup> MARENKOV, Dmitry. *Zivilprozess und Schiedsgerichtsbarkeit*. *Op.cit.*, p.301; GURVICH, M.A. *Derecho Procesal Civil Sovietico*. *Op.cit.*, p.457-458. Sobre estas hipóteses de rescisão, em investigação focada no processo penal, mas em grande parte transponível ao processo civil, confira-se FINCKE, Martin. *Die aufsichtliche Überprüfung rechtskräftiger Strafurteile im Sovetrecht*. *Op.cit.*, p.158 ss.

<sup>793</sup> TIMASCHEW, N. *Die Gerichtsverfassung*. *Op.cit.*, p.432; BERMAN, Harold J. *Justice in Russia*. *Op.cit.*, p.169; BELLON, Jacques. *Le Droit Soviétique*. *Op.cit.*, p.102-105; GURVICH, M.A. *Derecho Procesal Civil Sovietico*. *Op.cit.*, p.463 ss; DAMAŠKA, Mirjan R. *The Faces of Justice and State Authority*. *Op.cit.*, p.187-188, 203.

<sup>794</sup> MARENKOV, Dmitry. *Zivilprozess und Schiedsgerichtsbarkeit*. *Op.cit.*, p.301; BUTLER, W.E. *Soviet Law*. *Op.cit.*, p.336, 348.

<sup>795</sup> GEILKE, Georg. *Einführung in das Sowjetrecht*. *Op.cit.*, p.281-282; BUTLER, W.E. *Soviet Law*. *Op.cit.*, p.339-340; HANFMANN, M. *Der Zivilprozeß*. *Op.cit.*, p.439-440.

O código de processo russo ainda afirma que o tribunal responsável pelo julgamento pode cassar a decisão impugnada e remeter ao juízo de origem para novo julgamento; pode ainda cassar e terminar o procedimento, deixando a questão sem decisão (algo similar a um *non liquet*), ou pode ele mesmo proferir novo julgamento no mérito.

### 3.5.2.4 A jurisprudência da Corte Europeia de Direitos do Homem e a reforma do Código russo

Curioso notar que, até os dias de hoje, vemos ferrenha defesa da sistemática do procedimento de fiscalização em importantes setores da processualística russa. Afirma-se que o sistema recursal não é suficiente para evitar injustiças, e que outra instância rescisória seria mais uma garantia em favor dos jurisdicionados.<sup>796</sup>

Porém, temos que, nos moldes em que era delineado o procedimento de fiscalização, este retratava claramente um mecanismo com fortes tendências autoritárias, comparado a outros modelos totalitários<sup>797</sup> e contrário às reivindicações garantistas do processo moderno.

Por essa razão, a Corte Europeia de Direitos Humanos foi provocada diversas vezes para apreciar a validade do procedimento de fiscalização russo. Dentre as decisões proferidas, destacam-se aquelas dos casos *Ryabykh*<sup>798</sup> e *Nelyubin*.<sup>799</sup>

No caso *Ryabykh*, a autora tinha ajuizado demanda ressarcitória contra um banco, sob a alegação de que, após reformas econômicas, os valores depositados em sua conta, correspondentes às economias de toda a sua vida, teriam sido inexatamente atualizados e creditados em quantia menor. A autora foi vitoriosa na primeira instância, mas o julgamento foi anulado em apelação, retornando à corte distrital para nova decisão. O juízo de primeira instância proferiu nova decisão, de conteúdo idêntico à anterior, novamente em favor de *Ryabykh*, apenas reajustando o valor devido como indenização por conta do maior retardo temporal para a prolação da segunda sentença. A decisão tornou-se definitiva e se iniciou a execução alguns dias depois. O presidente da Corte de Apelação de Belgorod, a qual havia anulado a decisão anterior, iniciou de ofício procedimento de supervisão para quebra da coisa julgada, sob a alegação de desconformidade da decisão com a lei. O pedido de quebra da coisa julgada foi julgado

<sup>796</sup> MALESHIN, Dmitry. *Some cultural characteristics of the new Russian Code of Civil Procedure of 2002*. *Op.cit.*, p.387.

<sup>797</sup> Como a *Nichtigkeitsbeschwerde* e a *außerordentlicher Einspruch* da Alemanha Oriental. Cf. FINCKE, Martin. *Die aufsichtliche Überprüfung rechtskräftiger Strafurteile im Sovetrecht*. *Op.cit.*, p.19-20.

<sup>798</sup> *Ryabykh v. Russia*, n.52854/99, j.24.07.2003.

<sup>799</sup> *Nelyubin v. Russia*, n.14502/04, j.02.11.2006.

procedente pela Corte Suprema da Rússia, determinando-se nova remessa para o juízo de primeira instância. Após uma terceira decisão em favor da autora, houve nova apelação, nova anulação pela Corte regional e uma quarta decisão ainda favorável a Ryabykh. Após ter sido provida sucessiva apelação, o tribunal determinou que fosse a causa remetida a outro órgão *a quo*, talvez por ter observado que aquele mesmo juízo provavelmente julgaria do mesmo jeito. No quinto julgamento da causa na primeira instância, agora por outro juízo, a demanda foi, pela primeira vez, julgada improcedente, sob argumento de não possuir embasamento legal. Houve recurso, e desta vez a decisão foi anulada por desrespeitar direitos fundamentais processuais do apelante. Na sexta decisão de primeiro grau, o juízo local julgou parcialmente procedente a demanda. Seguiu-se nova apelação do réu, rejeitada no tribunal regional, e o julgamento adquiriu novamente coisa julgada.

Algum tempo depois, as partes chegaram a um acordo para terminar os processos, avença que foi homologada pelo juízo. Os litigantes concordaram que o réu havia comprado para a autora um apartamento de valor equivalente à dívida reconhecida, e que portanto não havia mais razão para levar o litígio adiante. Poucos dias depois, a autora afirmou que a quantia referente ao imóvel não seria suficiente para saldar a dívida porque, convertendo o valor do apartamento em dólares americanos, e comparando este numerário com aquele que deveria receber, existiria uma diferença em seu favor. Solicitou então ao juízo que lhe fosse autorizado perseguir a diferença em outro processo. A autora ainda levou o caso à Corte Europeia de Direitos Humanos, sob alegada violação ao art.6º da Convenção (previdente de inúmeras garantias processuais) porque, segundo a reclamante, teriam sido violados seus direitos por ter havido revisão de decisão definitiva por meio do procedimento de supervisão previsto na legislação russa.

A corte europeia proveu a reclamação e asseverou que, apesar de ter sido, ao final, vitoriosa, a reclamante foi vítima de profunda incerteza gerada pelos acontecimentos do processo. Afirmou que um dos aspectos fundamentais do Estado de Direito era a certeza jurídica, que abrange a indiscutibilidade dos julgamentos definitivos, isto é, a coisa julgada, segundo a qual uma parte não pode pretender rever um julgamento definitivo apenas para obter nova audiência ou renovada decisão sobre a causa. O poder de revisão deve servir apenas para correção de erros judiciários e denegação de justiça, mas não para empreender novos exames. Os procedimentos de superação da coisa julgada não poderiam ser usados como apelações “disfarçadas” e a mera possibilidade de haver duas visões possíveis ou duas interpretações razoáveis para o resultado da



causa não justifica a rescisão. O afastamento da coisa julgada deve ser excepcional e derivar de circunstâncias de caráter convincente. Criticou-se também o fato de ser um procedimento iniciado de ofício pelo Judiciário.

Já no caso *Nelyubin*, o autor era militar e, após sua reforma das forças armadas russas, ajuizou demanda pedindo valores retroativos a título de pensão. A demanda foi julgada procedente e o órgão militar pagou a pensão determinada pelo juízo. O autor então ajuizou outra ação, desta vez indenizatória, buscando ressarcimento por danos causados pelo atraso no pagamento da pensão que lhe era devida. Esta segunda demanda também foi julgada procedente, e não houve apelação por parte da comissão militar, tendo a sentença adquirido coisa julgada. Em momento posterior, quando Nelyubin já havia iniciado a execução, os órgãos militares pediram a instauração do procedimento de supervisão para quebra da coisa julgada, sob alegação de que as regras civis referentes às indenizações não se aplicariam às pensões. O tribunal regional aceitou o pedido e cassou a decisão transitada em julgado, reformando-a, no mérito, para julgar improcedente o pedido. Nelyubin levou o caso à Corte Europeia de Direitos do Homem sob a alegação de que haveria violação aos seus direitos de propriedade pelo desfazimento de julgamento definitivo por meio do procedimento de supervisão.

A corte deu provimento à reclamação, e afirmou que, embora neste caso o órgão público fosse parte no procedimento rescisório (e então não se colocava a questão da iniciativa de ofício do próprio tribunal), era de reiterar-se a jurisprudência anterior no sentido de que os procedimentos de ruptura da coisa julgada devem ser excepcionais e não podem servir como apelações, sobretudo se não possuem rígidas limitações temporais, o que faria com que a revisão de um julgamento definitivo estivesse permanentemente aberta e sem qualquer restrição de prazo. Ademais, chamou-se a atenção para a contradição na conduta da comissão militar, que primeiramente não manejou a apelação, e só posteriormente ao trânsito em julgado lançou mão do procedimento de supervisão.

Outras decisões relevantes contra a Rússia foram posteriormente proferidas pela Corte Europeia de Direitos do Homem, todas referentes à disciplina do seu principal mecanismo rescisório, o procedimento de supervisão. Em todos os casos, a corte reafirmava tratar-se de um procedimento de severa abertura à revisão, sem necessidade de apresentação de razões convincentes para rever o conteúdo do julgado estável e sem nenhuma limitação temporal.

Chamava-se a atenção ainda para o fato de o procedimento poder ser iniciado por órgãos estatais que não tinham relação direta ou interesse material na causa.<sup>800</sup>

Após estas decisões, todas contrárias à jurisprudência então dominante no plano interno, as conclusões da Corte Europeia foram incorporadas pelo Tribunal Constitucional da Federação Russa, tendo sido ainda, em 2008, reformado substancialmente o capítulo do Código de Processo Civil que trata do procedimento de supervisão (arts.376-391).

Após estas reformas, o prazo de ajuizamento, p.ex., tornou-se limitado, seis meses a contar do trânsito em julgado.<sup>801</sup> A legitimidade do Ministério Público ainda é assegurada,<sup>802</sup> na esteira da tradição, que se mantém desde o processo soviético, de conferir um grande papel à *Prokuratura* no processo civil;<sup>803</sup> mas foi restringida a possibilidade de ajuizamento de ofício por órgãos judiciais. Ademais, garante-se maior participação dos interessados no procedimento (art.385). Trata-se de mais um reforço da tendência do novo processo civil russo de reduzir a estatalidade e rumar na direção de um verdadeiro processo de partes (*adversarial*).<sup>804</sup>

No que tange às hipóteses de rescisão, de fato estas foram restringidas após a reforma da lei (art.387). Hoje prevê o código que as decisões transitadas em julgado só podem ser revistas por razões que demonstrem a “essencial infringência” a normas de direito processual ou material que tenham influenciado o resultado da causa, e mesmo assim quando a proteção dos direitos e interesses violados não seja possível sem a eliminação do vício. Não obstante a redação mais libertária, a legislação mantém, de certa maneira, a tradição do processo soviético: um dos “interesses” que devem ser levados em consideração continua sendo o “interesse público protegido pela lei”.

### 3.5.3 Alemanha Oriental

<sup>800</sup> Vejam-se os casos *Pravednaya v. Russia*, n. 69529/01, j.18.11.2004; *Roseltrans v. Russia*, n. 60974/00, j.21.07.2005; *Volkova v. Russia*, n. 48758/99, j.05.04.2005.

<sup>801</sup> MARENKOV, Dmitry. *Zivilprozess und Schiedsgerichtsbarkeit*. *Op.cit.*, p.301.

<sup>802</sup> MALESHIN, Dmitry. *Russian Civil Procedure: an exceptional mix*. *Op.cit.*, p.106-107.

<sup>803</sup> Embora o Código de 2002 tenha restringido a iniciativa do MP. Cf. YARKOV, Vladimir. *Contemporary problems of russian Civil Procedure*. *Op.cit.*, p.376.

<sup>804</sup> De fato, o novo Código de Processo Civil russo de 2002, afastando-se do modelo inquisitorial do antigo código soviético, uma tendência que se via desde as reformas de meados da década de 1990, atribuiu maior força às partes na instrução probatória, sem contudo avançar totalmente ao modelo *adversarial* do *common law*. Cf. MALESHIN, Dmitry. O novo código de Processo civil russo de 2002, Trad. José Carlos Barbosa Moreira, in *Revista de Processo*, ano 30, n.121, mar, 2005, p.163-164; *Idem*, *Russian Civil Procedure: an exceptional mix*. *Op.cit.*, p.104 ss; *Idem*, *Some cultural characteristics of the new Russian Code of Civil Procedure of 2002*. *Op.cit.*, p.388-389.

Após o término da II Guerra Mundial, é sabida a divisão da Alemanha em dois países: a República Federal da Alemanha (Alemanha Ocidental), cuja capital era a cidade de Bonn, e a República Democrática Alemã (*Deutsche Demokratische Republik*, conhecida como DDR ou Alemanha Oriental), cuja capital era Berlim Oriental. Cada uma delas ficou sob dominação e influência de um dos blocos que, no pós-guerra, formaram-se na geopolítica europeia. O lado capitalista, representado pelos aliados EUA, França e Grã-Bretanha, exerceu sua influência na Alemanha Ocidental. E a República Democrática Alemã permaneceu, até a reunificação germânica de 1990, sob dominação soviética.

Naturalmente, era de esperar que as leis da Alemanha Oriental fossem profundamente marcadas pela adoção do regime socialista planejado e estatizado, com grande presença de órgãos públicos e supressão de direitos em nome do interesse da nação. E assim não foi diferente com o processo civil da antiga DDR. Como, em decorrência do socialismo, outra noção de liberdade individual e de direitos subjetivos foi introduzida no país, as funções do processo civil da Alemanha Oriental muito se aproximaram daquelas do processo soviético, compreendendo-se as instituições judiciárias como um instrumento de fortalecimento e promoção dos valores coletivos da ideologia socialista.<sup>805</sup>

Ainda que não com a força observada no processo soviético, também aqui o juiz possuía papel ativo na condução do processo, consentâneo com as funções públicas que o regime pregava para qualquer agente estatal; suas prerrogativas e poderes processuais justificavam-se também na constante busca pela verdade real.<sup>806</sup> De fato, na visão socialista, o “egoísmo” dos interesses das partes era considerado perigoso para os resultados do processo e, com vistas à adequação das decisões aos ditames da justiça e da verdade, o Estado deveria assumir as rédeas do processo. O princípio dispositivo, próprio do processo adversarial, seria “expressão do pensamento burguês” que garantiria apenas uma “liberdade aparente” das partes, promovendo antes um jogo de forças concorrentes que levaria à desigualdade.<sup>807</sup>

Destaque-se que o Ministério Público tinha muitas funções no processo civil, podendo, p.ex., apresentar uma espécie de recurso denominado “protesto” em todas as causas cíveis, com exceção daquelas referentes à separação.<sup>808</sup>

---

<sup>805</sup> SCHULZE-HAGEN, Alfons. *Die Grundsätze der Zivilrechtsprechung der DDR*. Berlin: Osteuropa-Institut, 1983, p.39-43.

<sup>806</sup> *Ibidem*, p.86-88.

<sup>807</sup> Confira-se exposição da ideologia socialista e a discussão sobre sua aplicabilidade ao processo alemão oriental em SCHULZE-HAGEN, Alfons. *Die Grundsätze der Zivilrechtsprechung der DDR*. *Op.cit.*, p.168-170.

<sup>808</sup> §149 da ZPO. Sobre o tema, BEYER, K.-H. *et alii*. *Zivilprozeß der DDR. Kommentar zur Zivilprozeßordnung*. *Op.cit.*, p.228.

Neste pano de fundo, algumas notas do direito positivo da antiga Alemanha Oriental, previstas na sua ordenança processual civil (ZPO), são interessantes no que tange ao sistema das estabilidades. Algumas preclusões e vinculações eram expressamente previstas, inclusive para o juiz. Dentre elas destacam-se as preclusões temporais (p.ex. §§150 e 157) e a preclusão para o juiz decorrente da prolação da sentença (preclusão consumativa), prevista no §82.

A coisa julgada, no que se refere à sua conceituação e limites, não se diferenciava muito da tradição do oeste. Era prevista a limitação da coisa julgada (§83) ao dispositivo da sentença (§78).<sup>809</sup> A literatura ainda mencionava sua limitação temporal em consonância com as lições da antiga tradição germânica.<sup>810</sup>

Mas é no campo dos mecanismos rescisórios que se colocam as maiores diferenças e pontos de interesse comparatístico no ordenamento da Alemanha Oriental. Havia dois principais instrumentos típicos: o recurso de cassação (*Kassationsverfahren*) e a ação rescisória (*Wiederaufnahmeverfahren*).<sup>811</sup>

O recurso de cassação podia ser ajuizado no prazo de um ano a contar do trânsito em julgado. Sua legitimidade era conferida ao Procurador-Geral e ao Presidente do Tribunal Superior (§160), e como fundamentos para a quebra da coisa julgada estavam a “ofensa ao direito objetivo” ou o “erro grosseiro na motivação da decisão”. Podia haver suspensão provisória da execução, caso esta tivesse iniciado, para aguardar o término do procedimento (§161).

Já a ação rescisória tinha como hipóteses de cabimento: a apresentação de fatos ou meios de prova que não eram de conhecimento do autor e do juízo ao tempo da prolação da sentença, e que fossem idôneos a justificar uma outra conclusão; a violação de normas referentes à representação de uma das partes; o impedimento e suspeição dos juízes e auxiliares da justiça; a incompetência do tribunal; ou a condenação criminal dos juízes ou auxiliares da justiça por conduta que possa ter influenciado a decisão.

Legitimados eram as partes ou o Ministério Público (§ 163), e a demanda deveria ser ajuizada em três meses a contar da ciência do vício até o máximo de dez anos do trânsito em julgado.

---

231 ss.

<sup>809</sup> Com efeito, o §83, alínea 2, da ZPO da Alemanha Oriental assemelha-se muito também com o art.472 do CPC brasileiro.

<sup>810</sup> BEYER, K.-H. *et alii*. *Zivilprozeß der DDR. Kommentar zur Zivilprozeßordnung*. *Op.cit.*, p.138 ss.

<sup>811</sup> *Ibidem*, p.245 ss.

Como se vê, é maior a similaridade aos modelos soviético e russo que em relação aos ordenamentos da Europa ocidental, sobretudo nas hipóteses de cabimento dos instrumentos rescisórios.

### 3.5.4 China

#### 3.5.4.1 A estrutura judiciária chinesa. A ideologia vigente e o papel do processo civil

O processo chinês passou por reformas legislativas importantes na última década, que modificaram os procedimentos judiciais concursais em 2006<sup>812</sup> e posteriormente, em 2007, viriam a alterar o Código de Processo Civil, vigente desde 1991.<sup>813</sup> Ao contrário do que muitos juristas imaginavam, as alterações normativas ao código revelaram-se pontuais, e o processo chinês continua sendo plasmado pela ideologia comunista, mesmo com a recente abertura capitalista.

Neste sentido, por exemplo, ainda vige o princípio inquisitivo, com reduzido papel das partes<sup>814</sup> e acentuado protagonismo do Ministério Público no processo civil,<sup>815</sup> disposições que já foram comparadas com aquelas da Alemanha Oriental.<sup>816</sup>

Além disso, o Judiciário nunca foi autônomo e independente, mas sempre subordinado ao Executivo.<sup>817</sup> Os tribunais populares são vistos como “guardiões atenciosos” do povo, sendo o aparato jurisdicional há muito tempo enxergado como um meio para reforçar a ideologia socialista. Além disso, os chineses sempre foram historicamente desencorajados a litigar em juízo, devendo tentar reconciliar-se fora dos tribunais,<sup>818</sup> o que só recentemente tem começado a mudar. Por exemplo, só há pouco tempo “iniciou-se” a reconhecer o direito de ação e de acesso aos tribunais.<sup>819</sup>

---

<sup>812</sup> SHEN, Hengliang. *Die Reform des chinesischen Konkursrechts. Zeitschrift für Zivilprozeß International*, ano 11, 2006, p.351-352.

<sup>813</sup> TIAN, Ping'an. *Die gegenwärtige Lage und die Zukunft der Zivilprozeßreform der Volksrepublik China. Zeitschrift für Zivilprozeß International*, ano 6, 2001, p.317.

<sup>814</sup> *Ibidem*, p.321.

<sup>815</sup> HAN-PAO MA, Herbert. *Legal system of the Republic of China. Rabels Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht*, ano 37, 1973, p.106.

<sup>816</sup> ZHOU, Cui. *Die jüngste Reform der chinesischen Zivilprozessordnung. Zeitschrift für Zivilprozeß International*, ano 12, 2007, p.333 e notas 31-34.

<sup>817</sup> *Ibidem*, p.325-326, 331.

<sup>818</sup> HAN-PAO MA, Herbert. *Legal system of the Republic of China. Op.cit.*, p.110.

<sup>819</sup> TIAN, Ping'an. *Die gegenwärtige Lage und die Zukunft der Zivilprozeßreform der Volksrepublik China. Op.cit.*, p.318-320.

Estas condições estruturais certamente criariam as bases para um sistema de estabilidades processuais com grande presença pública, sem garantias e funcionalizado em razão de interesses estatais.

#### 3.5.4.2 Coisa julgada

Na China, a decisão do processo judicial na primeira instância só adquire a coisa julgada quando expirado o prazo recursal ou quando os recursos são rejeitados ou inadmitidos, no que não há grande diversidade em relação aos modelos de tradição europeia-continental. Já as decisões dos tribunais de segunda instância ou do Superior Tribunal Popular adquirem coisa julgada a partir de sua notificação, e em alguns procedimentos especiais a coisa julgada se forma automaticamente com a prolação da decisão.<sup>820</sup>

O maior problema teórico da estabilidade da sentença parece-nos ser a pouca exigência de fundamentação das decisões dos tribunais populares. A atual doutrina chinesa critica a vagueza na descrição dos fatos que subjazem a controvérsia, e ainda a generalidade da menção e justificação dos dispositivos de lei aplicados na decisão.<sup>821</sup> Num tal sistema, fica muito difícil para as partes, senão impossível, aquilatar o que exatamente foi objeto da decisão, com claras repercussões nas estabilidades processuais.

Mas é no que se refere aos mecanismos de quebra da coisa julgada que o ordenamento chinês se destaca. E foi justamente este um dos pontos objeto de reforma legislativa recente, com modificações na sua disciplina legal. Vejamos no próximo tópico.

#### 3.5.4.3 Ação rescisória e o Procedimento de Fiscalização

O principal mecanismo de superação da coisa julgada no sistema chinês é a ação rescisória, prevista nos §§ 178 e seguintes do código. Sua legitimação é conferida às partes, mas também ao Ministério Público e aos próprios tribunais populares.<sup>822</sup>

Na China, existem quatorze fundamentos para a “ação rescisória” (§179, I, do Código). Dentre eles estão: a “prova nova” que possa alterar as conclusões do julgamento anterior, comum

<sup>820</sup> BU, Yuanshi. *Einführung in das Recht Chinas*. 2. ed., München: C.H.Beck, 2009, p.298.

<sup>821</sup> TIAN, Ping'an. *Die gegenwärtige Lage und die Zukunft der Zivilprozeßreform der Volksrepublik China*. *Op.cit.*, p.323.

<sup>822</sup> ZHOU, Cui. *Die jüngste Reform der chinesischen Zivilprozessordnung*. *Op.cit.*, p.328.

ao ordenamento brasileiro; ou quando o documento no qual se baseou a decisão tenha sido anulado ou alterado, e este erro puder influenciar a cognição judicial sobre a matéria;<sup>823</sup> defeitos de representação ou falta de litisconsórcio necessário, considerados vícios tão graves a ponto de permitir a desconstituição da coisa julgada; sentença à revelia sem devida comunicação do réu; ou ainda contra sentenças *ultra* ou *citra petita*. Mas existem hipóteses muito mais abertas para a revisão, como a simples alegação de uma “errônea aplicação das normas jurídicas”.<sup>824</sup>

A existência de tantas hipóteses de superação da coisa julgada é referida como sendo uma tendência da justiça chinesa de privilegiar a correção da sentença, mas também se destaca tratar-se de um meio para assegurar a confiança do povo nas instituições judiciárias.<sup>825</sup> Porém, há críticos que alertam para o possível abuso das regras rescisórias.<sup>826</sup>

O prazo para ajuizamento da demanda revisional é de dois anos a contar do trânsito em julgado, mas para certas hipóteses, como p.ex. a alteração do documento em que se baseou a sentença, o prazo é de três meses contados a partir da ciência do documento. A competência para julgamento é da instância imediatamente superior àquela que proferiu a decisão transitada em julgado.<sup>827</sup>

Outro interessante mecanismo típico de quebra da coisa julgada, considerado como uma espécie (ou sinônimo) da rescisória,<sup>828</sup> é o chamado de “procedimento de fiscalização” ou “procedimento de monitoramento” (§ 177),<sup>829</sup> com hipóteses de cabimento iguais àquelas da ação rescisória.

Cuida-se de um mecanismo de evidente tendência autoritária e criticado por setores da doutrina chinesa por contrariar qualquer ideia de estabilidade processual, permitindo uma superação da coisa julgada arbitrária e ilimitada, haja vista seu alto grau de discricionariedade decisória.<sup>830</sup>

Este procedimento não pode ser provocado pelas partes, podendo ser instaurado pelo Ministério Público ou de ofício pelos próprios tribunais. Ademais, ao contrário da rescisória chinesa, o procedimento de “fiscalização” pode interferir na execução do julgado, impedindo seu

<sup>823</sup> BU, Yuanshi. *Einführung in das Recht Chinas. Op.cit.*, p.302.

<sup>824</sup> ZHOU, Cui. *Die jüngste Reform der chinesischen Zivilprozessordnung. Op.cit.*, p.329.

<sup>825</sup> BU, Yuanshi. *Einführung in das Recht Chinas. Op.cit.*, p.303.

<sup>826</sup> ZHOU, Cui. *Die jüngste Reform der chinesischen Zivilprozessordnung. Op.cit.*, p.330.

<sup>827</sup> BU, Yuanshi. *Einführung in das Recht Chinas. Op.cit.*, p.303.

<sup>828</sup> ZHOU, Cui. *Die jüngste Reform der chinesischen Zivilprozessordnung. Op.cit.*, p.328.

<sup>829</sup> *Ibidem*, p.326, 331 ss.

<sup>830</sup> *Ibidem*, p.332.

prosseguimento. Além disso, não tem qualquer prazo para ser manejado,<sup>831</sup> embora o Superior Tribunal Popular tenha afirmado, em julgado de 2002, que o procedimento só pode ser movido uma única vez em relação à mesma causa.<sup>832</sup>

Na esteira da estatalidade própria do modelo revisional chinês, ainda existe uma terceira hipótese de revisão típica da coisa julgada, de legitimidade atribuída ao Ministério Público, que pode ajuizar o chamado “protesto” contra a *res iudicata* (§187).<sup>833</sup>

### 3.5.5 Comparação

Nos países de tradição socialista ou comunista, antes ou depois de sua abertura ao capitalismo ou a regimes mais democráticos, ainda podem ser vistos traços evidentes de autoritarismo no processo civil e no modelo das estabilidades processuais.

A ideologia estatal mistura-se com os objetivos judiciais, constantemente revelados na necessidade de garantir a “confiança do povo” e de promover a “proteção e guarda” da população. Outras vezes, sobretudo nos momentos históricos de mais acentuadas ditaduras, este patrulhamento ideológico foi mais escancarado, tendo sido o processo declaradamente funcionalizado em favor dos interesses do regime.

Existe pesada presença estatal no processo civil, observada até hoje no modelo das estabilidades. A coisa julgada e as preclusões são compreendidas num formato publicista diverso daquele observado nos modelos do *common law*. Nos países de tradição socialista, justifica-se uma maior intrusão na coisa julgada, reduzindo seu aspecto garantístico, pelo interesse superior na busca da verdade real e da justiça e correção das decisões judiciais.

Destaca-se também a abertura dos procedimentos rescisórios típicos, sempre com hipóteses de cabimento amplas e quase em todos os casos, com possibilidade de atuação oficiosa dos tribunais, como se viu na Alemanha Oriental e União Soviética, e como se vê até hoje na China e na Rússia até 2008. É de notar também a grande participação do Estado, através do Ministério Público, nos procedimentos de superação da coisa julgada.

<sup>831</sup> BU, Yuanshi. *Einführung in das Recht Chinas. Op.cit.*, p.303-304.

<sup>832</sup> ZHOU, Cui. *Die jüngste Reform der chinesischen Zivilprozessordnung. Op.cit.*, p.332.

<sup>833</sup> BU, Yuanshi. *Einführung in das Recht Chinas. Op.cit.*, p.304. A figura do protesto, seja como mecanismo recursal, seja como ação autônoma de impugnação, é e foi comum nos regimes socialistas. Na Alemanha Oriental, p.ex., havia um recurso de protesto, que podia ser manejado pelo Ministério Público, previsto no §149 da ZPO. Sobre o tema, BEYER, K.-H. *et alii. Zivilprozeß der DDR. Kommentar zur Zivilprozeßordnung*. Berlin: Staatsverlag, 1987, p.228, 231 ss.



### 3.6 Escandinávia

Outro grupo de países, com culturas e costumes assemelhados, e cuja aproximação folclórica permitiu uma similitude de seus sistemas jurídicos, é aquele que compreende os países da península escandinava.

Seu agrupamento justifica-se, por um lado, porque os países nórdicos, durante algum tempo, tiveram legislações comuns, seja voluntariamente seja por meio de dominações e guerras uns com os outros.<sup>834</sup> Ademais, de outro lado, no desenvolvimento histórico de seu direito, nem sempre foi sentida uma forte influência da tradição europeia-continental, talvez pela localização mais inóspita da região, posicionada próximo ao círculo polar ártico, ou ainda, na visão de alguns, pelo seu formato peninsular, que favorecia o distanciamento.<sup>835</sup>

Em relação especificamente ao tema das estabilidades, sobretudo coisa julgada e preclusão, estes países são de extremo interesse pelas referências clássicas de que, no antigo direito escandinavo, simplesmente não havia coisa julgada.<sup>836</sup> Vale dizer, estes países são a prova histórica de que se aplicou um modelo que desconhecia a “imutabilidade” da sentença, isto é, sem que as estabilidades processuais estivessem configuradas tal como as estamos acostumados a imaginar.

#### 3.6.1 Suécia e Finlândia

##### 3.6.1.1 Breve histórico e influências do direito processual

Até 1809, a Finlândia fazia parte da Suécia, sendo que, a partir daquela data e até 1918, a Finlândia passou a ser Grão Ducado da Rússia. Após o fim da I Grande Guerra, a Finlândia adquiriu independência. Porém, a influência sueca ainda é sensível. Nos dois países até hoje o sueco é língua oficial comum, e se pode afirmar que houve um desenvolvimento histórico

---

<sup>834</sup> v.WÜRTEMBERG, Erik Marks. *Die gemeinsame nordische Gesetzgebung, in Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht*, ano 10, 1936, p.705 ss.

<sup>835</sup> EKELÖF, Per Olof. *Wie man in Schweden Recht spricht*. Zürich: Scientia, 1949, p.25.

<sup>836</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Sulla cosa giudicata, Op.cit.*, p.400; *Idem, Principii di Diritto Processuale Civile. Op.cit.*, p.906-907.

aproximado de seus sistemas jurídicos, que originou não apenas uma tradição similar,<sup>837</sup> mas permitiu também uma proximidade de toda a principiologia do processo civil nestes países.

Foram duas as grandes codificações suecas, datadas de 1734 e 1942 (com entrada em vigor em 1948). Antes delas, havia os códigos provinciais, inicialmente memorizados e passados oralmente de geração para geração, e que posteriormente (do ano 1220 em diante) ganharam versões escritas.<sup>838</sup> Na Suécia, o Código de 1942, ainda em vigor, sofreu muitas reformas ao longo do séc.XX.<sup>839</sup>

Em muitos momentos históricos, passando pelos períodos em que os dois países eram unidos, pela dominação da Finlândia pela Rússia e mesmo após a independência finlandesa decorrente dos acordos da I Guerra Mundial, a Finlândia aderiu a vários diplomas legislativos escandinavos.<sup>840</sup> Até hoje ainda vige na Finlândia o Código de Processo sueco de 1734,<sup>841</sup> posto que tenha passado por grandes reformas, como a de 1948 a respeito do direito probatório e aquela de 1993 nas cortes de primeira instância.<sup>842</sup>

Com a influência acadêmica de Wrede, que estudou na Alemanha com Wach e Bülow, a partir do final do séc.XIX tentaram-se implementar as teorias recém desenvolvidas em solo germânico ao processo finlandês, com alguma dificuldade por causa da antiga legislação sueca do séc.XVIII. Todas as tentativas de edição de um novo Código foram minadas pela instabilidade política, primeiro no período de dominação russa e posteriormente por conta das duas guerras mundiais que assolaram a Europa. Após o término da II Grande Guerra, somente reformas pontuais foram elaboradas.<sup>843</sup>

No que tange às influências preponderantes do processo civil nestes países, vê-se que o direito canônico teve papel de destaque em parte do desenvolvimento do direito sueco, e, no campo processual, especialmente nas regras probatórias (referentes ao juramento e ao sistema da

<sup>837</sup> TIRKKONEN, Tauno. *Das Zivilprozessrecht Finnlands*. Helsinki: Suomalaisen Kirjallisuuden Kirjapaino Oy, 1958, p.1-5; WREDE, R.A. *Das Zivilprozessrecht Schwedens und Finnlands*. Mannheim: J.Bensheimer, 1924, p.4 ss, 39 ss; GINSBURG, Ruth Bader; BRUZELIUS, Anders. *Civil Procedure in Sweden*. The Hague: Martinus Nijhoff, 1965, p.2-7; MILLAR, Robert Wyness. *The premises of the judgement as res iudicata in continental and anglo-american Law*. *Op.cit.*, p.28.

<sup>838</sup> GINSBURG, Ruth Bader; BRUZELIUS, Anders. *Civil Procedure in Sweden*. *Op.cit.*, p.28-36.

<sup>839</sup> LINDBLOM, Per Henrik. *Group litigation in Scandinavia*. *Op.cit.*, p.87-88.

<sup>840</sup> v. WÜRTEMBERG, Erik Marks. *Die gemeinsame nordische Gesetzgebung*. *Op.cit.*, p.711 ss.

<sup>841</sup> LAUKKANEN, Sakari. *Die Entwicklung des finnischen Zivilprozeßrechts und die Veränderung der Rolle des Richters*. *Zeitschrift für Zivilprozeß International*, ano 2, 1997, p.227-228.

<sup>842</sup> VILKKONEN, Eero. *Court organization and procedure*, in UOTILA, Jaakko (Ed.). *The finnish legal system*. 2. ed., Helsinki: Finnish Lawyers Publishing, 1985, p.92; JOKELA, Antti. *Legal Procedure*, in PÖYHÖNEN, Juha (Ed.). *An Introduction to Finnish Law*. Helsinki: Finnish Lawyers' Publishing, 1993, p.245-246; LINDBLOM, Per Henrik. *Group litigation in Scandinavia*. *Op.cit.*, p.87.

<sup>843</sup> LAUKKANEN, Sakari. *Die Entwicklung des finnischen Zivilprozeßrechts und die Veränderung der Rolle des Richters*. *Op.cit.*, p.228-229.

prova tarifada). Posteriormente, a partir do séc.XVIII, foi o direito romano que assumiu maior tendência condicionante na sistematização do ordenamento da Suécia e finalmente, a partir do séc.XIX, observou-se algum influxo recebido das codificações napoleônicas.<sup>844</sup>

Já no séc.XX, a vitória dos bolcheviques na URSS e o advento da ordenança processual austríaca de Klein, com uma forte tendência publicista, levaram a literatura processual sueca a sugerir a redução das prerrogativas das partes e aumento dos poderes do juiz, movimento que só viria a arrefecer após a derrota do nacional-socialismo alemão na segunda Grande Guerra.<sup>845</sup> A partir de então, mesmo sendo sistemas de *civil law*, alguns aspectos do processo civil do *common law* podem ser visualizados.<sup>846</sup>

### 3.6.1.2 Coisa julgada e preclusões. Conceito e escopo das estabilidades

Na Suécia, existem inúmeras previsões de preclusões, previstas inclusive para o juiz (preclusões consumativas), como aquela que o proíbe de emendar ou complementar a decisão depois de sua prolação.<sup>847</sup> Esta característica reflete um antigo sentimento de “suspeita” em relação a uma maior participatividade dos juízes no processo sueco, que levou à restrição de seus poderes. A desconfiança e limitação da atuação da magistratura derivou em grande parte do engajamento de juízes na construção do Estado do Bem Estar Social, que só arrefeceu a partir da década de 90 do séc.XX, com o ingresso dos países escandinavos na União Europeia, quando começou a ser vista uma tendência de ampliação do papel do juiz no processo civil.<sup>848</sup>

Na Finlândia, embora previsto o princípio dispositivo, o papel dos juízes sempre foi mais acentuado, até porque, como muitas das disposições legais não distinguem entre processo civil e processo penal, o ensino do direito processual sempre compreendeu ambas as matérias num só conjunto. Portanto, os próprios especialistas finlandeses acabam sendo influenciados por uma maior atividade do juiz no processo, na esteira da concepção “social” do processo.<sup>849</sup>

<sup>844</sup> EKELÖF, Per Olof. *Wie man in Schweden Recht spricht. Op.cit.*, p.28-29, 48.

<sup>845</sup> Como relata Ekelöf, *Ibidem*, p.48 ss.

<sup>846</sup> Como a pressão sistêmica para acordos pré-processuais, a concentração da colheita de prova numa audiência oral, a *cross-examination* de testemunhas, dentre outros. A lei de custos britânica, p.ex., é aplicada na Escandinávia. Cf.LINDBLOM, Per Henrik. *Group litigation in Scandinavia. Zeitschrift für Zivilprozeß International*, ano 13, 2008, p.87.

<sup>847</sup> GINSBURG, Ruth Bader; BRUZELIUS, Anders. *Civil Procedure in Sweden. Op.cit.*, p.304.

<sup>848</sup> LINDBLOM, Per Henrik. *Group litigation in Scandinavia. Op.cit.*, p.86.

<sup>849</sup> LAUKKANEN, Sakari. *Die Entwicklung des finnischen Zivilprozeßrechts und die Veränderung der Rolle des Richters. Op.cit.*, p.231-236.

Para as partes, destacam-se, além das preclusões temporais, aquelas decorrentes da tendência sueca de concentração das alegações, que favorece a dedução, em um só processo, de toda a matéria referente à lide sob pena de preclusão.<sup>850</sup>

No direito processual sueco e finlandês, até o Código de 1942, não havia nenhuma regra legal que previsse a coisa julgada (*rättskraft*) expressamente.<sup>851</sup> Não obstante, mesmo antes dessa época, a coisa julgada já era admitida, na esteira da influência germânica, para os julgamentos finais de mérito,<sup>852</sup> formando-se após o esgotamento do prazo recursal. Nestes países, a conceituação da coisa julgada, seus limites, bem como sua previsão legal não se diferenciam muito da tradição europeia.<sup>853</sup>

Destaca-se ainda a necessidade de paz e segurança jurídica, sendo tarefa do Estado garanti-las e as preservar, forte no instituto da coisa julgada. Rejeita-se, por outro lado, a associação da coisa julgada com a “justiça” do conteúdo da decisão, pois não pode o instituto ser definido como “ficção da verdade”. A coisa julgada pode, na visão da literatura destes países, cobrir tanto conteúdos corretos como injustos.<sup>854</sup>

Tanto na Suécia quanto na Finlândia, desde há muito tempo, diferenciam-se a coisa julgada formal da coisa julgada material,<sup>855</sup> embora a tradição legal sueca tenha denominado a coisa julgada formal de “força de lei” (*laga kraft*). A doutrina avalia positivamente a diferença de nomenclatura, pois o uso de outra expressão evita a confusão com a “verdadeira” coisa julgada “material”.<sup>856</sup> Contudo, os conceitos são idênticos aos conhecidos por aqui, sendo moeda corrente também afirmar que a coisa julgada formal é pressuposto para o surgimento da coisa julgada material.<sup>857</sup>

Convém ressaltar que, nestes sistemas jurídicos, o processo é muito encarado em seu caráter público<sup>858</sup> e em virtude de suas funções sociais. Nos últimos anos, há relatos de que se têm reforçado ainda os deveres decorrentes do contraditório, chamando as partes para uma maior

<sup>850</sup> GINSBURG, Ruth Bader; BRUZELIUS, Anders. *Civil Procedure in Sweden*. *Op.cit.*, p.309-310.

<sup>851</sup> *Ibidem*, p.306.

<sup>852</sup> As decisões terminativas por razões processuais não adquirem coisa julgada. Cf. TIRKKONEN, Tauno. *Das Zivilprozessrecht Finnlands*. *Op.cit.*, p.53.

<sup>853</sup> WREDE, R.A. *Das Zivilprozessrecht Schwedens und Finnlands*. *Op.cit.*, p.256 ss. Confirmam-se textos legais do direito sueco em SIMSON, Gerhard. *Das Zivil- und Strafprozeßgesetz Schwedens*. Berlin: Walter de Gruyter, 1953, p.71, 206 ss.

<sup>854</sup> WREDE, R.A. *Das Zivilprozessrecht Schwedens und Finnlands*. *Op.cit.*, p.258.

<sup>855</sup> TIRKKONEN, Tauno. *Das Zivilprozessrecht Finnlands*. *Op.cit.*, p.51.

<sup>856</sup> WREDE, R.A. *Das Zivilprozessrecht Schwedens und Finnlands*. *Op.cit.*, p.257.

<sup>857</sup> GINSBURG, Ruth Bader; BRUZELIUS, Anders. *Civil Procedure in Sweden*. *Op.cit.*, p.306.

<sup>858</sup> TIRKKONEN, Tauno. *Das Zivilprozessrecht Finnlands*. *Op.cit.*, p.11-13.

responsabilidade e colaboração.<sup>859</sup> A coisa julgada, portanto, vem referida constantemente sob a óptica dos interesses públicos que o ordenamento visa a preservar através dela. Portanto, afirma-se seu caráter absolutamente vinculativo,<sup>860</sup> aplicável de ofício pelo juiz em qualquer caso em que observe já ter havido decisão definitiva sobre o mesmo objeto.<sup>861</sup>

Os efeitos ou funções da coisa julgada, na Suécia, são descritos tal como a tradição europeia-continental. O efeito negativo, denominado efeito “processual”, similar ao *ne bis in idem* e que importa em um pressuposto processual negativo;<sup>862</sup> e o efeito positivo, chamado também de efeito “prejudicial”.<sup>863</sup>

### 3.6.1.3. Limites e efeitos da coisa julgada

Enquanto em outros aspectos não enxergamos grandes diferenças para a sistematização europeia clássica, cabem notas a respeito dos limites objetivos da *res iudicata*. Isso porque parte da literatura sueca já sustentou a extensão dos limites objetivos da coisa julgada a certas parcelas da fundamentação, quando se fizesse necessário compreender uma circunstância de individualização da demanda que estivesse em ligação estreita com a conclusão da sentença. O mesmo poder-se-ia sustentar para as questões prejudiciais quando a relação de proximidade com o conteúdo do pedido for tão evidente que não as seja possível apartar.<sup>864</sup>

Não obstante estes posicionamentos doutrinários, já se afirmou também que a defesa da estabilidade das prejudiciais remetia a referências ambíguas que não se ajustavam às decisões jurisprudenciais da época.<sup>865</sup>

De fato, mais recentemente, é majoritário o grupo de autores que se filiam à tradição continental e limitam a vinculatividade da coisa julgada ao dispositivo da sentença. É de lembrar

<sup>859</sup> JOKELA, Antti. *Legal Procedure. Op.cit.*, p.251-252; LAUKKANEN, Sakari. *Die Entwicklung des finnischen Zivilprozeßrechts und die Veränderung der Rolle des Richters. Op.cit.*, p.240 ss.

<sup>860</sup> KOUSSOULIS, Stelios. *Beiträge zur modernen Rechtskraftlehre. Op.cit.*, p.63-64; TIRKKONEN, Tauno. *Das Zivilprozessrecht Finnlands. Op.cit.*, p.38.

<sup>861</sup> MILLAR, Robert Wyness. *The premises of the judgement as res iudicata in continental and anglo-american Law. Op.cit.*, p.8; WREDE, R.A. *Das Zivilprozessrecht Schwedens und Finnlands. Op.cit.*, p.259.

<sup>862</sup> TIRKKONEN, Tauno. *Das Zivilprozessrecht Finnlands. Op.cit.*, p.38, 52.

<sup>863</sup> GINSBURG, Ruth Bader; BRUZELIUS, Anders. *Civil Procedure in Sweden. Op.cit.*, p.307-309.

<sup>864</sup> WREDE, R.A. *Das Zivilprozessrecht Schwedens und Finnlands. Op.cit.*, p.260-261; TIRKKONEN, Tauno. *Das Zivilprozessrecht Finnlands. Op.cit.*, p.53.

<sup>865</sup> MILLAR, Robert Wyness. *The premises of the judgement as res iudicata in continental and anglo-american Law. Op.cit.*, p.29.

também que o atual Código de Processo Civil sueco prevê mecanismo similar à ação declaratória incidental, o que sugere adesão à limitação objetiva que excluiria as razões de decidir.<sup>866</sup>

#### 3.6.1.4 Instrumentos de superação da coisa julgada e das preclusões

Em relação aos instrumentos de superação da coisa julgada, veem-se algumas peculiaridades no processo sueco e finlandês. Nestes sistemas, alguns dos mecanismos extraordinários de impugnação só podem ser ajuizados perante o Tribunal Superior e não são vinculados a nenhum prazo. Falemos um pouco das espécies de quebra da *res iudicata* encontradas nestes ordenamentos.

O principal mecanismo de superação da coisa julgada é a “restituição” (*resning*), que é uma revisão com base em razões substantivas. Na Finlândia, entende-se que a *restitutio* pode ser utilizada apenas contra a estabilidade da sentença de mérito, e deve ser baseada no surgimento de novos elementos fáticos.<sup>867</sup> É similar, portanto, à ação rescisória brasileira.

Já na Suécia, a Suprema Corte permite o uso da restituição em quatro hipóteses de cabimento: I) conduta criminosa por membros do juízo, servidores, conselheiro ou representante da parte que possa ter afetado o resultado do processo; II) prova falsa ou testemunho falso (escrito ou oral) que tenha influenciado o resultado; III) decisão fundamentada em interpretação claramente contrária à lei; IV) novos fatos ou surgimento de novas provas que demonstrem provável que se pudesse anteriormente chegar a outra conclusão, mas desde que o requerente demonstre ter causa justa para não ter apresentado este elemento durante o processo ou em apelação.<sup>868</sup>

Note-se que, quando estamos diante de “novas razões” que não eram conhecidas à época da prolação da sentença, a doutrina já afirmou que, dentre estes elementos, apenas circunstâncias fáticas podem ser alegadas, mas não há necessidade de que sejam “fatos novos”: o surgimento de “novos meios de prova” também pode ensejar o cabimento do instrumento rescisório.<sup>869</sup>

O segundo mecanismo previsto para a quebra da estabilidade no sistema sueco pode ser traduzido como “restauração do prazo perdido”, similar à *rimessione in termine* italiana ou a *Wiedereinsetzung in den vorigen Stand* tedesca, e significa a devolução do prazo para a prática de

<sup>866</sup> GINSBURG, Ruth Bader; BRUZELIUS, Anders. *Civil Procedure in Sweden. Op.cit.*, p.306-307.

<sup>867</sup> TIRKKONEN, Tauno. *Das Zivilprozessrecht Finnlands. Op.cit.*, p.62.

<sup>868</sup> GINSBURG, Ruth Bader; BRUZELIUS, Anders. *Civil Procedure in Sweden. Op.cit.*, p.333-334.

<sup>869</sup> WREDE, R.A. *Das Zivilprozessrecht Schwedens und Finnlands. Op.cit.*, p.302-304.

um ato processual em favor da parte que tenha se omitido.<sup>870</sup> Este instrumento, que parece ter historicamente derivado da *resning*,<sup>871</sup> pode ser usado para “apagar” a perda de qualquer prazo, inclusive o prazo recursal. Assim, nota-se um tratamento conjunto das preclusões e da coisa julgada, já que a restituição pode ser aplicada para obter-se a devolução do prazo para apelar, evitando a coisa julgada.

O único pressuposto para o deferimento da restauração do prazo perdido é que o requerente demonstre haver uma razão que justifique sua inatividade.<sup>872</sup> Não obstante não existir prazo expresso para solicitar a restituição, entende-se que a parte não pode manejar este instrumento contrariamente à boa-fé, como forma de chicana para retardar o término da lide ou a implementação de direitos.

O terceiro mecanismo existente para a superação da coisa julgada é chamado de “revisão por grave erro procedimental”, também denominada na Finlândia de “restituição por analogia”.<sup>873</sup> Trata-se de remédio para a correção de defeitos processuais que a corte poderia ter verificado de ofício, sempre que estes erros tenham afetado a solução da causa. Dentre os vícios que tornam cabível o mecanismo, a literatura aponta aqueles referentes à competência dos órgãos colegiados, os referentes ao contraditório (falta de citação de litisconsortes necessários, p.ex.), ou a ambiguidade no conteúdo do julgamento.<sup>874</sup>

Por fim, cabe lembrar que já se permitiu, por razões históricas e na esteira da influência romana, a utilização da *querela nullitatis* para atacar vícios processuais em evidente contrariedade à lei.<sup>875</sup>

### 3.6.2 Dinamarca e Noruega

O direito processual dano-norueguês foi, durante algum tempo, unificado, até a edição dos Códigos nacionais do início do séc.XX (Código de 1916-1919, para a Dinamarca, e 1915-1927,

<sup>870</sup> TIRKKONEN, Tauno. *Das Zivilprozessrecht Finnlands. Op.cit.*, p.61; GINSBURG, Ruth Bader; BRUZELIUS, Anders. *Civil Procedure in Sweden. Op.cit.*, p.333.

<sup>871</sup> WREDE, R.A. *Das Zivilprozessrecht Schwedens und Finnlands. Op.cit.*, p.300-301.

<sup>872</sup> GINSBURG, Ruth Bader; BRUZELIUS, Anders. *Civil Procedure in Sweden. Op.cit.*, p.336.

<sup>873</sup> TIRKKONEN, Tauno. *Das Zivilprozessrecht Finnlands. Op.cit.*, p.63.

<sup>874</sup> GINSBURG, Ruth Bader; BRUZELIUS, Anders. *Civil Procedure in Sweden. Op.cit.*, p.336-337.

<sup>875</sup> WREDE, R.A. *Das Zivilprozessrecht Schwedens und Finnlands. Op.cit.*, p.263.

para a Noruega).<sup>876</sup> A Noruega possui um dos mais recentes estatutos processuais gerais do mundo: seu novo Código de Processo Civil (*Tvisteloven*) entrou em vigor em janeiro de 2008.<sup>877</sup>

Ao contrário da Suécia e da Finlândia, a Dinamarca sempre foi um dos países da Escandinávia com maior proximidade geográfica, política e comercial com o continente europeu. Esta aproximação permitiu maior influência das culturas continentais sobre seu sistema jurídico. O direito romano não foi a fonte principal do direito processual dinamarquês, que se abeberou sobretudo do direito comum,<sup>878</sup> canônico e germânico. Posteriormente, puderam ser observados traços importados dos ordenamentos inglês e francês.<sup>879</sup>

No que se refere ao modelo das estabilidades, as semelhanças com o processo de tradição romano-germânica há longo tempo vem sendo salientadas para ambos os países.

Embora o processo dinamarquês historicamente tenha experimentado períodos legislativos de imposição de rigorosos deveres de veracidade e cooperação para as partes,<sup>880</sup> com maior participação do juiz,<sup>881</sup> a visão atual é um pouco mais liberal, ressaltando-se o caráter garantístico da coisa julgada.<sup>882</sup> Ainda assim, p.ex., entende-se que os pressupostos processuais podem ser conhecidos *ex officio* pelo juiz, e dentre eles a existência de coisa julgada.<sup>883</sup> Na Noruega existe inclusive previsão expressa neste sentido.<sup>884</sup>

Na Dinamarca, adota-se a teoria processual da coisa julgada.<sup>885</sup> A doutrina parte também, nos moldes da teorização europeia-continental, da separação entre coisa julgada formal e material,<sup>886</sup> bem como da divisão das funções negativa e positiva da *res iudicata*.<sup>887</sup>

Em relação aos limites temporais, a mudança nos fatos permite sempre uma nova demanda. Alegações, defesas e também meios de prova, que não existiam à época do primeiro processo, podem ser alegadas no processo posterior.<sup>888</sup>

<sup>876</sup> GÜNTHER, Karl. *Das Privatrecht in Dänemark*, in *Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht*, ano 13, 1940/1941, p.139; MILLAR, Robert Wyness. *The premises of the judgement as res iudicata in continental and anglo-american Law*. *Op.cit.*, p.25; STEIN, L. *Die Geschichte des dänischen Civilprocesses und das heutige Verfahren*. Kiel: Scwher, 1841, p.154 ss.

<sup>877</sup> LINDBLOM, Per Henrik. *Group litigation in Scandinavia*. *Op.cit.*, p.87.

<sup>878</sup> STEIN, L. *Die Geschichte des dänischen Civilprocesses und das heutige Verfahren*. *Op.cit.*, p.111-112.

<sup>879</sup> MUNCH-PETERSEN, H. *Das Zivilprozess Dänemarks*. Mannheim: J.Bernsheimer, 1932, p.1-4.

<sup>880</sup> *Ibidem*, p.30-31.

<sup>881</sup> STEIN, L. *Die Geschichte des dänischen Civilprocesses und das heutige Verfahren*. *Op.cit.*, p.63-68, 97-98, 145-149, 174 ss.

<sup>882</sup> THUESEN, Elisabeth e LANDO, Ole. *Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil danois*. *Op.cit.*, p.352-353.

<sup>883</sup> MUNCH-PETERSEN, H. *Das Zivilprozess Dänemarks*. *Op.cit.*, p.130.

<sup>884</sup> MILLAR, Robert Wyness. *The premises of the judgement as res iudicata in continental and anglo-american Law*. *Op.cit.*, p.8, 27-28. Na Dinamarca, não havia, até 1932, qualquer norma expressa a respeito da coisa julgada. MUNCH-PETERSEN, H. *Das Zivilprozess Dänemarks*. *Op.cit.*, p.129.

<sup>885</sup> MUNCH-PETERSEN, H. *Das Zivilprozess Dänemarks*. *Op.cit.*, p.129.

<sup>886</sup> *Ibidem*, p.129.

<sup>887</sup> THUESEN, Elisabeth e LANDO, Ole. *Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil danois*. *Op.cit.*, p.353; MUNCH-PETERSEN, H. *Das Zivilprozess Dänemarks*. *Op.cit.*, p.130.



No que tange aos limites objetivos, a doutrina sustenta, tanto na Noruega quanto na Dinamarca, a regra geral da limitação da coisa julgada ao dispositivo. Porém, admite-se a vinculação às questões prejudiciais que tenham sido especificamente decididas. Na Noruega, mais do que na Dinamarca, houve ênfase na “vontade” da parte para que houvesse vinculação da questão prejudicial.<sup>889</sup> Na Dinamarca, ao contrário, afirma-se que não é suficiente a mera discussão entre as partes: para que haja efeito preclusivo, não basta que a questão tenha sido debatida no primeiro processo, sendo imprescindível a decisão expressa sobre o ponto.<sup>890</sup> Porém, entende-se que este conteúdo pode ser extraído não apenas do dispositivo da sentença, mas também das razões de decidir.<sup>891</sup>

Em relação aos mecanismos de superação da coisa julgada, na Dinamarca existe apenas um instrumento rescisório, contra decisões do Tribunal Superior, com as seguintes hipóteses de cabimento: alta probabilidade de que a decisão impugnada esteja errada; que o erro não tenha sido causado por culpa do requerente; que o pedido seja baseado em novos documentos que possam levar a resultado diverso; que tais circunstâncias indiquem que o requerente possa sofrer um prejuízo sensível.<sup>892</sup>

### 3.6.3 Comparação

No que se refere às conceituações principais a respeito da coisa julgada, suas funções, efeitos, não se veem muitas diferenças dos ordenamentos escandinavos atuais para aqueles da tradição romano-germânica.

Em relação aos limites objetivos, já se sustentou historicamente na Suécia e vinculação das prejudiciais, embora atualmente seja minoritária esta posição. Na Noruega e na Dinamarca, por outro lado, admite-se que a coisa julgada pode atingir questões prejudiciais.

Digno de referência são os instrumentos de superação das estabilidades, que na Suécia remontam a um tratamento comum de coisa julgada e preclusões. Além disso, dentre os requisitos para a aplicação da restituição no ordenamento sueco, destaca-se a prova nova que não

---

<sup>888</sup> WERLAUFF, Erik. *Civil Procedure in Denmark*. The Hague: Kluwer Law, 2001, p.69-70; MUNCH-PETERSEN, H. *Das Zivilprozess Dänemarks*. *Op.cit.*, p.130-131.

<sup>889</sup> MILLAR, Robert Wyness. *The premises of the judgement as res iudicata in continental and anglo-american Law*. *Op.cit.*, p.25.

<sup>890</sup> *Ibidem*, p.26-27.

<sup>891</sup> MUNCH-PETERSEN, H. *Das Zivilprozess Dänemarks*. *Op.cit.*, p.131-132.

<sup>892</sup> *Ibidem*, p.143, 151.

pôde ser utilizada no processo anterior por uma razão justificável para a omissão da parte. O mesmo é previsto na Dinamarca, onde se admite que a limitação temporal da coisa julgada não abrange argumentos omitidos quando não puderam ter sido alegados no primeiro processo.

#### **4 PRIMEIRA PREMISA: SEGURANÇA JURÍDICA COMO CONTINUIDADE. ESTABILIDADE E DINAMISMO**

“(…) com a coisa julgada chegou-se a um point of no return. Cortaram-se as pontes, queimaram-se as naves; é impraticável o regresso. Não se vai ao extremo bíblico de ameaçar com a transformação em estátua de sal quem pretender olhar para trás; mas adverte-se que nada do que se puder avistar, nessa mirada retrospectiva, será eficazmente utilizável como aríete contra a muralha erguida. Foi com tal objetivo que se inventou a coisa julgada material; e, se ela não servir para isso, a rigor nenhuma serventia terá”.

*José Carlos Barbosa Moreira*

Neste capítulo, analisaremos o panorama geral da segurança jurídica, especificamente aplicado em relação aos atos processuais, e de maneira a buscar fundamento sólido e justificação coerente para nossas propostas.

Primeiramente, devemos deixar claro que entendemos ser importante ao Estado de Direito tornar estáveis, de alguma forma, os efeitos pretéritos dos atos praticados no passado, sejam eles atos estatais ou atos privados. A segurança jurídica através da estabilidade dos atos já aperfeiçoados é algo que deve ser preservado e incentivado como fator de previsibilidade a permitir que os indivíduos programem suas vidas e suas relações jurídicas e econômicas sem receio de alterações regulativas inesperadas.<sup>893</sup>

E é neste quadro que se inserem as estabilidades processuais, e sobretudo a coisa julgada.

Tentaremos, todavia, demonstrar neste capítulo que a segurança jurídica deve ter preocupação não apenas com elementos pretéritos, mas também com atos e acontecimentos futuros. Além disso, buscaremos um formato dinâmico da segurança que permita margens de modificação das estabilidades. Ao contrário da passagem de Barbosa Moreira, em destaque no início do capítulo, nossa proposta pretende unir coisa julgada e as mudanças necessárias no conteúdo dos atos do processo.

---

<sup>893</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva; PAVAN, Claudia Fonseca Morato. Segurança jurídica, boa-fé e proporcionalidade. Coisa julgada. Impossibilidade material de retroação. Modulação temporal. *Revista Dialética de Direito Processual*, n.79, out. 2009, p.138-139, 152.

## 4.1 O modelo tradicional de segurança como imutabilidade: ausência de tratamento conjunto das estabilidades dos atos do Estado

### 4.1.1 Imutabilidade: característica não comum aos atos estatais legislativos e administrativos

No primeiro capítulo, salientamos a ligação que se faz constantemente entre a coisa julgada e os objetivos estatais de afirmação do poder político e de garantir a paz social, como se a estabilidade da vida em sociedade *dependesse* da *res iudicata*. Diz-se que sem ela os conflitos seriam intermináveis, as discussões infundáveis e reinaria a insegurança e o caos.

Nesta ordem de ideias, o atributo principal que a coisa julgada estaria destinada a conferir às sentenças, portanto, seria a *imutabilidade* de seu conteúdo (ou de seu conteúdo e efeitos), uma propriedade geralmente relacionada à intangibilidade do ato jurídico.<sup>894</sup> E muitos autores chegaram a afirmar que a coisa julgada, pela estabilidade que empresta ao direito, seria um predicado *inerente* à jurisdição.<sup>895</sup>

Com todas as vênias, pensar que a inalterabilidade é característica que deve estar intrinsicamente contida nos atos do Estado é uma pressuposição que não se comprova por um simples e rápido inventário dos atos estatais. As leis são revogáveis, os atos administrativos também,<sup>896</sup> e não perdem força, eficácia ou imperatividade como manifestações de poder estatal pelo tão só fato de não serem ou não se tornarem “imutáveis”. E isso é notado por alguns autores na doutrina clássica: o próprio Barbosa Moreira admite que há atos declaratórios instáveis em outras atividades estatais (atos administrativos, p.ex.).<sup>897</sup> Portanto, temos que reconhecer este

<sup>894</sup> Sobre as várias acepções de segurança, inclusiva esta da previsibilidade, Cf. ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica no direito tributário*. *Op.cit.*, p.131.

<sup>895</sup> COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. *Op.cit.*, p.335; MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional*. *Op.cit.*, p.56-61, 184. Já Liebman admitia jurisdição sem coisa julgada, razão pela qual teve que estender a coisa julgada aos efeitos da sentença, pois não conseguiria conceber que uma parte do ato jurisdicional não adquirisse o caráter de imutabilidade. Confira-se ainda SILVA, Ovídio Baptista da. *Conteúdo da sentença e coisa julgada*. *Op.cit.*, p.284.

<sup>896</sup> Claro que a alteração das leis e atos administrativos alcança limite na Constituição. As mudanças normativas em um Estado que tutela direitos fundamentais são sempre, de alguma forma, mediadas por barreiras constitucionais. Não obstante, apesar desses óbices, as modificações normativas dos atos legislativos e administrativos são, normalmente, permitidas por atos similares com conteúdo oposto.

<sup>897</sup> Diz Barbosa Moreira: “a imutabilidade não é co-natural à sentença – e isso continuaria a ser verdade mesmo que porventura não existissem, nem jamais tivessem existido, sentenças indefinidamente passíveis de modificação. Se as leis em regra excluem tal possibilidade e fazem imutável a sentença a partir de certo momento, o fato explica-se por uma opção de política legislativa, baseada em óbvias razões de conveniência prática”. Adiante: “um pronunciamento de vida precária, sujeito a ver-se contraditado por outro, tem praticamente escassa utilidade”. Mas ele mesmo, linhas após, comparando a sentença com a lei, afirma que “Daí a dizer que não se concebe declaração sem imutabilidade, entretanto, a distância é grande. Enquanto não sobrevenha outro pronunciamento que a nulifique, ela valerá como norma de conduta para as partes; e a possibilidade de que venha a cair nem sequer diminui a força com que atua durante o tempo de sua existência, do mesmo modo que a lei não vale menos como lei, enquanto vigora, pelo mero fato de ser revogável. Acaso nada valem, no Direito Canônico, as sentenças declaratórias de estado,

primeiro ponto: a eficácia declaratória dos atos estatais é possível sem a existência de coisa julgada ou qualquer outra “imutabilidade”.<sup>898</sup>

No mais, nem mesmo entre os atos do processo esta seria uma qualidade comum porque há vários atos processuais revogáveis e alteráveis, inclusive decisões de mérito como as interlocutórias de antecipação de tutela (art.273 §4º do CPC). Portanto, a coisa julgada não decorre de alguma característica típica da função judicial, mas de razões legislativas de conveniência e utilidade social para estancar ou reduzir a litigância.<sup>899</sup>

É verdade que, ao compararmos o ato judicial com outros atos estatais (como o ato legislativo e o ato administrativo), vemos que somente alguns deles (*algumas* sentenças) têm a prerrogativa de assumir, em algum momento, uma condição de “não-revisibilidade”. Isso poderia fazer pensar que a sentença necessitaria de uma estabilidade normativa mais forte do que aquela necessária aos demais atos estatais.<sup>900</sup> Nessa linha, a coisa julgada seria um fenômeno excepcional, que afastaria a sentença final de mérito de outros atos do Estado.

Ora, mas por quê a sentença? Se outros atos estatais (pense-se na lei ou num ato administrativo regulativo) possuem um efeito sistêmico muito maior, atingindo milhões de pessoas, não seria a alteração destes atos que deveria causar uma preocupação maior em termos de segurança? Na óptica do sistema, não seria a estabilidade normativa mais necessária para uma lei do que para uma sentença, cuja eficácia se estende apenas *inter partes*? Mais adiante retomaremos o tema. Entretanto, aqui já podemos perguntar: se os atos estatais não são mais ou menos respeitados pelos indivíduos porque sejam imutáveis ou alteráveis, por quê então a ênfase tão grande que se deu à ideia de que, “sem coisa julgada, não haveria segurança”?

Em nosso sentir, em nenhum ponto do sistema jurídico, seja no modelo brasileiro, seja no direito comparado, encontramos qualquer justificativa sólida para diferenciar a estabilidade dos atos jurisdicionais daquela existente para os demais atos estatais. Então a conclusão a que podemos chegar é que um dos pilares mais caros à teoria da coisa julgada, a imutabilidade da sentença, deve ser questionada.

Alguns desdobramentos e consequências desta constatação podem orientar nossa investigação a seguir. Formulamos então as seguintes indagações:

em razão do disposto no cân.1903?”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada*. *Op.cit.*, p.275-276. Confira-se, em sentido similar, VELLANI, Mario. *Appunti sulla natura della cosa giudicata*. *Op.cit.*, p.82 e ss.

<sup>898</sup> Corretos WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada*. *Op.cit.*, p.20.

<sup>899</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile*. *Op.cit.*, p.907.

<sup>900</sup> Confira-se a crítica de MERKL, Adolf. *Die Lehre von der Rechtskraft*. *Op.cit.*, p.102-103, 119-121.

- 1) Podem ser os atos estatais analisados em conjunto no que se refere à sua estabilidade normativa? As estabilidades dos atos estatais podem ser reconduzidas a uma disciplina comum?
- 2) Se possível, e não sendo todos submetidos à imutabilidade, qual o conceito ou “supraconceito” que nortearia esta disciplina comum? A coisa julgada seria aplicável a outros atos do Estado?

A última dessas perguntas ocupou grande parte da literatura processual durante muito tempo, não só nas indagações sobre a existência de uma “coisa julgada administrativa”, como também porque o estudo da coisa julgada esteve no centro do debate sobre as diferenças entre jurisdição e administração,<sup>901</sup> transbordando nos estudos sobre a jurisdição voluntária.

Os defeitos maiores dessa análise, em nosso sentir, foram um vício metodológico e uma falsa premissa. A premissa que não se verifica é que a coisa julgada é a estabilidade “por excelência”, e portanto deveríamos perquirir se a *res iudicata* seria aplicável a outros atos que não a sentença. E então chegamos ao equívoco na metodologia, pois a pergunta “a coisa julgada pode ser aplicada a outros atos estatais?” é um falso problema. Sem embargo, aproximar a sentença de outros atos do Estado é correto. No entanto, a coisa julgada é *apenas uma das espécies de estabilidade processual*. Assim, ao invés de indagar se a coisa julgada, com todas as suas características (inclusive a imutabilidade) seria aplicável aos atos administrativos, a metodologia acertada seria investigar, à luz do tratamento comum de todos os atos estatais, se seria correto que uma tal imutabilidade fosse aplicada *apenas* às sentenças.

No entanto, a opção dos processualistas e administrativistas foi tentar verificar se a coisa julgada se aplica ao ato administrativo antes de responder à primeira e mais importante das perguntas, que é a indagação acerca da possibilidade de um tratamento conjunto da estabilidade dos atos estatais. Vejamos nos tópicos seguintes como foi a análise destes temas na doutrina clássica.

#### 4.1.2 As tentativas de aplicação da coisa julgada aos demais atos estatais

---

<sup>901</sup> THEODORO JR., Humberto. *Coisa julgada, ação declaratória seguida de condenatória*. *Op.cit.*, p.83. Dá também grande relevo à jurisdição voluntária BLÉRY, Corinne. *L’efficacité substantielle des jugements civils*. *Op.cit.*, p.39.

Durante muitos anos, qualquer tentativa de uniformização teórica em torno das estabilidades focou-se na possibilidade de aplicarmos a estabilidade “por excelência” dos atos jurisdicionais (a coisa julgada) à disciplina dos atos administrativos.

Foi Bernatzik quem primeiro fez a relação da coisa julgada com a imutabilidade de certos atos administrativos,<sup>902</sup> seguido pela escola publicista austríaca, sobretudo por Tezner e Merkl, e posteriormente por outros no Brasil e no exterior.<sup>903</sup>

No debate clássico, geralmente se conclui que há muitas diferenças entre os atos jurisdicionais e os demais atos do Estado, diversidades que não permitiriam a aplicação da *res iudicata* aos atos administrativos.<sup>904</sup> Seja qual fosse a opinião a que se chegasse, tanto no sentido da adequação da coisa julgada à disciplina dos atos administrativos quanto na vertente de sua inaplicabilidade a outros atos estatais, a perspectiva metodológica do debate era, como visto, invertida. Ou seja, partia-se da coisa julgada (um caso específico de estabilidade), para então, por indução, tentar aplicá-la a outros atos estatais.

A solução não poderia ter sido mais desastrosa, pois nunca houve qualquer consenso: a discussão sobre a aplicabilidade da coisa julgada aos atos administrativos sempre foi confusa, e já foi definida como um “labirinto de opiniões”<sup>905</sup> causado pela falta de uniformidade na terminologia adotada. Merkl, p.ex., sofreu críticas de Bötticher e Allorio, porque, segundo eles, seria equivocado assimilar a coisa julgada à estabilidade dos atos estatais pois as leis e os atos administrativos são mutáveis.<sup>906</sup> Ora, mas antes de tudo não devemos perguntar se a sentença não deveria ser mutável também? Ou pelo menos explicar porque só a sentença deve tornar-se imutável?

<sup>902</sup> A proeminência de Bernatzik foi reconhecida por FORSTHOFF, Ernst. *Lehrbuch des Verwaltungsrechts. Op.cit.*, p.244; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Efficacia ed autorità della sentenza. Op.cit.*, p.108; TEZNER, Friedrich. *Das Rechtskraftsproblem im Verwaltungsrecht. Verwaltungsarchiv*, n.19, 1911, p.128, 146, 162.

<sup>903</sup> TEZNER, Friedrich. *Das Rechtskraftsproblem im Verwaltungsrecht. Op.cit.*, p.128 e ss; MERKL, Adolf. *Die Lehre von der Rechtskraft. Op.cit.*, p.1-5, 14; COESTER, Robert. *Die Rechtskraft der Staatsakte. Op.cit.*, p.100 e ss. E note-se que muitos aplicam coisa julgada aos atos administrativos, não apenas às decisões da jurisdição administrativa. Cf. FORSTHOFF, Ernst. *Lehrbuch des Verwaltungsrechts. Op.cit.*, p.245-251. Sobre o tema, confira-se o relato crítico de SAUER, Hubert. *Die Bestandskraft von Verwaltungsakten: Zugleich ein Beitrag zur Problematik der Rücknahme rechtswidriger belastender Verwaltungsakte. Die Öffentliche Verwaltung*, ano 24, n.5, mar, 1971, p.151 e ss. No Brasil, por todos, CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Curso de Direito Administrativo*, 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, p.73.

<sup>904</sup> Na teoria administrativista, aproxima-se a estabilidade dos atos à “irrevogabilidade” (*Unwiderruflichkeit*). No processo administrativo, seria a inimpugnabilidade (*Unanfechtbarkeit*), mas esta seria correta apenas se fôssemos trabalhar com o conceito de coisa julgada formal. Confira-se BÖTTICHER, Eduard. *Kritische Beiträge zur Lehre von der materiellen Rechtskraft im Zivilprozeß. Op.cit.*, p.36, 68-69; MAYER, Otto. *Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft in Verwaltungssachen. Op.cit.*, p.24.

<sup>905</sup> A expressão é de FORSTHOFF, Ernst. *Lehrbuch des Verwaltungsrechts. Op.cit.*, p.246, embora tenha sido usada anteriormente por Almindigen para referir-se à dificuldade de chegar-se a um consenso sobre o fundamento da coisa julgada. v. ALMENDIGEN, Ludwig Harscher. *Metaphysik des Civil-Processes. Op.cit.*, p.155. Confira-se a crítica sobre a falta de uniformidade no tratamento do tema em WEBER-DÜRLER, Beatrice. *Vetrauensschutz im öffentlichen Recht. Op.cit.*, p.171.

<sup>906</sup> BÖTTICHER, Eduard. *Kritische Beiträge zur Lehre von der materiellen Rechtskraft im Zivilprozeß. Op.cit.*, p.71-72; ALLORIO, Enrico. *Natura della cosa giudicata. Op.cit.*, p.216 nota 1.

Portanto, se primeiramente deveria ser questionada a necessidade de atribuir imutabilidade à sentença, entendemos que, neste momento, deve ser investigado se haveria alguma diferença essencial nas decisões jurisdicionais finais e de mérito que justificasse que estas pudessem adquirir maior estabilidade que os demais atos estatais. Se a resposta a esta questão for afirmativa, deveríamos concluir que está correta a teoria da coisa julgada em reservar a imutabilidade apenas para algumas sentenças. Se concluirmos pela resposta negativa, teremos que buscar outro vetor normativo para a estabilidade da sentença.

4.1.2.1 Qual a diferença essencial da estabilidade da sentença para aquela dos demais atos estatais?

4.1.2.1.1 A concretude da norma aplicada e sua menor abrangência subjetiva?

A primeira diferença claramente apontável entre a sentença e os demais atos do Estado é a sua concretude, especialmente se comparada com o ato legislativo.<sup>907</sup> Talvez fosse esta a nota característica que justificasse a imutabilidade da sentença, pois se a sentença representa a norma concreta para um determinado caso, então deveria ter estabilidade maior do que a lei abstrata.

Trata-se da concepção de que a sentença, após o julgamento, adquire uma força agregada, “uma medida extra de poder” no sentido de que funciona como regra de fechamento sistêmico em generalidade decrescente.<sup>908</sup> Wach afirmava que o direito não tem sua origem criativa na coisa julgada, mas esta produz uma inabalável razão de reforço que tem causa autônoma em relação à sentença.<sup>909</sup>

No mais, poder-se-ia dizer ainda que a sentença atinge apenas um número determinado de sujeitos, enquanto a lei é genérica e projeta seus efeitos em relação a uma massa de pessoas. A limitação subjetiva da sentença torna mais simples a acomodação da inalterabilidade no sistema jurídico, porque não engessa todas as demais relações jurídicas. A imutabilidade conferiria certeza para alguns sem petrificar o movimento do sistema jurídico como um todo.

<sup>907</sup> BLÉRY, Corinne. *L'efficacité substantielle des jugements civils*. *Op.cit.*, p.75.

<sup>908</sup> COUTURE, Eduardo J. *La cosa juzgada como presunción legal*. *Op.cit.*, p.18-19; *Idem*. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. *Op.cit.*, p.336.

<sup>909</sup> WACH, Adolf. *Zur Lehre von der Rechtskraft*. *Op.cit.*, p.67.



Ora, no que se refere à concretude, vemos que os atos administrativos também podem ser editados para hipóteses concretas, e portanto este não se nos afigura como critério diferenciador seguro para apartar as sentenças dos demais atos estatais.

O argumento da limitação subjetiva, em nosso entendimento, revela apenas uma preocupação funcional-operativa, uma consideração de que a imutabilidade seria “de mais fácil operação” para as sentenças. Não apresenta, com todas as vênias, um juízo sobre a essência do ato jurisdicional e sobre qual a característica própria que exigiria a sua intangibilidade.

Aliás, se refletirmos melhor, veremos que quanto mais ampla, abstrata e genérica uma norma, mais efeitos sistêmicos positivos para a sociedade podem advir de sua manutenção e constância, e mais repercussões deletérias podem derivar do seu desrespeito ou da sua instabilidade. Ora, então é a lei que deveria ter estabilidade maior que a sentença; mas assim não ocorre, porque as leis são alteráveis por outras leis.<sup>910</sup>

Qual então a justificativa para a “imutabilidade da sentença”? Sigamos a busca por um fundamento.

#### 4.1.2.1.2 A referência a atos pretéritos?

Outra idiossincrasia da sentença é a sua referência a fatos ou atos pretéritos. Porque remete a condutas que ocorreram no passado, a sentença poderia tornar-se imutável sem grandes problemas para o sistema jurídico. Já as leis, porque sempre abertas para os fatos que acontecerão no futuro, deveriam ser intrinsecamente mutáveis, até para que seja possível sua adaptação às novas situações que a vida social apresenta.

Também não convence este argumento. De um lado, as leis não são sempre voltadas para o futuro. Por vezes, os regramentos legislativos retroagem atingindo fatos anteriores à sua edição. De outra parte, a premissa de que as sentenças sempre se referem a condutas pretéritas não se comprova. Pensar que toda sentença é retrospectiva é visualizar apenas a sentença condenatória.<sup>911</sup> Inúmeras sentenças produzem regramento prospectivo, para o futuro, como as sentenças constitutivas, mandamentais e as sentenças determinativas (nas relações jurídicas

<sup>910</sup> Liebman admite a mutabilidade dos atos legislativos: LIEBMAN, Enrico Tullio. *Efficacia ed autorità della sentenza*. *Op.cit.*, p.111, mas resiste em uma teorização comum.

<sup>911</sup> Mais adiante, faremos diferenciação entre o tempo de referência e o tempo de eficácia, e então a questão poderá ser colocada em outro patamar de aprofundamento teórico.

continuativas). Aliás, porque as sentenças determinativas são adaptáveis,<sup>912</sup> já se aproximou seu tratamento, aqui e ali, àquele dispensado aos atos administrativos.<sup>913</sup>

#### 4.1.2.1.3 A possibilidade de revogação por um *contrarius actus*?

Liebman afirma que a definitividade do ato é diversa nas sentenças e nos atos administrativos porque estes, mesmo quando não impugnáveis para o administrado, ainda serão alteráveis pela administração.<sup>914</sup> Parece então relacionar a questão da estabilidade à revogabilidade por um *contrarius actus*. De fato, alguns autores, na doutrina clássica, chegaram a conclusão semelhante. A imutabilidade seria uma característica apenas da sentença porque, nestes atos jurisdicionais, verifica-se a impossibilidade de um ato posterior de mesma natureza (outra sentença) revogar a decisão passada em julgado.

Com efeito, a disciplina da alteração da estabilidade dos atos estatais parece ser submetida a regimes e princípios diversos no que tange à mudança por um ato contrário. Aos atos legislativos, p.ex., a regra *lex posteriori derogat priori*; para os atos administrativos, *ius non facit inter omnes*; para as sentenças finais, *ius facit inter partes*.<sup>915</sup> Merkl dizia que é estranho submeter normas jurídicas (a lei e a sentença) a princípios de alterabilidade tão diversos.

Já se afirmou também que a tese da sentença como *lex specialis*, tanto na sua formulação material como na vertente da teoria processual, revelava uma tentativa de minar a força derogatória do *contrarius actus*. Pela teoria da sentença como *lex specialis*, a relação entre a regra abstrata e a regra da sentença é um problema de incidência: não se trata de uma colisão entre duas normas, na qual a segunda seria derogatória da primeira, mas sim o surgimento de uma norma especial que não infirma a regra abstrata, apenas retira de seu campo de incidência aquela relação concreta.<sup>916</sup>

Em nosso sentir, deve-se admitir que, ao contrário das leis e atos administrativos, os quais, como regra geral, podem ser modificados por outros atos cujos pressupostos e requisitos sejam similares, o mesmo não ocorre com as sentenças que adquirem coisa julgada. O juiz não pode revogar sua própria sentença anterior não só porque sua competência cessou, mas também

<sup>912</sup> RASELLI, Alessandro. *Le sentenze determinative e la classificazione generale delle sentenze*. *Op.cit.*, p.602 e ss.

<sup>913</sup> ARAGÃO, Paulo Cezar. *Reflexões sobre as sentenças determinativas*. *Op.cit.*, p.160.

<sup>914</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. *Efficacia ed autorità della sentenza*. *Op.cit.*, p.109-110.

<sup>915</sup> Como já assinalado por MERKL, Adolf. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. Wien: Springer, 1927, p.210.

<sup>916</sup> BÖTTICHER, Eduard. *Kritische Beiträge zur Lehre von der materiellen Rechtskraft im Zivilprozeß*. *Op.cit.*, p.41-43, 58-59.

porque não pode atuar de ofício. Então, de fato, ficam mais restritas as hipóteses de alteração da sentença por um *contrarius actus*<sup>917</sup> porque a rescisão tem que partir de outro órgão, normalmente de instância superior, e por meio de um ato *cujos pressupostos são diversos*.

Não obstante, esta restrição *não exclui* a revisão da sentença passada em julgado, apenas a torna mais difícil. Portanto, as limitações à revogação por um ato contrário não são aptas a justificar a imutabilidade, mas apenas para evidenciar uma diversidade no procedimento de revisão.

#### 4.1.2.1.4 A revisibilidade interna com critério diferenciador

Na verdade, a grande diferença dos atos jurisdicionais para os demais não é a imutabilidade. A característica marcante da estabilidade dos atos jurisdicionais é que esta só pode ser desfeita por atos do próprio Poder Judiciário. Vale dizer, existe uma “reserva de jurisdição” na alteração dos atos jurisdicionais estáveis: enquanto o Judiciário pode rever atos dos demais poderes, qualquer que seja a estabilidade que tenham adquirido, os atos jurisdicionais estáveis só podem ser rescindidos ou revistos pelo próprio Judiciário (uma revisão “interna”).

Este aspecto foi inclusive usado como argumento para que fosse negada a aplicação da coisa julgada para os atos administrativos. Assim, por causa da “reserva de jurisdição” exigida para o desfazimento dos atos jurisdicionais, alguns autores, como Talamini, concluem que a atividade do Judiciário é a única compatível com a disciplina da coisa julgada, devendo portanto ser rejeitada a existência de uma “coisa julgada administrativa”.<sup>918</sup>

Porém, duas questões se colocam. A primeira é novamente inverter a metodologia e indagar se a imutabilidade da coisa julgada deve ser aplicada aos atos administrativos, como se a coisa julgada fosse a estabilidade por excelência. Ora, deve-se primeiramente perquirir *se* a imutabilidade deve ser nota das estabilidades de todos os atos estatais.

Além do mais, não há qualquer correlação necessária entre a exigência de revisibilidade interna e a imutabilidade. Se os atos jurisdicionais só podem ser revistos por atos do próprio Poder Judiciário, esta característica nada tem a ver com a alterabilidade destes atos.

<sup>917</sup> *Ibidem*, p.47-48, 61.

<sup>918</sup> TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. *Op.cit.*, p.48. Para Liebman, também não se poderia falar em imutabilidade dos efeitos dos ato administrativo, porque este estaria sujeito à apreciação judiciária. Cf.LIEBMAN, Enrico Tullio. *Efficacia ed autorità della sentenza*. *Op.cit.*, p.109-110.

#### 4.1.3 Imutabilidade: uma característica não essencial à jurisdição

Nos itens anteriores ficou assentado que, em não havendo diferença relevante entre a sentença e os demais atos estatais, sem qualquer característica especial que justificasse a imutabilidade de alguns atos jurisdicionais, a conclusão a que chegamos é que deve ser buscada uma análise comum.

Neste tópico, e nos que lhe seguem, queremos salientar que o caráter definitivo das decisões judiciais não é da essência da jurisdição, decorrendo de razões de conveniência e política legislativa.<sup>919</sup> E, se a imutabilidade não é um atributo primordial da atividade jurisdicional, é perfeitamente possível a existência de decisões judiciais que não sejam inalteráveis.<sup>920</sup>

Chiovenda já dissera que a coisa julgada não é algo indispensável ou absoluto, até porque não existe em todos os processos e em todos os ordenamentos jurídicos.<sup>921</sup> Ou seja, é concebível um sistema jurídico sem o instituto da coisa julgada. Assim, p.ex., não havia coisa julgada no antigo direito escandinavo, como visto no Cap.3. No Brasil, e também em outros muitos ordenamentos, a sentença penal condenatória também não adquire foro de imutabilidade porque permanentemente sujeita à revisão criminal,<sup>922</sup> e não temos notícia de nenhuma manifestação doutrinária no sentido de que esta disciplina traga insegurança ou caos para o processo penal. O mesmo se pode dizer da sentença canônica nas causas referentes ao estado das pessoas.<sup>923</sup> Os canonistas reconhecem que a sentença é dotada de estabilidade, ainda que permanentemente seja possível a revisão dos provimentos.<sup>924</sup> Vale dizer: há *estabilidade sem imutabilidade*.

Em todos estes casos, ninguém nunca se escandalizou ou os reputou patológicos pelo tão só fato de que as sentenças não sejam “imutáveis”, “indiscutíveis” ou “incontestáveis”. Isso ocorre porque, nestas hipóteses, o legislador se contenta com uma “certeza provisória”,<sup>925</sup> ou uma

<sup>919</sup> TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel. *La cosa juzgada (Estudio de jurisprudência civil)*. *Op.cit.*, p.16-17.

<sup>920</sup> TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. *Op.cit.*, p.34 e 46-47.

<sup>921</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile*. *Op.cit.*, p.906-907.

<sup>922</sup> TESHEINER, José Maria Rosa. Coisa julgada inconstitucional (art.741 e 475-L do CPC) – reflexões em torno de um texto de Marinoni. *Revista da Ajuris*, ano XXXVI, n.113, mar. 2009, p.230.

<sup>923</sup> ASSIS, Araken de. *Breve contribuição ao estudo da coisa julgada nas ações de alimentos*. *Op.cit.*, p.85; BLÉRY, Corinne. *L'efficacité substantielle des jugements civils*. *Op.cit.*, p.136; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel García. *O dogma da coisa julgada*. *Op.cit.*, p.181 ss; LIMA, Flávio Roberto Ferreira de. A coisa julgada no direito canônico e suas possíveis contribuições ao direito processual civil. *Revista da Esmafe – Escola de Magistratura Federal da 5ª Região*, n.15, 2007, p.109-111.

<sup>924</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. *Efficacia ed autorità della sentenza*. *Op.cit.*, p.25-26; TALAMINI, Eduardo. *Eficácia e autoridade da sentença canônica*. *Op.cit.*, p.39-41.

<sup>925</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Coisa julgada e declaração*. *Op.cit.*, p.24-25.

*estabilidade superável*. Então, se já tínhamos visto que a imutabilidade não é uma propriedade comum ou intrínseca aos atos do Estado, agora podemos concluir que tampouco representa uma nota inerente à atividade jurisdicional.

#### 4.1.4 Ausência de tratamento conjunto das estabilidades dos atos processuais

É verdade que, mesmo na concepção clássica, existe uma velada aceitação de que as estabilidades são asseguradas por uma série de institutos processuais, definidos num grupo de sintagmas bem conhecido de todos os juristas: preclusão, efeito preclusivo, coisa julgada, etc.

Porém, nem mesmo entre estas espécies de estabilidade existe tratamento comum, como tentaremos demonstrar nos itens que se seguem.

##### 4.1.4.1 Desconsideração da visão de conjunto do fenômeno das estabilidades processuais. O equívoco da contraposição entre coisa julgada e preclusão

Sem contar os atos administrativos e legislativos, dos quais já tecemos considerações, uma consequência grave da desconsideração da visão de conjunto das estabilidades normativas é que esta originou, no processo, um profundo abismo no tratamento da preclusão e da coisa julgada. Como salientou Otto, ao serem analisadas historicamente as estabilidades processuais, surpreende como o termo preclusão não só foi se destacando da coisa julgada, como passou a ser compreendido como um conceito oposto ou concorrente.<sup>926</sup> Ora, como institutos tão próximos, tanto na técnica quanto nas funções que prestam ao sistema, possuem tratamento doutrinário tão diverso?

De fato, o modelo tradicional de estabilidade dos atos processuais desconsidera o quadro global dos mecanismos de estabilização e não lhes empresta um tratamento uniforme. Além disso, existem restrições subjetivas e objetivas do tratamento destes temas.

Dentre estas restrições, vemos que, segundo a doutrina tradicional, a coisa julgada aplicar-se-ia apenas aos atos estatais; e somente a certos atos estatais (as sentenças); e apenas a alguns tipos de sentença (de mérito, no processo de conhecimento, e ainda assim se não houver regra especial retirando a coisa julgada destas decisões, como no caso de certas sentenças nas ações

<sup>926</sup> OTTO, Hansjörg. *Die Präklusion*. *Op.cit.*, p.13.

coletivas). Ou seja, o parâmetro ortodoxo exclui da disciplina da coisa julgada: a) todas as sentenças terminativas, sem apreciação de mérito; b) todas as sentenças proferidas em outros processos que não o processo de conhecimento (execução, cautelar, etc); c) todos os atos judiciais que não são sentenças; d) todos os atos processuais não judiciais (praticados por outros sujeitos, estatais ou particulares).

Em relação à preclusão, não é outra a constatação a respeito das restrições objetivas em sua elaboração dogmática. Praticamente não há estudo sobre preclusões lógicas no processo, já que a análise das preclusões basicamente se resume às preclusões temporais e raramente às preclusões consumativas.<sup>927</sup>

De outra parte, para além da coisa julgada e da preclusão, também são escassos os estudos sobre a proteção da confiança e os deveres laterais da boa-fé no direito processual, deixando à margem da sistematização das estabilidades todas as posições jurídicas cristalizadas por conta destes institutos, inclusive os atos dos sujeitos privados.

Ora, por quê não se buscam linhas e fundamentos comuns? Tanto a coisa julgada como a preclusão asseguram estabilidade a posições jurídicas pretéritas, através da proibição de repetição de atos;<sup>928</sup> ambas buscam a segurança, certeza e a paz jurídicas;<sup>929</sup> a coisa julgada contém uma preclusão e a técnica preclusiva está na base de sua aplicação.<sup>930</sup> Se assim é, por quê e para quê uma tão profunda divisão?

Urge que o modelo de segurança dos atos processuais procure fundamentos comuns para todos os tipos de estabilização, e, somente a partir de então, possa diferenciar e graduar as estabilidades na medida de sua força e da necessidade de alteração ou manutenção do decidido.

#### 4.1.4.2 A confusa graduação da força das estabilidades

O modelo tradicional parece atribuir uma gradação às estabilidades de acordo com a força que os mecanismos de estabilização conferem aos atos do processo. Dizemos que “parece” estabelecer este nivelamento porque, como visto no item anterior, não há visão de conjunto do

<sup>927</sup> No que tange aos aspectos subjetivos, as preclusões também receberam atenção restrita da doutrina, porque, segundo o entendimento majoritário, os atos do juiz estariam imunes à preclusão temporal (por causa da antiquada diferenciação dos prazos em “próprios” e “impróprios”) e também seriam infensos à preclusão lógica. Assim, por todos, NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz*. *Op.cit.*, p.41.

<sup>928</sup> BÖTTICHER, Eduard. *Kritische Beiträge zur Lehre von der materiellen Rechtskraft im Zivilprozeß*. *Op.cit.*, p.148.

<sup>929</sup> OTTO, Hansjörg. *Die Präklusion*. *Op.cit.*, p.150 e ss.

<sup>930</sup> Corretos CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*. *Op.cit.*, p.324; CASTILLEJO MANZANARES, Raquel. *Hechos nuevos o de nueva noticia en el proceso civil de la LEC*. *Op.cit.*, p.314.

fenômeno das estabilidades, além do fato de os campos de aplicação de alguns mecanismos de estabilização, como a coisa julgada e a preclusão, serem diversos (p.ex., uns restritos à sentença, outros atingindo vários atos processuais, não só do juiz mas também das partes).

Não obstante a falta de uma disciplina comum, existe uma compreensão implícita, encontrada em quase todo texto sobre coisa julgada e preclusões, e que raras vezes é verbalizada por alguns autores,<sup>931</sup> no sentido de que são *variáveis* as estabilidades conferidas pelo ordenamento jurídico a cada ato processual.<sup>932</sup> Se tomarmos como exemplo as decisões judiciais, esta variação iria da preclusão à *res iudicata*, sendo a coisa julgada material considerada o mais alto grau de estabilidade dos atos estatais.<sup>933</sup>

De fato, ainda que não seja uma conclusão frequentemente expressa, entendemos ser, até certo ponto, uma observação acertada. É fora de dúvida que existe uma tendência dos legisladores de submeter as sentenças de mérito a uma estabilidade mais intensa, estabilidade esta que, pela tradição romana, geralmente corresponde à coisa julgada material.<sup>934</sup> Todavia, se por um lado, alguns institutos realmente conferem maior estabilidade a alguns atos processuais, de outra parte a constatação de que alguns atos produzem maior vinculação que outros sugere uma *diferenciação apenas de grau, e não de qualidade*, entre as estabilidade processuais. E, portanto, confirma a possibilidade de um estudo e tratamento comum e unitário.

Porém, pelo menos no sistema processual brasileiro, podemos observar alguns detalhes importantes neste ponto, que demonstram que a divisão, a ruptura e o afastamento das estabilidades de um núcleo geral ocasiona profunda imprecisão conceitual.

Primeiramente, há alguns tipos de estabilidade que, embora diferenciados pela doutrina, não possuem qualquer característica distintiva, e, portanto, talvez nem deveriam corresponder a uma espécie autônoma, mas antes serem agrupados dentro de um mesmo gênero. Isso se observa entre coisa julgada formal e preclusão. Além disso, algumas distinções entre vários institutos foram indevidamente importadas do estrangeiro, sem qualquer investigação crítica, e não se encaixam no modelo processual brasileiro (como aquela entre coisa julgada formal e material).

<sup>931</sup> Reconhece essa graduação, p.ex., BÖTTICHER, Eduard. *Kritische Beiträge zur Lehre von der materiellen Rechtskraft im Zivilprozeß*. *Op.cit.*, p.34.

<sup>932</sup> FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *A coisa julgada nas ações de alimentos*. *Op.cit.*, p.19-20.

<sup>933</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Relativizar a coisa julgada material*. *Op.cit.*, p.11. Da mesma forma, considera-se haver maior estabilidade na sentença, que pode ser acobertada pela coisa julgada, do que nos atos legislativos ou administrativos. Cf. WERDER, Alexander. *Dispositionsschutz bei der Änderung von Steuergesetzen...* *Op.cit.*, p.119.

<sup>934</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada*. *Op.cit.*, p.275.

A investigação que se segue demonstrará que grande parte das aproximações e das diferenças tradicionalmente postas entre as espécies de estabilidade, ao invés de comprovarem ou reforçarem a ideia de uma graduação entre elas, prestaram apenas para afastá-las cada vez mais umas das outras. Vejamos nos próximos itens.

#### 4.1.4.3 Pelo fim da diferença entre preclusão, coisa julgada formal e coisa julgada material

##### 4.1.4.3.1 Coisa julgada e preclusão: escopos comuns

Vimos pregando pelo tratamento comum das estabilidades, uma análise que pudesse incorporar, sob um mesmo teto dogmático, preclusões e coisa julgada. Um dos fatores que torna isso possível é a equivalência do conceito de coisa julgada formal e preclusão. Porém, tradicionalmente, a doutrina aparta coisa julgada e preclusões. Haveria razão para este distanciamento?

De fato, como vimos no Cap.2, é verdade que coisa julgada e preclusão são institutos que possuem semelhanças e diferenças. Todavia, a doutrina geralmente se foca nas suas características distintivas, pregando a impossibilidade de seu tratamento conjunto. Costumam-se encontrar afirmações de que a coisa julgada e a preclusão seriam fenômenos “inconfundíveis”, apartáveis nitidamente por singularidades que impediriam teorização comum.<sup>935</sup> Para justificar este pensamento, são trazidos diversos argumentos.

Em primeiro lugar, na esteira do conceito chiovendiano, diz-se que a preclusão é limitada ao processo: não haveria preclusões extraprocessuais.<sup>936</sup> No entanto, como se demonstrará, o *locus* onde a estabilidade se produz não é critério seguro.

Ademais, existiriam diferenças no que se refere ao escopo dos dois institutos: a coisa julgada quer preservar o resultado do processo e não favorecer sua marcha. Argumenta-se que a busca por certeza e segurança jurídica seria fundamento exclusivo da coisa julgada, e ausente nas preclusões.<sup>937</sup> Já a preclusão estaria ligada ao devido processo legal e à duração razoável, visando

---

<sup>935</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz*. *Op.cit.*, p.51 e ss; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. *Op.cit.*, p.471.

<sup>936</sup> GARBAGNATI, Edoardo. *Preclusione 'pro iudicato' e titolo ingiuntivo*. *Rivista di Diritto Processuale*, vol.IV, I, 1949, p.304 e 307-308.

<sup>937</sup> *Ibidem*, p.305.



tão somente a propulsionar o processo adiante.<sup>938</sup> As preclusões não teriam como escopo tornar “imutável” o regramento material, atingindo apenas as questões “preparatórias” para a decisão final.<sup>939</sup> Assim, a preclusão não poderia ser conceitualmente relacionada ao adjetivo “definitivo”, porque existem casos em que pode haver devolução da oportunidade de praticar o ato.<sup>940</sup>

Todavia, coisa julgada e preclusão são institutos que possuem características muito próximas, como se viu nos dois primeiros capítulos: ambos decorrem de exigências formalísticas, garantistas, de racionalização da atividade processual, de redução dos custos, de economia e eficiência; ambos possuem efeitos comuns, como a proibição de repetição do ato, fortes na paz e na segurança jurídica.<sup>941</sup> Além disso, a preclusão, tanto como a coisa julgada, evita também a subsistência de atos contraditórios porque seria inconcebível admitir a nova demanda e depois tornar cada ato individualmente inadmissível.<sup>942</sup> Assim, vê-se que se aproximam coisa julgada e a preclusão também nos escopos de ambos os institutos.<sup>943</sup>

Isso sem contar algumas partes da teorização da coisa julgada, como a “coisa julgada formal”, a “eficácia preclusiva” (art.474 do CPC) ou a “eficácia da intervenção” (art.55 do CPC), que são nada mais que preclusões específicas. De outro lado, certos pontos do estudo das preclusões parecem remeter à disciplina da coisa julgada (como a chamada preclusão *pro iudicato* designando a estabilidade da decisão final em execução).<sup>944</sup>

Por todas essas razões, temos que os dois institutos não podem ser despropositadamente diferenciados porque possuem mais particularidades em comum que diferenças. Isso sugere que a gradação tradicional da força das estabilidades parte de classificações e diferenciações equivocadas. E de fato merece haver alguns reparos terminológicos.

#### 4.1.4.3.2 Ausência de diferença entre preclusão e coisa julgada formal

<sup>938</sup> TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. *Op.cit.*, p.132-133.

<sup>939</sup> ANDOLINA, Italo. *Crisis of res iudicata and new techniques for dispute resolution: (self-standing anticipatory) provisional measures on the merits*. *Op.cit.*, p.19; CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*. *Op.cit.*, p.324 e 328-329; SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. *Op.cit.*, p.216-217.

<sup>940</sup> Sobre os casos de *Wiedereinsetzung* no direito alemão, Cf. OTTO, Hansjörg. *Die Präklusion*. *Op.cit.*, p.17. Hellwig afirmava ainda que, enquanto a coisa julgada é uma espécie de estabilidade que se observa para todos os sujeitos no mesmo momento, outras vinculações não. HELLWIG, Konrad. *System des deutschen Zivilprozeßrechts*. *Op.cit.*, p.766.

<sup>941</sup> OTTO, Hansjörg. *Die Präklusion*. *Op.cit.*, p.18, 150-155.

<sup>942</sup> Como notou Otto, *Ibidem*, p.50.

<sup>943</sup> *Ibidem*, p.83-84, 128.

<sup>944</sup> De fato, quando se fala em preclusão *pro iudicato* o que seus defensores estão tentando fazer nada mais é do que operar uma “comistão” entre os conceitos de preclusão e coisa julgada, como notou GARBAGNATI, Edoardo. *Preclusione ‘pro iudicato’ e titolo ingiuntivo*. *Op.cit.*, p.308 e nota 1.

Assim, pensamos que inexistente qualquer diferença de grau, p.ex., entre a preclusão e a chamada coisa julgada “formal”. A coisa julgada formal é uma estabilidade, conferida à sentença, que impede que esta seja alterada dentro de um mesmo processo; ou seja, a coisa julgada formal é uma *preclusão específica*; uma preclusão aplicável à sentença extintiva do processo; uma preclusão a que a doutrina dá outro nome; mas uma preclusão.<sup>945</sup>

Veja-se que parte da doutrina tem dificuldade de explicar a diferença entre coisa julgada formal e preclusão. Muitos aproximam os conceitos, com algum constrangimento ao concluir, ou ao menos ao intuir, a desnecessidade da diferenciação.<sup>946</sup> Com razão, Celso Barbi afirma que a coisa julgada formal poderia, no Brasil, ser considerada apenas mais uma preclusão. E Adroaldo Fabrício afirma que só por “refinadas sutilezas semânticas” poder-se-ia diferenciar preclusão e coisa julgada formal.<sup>947</sup>

Então, se a coisa julgada formal é uma preclusão, deveria ser tratada no campo das preclusões, ao contrário de tentarmos extremar institutos que em essência são iguais.

#### 4.1.4.3.3 Ausência de diferença entre coisa julgada formal e coisa julgada material

Falemos agora das espécies de estabilidade que a doutrina tradicional atribui ao ato jurisdicional mais importante: a sentença. Como vimos no primeiro capítulo, a doutrina, copiando lições de autores europeus, separa o fenômeno da coisa julgada em dois, a coisa julgada formal e a coisa julgada material: aquela aplicável apenas dentro do mesmo processo, e “pressuposto” para a ocorrência desta. É a coisa julgada material que se projeta no direito material que vai passar a regular a situação fática, e portanto cristaliza a decisão não só naquele, mas em qualquer outro processo.

Uma crítica que prontamente pode ser feita a esta divisão é que a *simultaneidade* dos dois acontecimentos não é suficiente para que possamos inferir uma relação de pressuposição, que *não*

<sup>945</sup> Em sentido similar: GILLES, Peter. *Rechtsmittel im Zivilprozeß*. *Op.cit.*, p.161. Contra, sustentando a necessidade do conceito de coisa julgada formal, GUIMARÃES, Luiz Machado. *Preclusão, coisa julgada, eficácia preclusiva*. *Op.cit.*, p.13-14. No Uruguai, COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. *Op.cit.*, p.341-343. Sobre o tema, na literatura espanhola, confira-se o inventário elaborado por CALAZA LÓPEZ, Sonia. *La cosa juzgada*. *Op.cit.*, p.66 e ss.

<sup>946</sup> Confira-se esta dificuldade em CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Termo inicial do prazo para ajuizamento da ação rescisória, capítulos de sentença e recurso parcial*. *Op.cit.*, p.216; THEODORO JR., Humberto. A preclusão no processo civil. *Revista dos Tribunais*, vol.784, fev. 2001, p.28.

<sup>947</sup> FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *A coisa julgada nas ações de alimentos*. *Op.cit.*, p.10, 18; *Idem*. *Embargos à execução. Alegação de inexistência da pessoa jurídica exequente: improcedência. Coisa julgada. Legitimação para o processo de execução*. *Op.cit.*, p.141; BARBI, Celso Agrícola. *Da preclusão no processo civil*. *Op.cit.*, p.62-63.

é típica de realidades concomitantes. Há, portanto, um erro lógico de supor que, pelo tão só fato de ambas serem produzidas ao mesmo tempo, uma deveria ser pressuposto da outra.

No que se refere ao plano temporal, a distinção entre coisa julgada formal e coisa julgada material dá a impressão de que apenas a coisa julgada material é orientada para o futuro, enquanto a coisa julgada formal teria uma função meramente imediatista,<sup>948</sup> o que a aproxima, ainda uma vez, da preclusão temporal.

#### 4.1.4.3.4 A natureza dos efeitos produzidos pelo ato: efeitos materiais x efeitos processuais

Um dos argumentos usados para diferenciar coisa julgada material e formal seria a natureza dos efeitos que cada espécie de estabilidade geraria.

Ora, se a coisa julgada material tem aquela tal “eficácia substantiva”, apenas “instrumentalizada” processualmente, e a coisa julgada formal possui somente uma eficácia interna, puramente processual e sem quaisquer repercussões materiais, temos que admitir que coisa julgada formal e material são conceitos que possuem autonomia entre si, o que impede que se entenda um como pressuposto do outro.<sup>949</sup>

Calaza López salienta, com propriedade, que os dois conceitos são baseados em critérios distintivos diversos: para a coisa julgada formal, trata-se da *irrecorribilidade*, enquanto que a coisa julgada material diria respeito à *invariabilidade* ou à *permanência* do conteúdo.<sup>950</sup> Ora, se a coisa julgada formal é apenas a perda das oportunidades impugnativas,<sup>951</sup> ela não pode ser confundida com a coisa julgada material.

Talvez por essa razão muitos já tenham criticado a divisão do fenômeno da *res iudicata* em coisa julgada formal e material. Para Hellwig, é errado tratar a coisa julgada dividindo-a em

<sup>948</sup> ADOLPHSEN, Jens. *Zivilprozessrecht. Op.cit.*, p.40: “Die formelle Rechtskraft kann aber nicht verhindern, dass die Parteien ihren Streit in einem anderen Prozess fortzusetzen versuchen. Dies verhindert die materielle Rechtskraft. Durch sie wird der Inhalt der formell rechtskräftigen Entscheidung für die Zukunft zwischen den Parteien fixiert”. (Tradução: “Mas a coisa julgada formal não pode evitar que as partes procurem continuar a lide em outro processo. A coisa julgada material evita isso. Através dela, o conteúdo da decisão formalmente passada em julgado é fixado entre as partes para o futuro”).

<sup>949</sup> Além disso, se a doutrina sugere diferença de incidência e diversidade de objetos (a coisa julgada formal aplicar-se-ia às decisões formais, terminativas sem julgamento de mérito), como não atentar para a independência dos conceitos? Miguel Teixeira de Sousa afirma que o ideal seria compreender, p.ex., que a coisa julgada formal aplica-se apenas para as decisões que não são abrangidas pela coisa julgada material, separando-se então, claramente, ambos os institutos. SOUSA, Miguel Teixeira de. *O objeto da sentença e o caso julgado material (estudo sobre a funcionalidade processual. Op.cit.*, p.165. Como pretendemos um regramento comum das estabilidades, pensamos não fazer qualquer sentido dividir e classificar diversos tipos de estabilidade para depois afirmá-los aplicáveis aos mesmos atos processuais.

<sup>950</sup> CALAZA LÓPEZ, Sonia. *La cosa juzgada. Op.cit.*, p.34 e ss, 53 e ss.

<sup>951</sup> Walter Zeiss diz que coisa julgada formal significa inimpugnabilidade (*Unanfechtbarkeit*), tão só isso, a preclusão temporal do recurso. ZEISS, Walter; SCHREIBER, Klaus. *Zivilprozessrecht. Op.cit.*, p.212.

dois fenômenos diversos, o que seria derivado da tradição pandectística de pensar na coisa julgada material como um instituto pertencente ao direito substancial. Também Merkl,<sup>952</sup> Gilles<sup>953</sup> e Koussolis<sup>954</sup> sustentam que o conceito da coisa julgada formal é um “peso morto” desnecessário ao processo moderno.

Têm toda razão estes autores. Os adjetivos “formal” e “material” devem ser evitados ou abandonados.<sup>955</sup> Devemos tratar apenas da coisa julgada material, denominando-a tão só “coisa julgada”, e lidar com a coisa julgada formal como mais uma preclusão.

#### 4.1.4.3.5 O *locus* dos efeitos da estabilidade: efeitos extraprocessuais x efeitos interprocessuais

Outro ponto em que se tenta estabelecer uma diferenciação entre coisa julgada formal e material é o lugar onde os efeitos de cada um dos fenômenos seria observado: a coisa julgada formal teria efeito interno e puramente processual; a coisa julgada material teria eficácia externa e substancial.

Para explicarmos mais detalhadamente nossa divergência, inicialmente trazemos à baila a distinção clássica, tributária a Goldschmidt, entre atos estimulantes e determinantes. Atos estimulantes (*Erwirkungshandlungen*, também denominados “atos postulativos”) seriam aqueles em que a atividade do agente não é suficiente para atingir, por si só, os efeitos pretendidos pelo ato processual, sendo necessária a intermediação de outros sujeitos (sobretudo o juiz, através de uma decisão). Exemplos de atos estimulantes são os requerimentos e alegações. Já os atos determinantes (*Bewirkungshandlungen*, chamados também de atos “causativos”) são os que desencadeiam diretamente efeitos processuais pretendidos pelo sujeito que os pratica. Vale dizer, são os atos processuais pelos quais o sujeito atinge por si só uma situação jurídica processual, sem a intermediação de outros sujeitos. Exemplos são as decisões judiciais e os atos das partes de natureza vinculativa, como a desistência de um recurso, reconhecimento do pedido, renúncia ao direito, a confissão, etc.

<sup>952</sup> MERKL, Adolf. *Die Lehre von der Rechtskraft*. *Op.cit.*, p.270 e ss, especialmente nota 1, p.271-272.

<sup>953</sup> GILLES, Peter. *Rechtsmittel im Zivilprozeß*. *Op.cit.*, p.166-167.

<sup>954</sup> KOUSSOLIS, Stelios. *Beiträge zur modernen Rechtskraftlehre*. *Op.cit.*, p.9-14, 19.

<sup>955</sup> Cf.NIEVA FENOLL, Jordi. *La cosa juzgada*. *Op.cit.*, p.75, 85-92; *Idem*, *La cosa juzgada: el fin de un mito*. *Op.cit.*, p.431; HELLMIG, Konrad. *Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft*. *Op.cit.*, p.20-21. Barbosa Moreira já demonstrou “simpatia” à tendência de abandono da diferenciação: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Questões prejudiciais e coisa julgada*. *Op.cit.*, p.199, nota n.1.

Vejam os como esta distinção pode ser interessante para a crítica que ora tecemos ao modelo tradicional das estabilidades. Como vimos, a doutrina majoritária liga a coisa julgada material à sentença de mérito, afirmando que o efeito preclusivo próprio da coisa julgada só pode ser verificado nas sentenças de mérito porque só estas se projetariam “para fora do processo”. As interlocutórias e as sentenças extintivas do processo sem análise de mérito não teriam efeito preclusivo extraprocessual porque “se consumam” no próprio processo.<sup>956</sup> Estas questões decididas só teriam repercussão e relevância dentro daquele procedimento.<sup>957</sup>

Entendemos ser equivocada esta apreensão do fenômeno das estabilidades. Com todas as vênias, trata-se de uma afirmação que tem como consequência prática a diminuição ou desconsideração de quaisquer outras modalidades de estabilidade com efeitos extraprocessuais. Não é correto pensar que, de todos os atos do processo, somente a sentença de mérito produziria efeitos fora do processo. Estes efeitos são visualizados em muitos outros atos processuais, praticados tanto pelas partes quanto pelo juiz. Talvez realmente nem todos os atos processuais produzam efeitos *materiais* (constituição ou modificação de posições jurídicas substanciais) fora do processo; os atos estimulantes certamente não os produzem. Mas muitos atos determinantes produzem efeitos extraprocessuais, e alguns deles, mesmo não sendo sentenças, produzem efeitos inclusive de natureza material. Portanto, na visão tradicional, pelo tão só fato de não serem sentenças de mérito, teríamos que concluir que os demais atos processuais determinantes podem ser alterados e repetidos ao bel prazer dos litigantes? Não deveriam, ao contrário, alcançar algum grau de estabilidade?

Em nosso sentir, é evidente que todos os atos processuais, sejam estes determinantes ou estimulantes, devam adquirir algum tipo de estabilidade, e mesmo com efeitos extraprocessuais.<sup>958</sup> Lembre-se que, antes da reforma do processo italiano de 2009, criticava-se a *rimessione in termini* por estar limitada a poderes internos ao processo, o que foi mitigado pelas recentes alterações legislativas, sob os aplausos da doutrina.<sup>959</sup> É uma prova de que outras espécies de estabilidade, como a preclusão, atingem poderes processuais externos ao processo.

---

<sup>956</sup> Neste sentido, CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*. *Op.cit.*, p.326.

<sup>957</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. Decisão e coisa julgada. *Revista Forense*, ano 54, n.523, jan, 1947, p.330-333; EISNER, Isidoro. *Preclusión*. *Op.cit.*, p.1111.

<sup>958</sup> Com razão SILGUERO ESTAGNAN, Joaquín. *La preclusión de alegaciones en el proceso civil*. *Op.cit.*, p.14, 109 ss.

<sup>959</sup> CAPONI, Remo. *Rimessione in termine nel processo civile*. *Op.cit.*, p.6, 8.

No mais, quem parte da premissa de que coisa julgada material tem efeitos extraprocessuais e coisa julgada formal e a preclusão apenas efeitos internos<sup>960</sup> não pode logicamente estender a coisa julgada material a decisões puramente processuais, a fim de impedir a rediscussão não só naquele processo, mas em qualquer outro.<sup>961</sup> Neste contexto, devemos discutir a questão da estabilidade das sentenças que reconhecem a falta de uma das condições da ação. No Brasil, é majoritário o entendimento que rejeita a existência de coisa julgada material quando o juízo considera não ser um dos litigantes, p.ex., parte legítima. A sentença que pronuncia a ilegitimidade *ad causam*, mesmo sendo uma decisão final, apenas por ser decisão puramente processual não seria abrangida pela coisa julgada material, mas somente pela coisa julgada formal. Ora, significa então que a mesma questão pode ser levada novamente ao Judiciário, desde que em outro procedimento? A doutrina brasileira majoritária responde afirmativamente, porque nem a preclusão nem a coisa julgada material atingem *extraprocessualmente* as condições da ação.<sup>962</sup>

Mas o mesmo não se observa no direito comparado. No estrangeiro, muitos admitem que alguns tipos de decisão interlocutória também poderiam ser acobertados pela coisa julgada material quando já preclusos pela coisa julgada formal ou quando possuem efeitos materiais para fora do processo, como no caso de decisões sobre custos do processo ou aquelas que inadmitem apelação.<sup>963</sup> Outros autores sustentam que a sentença que rejeitasse a demanda por inadmissibilidade seria uma decisão que faria coisa julgada *limitada às condições de admissibilidade conhecidas e decididas*.<sup>964</sup> Em suma, defende-se que a coisa julgada deve ser um instituto aplicável também às decisões que terminam o processo por razões puramente processuais.<sup>965</sup> Nestes casos, só pode haver renovação da demanda se as circunstâncias mudarem, e a questão da legitimidade, p.ex., depois que afirmada na sentença passada em julgado, não

<sup>960</sup> Como NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz*. *Op.cit.*, p.53, 77.

<sup>961</sup> SOUSA, Miguel Teixeira de. *O objeto da sentença e o caso julgado material (estudo sobre a funcionalidade processual)*. *Op.cit.*, p.167.

<sup>962</sup> Confira-se a discussão em ALVIM, José Manuel de Arruda. O art.268 do CPC, a ilegitimidade e a ocorrência de coisa julgada: critérios de interpretação. *Revista Jurídica*, ano 57, n.380, jun, 2009. p.27.

<sup>963</sup> Exemplos em PAULUS, Christoph G. *Zivilprozessrecht*. *Op.cit.*, p.159; ZEISS, Walter; SCHREIBER, Klaus. *Zivilprozessrecht*. *Op.cit.*, p.218; ADOLPHSEN, Jens. *Zivilprozessrecht*. *Op.cit.*, p.244. Cf. POHLMANN, Petra. *Zivilprozessrecht*. *Op.cit.*, p.278. Na doutrina espanhola, onde se vê ampla disseminação deste entendimento, por todos, TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel. *La cosa juzgada (Estudio de jurisprudência civil)*. *Op.cit.*, p.28-36. Na Itália, como nos alertou o Prof.Dr.Heitor Sica, o próprio direito positivo (art.310.2 do *Codice di Procedura Civile*) prevê uma hipótese de imutabilidade externa de certas decisões de conteúdo puramente processual.

<sup>964</sup> HABSCHEID, Walter J. *L'oggetto del processo nel diritto processuale civile tedesco*. *Op.cit.*, p.460-463.

<sup>965</sup> NIEVA FENOLL, Jordi. *La cosa juzgada: el fin de un mito*. *Op.cit.*, p.434; GRUNSKY, Wolfgang. *Zivilprozessrecht*. *Op.cit.*, p.233; HELLWIG, Konrad. *System des deutschen Zivilprozeßrechts*. *Op.cit.*, p.764-765 e 793; ROSENBERG, Leo. *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*. *Op.cit.*, p.684.

poderia ser rediscutida em execução sem que tenham sido observadas modificações na situação decidida na sentença terminativa anterior.<sup>966</sup> Trata-se da natural compreensão de que também a coisa julgada formal gera alguma espécie de estabilidade, que para não confundir com a nomenclatura da coisa julgada material (*Rechtskraft*, “força jurídica”) geralmente se denomina “força de estabilidade” (*Bestandskraft*).<sup>967</sup>

Este posicionamento, no Brasil, começou a ganhar adesão nos últimos anos a partir de uma renovada interpretação do art.268 do CPC, sem que se possa ainda enxergar a prevalência sobre a maior parte da doutrina clássica.<sup>968</sup>

Voltemos agora aos atos estimulantes. Já afirmamos anteriormente que, pelas suas próprias características, estes atos não produzem efeitos materiais. Ora, mas geram uma eficácia que também deve adquirir algum grau de estabilidade extraprocessual: uma alegação num processo, por exemplo, pode gerar uma vedação do uso do argumento contrário em outro processo. Isto é, *mesmo que não produzam efeitos materiais fora do processo*, os atos estimulantes produzem efeitos *interprocessuais*, vale dizer, efeitos de natureza processual que só podem ser enfrentados se estudada a relação entre vários processos sucessivos.

Parece-nos que a doutrina tradicional pensava que os termos “efeitos materiais” e “efeitos processuais” eram correlatos, respectivamente, aos qualificativos “extraprocessuais” e “intraprocessuais”.<sup>969</sup> Em outras palavras, esquecia-se, de um lado, que efeitos materiais podem ser experimentados *dentro do próprio processo*, e certamente serão atos processuais que merecerão algum mecanismo de estabilidade (p.ex. efeitos materiais gerados por atos determinantes praticados pelas partes, como acordos); e, por outro lado, *reduzia a observação dos efeitos processuais apenas ao próprio processo* em que praticados os atos, esquecendo os efeitos que qualquer ato processual possa ter *em outro processo*.<sup>970</sup>

<sup>966</sup> POHLMANN, Petra. *Zivilprozessrecht*. *Op.cit.*, p.278.

<sup>967</sup> GRUNSKY, Wolfgang. *Zivilprozessrecht*. *Op.cit.*, p.231. O termo, contudo, é mais usado no direito alemão para definir a estabilidade dos atos administrativos. Cf.SAUER, Hubert. *Die Bestandskraft von Verwaltungsakten*. *Op.cit.*, p.150 e ss.

<sup>968</sup> De fato, há quem defenda a possibilidade de ação rescisória de sentença terminativa porque há uma estabilidade da decisão que se projeta para além do processo em que foi proferida. Cf.YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória*. São Paulo: Malheiros, 2005, p.163-164; DIDIER Jr., Fredie, CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil*, v.III, 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010, p.365; MOURÃO, Luiz Eduardo. *Coisa julgada*. Belo Horizonte: Forum, 2008; ALVIM, José Manuel de Arruda. *O art.268 do CPC, a ilegitimidade e a ocorrência de coisa julgada: critérios de interpretação*. *Op.cit.*, p.35; FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Embargos à execução. Alegação de inexistência da pessoa jurídica exequente: improcedência. Coisa julgada. Legitimação para o processo de execução*. *Op.cit.*, p.147-148.

<sup>969</sup> Com todas as vênias, não podemos concordar com esta associação. Na tradição clássica, Cf. CARNELUTTI, Francesco. *Lezione di Diritto Processuale Civile*, vol. IV. *Op.cit.*, p.421; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Os elementos da demanda e a configuração da coisa julgada. *Revista Dialética de Direito Processual*, n.22, jan. 2005, p.117-118.

<sup>970</sup> É a confusão que se observa na argumentação de GARBAGNATI, Edoardo. *Preclusione 'pro iudicato' e titolo ingiuntivo*. *Op.cit.*, p.307-308. Veja-se que, ainda que admitamos que a coisa julgada material é a única que está relacionada a efeitos

Podemos sem dúvida pensar em preclusões decorrentes de condutas pré-processuais.<sup>971</sup> E se as preclusões representam regras de comportamento para as partes e para o juiz, numa perspectiva indutora de conduta, fica mais evidente que as regras preclusivas têm, no contexto do formalismo moderno, uma eficácia extraprocessual,<sup>972</sup> abrangendo atos praticados após o término do processo.

Assim, qualquer estabilidade, tanto a preclusão, como a coisa julgada, formal ou material, todas podem ter eficácias intra e extraprocessual.<sup>973</sup> O *locus* onde os efeitos produzir-se-ão não tem relação com a espécie de estabilidade. Poderá até ter alguma repercussão no exame da necessidade de manutenção do ato estável, mas não pode ser parâmetro para definir e classificar as estabilidades.

Contudo, o uso do critério do local onde se produz a estabilidade (dentro ou fora do processo) foi absorvido pela doutrina brasileira sem exceções e com pouca resistência. Em nosso sentir, a distinção entre coisa julgada formal e material não se sustenta com base neste argumento.

Queremos agora seguir na crítica à divisão de coisa julgada formal e material. Como veremos, além de ser um resquício irrefletido da teoria material da coisa julgada, a separação dos dois conceitos foi ainda uma indevida importação que não faz o menor sentido no sistema processual brasileiro, como veremos no item seguinte.

#### 4.1.4.3.6 A indevida importação do conceito de coisa julgada formal da Europa: algo que não cabe no processo brasileiro

Se a diferença entre coisa julgada formal e material não pode estar, como prega a doutrina tradicional, fulcrada na diferenciação da natureza dos efeitos (materiais ou processuais), ou tampouco o perímetro em que se produzem (se são efeitos internos ou externos) talvez tivesse que existir outra razão para que a distinção se mantivesse acesa na doutrina europeia. E tal

---

substanciais, isso não significa dizer que tais efeitos sejam apenas extraprocessuais. Da mesma maneira, se a coisa julgada formal não possui efeitos substantivos, isto não leva necessariamente à conclusão de que seus efeitos preclusivos não se possam projetar em outros processos futuros, mantendo, não obstante, seu caráter exclusivamente processual. Cf. SOUSA, Miguel Teixeira de. *O objeto da sentença e o caso julgado material (estudo sobre a funcionalidade processual)*. *Op.cit.*, p.168.

<sup>971</sup> OTTO, Hansjörg. *Die Präklusion*. *Op.cit.*, p.24.

<sup>972</sup> *Ibidem*, p.131-135. No Brasil, é exceção na moderna abordagem do tema o excelente trabalho de SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. *Op.cit.*, p.83.

<sup>973</sup> BANACLOCHE PALAO, Julio. *El ámbito de aplicación de la regla de la preclusión del artículo 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*. *Revista de Derecho Procesal*, 2009, p.68.



justificativa reside numa característica do procedimento de muitos países europeus que não encontra correspondência no Brasil.

Com efeito, em grande parte da Europa, admite-se a prolação de sentenças que resolvem apenas parcelas do mérito, reservando para outras sentenças posteriores a solução completa da lide. Assim são as sentenças “com reserva”, existentes na Itália<sup>974</sup> e Alemanha, bem assim as sentenças parciais (*Teilurteile*) e incidentais (*Zwischenurteile*), previstas nos sistemas de tradição germânica.<sup>975</sup> As sentenças incidentais são aquelas que decidem certos argumentos ou questões que embasam a pretensão ou defesa; as sentenças parciais resolvem parcelas fracionáveis do pedido; e as sentenças com reserva são decisões que terminam o processo com a ressalva de que algumas questões, mais controvertidas, serão decididas em outros procedimentos posteriores de “litigância complementar”.

Nos países em que adotados sistemas similares, de fato faz algum sentido a diferença entre os tipos de vinculação (e os tipos de estabilidade) destas espécies de sentença, especialmente a diversidade dos vínculos internos e externos que podem ser gerados. No estrangeiro, aliás, é comum a diferenciação da vinculação intraprocessual e extraprocessual (*innerprozessuale* ou *ausserprozessuale Bindungswirkung*),<sup>976</sup> que é especialmente importante para entender que não existem estabilidades apenas à luz de um julgamento final: os sujeitos também ficam vinculados internamente ao processo.<sup>977</sup> Por exemplo, se o juiz profere uma sentença incidental afirmando inexistir prescrição, e o processo segue até a prolação da sentença final, não poderá o mesmo juízo, ao proferir a decisão posterior, desconsiderar a sentença incidental anterior. Existe, portanto, uma *vinculação das sentenças posteriores* ao que ficou parcialmente deliberado na sentença incidental anterior.

Neste contexto, estaria justificada a utilidade prática da diferença entre coisa julgada formal e material, pois as sentenças que não tivessem autonomia, isto é, aquelas cujos efeitos ficassem restritos ao próprio processo, como as sentenças incidentais, gerariam mesmo assim

---

<sup>974</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e Processo*. *Op.cit.*, p.308; CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile*. *Op.cit.*, p.205 e ss.

<sup>975</sup> Como Suíça, Áustria e Alemanha. Vejam-se os parágrafos 301 e seguintes da ZPO alemã. Sobre a preclusão decorrente, Cf. OTTO, Hansjörg. *Die Präklusion*. *Op.cit.*, p.55-56.

<sup>976</sup> BÖTTICHER, Eduard. *Kritische Beiträge zur Lehre von der materiellen Rechtskraft im Zivilprozeß*. *Op.cit.*, p.74-75, 146-148.

<sup>977</sup> A doutrina alemã afirma, com razão, que esta vinculação não está necessariamente ligada à coisa julgada material, mas apenas à coisa julgada formal. ADOLPHSEN, Jens. *Zivilprozessrecht*. *Op.cit.*, p.242. Até porque, segundo a própria lei, as sentenças incidentais (*Zwischenurteile*), que não são acobertadas pela coisa julgada material, também são vinculativas na forma do § 318 da ZPO tedesca. Trata-se do que alguns denominam de efeitos internos da coisa julgada no mesmo processo. Cf. POHLMANN, Petra. *Zivilprozessrecht*, *Op.cit.*, p.170; PAULUS, Christoph G. *Zivilprozessrecht*. *Op.cit.*, p.157. O tema será retomado mais adiante.

algum tipo de estabilidade (a coisa julgada formal), igualmente limitada ao processo e diversa da coisa julgada material.

No Brasil, contudo, a distinção não tem cabimento porque, tradicionalmente, pelo conceito legal do art.162 e parágrafos do CPC, nunca vimos ser autorizado um processo com mais de uma sentença. A sentença, na dicção histórica da lei, era o ato que punha fim ao procedimento, isto é, o último ato do processo: todas as decisões anteriores eram consideradas decisões interlocutórias. Então sempre vivemos, por princípio, em um sistema que tradicionalmente evitava a fracionabilidade do mérito em mais de uma sentença.

É verdade que, nos últimos anos, muito mudou em nosso país a este respeito. A evolução da doutrina brasileira neste ponto é devida inicialmente ao professor Cândido Dinamarco, que difundiu nacionalmente a tese dos capítulos de sentença, segundo a qual seria admissível o fracionamento do mérito quando houvesse parcelas compartimentadas autônomas.<sup>978</sup> A partir de então, com a progressiva adesão da doutrina nacional à ideia,<sup>979</sup> produziram-se alguns estudos sobre a formação progressiva da coisa julgada,<sup>980</sup> em relação a cada capítulo independente.<sup>981</sup> Não obstante, a tese ainda não ganhou unanimidade jurisprudencial.<sup>982</sup> Por outro lado, apesar da inovação, estes trabalhos ficam restritos às hipóteses de fracionabilidade do pedido,<sup>983</sup> que seriam similares àquelas das sentenças parciais nos ordenamentos europeus, deixando de lado outros casos de cisão do mérito.

<sup>978</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. 1ª Ed., 2ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2004, p.9-18, 46-47, 118 e ss.

<sup>979</sup> Por todos, CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. *Op.cit.*, p.432 e ss.

<sup>980</sup> ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Coisa julgada progressiva e resolução parcial do mérito. Instrumentos de brevidade da prestação jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2008, *passim*; BEBBER, Júlio César. Recurso parcial e formação gradual da coisa julgada sob o enfoque dos capítulos de sentença. *Revista de Direito do Trabalho*, ano 35, n.134, abr-jun, 2009, p.166.

<sup>981</sup> Inclusive para fins de estabelecer seus limites temporais, e assim também para contar-se o prazo da ação rescisória.

<sup>982</sup> O STJ já julgou contrariamente à “coisa julgada progressiva”, sob o argumento de que haveria tumulto processual se admitíssemos trânsito em julgado diferente (em diferentes datas) para cada parcela ideal da decisão. (REsp 611.506-SC, Rel.Min. José Delgado, j.29.06.2004). Com todas as vênias, em nosso sentir, nenhuma perturbação de rito haveria, até porque são comuns os fracionamentos em sede de execução ou recursal, p.ex, e, no mais, havendo coisas julgadas em momentos diversos, significa que tais parcelas já não mais são discutidas, ou seja, não estão mais sujeitas ao trâmite processual, e portanto nenhum transtorno à litigância trariam. Não obstante tais acórdãos, havia outros julgados favoráveis à tese dos capítulos de sentença (REsp 709.585-RJ, Rel.Min. Luiz Fux, j.22.08.2006; REsp 474.962-SP, Rel.Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j.23.09.2006). Mas mesmo assim predominou a preocupação com a eficiência. O STJ já afirmou que o fracionamento do mérito, para fins de ajuizamento de ações rescisórias diferentes, poderia por em risco a segurança jurídica e contribuir para a morosidade do resultado final (REsp 639.233-DF, Rel.Min. José Delgado, j.06.12.2005; REsp 765.823-PR, Rel.Min. Herman Benjamin, j.27.03.2007; REsp 453.476-GO, Rel.Min. Antonio de Pádua Ribeiro, j.01.09.2005), que redundou na edição da Súmula 401: “O prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial”, o que acabou por reduzir a aplicação da tese dos capítulos de sentença para as ações rescisórias. Entendimento em nosso sentir mais adequado foi cristalizado no Enunciado n.100, II do Tribunal Superior do Trabalho.

<sup>983</sup> CARDOSO, Oscar Valente. Capítulos de sentença, coisa julgada progressiva e prazo para a ação rescisória. *Revista Dialética de Direito Processual*, n.70, jan, 2009, p.75-76.

Além destes primeiros estudos, aplicáveis a processos com objeto fracionável, o panorama legislativo sobre o conceito de sentença também se alterou. Com efeito, após a Lei 11.232/05, que modificou o art.162 do CPC, a sentença não tem mais um conceito legal que a defina a partir de um critério topográfico (o “último” ato do processo em primeira instância), passando a lei a definir a sentença pelo seu conteúdo. Assim, segundo muitos autores, a sentença não precisa mais ser o último ato do processo, o que permitiria a aceitação das sentenças incidentais e com reserva no Brasil.

Em nossa opinião, só então, e apenas se forem aceitas estas modalidades de sentença em nosso ordenamento processual, teria algum sentido teórico a distinção entre coisa julgada formal e coisa julgada material.

Em suma, neste tópico, quisemos demonstrar que a subsistência desta diferenciação, que não tem qualquer sustentação dogmática, parece também ser fruto de uma repetição impensada de conceitos tipicamente europeus.

Pensamos que não há qualquer utilidade prática, no Brasil, para o conceito de coisa julgada formal. A supressão da coisa julgada formal nada prejudicaria ao sistema processual, e ainda serviria para emprestar-lhe coerência teórica por permitir que as estabilidades fossem reconduzidas a um denominador comum em torno das preclusões.

#### 4.1.4.4 O aspecto cognitivista do modelo clássico: ligação da coisa julgada com o processo de conhecimento. As estabilidades processuais nos processos executivo e cautelar

No primeiro capítulo, vimos a constante ligação da coisa julgada com o mérito do processo, com a atividade cognitiva do juiz sobre o direito material alegado e disputado pelas partes, como se a coisa julgada só surgisse no julgamento de mérito no processo de conhecimento.<sup>984</sup> Foi essa conexão que fez Hellwig afirmar que a coisa julgada só residiria no

<sup>984</sup> ARMELIN, Donaldo. *Flexibilização da coisa julgada*. *Op.cit.*, p.144-146. Theodoro Jr. chega a afirmar que “muito embora questões de conveniência de ordem prática levem o legislador a permitir a execução, em vários casos, antes da existência da *res iudicata*, o certo é que a fonte primária, básica, da faculdade de executar, se localiza na força e nos efeitos da sentença transitada em julgado”. THEODORO JR., Humberto. Da inexistência de coisa julgada ou preclusão *pro iudicato* no processo de execução. *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos*, vol.1, n.1, 1994, p.107. Não obstante, em outro texto, o autor afirma, com razão, que, ainda que não haja coisa julgada na execução, deve haver algum tipo de estabilidade para as decisões executivas. THEODORO JR., Humberto. Execução forçada e coisa julgada. *Revista Brasileira de Direito Processual*, ano II, vol.8, out-dez. 1976, p.67. Confira-se ainda OLIVEIRA, Fernando César Ribeiro de. *Execução e coisa julgada*. *Op.cit.*, p.40 e 53-54. Na literatura italiana, Cf.TOMEI, Giovanni. *Cosa giudicata o preclusione nei processi sommari ed esecutivi*. *Op.cit.*, p.829 e ss. Na Espanha, o mesmo vício pode ser visto em CASTILLEJO MANZANARES, Raquel. *Hechos nuevos o de nueva noticia en el proceso civil de la LEC*. *Op.cit.*, p.248.

elemento declaratório da decisão; e talvez esta constante referência na tradição romano-germânica seja influência da ligação comum que faz a doutrina alemã entre coisa julgada e o conteúdo declaratório da sentença.

Esta abordagem merece críticas porque afasta do exame das estabilidades processuais as decisões proferidas em outros tipos de procedimento. Sem embargo, a ligação da coisa julgada com a declaração (o aspecto cognitivo), é constantemente usada para negar a existência de coisa julgada nos processos cautelar e de execução,<sup>985</sup> como se nestes não houvesse qualquer exigência de paz, segurança, certeza, boa-fé, estabilidade.

Trata-se, de fato, da compreensão do procedimento cognitivo como sendo o processo por excelência,<sup>986</sup> e também de uma ultrapassada visão das relações entre o processo de conhecimento e outros tipos de processo.<sup>987</sup>

Assim, grande parte da discussão a respeito da estabilidade da sentença cautelar leva em consideração os conceitos de “mérito”, “lide”, “sentença de mérito”, “sentença definitiva”, etc.<sup>988</sup> Porém, em verdade, se examinarmos as relações entre processo cautelar e processo de conhecimento, veremos que estas dizem respeito à provisoriedade e modificabilidade (ou perda) dos efeitos da sentença cautelar em função da decisão final na ação principal, o que decorre da acessoriedade do processo cautelar. Mas a alterabilidade da eficácia cautelar não é apta a excluir qualquer efeito preclusivo ou negar que exista estabilidade da sentença cautelar.<sup>989</sup>

O mesmo se pode dizer do processo de execução. Segundo a processualística antiga, a execução não compreenderia juízos cognitivos, congregando apenas a realização de atos materiais. Então, na perspectiva convencional, se o juiz não pronuncia a regra jurídica concreta, se não exercita juízos sobre pretensões, não haveria necessidade de coisa julgada na execução.<sup>990</sup> Nessa linha, parte da literatura clássica afirma que as objeções conhecidas e decididas em

<sup>985</sup> Assim, GARBAGNATI, Edoardo. *Preclusione 'pro iudicato' e titolo ingiuntivo*. *Op.cit.*, p.305; MENCHINI, Sergio. *Regiudicata civile*. *Op.cit.*, p.421-423.

<sup>986</sup> Sobre o tema, Cf.PAWLOWSKI, Hans- Martin. *Aufgabe des Zivilprozesses*. *Zeitschrift für Zivilprozeß*, ano 80, n.5-6, 1977, p.350; BLÉRY, Corinne. *L'efficacité substantielle des jugements civils*. *Op.cit.*, p.60.

<sup>987</sup> O mesmo pode ser observado na exceção de litispendência. Sobre ambos os temas, Cf.ASSIS, Araken de. Litispendência e coisa julgada no processo de execução. *Estudos Jurídicos*, vol.19, n.45, jan/abr. 1986, p.15, 20.

<sup>988</sup> Cf. OLIVA SANTOS, Andrés de la. *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*. *Op.cit.*, p.124 e ss; SILVA, Ovídio Baptista da. *A ação cautelar nominada no direito brasileiro*, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p.32-41, 91-96, 225-236. Cf.FACHIN, Luiz Edson. Coisa julgada no processo cautelar. *Revista de Processo*, ano XIII, n.49, jan/mar. 1988, p.52-53.

<sup>989</sup> É errado pensar também que a acessoriedade do processo cautelar, cujo destino pode ser influenciado pela solução do processo principal, tenha alguma repercussão na coisa julgada. Com razão SOUZA, Gelson Amaro de. Coisa julgada no processo cautelar. *Revista dos Tribunais*, ano 94, vol.842, dez. 2005, p.708-714, considerando haver coisa julgada material no processo cautelar, o que reflete posição minoritária na doutrina.

<sup>990</sup> THEODORO JR., Humberto. *Execução forçada e coisa julgada*. *Op.cit.*, p.59; GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*. *Op.cit.*, p.74: “na jurisdição de conhecimento, a coisa julgada é garantia da segurança jurídica e da tutela jurisdicional efetiva”.

execução só criam preclusões no mesmo processo.<sup>991</sup> Bom, então as medidas executivas não possuem nenhuma estabilidade extraprocessual?

Alguns autores perceberam esta necessidade e defenderam que a vontade privada, por ação ou omissão, corresponderia à estabilidade na execução. Neste sentido, a tese da “aquiesscência” como estabilidade executiva fora defendida por Carnelutti ao falar da execução injusta e da repetição do indébito.<sup>992</sup> Já para Redenti<sup>993</sup> e Micheli,<sup>994</sup> a estabilidade executiva seria a chamada “preclusão *pro iudicato*”, que corresponderia a uma estabilidade simétrica e com resultado prático idêntico ao da autoridade da coisa julgada, vale dizer, uma preclusão com efeitos análogos à *res iudicata*.<sup>995</sup>

Em sentido contrário, Garbagnati refutou a ideia de que a execução teria que ser vista juntamente com o direito material, e de que a estabilidade da execução seria similar à coisa julgada material. Segundo ele, com a técnica do título executivo, isola-se o processo de execução do crédito ou de quaisquer considerações sobre o direito material. Claro que, quando conflitam processo e direito material, prevalece este, como se mostra nos efeitos dos embargos, que por razões substanciais podem desfazer a força do título. Porém, a separação é a regra.

Além disso, Garbagnati afirma que, no processo cognitivo, haveria a ação rescisória para a quebra da estabilidade, mas qual seria o mecanismo para impugnar a preclusão *pro iudicato*? Em se adotando a tese de Redenti, o documento extrajudicial não impugnado teria mais estabilidade do que a sentença judicial.<sup>996</sup> Seria, portanto, absurdo pensar que a estabilidade da execução fosse maior do que a estabilidade da sentença de mérito passada em julgado no processo de cognição.

<sup>991</sup> GAUL, Hans Friedhelm. *Ungerechtfertigte Zwangsvollstreckung und materielle Ausgleichsansprüche*. *Archiv für die civilistische Praxis*, ano 173, 1973, p.323, 330.

<sup>992</sup> Alguns autores são contrários a tal ideia, afirmando que não se pode pensar que, não tendo manejado embargos, a simples omissão em impugnar o título geraria efeitos de estabilidade próxima à coisa julgada, “com efeito de acerto positivo em favor do credor”. Não havendo lei, a preclusão seria restrita àquele processo e não se projetaria no direito material. MICHELI, Gian Antonio. *Corso di Diritto Processuale Civile*, vol. II. Milano: Giuffrè, 1959, p.317; THEODORO JR., Humberto. *Execução forçada e coisa julgada*. *Op.cit.*, p.70.

<sup>993</sup> REDENTI, Enrico. *Diritto Processuale Civile*, vol. III, 2. ed. Milano: Giuffrè, 1954, p.307 e ss.

<sup>994</sup> MICHELI, Gian Antonio. *Corso di Diritto Processuale Civile*. *Op.cit.*, p.304 e ss.

<sup>995</sup> Afirma-se que Redenti teria atenuado sua opinião na segunda edição de seu manual, admitindo que, mesmo depois do término da *opposizione* poderia haver alguma previsão de remédio para o devedor executado injustamente pudesse obter ressarcimento. Essa forma seria, p.ex., uma ação de repetição do indébito. Confira-se, sobre o ponto, MICHELI, Gian Antonio. *Corso di Diritto Processuale Civile*. *Op.cit.*, p.317; THEODORO JR., Humberto. *Execução forçada e coisa julgada*. *Op.cit.*, p.68-69. Sobre a preclusão *pro iudicato* na doutrina brasileira, NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz*. *Op.cit.*, p.20-21; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Os elementos da demanda e a configuração da coisa julgada*. *Op.cit.*, p.117. Em Portugal, SAMPAIO, José Maria Gonçalves. *A ação executiva e a problemática das execuções injustas*. Lisboa: Cosmos, 1992, p.334-343.

<sup>996</sup> É a indagação de THEODORO JR., Humberto. *Execução forçada e coisa julgada*. *Op.cit.*, p.72 e 77-78.

Allorio, a partir dessas inquietações, asseverou que, como a lei trata as hipóteses de maneira diversa, teria que haver alguma diferença entre a preclusão *pro iudicato* e a coisa julgada, ainda que seus efeitos fossem análogos. Mas qual seria então essa diferença?

Garbagnati sustenta que, como a preclusão ficaria restrita ao próprio processo, não se poderia invocá-la como sendo a estabilidade da execução não embargada.<sup>997</sup> Ademais, Redenti pretendia que a preclusão tivesse “efeitos de direito material”.<sup>998</sup> Ora, se a preclusão, na concepção clássica, tem efeitos internos e puramente de natureza processual, não se poderia a ela atribuir o rótulo de “preclusão *pro iudicato*”.<sup>999</sup> Note-se que Garbagnati mantém-se preso à ruptura clássica entre os conceitos de preclusão e coisa julgada, a qual já criticamos anteriormente, bem como ao conceito chiovendiano de preclusão.

À luz deste debate, observamos que a doutrina não consegue resolver adequadamente a questão da estabilidade processual na execução. E, depois do breve inventário sobre a controvérsia, podemos extrair três conclusões. A primeira delas é que, muitas vezes, aparentemente as divergências são apenas de nomenclatura; a segunda é que todas as abordagens possuem um ponto em comum: mesmo os autores que propagam uma ligação necessária entre cognição e coisa julgada admitem que deva haver algum tipo de estabilidade para as decisões executivas,<sup>1000</sup> e a questão é em que medida esta estabilidade deve se operar;<sup>1001</sup> a terceira conclusão é que a aproximação que se faz da estabilidade da sentença executiva (chamada de preclusão *pro iudicato*) à disciplina da coisa julgada evidencia o parentesco próximo entre preclusões e *res iudicata*, reforçando nosso apelo por uma análise conjunta.

Faz-se necessária, portanto, uma abordagem menos “cognitivista” das estabilidades processuais,<sup>1002</sup> que se iniciou, como vimos anteriormente, com a limitação da coisa julgada ao conteúdo declaratório da sentença, através da tese de Konrad Hellwig.<sup>1003</sup>

<sup>997</sup> GARBAGNATI, Edoardo. *Preclusione ‘pro iudicato’ e titolo ingiuntivo*. *Op.cit.*, p.308.

<sup>998</sup> Como afirma Theodoro Jr., THEODORO JR., Humberto. *Execução forçada e coisa julgada*. *Op.cit.*, p.79.

<sup>999</sup> THEODORO JR., Humberto. *Da inexistência de coisa julgada ou preclusão pro iudicato no processo de execução*. *Op.cit.*, p.104 e ss.

<sup>1000</sup> Cf. THEODORO JR., Humberto. *Execução forçada e coisa julgada*. *Op.cit.*, p.67 e seguintes.

<sup>1001</sup> Neste sentido, LAKKIS, Panajotta. *Präklusion von Einwendungen aus zivilrechtlichen Ausgleichsansprüchen analog §767 III ZPO? Zeitschrift für Zivilprozeß*, ano 119, n.4, 2006, p.440-443; ASSIS, Araken de. *Litispendência e coisa julgada no processo de execução*. *Op.cit.*, p.22.

<sup>1002</sup> Correto, no ponto, FAZZALARI, Elio. *Cosa giudicata e convalida di sfratto*. *Op.cit.*, p.1310.

<sup>1003</sup> Para Barbosa Moreira, a crítica que se pode fazer à tese de Hellwig deriva da finalidade eminentemente prática da coisa julgada. Em razão desta função pragmática do instituto, de nada adiantaria a coisa julgada para os escopos de estabilidade se não fizesse imune a futuras contestações o resultado final do processo. Seria muito pouco para a garantia da coisa julgada se ficasse restrita à declaração, permitindo que o resultado em si (a modificação, a prestação) pudessem ser rediscutidos. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Cosa julgada e declaração*. *Op.cit.*, p.22; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Efficacia ed autorità della sentenza*. *Op.cit.*, p.12. Deveria haver incontestabilidade do resultado todo, e não apenas da declaração. MOREIRA, José Carlos Barbosa.

Temos que o cerne das estabilidades não é a declaração sobre o mérito, mas a “normatividade” (*Maßgeblichkeit*)<sup>1004</sup> do vínculo, e este caráter regulatório de conduta, como percebera Liebman, não poderia ser restrito à atividade cognitiva, devendo compreender os efeitos dela decorrentes<sup>1005</sup> e os impactos em outros atos e processos.

A concepção de que toda atividade jurisdicional deve originar uma “declaração” com autoridade de coisa julgada é fruto da premissa que vê a jurisdição predominantemente como atuação do direito objetivo no caso concreto. Concordamos com Caponi que é chegada a hora de enxergar que também a administração da justiça é função do Estado moderno e escopo do processo. Assim, poderemos admitir um modelo não cognitivista de estabilidades,<sup>1006</sup> que se preocupe com a projeção dos efeitos interprocessuais da estabilidade adquirida pelos atos do processo no tráfego jurídico.

Compreender as estabilidades processuais como um fenômeno geral, comum a todos os atos de qualquer processo, permite pensar outras formas de estabilidade que não a coisa julgada, o que será um grande passo na ultrapassagem dos métodos tradicionais que procuravam testar a aplicação da coisa julgada (apenas um caso específico de estabilidade) a outros atos ou procedimentos.<sup>1007</sup>

No mais, em analisando as tentativas de explicar se a estabilidade das decisões executivas era ou não a coisa julgada, pode-se ver um erro metodológico que parece ser precisamente o mesmo encontrado no destacar a sentença dos demais atos do Estado; vale dizer, ao estudar a estabilidade normativa das decisões executivas, os processualistas deveriam menos debater a respeito de nomenclaturas, ou tentar “adaptar” a coisa julgada à execução,<sup>1008</sup> que questionar

*Coisa julgada e declaração. Op.cit.*, p.22-23. Na página 24, afirma que: “A exigência de estabilidade, inerente ao mecanismo da tutela jurisdicional, não fica satisfeita com o ter-se de reconhecer como produzido o resultado do processo em que se proferiu a sentença constitutiva. É necessário que semelhante resultado, ao menos dentro de certos limites, seja reconhecido como indiscutível, como incontestável, como inimpugnável. Ora, a isso não se pode chegar ‘independentemente dalla cosa giudicata’, a não ser que se queira admitir duas espécies de incontestabilidade, uma identificada com a ‘auctoritas rei iudicatae’, outra relacionada com causa ou circunstância diversa (mas qual seria?)”.

<sup>1004</sup> ROSENBERG, Leo. *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts. Op.cit.*, p.675. Mais recentemente, FASCHING, Hans W. *Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts. 2. ed.*, Wien: Manz, 1990, p.756-757; RECHBERGER, Walther H.; SIMOTTA, Daphne-Ariane. *Zivilprozessrecht. Op.cit.*, p.467.

<sup>1005</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. *Efficacia ed autorità della sentenza. Op.cit.*, p.20-21; *Idem. Effetti della sentenza e cosa giudicata. Op.cit.*, p.3.

<sup>1006</sup> Caponi fala de uma “relativa incontestabilidade”. CAPONI, Remo. *Il giudicato civile dimensionato. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Anno LXIII, Fasc.3, 2009, p.952.

<sup>1007</sup> TOMEI, Giovanni. *Cosa giudicata o preclusione nei processi sommari ed esecutivi. Op.cit.*, p.832-837

<sup>1008</sup> O próprio Liebman admitia, há quase 80 anos, que afirmar a diferenciação entre coisa julgada e efeitos da decisão, coma negação da tese de Hellwig, permitiria argumentar em favor da coisa julgada no processo de execução. Cf.LIEBMAN, Enrico Tullio. *Efficacia ed autorità della sentenza. Op.cit.*, p.46. Adolphsen menciona decisões em execução (*Vollstreckungsbescheid*) e o laudo arbitral (*Schiedspruch*) como exemplos de provimentos que têm os mesmos efeitos de um julgamento com coisa julgada. Apesar da abordagem mais moderna, ainda se vê uma tentativa de aplicar a coisa julgada, mesmo que por analogia, a outros

propriamente a sistemática tradicional da coisa julgada, e se todas as estabilidades processuais não deveriam ter uma origem e um berço comum.

#### 4.1.5 Um estudo conjunto das estabilidades

Um dos problemas que o modelo tradicional carrega, como visto anteriormente, é impedir uma sistematização conjunta das estabilidades processuais. Na tradição europeia-continental, seguida em linhas gerais pelos sistemas latino-americanos, as estabilidades dos atos intermédios (preclusões) são totalmente diversas das estabilidades da sentença (coisa julgada formal ou material). Observamos ainda um problema ainda maior, que é conferir a um determinado ato estatal (a sentença) em apenas uma de suas muitas espécies e manifestações (somente a sentença de mérito no processo de conhecimento), uma nota de “imutabilidade” (coisa julgada material). Leis, atos administrativos e todas as outras sentenças, bem como os demais atos processuais, não adquiririam um tal *status* de inalterabilidade.

Não obstante esta evolução, alguns autores tentaram, na Europa, aproximar a coisa julgada nos atos jurisdicionais de outras formas de estabilidade dos atos estatais, mas partiam da metodologia indutiva, inadequada ao caso. A abordagem ideal, como visto, seria buscar um tronco comum da estabilidade dos atos do Estado, partindo-se de um raciocínio não indutivo, mas dedutivo, pelo qual primeiramente se procura verificar a existência de propriedades comuns, para somente então descer aos casos específicos.

E, de fato, alguns tentaram empreender esta metodologia. O ponto de aproximação dessas formulações era a recondução de todas as estabilidades à segurança jurídica e ao Estado de Direito. O primeiro talvez a tentar essa abordagem comum foi Adolf Merkl.

##### 4.1.5.1 A tese de Adolf Merkl: a duração da validade da norma como núcleo da coisa julgada

Para Merkl, a coisa julgada material seria a imutabilidade da vigência dos fenômenos jurídicos,<sup>1009</sup> e por isso acompanharia toda produção de norma jurídica. A *res iudicata* seria então uma característica não apenas da sentença, mas de todos os atos normativos estatais. Segundo o

---

procedimentos. ADOLPHSEN, Jens. *Zivilprozessrecht. Op.cit.*, p.244.

<sup>1009</sup> MERKL, Adolf. *Die Lehre von der Rechtskraft. Op.cit.*, p.171, 177 e ss, 273 e ss.



publicista de Viena, a coisa julgada revela uma manifestação da autoridade dos atos criativos de direito por parte do Estado, presente em todos os atos normativos estatais.

Merkel afirma que uma norma jurídica é *essencialmente imutável no tempo*, porque somente uma disposição expressa pode derogar o comando da norma, ou seja, seria necessário um *contrarius actus*.<sup>1010</sup> Diz que, além da simples eficácia (*Rechtsgeltung*), haveria ainda uma espécie de “eficácia permanente” da afirmação normativa estatal, sendo relevante estudar a “duração de validade” (validade duradoura ou *Geltungsdauer*) dos atos jurídicos em geral.<sup>1011</sup> Segundo Merkel, leis, atos administrativos, sentenças, todos os atos estatais são *principiologicamente inalteráveis* pela sua duração tendencial (*Dauergeltung*), vez que só podem ser modificados quando o ordenamento permite e dentro das estreitas possibilidades de mudança.<sup>1012</sup> O princípio imanente na alteração das normas seria aquele segundo o qual a lei posterior *não* revoga a lei anterior.<sup>1013</sup> Assim, se a lei não prevê a mudança da sentença depois do prazo da rescisória, ela seria imutável.

Note-se que a tese de Merkel buscava características comuns *em todos os atos estatais*. Além disso, teve o grande mérito teórico de apresentar uma teoria da estabilidade normativa com preocupação com o futuro,<sup>1014</sup> deslocando o foco da validade das normas para a duração da norma concretizada na sentença final (validade no tempo ou permanência).<sup>1015</sup>

De fato, se o ordenamento é dinâmico, devemos analisar a sucessão de situações normatizadas. Isso porque a coisa julgada está relacionada ao fenômeno da incidência normativa. A lei nova pode produzir efeitos em relação ao passado e ao futuro, alterando, desde o presente, eventos que foram praticados e assumiram contornos jurídicos pela incidência de outras normas. A coisa julgada, então, compensa o dinamismo temporal do sistema jurídico para lidar com as interferências recíprocas entre a incidência passada e a incidência futura. Assim, se pela via

<sup>1010</sup> *Ibidem*, p.178-181.

<sup>1011</sup> MERKL, Adolf. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. *Op.cit.*, p.208; *Idem*, *Die Lehre von der Rechtskraft*. *Op.cit.*, p.177.

<sup>1012</sup> MERKL, Adolf. *Die Lehre von der Rechtskraft*. *Op.cit.*, p.229-230, 240, 243-244.

<sup>1013</sup> Além disso, haveria condições de revogação que dependeriam da qualidade do ato, ou da hierarquia das normas. Cf.MERKL, Adolf. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. *Op.cit.*, p.211.

<sup>1014</sup> *Ibidem*, p.209.

<sup>1015</sup> Com efeito, para aqueles que têm concepção hierárquica do ordenamento, a coisa julgada teria fundamento na maior ou menor possibilidade de reforma da sentença, como se, o problema residisse na “duração da validade” da norma concreta contida na decisão judicial. Merkel teve o mérito de descobrir que o problema da coisa julgada seria não de uma maior ou menor possibilidade de superação da regra da sentença, mas sim da eventualidade de uma segunda sentença *sobre o mesmo objeto em momento posterior*. MERKL, Adolf. *Die Lehre von der Rechtskraft*. *Op.cit.*, p.175, 177 e ss; *Idem*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*. *Op.cit.*, p.201. Sobre o tema, confira-se a crítica de BÖTTICHER, Eduard. *Kritische Beiträge zur Lehre von der materiellen Rechtskraft im Zivilprozeß*. *Op.cit.*, p.40.

jurisdicional houver uma nova incidência (nova sentença) sobre mesmo objeto, a coisa julgada resgata o passado confrontando-o com o futuro em constante câmbio.<sup>1016</sup>

Mas o que Merkl não tratou bem foram os aspectos do tempo no sistema de estabilidades e sua relação com a possibilidade da mudança de uma regra estável. Se o ordenamento jurídico é dinâmico, o poder de constituir normas não se exaure na produção normativa originária; este poder continua existindo e por isso as regras mudam naturalmente. O poder de revogação de uma norma relaciona-se com essa limitação, imunizando os sentidos dos eventos pretéritos *apesar das novas regras* posteriormente editadas.<sup>1017</sup>

A coisa julgada, e como ela todas as estabilidades, servem todas para restringir o poder de mudar a norma, não para reconhecer uma permanência eterna ou definitiva do estatuído na sentença. Como bem ressaltou Tércio Sampaio Ferraz Jr., “o problema não está no tempo da validade das normas (vigência), mas na temporalidade do poder (competência) de mudar as normas. E porque tem a ver com esse poder é que a coisa julgada envolve, em nível constitucional, uma questão de segurança”.<sup>1018</sup> Liebman foi um dos que percebeu esta falha na tese de Merkl, e o criticou afirmando que o ponto de partida da “imutabilidade” de todos os atos estatais estaria errado.<sup>1019</sup>

Isso faz pensar se não seria possível a substituição do referencial “imutabilidade” por outra alternativa que tornasse possível esboçar uma teorização conjunta não só da estabilidade dos atos estatais, mas também dos demais atos processuais.

Como se verá adiante, pensamos que a continuidade jurídica reflete o traço comum entre as estabilidades de todos os atos estatais. A diferença estaria não no órgão que edita o ato (se o Judiciário, se o Legislativo ou Executivo), ou tampouco nos efeitos do ato (se gerais, abstratos ou

---

<sup>1016</sup> Como lembra Ferraz Jr., se o tempo cronológico se caracteriza pela irreversibilidade de um momento pretérito que se projeta para um momento indefinido no futuro, o próprio futuro deve atuar sem que evite sua ocorrência: isto é, como planejamento; e o passado deve ser resgatado sem que se procure apagá-lo. A experiência ocorre no presente e a vida humana culturalmente orientada se reflete num *continuum*. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Coisa julgada em matéria tributária e as alterações sofridas pela legislação da contribuição social sobre o lucro (Lei n.7.689/88). *Revista Dialética de Direito Tributário*, n.125, fev. 2006, p.73-74. Quando uma norma é pronunciada e estabilizada, torna-se momento passado, e o homem, através do direito, “enfrenta” o tempo cronológico, com mecanismos de “retomada reflexiva” do passado e de antecipação, em reflexividade, do futuro. Nesse cenário, entra em cena a segurança como continuidade, que procura a consistência na duração, não no resultado. A segurança busca evitar não só que os eventos pretéritos sejam ignorados ou se tornem insignificantes, mas também que as potencialidades futuras sejam totalmente incertas, como uma coleção de surpresas imprevisíveis.

<sup>1017</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Coisa julgada em matéria tributária e as alterações sofridas pela legislação da contribuição social sobre o lucro (Lei n.7.689/88)*. *Op.cit.*, p.73.

<sup>1018</sup> *Ibidem*, p.73.

<sup>1019</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. *Efficacia ed autorità della sentenza*. *Op.cit.*, p.33 e38.

concretos), mas na preservação de sua duração, que é mais forte em certos casos (vejam-se as sentenças de mérito) que em outros.<sup>1020</sup>

#### 4.1.5.2 Em busca de uma alternativa para a segurança-imutabilidade

##### 4.1.5.2.1 Suposta ligação necessária da coisa julgada com o direito positivo e a concomitante utilização de princípios não positivados

No estudo tradicional das estabilidades processuais, percebe-se uma ideologia de propagar a fundamental dependência da estabilidade da sentença do direito positivo. Trata-se de afirmação recorrente no direito processual, tendo sido já salientada há muito tempo.<sup>1021</sup>

Pois bem, pensemos na seguinte situação: se fossem revogados os arts.467 a 474 do CPC, as sentenças deixariam de ser protegidas por qualquer tipo de estabilidade? Claro que a resposta só pode ser negativa.

Não se discute que ao legislador é autorizado a estabelecer regimes mais ou menos rígidos para as estabilidades processuais, com requisitos detalhados para configuração e limites de suas espécies.<sup>1022</sup> É certo, ainda, que o formato das estabilidades processuais varia ao sabor da tradição jurídica de cada ordenamento, e não queremos negar a importância que a lei positiva tem nos ordenamentos de *civil law*. Mas, na ausência de lei, ainda assim haveria necessidade de um modelo de estabilidades, que poderia ser extraído de outros pontos do sistema, tanto de regras positivadas quando dos princípios gerais de regência.<sup>1023</sup>

Então, temos que, se fosse revogado nosso Código de Processo Civil neste ponto, talvez a coisa julgada no Brasil mudasse de figura. Dizemos “talvez” porque haveria ainda a grande probabilidade de que, pela força da tradição e pela antiguidade do instituto, a mesma definição e os mesmos conceitos de limites objetivos e subjetivos continuassem a ser aplicados pelos

<sup>1020</sup> Como já percebera MAYER, Otto. *Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft in Verwaltungssachen*. *Op.cit.*, p.24.

<sup>1021</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada*. *Op.cit.*, p.274; PLANCK, Julius Wilhelm. *Lehrbuch des Deutschen Civilprozessrechts*. *Op.cit.*, p.255; NEVES, Celso. *Coisa julgada no direito tributário*. *Op.cit.*, p.240; SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. *Op.cit.*, p.203; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz*. *Op.cit.*, p.78-79; RIVERA, José Antonio. *El amparo constitucional contra sentencias judiciales con autoridad de cosa juzgada: una perspectiva del tema en Bolivia*. *Op.cit.*, p.383.

<sup>1022</sup> No mesmo sentido, para a coisa julgada, Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Questões prejudiciais e coisa julgada*. *Op.cit.*, p.198-199.

<sup>1023</sup> Note-se que a coisa julgada não tem nenhuma limitação temporal expressa na legislação da ZPO alemã, e mesmo assim seus limites foram extraídos da disciplina geral e de outros pontos do sistema, como das disposições sobre as ações previstas para quebra da coisa julgada. Cf. BLOMEYER, Arwed. *Zivilproßrecht. Erkenntnisverfahren*. *Op.cit.*, p.499.

tribunais e lecionados nas universidades tal como existiam no direito romano. Hellwig asseverou, já no início do séc.XX, que os debates sobre a coisa julgada ainda estavam fortemente influenciados pelas premissas romanas.<sup>1024</sup> No seu maior trabalho sobre o tema, afirma logo no prefácio que dedicava atenção ao direito romano porque teriam sido os romanos a mostrar as soluções corretas para as difíceis perguntas referentes à coisa julgada.<sup>1025</sup>

De fato, o direito está mistificado desde Roma, e alguns institutos, dentre eles a coisa julgada, adquiriram um certo grau de sacralidade ou “santidade”<sup>1026</sup> que fazem pensar que qualquer “mudança” nesta disciplina deveria ser apenas uma alteração de filigranas, deixando intacta sua espinha dorsal: a mudança só é possível se... estiver alinhada com a tradição. De fato, a coisa julgada tornou-se um mito<sup>1027</sup> ou um dogma.<sup>1028</sup>

Então, é provável que, ainda que suprimidos os conceitos legais, fosse mantida a disciplina romana. Todavia, é possível também que assim não ocorresse. É imaginável que, alterada ou revogada a lei, pudesse haver uma guinada de perspectiva. Em nosso sentir, o direito positivo é *contingente* às estabilidades do processo,<sup>1029</sup> e não pode ser o centro em torno do qual gravita o conhecimento científico.

Com efeito, não há dúvida que a tradição pesa e é importante, porque é através dela que os conceitos e as práticas do direito vão sendo transmitidos de geração em geração, adquirindo significação para a vida das pessoas e determinando inclusive os papéis sociais segundo os quais o indivíduo deverá enxergar a lei e as questões morais de comportamento. Neste sentido, um modelo geral de estabilidades não pode ser universal e eterno em sua configuração, mas depende da visão que, numa sociedade e em determinado tempo, pode-se ter de suas funções no sistema jurídico.<sup>1030</sup>

Porém, nenhuma tradição é estática, e uma alteração sistêmica mais aguda afigura-se possível também porque a tradição muda e evolui. Não é porque os romanos utilizavam qualquer instituto há três mil anos que este instituto será sempre o mais adequado para a solução dos

<sup>1024</sup> HELLWIG, Konrad. *System des deutschen Zivilprozeßrechts*. *Op.cit.*, p.767, 770-771.

<sup>1025</sup> HELLWIG, Konrad. *Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft*. *Op.cit.*, p.IV.

<sup>1026</sup> Na doutrina brasileira, Cf.THEODORO JR., Humberto. *A ação rescisória e o problema da superveniência do julgamento da questão constitucional*. *Op.cit.*, p.165. Na Espanha, OLIVA SANTOS, Andrés de la. *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*. *Op.cit.*, p.110; CALAZA LÓPEZ, Sonia. *La cosa juzgada*. *Op.cit.*, p.75.

<sup>1027</sup> CONDE, João Correia. *O ‘mito do caso julgado’ e a revisão propter nova*. *Op.cit.*, p.19.

<sup>1028</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada*. *Op.cit.*, *passim*; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Relativização da coisa julgada material*, *Op.cit.*, p.179-180.

<sup>1029</sup> NIEVA FENOLL, Jordi. *La cosa juzgada*. *Op.cit.*, p.23.

<sup>1030</sup> CASAD, Robert C.; CLERMONT, Kevin M. *Res Judicata....* *Op.cit.*, p.35.

problemas de hoje. Como lembra Nieva Fenoll, as sociedades contemporâneas avançadas têm outro ritmo e outras estruturas, que exigem a evolução dos institutos jurídicos.<sup>1031</sup>

De nossa parte, pensamos que essa mudança “ideológica” do sistema de estabilidades não necessita de reformas legislativas.<sup>1032</sup> As estabilidades processuais independem do direito positivo, e antes remetem a valores e princípios mais amplos, como a segurança jurídica.<sup>1033</sup> Neste diapasão, a coisa julgada, a preclusão ou qualquer outro mecanismo de estabilização das decisões podem até ter um nome ou uma formatação diferente por opção legal ou pela tradição local de cada país; mas poderiam ser simplesmente abolidos. Observe-se que não queremos dizer que o sistema jurídico poderia operar sem mecanismos de estabilização normativa. O que queremos salientar é apenas que estes instrumentos não necessariamente têm que ser a coisa julgada e a preclusão *tal qual as conhecemos*.<sup>1034</sup> Outras formas de estabilidade poderiam derivar dos princípios gerais do sistema.<sup>1035</sup> Afinal, um sistema de estabilidades é algo universal, presente em muitos ordenamentos jurídicos<sup>1036</sup> e cujas linhas fundamentais podem apresentar aproximações convergentes para um parâmetro teórico comum.<sup>1037</sup>

Assim, p.ex., a doutrina norte-americana também se refere à *res iudicata* como sendo algo vital ao sistema processual, um instituto do qual não se poderia abrir mão. Porém, parece fazê-lo afirmando que a *res iudicata* possui uma missão *funcional* ao processo, que não decorre de específicas regras a este respeito, até porque o modelo do *common law* não é fulcrado em leis escritas, mas em princípios construídos pela evolução jurisprudencial a partir das ideias básicas que subjazem aos conceitos de estabilidade e segurança. Aliás, lá já se afirmou tratar-se de um assunto muito complexo para que uma codificação escrita seja bem sucedida.<sup>1038</sup>

<sup>1031</sup> NIEVA FENOLL, Jordi. *La cosa juzgada*. *Op.cit.*, p.84-85.

<sup>1032</sup> Com razão, Wambier e Medina afirmam que não é preciso alteração legislativa para emprestar à coisa julgada a adequada formatação para um Estado Democrático de Direito. Cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada*. *Op.cit.*, p.172.

<sup>1033</sup> Em sentido similar, Cf. BÉCHILLON, Denys de. *L'identification de la chose jugée dans la jurisprudence du Conseil d'État*. *Op.cit.*, p.1797 nota 8.

<sup>1034</sup> Talamini, dando grande importância à consagração constitucional da coisa julgada no rol de direitos fundamentais, afirma que a menção constitucional da coisa julgada faz com que o instituto não possa ser abolido do sistema. Diz, com Dinamarco, em reforço da tutela jurisdicional efetiva, em segurança, em possível interpretação extensiva e em cláusula pétrea. TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. *Op.cit.*, p.51-52. Pedimos licença para divergir. Ao contrário do autor, temos que o dado que não pode ser suprimido é a própria segurança jurídica e a estabilidade dos atos processuais. São estas que se nos afiguram como sistemicamente relevantes. As peculiaridades dos institutos que as regulam detalhadamente, estas podem ser modificadas.

<sup>1035</sup> Acertadamente, Humberto Theodoro Jr. diz que é exagerado afirmar que a coisa julgada deriva da “essência mesma do direito e sem o qual este seria ilusório e a incerteza reinaria nas relações sociais”, como fez Couture, mas reconhece a importância da segurança e da certeza nas relações jurídicas. THEODORO JR., Humberto. *Coisa julgada, ação declaratória seguida de condenatória*. *Op.cit.*, p.82.

<sup>1036</sup> Cf. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. *Op.cit.*, p.21.

<sup>1037</sup> SILGUERO ESTAGNAN, Joaquín. *La preclusión de alegaciones en el proceso civil*. *Op.cit.*, p.34.

<sup>1038</sup> CASAD, Robert C.; CLERMONT, Kevin M. *Res Judicata...* *Op.cit.*, p.5-6.

Curioso notar que, ao mesmo tempo em que a doutrina romano-germânica clássica afirma a dependência da coisa julgada do direito positivo, recorrentemente associa o instituto a princípios jurídicos, cláusulas gerais ou valores não positivados, sejam aqueles da constituição ou da legislação ordinária (segurança jurídica, Estado de Direito). Ora, se a coisa julgada somente existiria por força do direito positivo, de que serve reconduzi-la à segurança jurídica ou a qualquer outra cláusula geral ou princípio, às vezes nem mesmo positivados? Seria apenas para constatar o valor que inspirou o instituto? Sem embargo, se a coisa julgada *deriva* da segurança jurídica e do Estado de Direito, e portanto é um instituto informado por essa principiologia, o cerne da coisa julgada não está na legislação ordinária, mas nos valores que a norteiam, mesmo na ausência de lei.<sup>1039</sup>

#### 4.1.5.3 Estabilidade geral e estabilidades setoriais

A constatação de que as estabilidades processuais não podem depender do direito positivo, mas antes devem ser derivadas dos princípios jurídicos regentes, revela três consequências importantes.

A primeira é autorizar a adequada interpretação das regras legais em consonância com esta principiologia geral, o que se mostra especialmente interessante no contexto de internacionalização de direitos, quando então as estabilidades processuais internas são confrontadas e atacadas em cortes internacionais.<sup>1040</sup>

A segunda consequência relevante em considerar o modelo de estabilidades como proveniente de princípios é que nenhuma análise de temas como coisa julgada e preclusão pode passar ao largo de indagar o fundamento normativo-principiológico destes institutos, para só então verificar como devem ser interpretadas e aplicadas as regras positivadas.

<sup>1039</sup> Valores e princípios que poderiam ser derivados da disciplina constitucional da estabilidade dos atos estatais. Sobre a evolução histórica da influência do direito constitucional no direito processual, Cf. HÄBERLE, Peter. *Der Verfassungsstaat in entwicklungsgeschichtlicher Perspektive*. in BURMEISTER, Joachim (Hrsg.). *Verfassungsstaatlichkeit. Festschrift für Klaus Stern zum 65. Geburtstag*. München: Beck, 1997, p.144-145.

<sup>1040</sup> Sem embargo, as estabilidades processuais só seriam desnecessárias na litigância internacional se pensarmos como absoluta e impenetrável a zona de autonomia que a soberania estatal confere a cada país. Então, como afirmam Casad e Clermont, “*the law of the jungle might work*” (a lei da selva poderia incidir). Porém, com a internacionalização do processo, a segurança jurídica através da coisa julgada não pode ser um elemento dependente do direito positivo nacional, mas antes deve ser compreendida e aplicada como uma concepção geral, principiológica, decorrente de uma generalização observada nos direitos nacionais. Cf. LIMBURG, M. *L'autorité de chose jugée des décisions des juridictions internationales*. *Op.cit.*, p.525-526 e 535; CASAD, Robert C.; CLERMONT, Kevin M. *Res Judicata...Op.cit.*, p.5.

Não se trata de substituir as escolhas do legislador (conscientes ou não, fruto do peso da tradição ou não) por critérios baseados somente na principiologia constitucional, mas *reinterpretar a normativa legal* dentro deste arcabouço normativo.

A terceira consequência é que, se a estabilidade das posições jurídicas é principiológica ao processo, a forma geral de estabilidade processual *independe* da configuração positiva das espécies de estabilidade setoriais. Portanto, a existência de específicos tipos de estabilidade, tal como a coisa julgada, positivadas aqui e ali na legislação, não interfere no fato de que incida a principiologia geral, vale dizer, a previsão expressa de algumas espécies de mecanismos de estabilização não exclui outras formas de estabilidade dos atos do processo. Ao contrário, existe uma *complementariedade* entre os diversos mecanismos de estabilidade por conta de sua acomodação na mesma principiologia e em razão de seus escopos sistêmicos comuns.<sup>1041</sup>

E o gênero, o mecanismo genérico, o formato mais geral da estabilidade não é a coisa julgada, mas a preclusão. Vencidos os preconceitos que limitavam a preclusão ao interno do processo e aos atos das partes, e se admitimos que há outros atos do processo, com ou sem efeitos materiais, que merecem uma estabilidade extraprocessual, fica mais simples aceitar a preclusão como forma geral de estabilidade processual.<sup>1042</sup>

E várias formas de estabilidade, como a coisa julgada formal e a coisa julgada material, são baseadas fundamentalmente em técnicas preclusivas. Então, se a própria coisa julgada atua com técnica preclusiva; se existem preclusões que atingem não apenas faculdades das partes, mas também poderes do juiz; se pode haver preclusões extraprocessuais e preclusões decorrentes de omissões, tais como a eficácia preclusiva da coisa julgada, o conceito de preclusão, sem as indevidas restrições advindas da interpretação das linhas de Chiovenda, torna-se largo o suficiente para atender ao sistema de estabilidades, revelando-se a forma geral da estabilidade processual.

Observe-se que a preclusão não tem nenhuma regra positivada definindo seu conteúdo, espécies, limites, objeto, sujeitos, etc. Tudo é extraído da pena doutrinária dos especialistas, e mesmo assim os pormenores teóricos em torno dos efeitos preclusivos puderam ser juridicamente desenvolvidos, o que demonstra, mais uma vez, que a estabilidade independe do direito

---

<sup>1041</sup> Perceberam a complementariedade da preclusão em relação à coisa julgada WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada*. *Op.cit.*, p.21.

<sup>1042</sup> Correto SILGUERO ESTAGNAN, Joaquín. *La preclusión de alegaciones en el proceso civil*. *Op.cit.*, p.34-35, 65-66.

positivo.<sup>1043</sup> Além disso, a preclusão possui um formato aplicativo dinâmico, mais adequado ao processo contemporâneo.<sup>1044</sup>

Neste sentido, diversos ordenamentos, como aqueles do *common law*, já operam com uma disciplina comum de todas as estabilidades. Ademais, a superação ou quebra de estabilidade já é, em muitos países de tradição romano-germânica, teorizada em conjunto para preclusões e coisa julgada. Por vezes se defende que a *Wiedereinsetzung in den vorigen Stand* poderia ser usada como forma de quebra da coisa julgada quando a parte perde o prazo de apelação;<sup>1045</sup> outros admitem que a *Wiedereinsetzung* é um mecanismo antipreclusivo análogo à *Wiederaufnahme des Verfahrens*, e ambos os institutos, compreendidos em conjunto, seriam aplicáveis às preclusões intraprocessuais e extraprocessuais.<sup>1046</sup>

Esta concepção unificadora das estabilidades tem dois desdobramentos. De um lado, a sistemática das estabilidades específicas ou setoriais (coisa julgada, p.ex.), poderá ser *interpretada e aplicada* na esteira dos princípios gerais do sistema preclusivo. De outra parte, incidirão *mecanismos gerais de estabilização* mesmo fora do âmbito de aplicação das regras a respeito das espécies de estabilidade (como veremos para as questões prejudiciais e a coisa julgada). Vale dizer, a disciplina geral será aplicável nos espaços não regradados pela lei positivada.

Uma observação terminológica: diante da possibilidade de usarmos a preclusão, temos que seria inconveniente inserir outro conceito ou sugerir outra nomenclatura.<sup>1047</sup> Com efeito, ao propor qualquer inovação, não se pode questionar o sistema por completo. A ciência precisa de bases que não sejam postas em dúvida até mesmo para poder duvidar. Wittgenstein já mostrava que se questionarmos tudo não poderemos ter certeza nem mesmo do sentido das palavras que usamos. Então a dúvida e a crítica pressupõem, em certa medida, a certeza e o *status quo*, como já salientou Peczenik.<sup>1048</sup>

<sup>1043</sup> Do mesmo modo, na Itália, também já se sustentou que as preclusões podem emergir de uma interpretação sistemática da ordem jurídica. Cf. SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. *Op.cit.*, p.57, 64.

<sup>1044</sup> SILGUERO ESTAGNAN, Joaquín. *La preclusión de alegaciones en el proceso civil*. *Op.cit.*, p.54-60.

<sup>1045</sup> ZEISS, Walter; SCHREIBER, Klaus. *Zivilprozessrecht*. *Op.cit.*, p.102.

<sup>1046</sup> GILLES, Peter. *Rechtsmittel im Zivilprozeß*. *Op.cit.*, p.148-152; RECHBERGER, Walther H.; SIMOTTA, Daphne-Ariane. *Zivilprozessrecht*. *Op.cit.*, p.475.

<sup>1047</sup> Fredie Didier Jr. já pensou em regramentos “comum” e “diferenciados” para a coisa julgada. DIDIER JR., Fredie. *Cognição, construção de procedimentos e coisa julgada: os regimes de formação da coisa julgada no direito processual civil brasileiro*. *Revista Diálogo Jurídico*, disponível em <<http://www.direitopublico.com.br>>, n.10, jan. 2002, p.7, acesso em 28.03.2011. O que aqui pretendemos é algo similar, mas tomando a preclusão como sendo a forma geral.

<sup>1048</sup> PECZENIK, Alexander. *Certainty or coherence?*, in KRAWIETZ, Werner; SUMMERS, Robert S.; WEINBERGER, Ota; e v. WRIGHT, Georg Henrik (Ed.). *The Reasonable as Rational? On legal argumentation and justification*. *Festschrift for Aulis Aarnio*. Berlin: Duncker & Humblot, 2000, p.159-160.



Assim, preferimos manter o uso do termo preclusão, que entendemos suficientemente expressivo, com as ampliações ao conteúdo do conceito chiovendiano, já propostas anteriormente.

#### 4.1.5.4 As preclusões como estabilidades gerais: atos privados e atos estatais

Embora não verbalizada, temos que uma das dificuldades de enxergar a coesão das estabilidades processuais em torno de um conceito como a preclusão, que abarque tanto a estabilidade dos atos privados quanto a estabilidade dos atos praticados por órgãos públicos, seja talvez a associação da coisa julgada com o direito material. Esta aproximação se vê desde as teorias materiais, mas até hoje na limitação objetiva ao dispositivo da sentença (a parcela “normativa” da decisão). Ou ainda na diferença entre “coisa julgada material” e “coisa julgada formal”: só a primeira deveria adquirir “imutabilidade” porque só aquela tem efeitos extraprocessuais no direito material a reger a vida dos litigantes (a norma concreta).

Trata-se, talvez, da confusão entre dois conceitos, “norma jurídica” e “vínculo regulativo”, os quais, ainda que diversos, parecem ter sido assimilados um no outro. Esta equivalência pode também ter sido fruto da associação kelseniana entre direito e Estado, que acabou por excluir os atos privados da regulação de conduta, descambando na teoria da coisa julgada.<sup>1049</sup>

Porém, deve haver uma relação de complementariedade entre conduta e norma.<sup>1050</sup> De um lado, é certo que as competências privadas dependem da criação e manutenção normativa de “institutos jurídicos”.<sup>1051</sup> Mas o contrato, p.ex., estabelece norma individual e, se não pode ser deduzido diretamente de regras jurídicas objetivas, mas somente através do recurso ao conteúdo da vontade externada, mesmo assim é nessa dinâmica entre norma e conduta voluntária que a regra individual complementa o sentido da regra abstrata.<sup>1052</sup>

<sup>1049</sup> Cf. MERKL, Adolf. *Die Lehre von der Rechtskraft*. *Op.cit.*, p.173.

<sup>1050</sup> Tomemos a confissão, que representa um ato voluntário declarativo a respeito da ocorrência de um fato que é pressuposto para a incidência de uma norma. Ou ainda o reconhecimento do pedido: quando a parte reconhece o pedido, ao contrário da confissão, não há só um ato de vontade quanto à premissa para a incidência normativa (o fato), mas também em relação à sua consequência jurídica. Nesse caso, a sentença apenas confirma a disposição do réu em reconhecer o pedido, que é um ato de vontade de vincular-se às consequências das alegações do autor. Trata-se da mesma relação funcional de complementariedade que existiria num contrato, mas aqui com uma estabilidade diversa. Cf. MARTENS, Joachim. *Rechtskraft und materielles Recht*. *Op.cit.*, p.424.

<sup>1051</sup> ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Surhkamp Taschenbuch, 1994, p.441-443.

<sup>1052</sup> WEINBERGER, Ota. *Die normenlogische Basis der Rechtsdynamik, in Gesetzgebungstheorie, Juristische Logik, Zivil- und Prozessrecht. Gedächtnisschrift für Jürgen Rödig*. Berlin: Springer, 1978, p.177-178.

Os contratos, tanto quando as vinculações do processo (e mesmo aquelas dos sujeitos processuais privados), representam todos a adesão voluntária a uma consequência jurídica, com a natural vinculação dos envolvidos. Assim, tanto os atos estatais sem conteúdo material como os atos privados também geram vinculações; a diferença está apenas no tipo de estabilidade.<sup>1053</sup>

Com efeito, a vinculação aos atos voluntários não decorre diretamente de um ato de poder estatal. Decorre da sujeição aos mecanismos de estabilização previstos pela ordem jurídica e da impossibilidade tendencial, deles decorrente, de contrariar o ato anterior.<sup>1054</sup> Portanto, p.ex., não deve haver diferença da coisa julgada em julgamentos puramente processuais ou que resolvam o mérito. Os julgamentos por razões processuais igualmente vinculam as partes às suas consequências processuais.<sup>1055</sup>

E é também por isso que as estabilidades processuais devem se preocupar igualmente com os atos privados porque nestes também vemos assunção voluntária de vínculos.

## 4.2 A segurança jurídica como componente do Estado de Direito

Vimos, no primeiro capítulo, que todos os institutos relacionados à estabilidade dos atos processuais são reconduzidos, pela doutrina tradicional, à necessidade de segurança jurídica. E, como um modelo de estabilidades não pode ser teorizado apenas com base no direito positivo, ficou assentado que se faz necessária uma análise mais aprofundada da segurança jurídica e sua configuração atual, questionando se e como a sua compreensão contemporânea pode trazer alguma diferença de parâmetro para o regime das estabilidades processuais.

Na legislação comparada, é rara a existência de uma norma previdente de qualquer “direito à segurança jurídica”. No plano internacional, os principais documentos normativos não mencionam senão a segurança pessoal do indivíduo.<sup>1056</sup> A segurança *jurídica*, quase não

<sup>1053</sup> A questão da vontade e as relações das vinculações dos atos jurídicos privados e aquelas decorrentes do processo são tratadas por MARTENS, Joachim. *Rechtskraft und materielles Recht. Op.cit.*, p.415-420.

<sup>1054</sup> Se esta vinculação se dá pela prática de atos extraprocessuais, pode até ser verificada apenas por institutos do direito privado (como a proibição de *venire contra factum proprium*). Todavia, mesmo dentro de um processo, se analisamos atos que envolvem apenas sujeitos privados, ainda assim a vinculação é possível. Neste caso, os atos estatais são apenas meio para ela ocorrer. Em sentido similar, Cf. MARTENS, Joachim. *Rechtskraft und materielles Recht. Op.cit.*, p.417-419.

<sup>1055</sup> *Ibidem*, p.419.

<sup>1056</sup> Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU de 1948, art.3º; Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, art.9º; Convenção Interamericana de Direitos Humanos de 1969 art.7º, n.1.

explicitada em termos gerais,<sup>1057</sup> geralmente só é protegida constitucionalmente no âmbito de disposições específicas, como p.ex. na não retroatividade da lei penal.

O problema da falta de definição e previsão legal decorre do fato de que a “segurança” é um termo polissêmico que deixa muitas dúvidas a respeito do que se analisa: segurança “de quê”, “para quê”, “de quem”, “por quem”, “para quem”, “através do quê”? Observe-se que a “segurança através do direito” (contra violações à vida, integridade física) é diferente da “segurança do direito” mesmo, que se refere à sua cognoscibilidade, aplicabilidade, previsibilidade.<sup>1058</sup>

Algo similar ocorre no Brasil. Na Constituição da República de 1988, o constituinte prevê a segurança logo no preâmbulo, e a coloca no caput do art.5º ao lado de valores importantes como igualdade e liberdade. A segurança vem incorporada ao conteúdo de outros dispositivos específicos, como o de que não se deve fazer ou deixar de fazer senão em virtude de lei (art.5º, II), na regra da anterioridade da lei penal (art.5º, XXXIX) e da irretroatividade da lei penal desfavorável (art.5º, XL), no devido processo legal (art.5º, LIV), e, dentre elas, também na proteção do direito adquirido, ato jurídico perfeito e da coisa julgada (art.5º, XXXVI).<sup>1059</sup> E foi só muito recentemente que a ideia de segurança “jurídica” ingressou no texto constitucional, no mecanismo processual da repercussão geral no recurso extraordinário (art.103-A §1º, inserido pela Emenda Constitucional n.45/2004). Na legislação ordinária, a previsão expressa da “segurança jurídica” também é pouco encontrada, sendo um de seus raros exemplos o art.2º da Lei nº 9.784/99.

Nesse contexto de escassa posituação constitucional ou legal da segurança jurídica, a doutrina procurou buscar em vários pontos do sistema o seu fundamento normativo. Alguns a relacionam com o princípio da dignidade humana, porque a plena realização dos projetos pessoais só pode estar assegurada num quadro de segurança.<sup>1060</sup> Porém, embora muitos fundamentos para a segurança jurídica já tenham ocupado as páginas dos publicistas, geralmente

<sup>1057</sup> É prevista, p.ex., no art.9.3 da Constituição espanhola de 1978, embora haja também outras previsões no texto constitucional espanhol menos genéricas, como aquela do arts.17.1; 40.2; 51.1. A Constituição portuguesa, p.ex., contém vários dispositivos que fazem referência à segurança pessoal, à segurança no emprego, à segurança social (arts.53 e 63.1).

<sup>1058</sup> KAUFMANN, Arthur. *Grundprobleme der Rechtsphilosophie*. *Op.cit.*, p.170; ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica no direito tributário*. *Op.cit.*, p.221 e ss.

<sup>1059</sup> Cf.SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 14, n.57, out-dez. 2006, p.11; MAIA, Rodolfo Tigre. O princípio do *ne bis in idem* e a Constituição Brasileira de 1988. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, ano 4, n.16, jul/set. 2005, p.59; ARMELIN, Donaldo. *Flexibilização da coisa julgada*. *Op.cit.*, p.141.

<sup>1060</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica.... Op.cit.*, p.14-15.

se entende que este “valor” ou “princípio”<sup>1061</sup> da segurança jurídica, mesmo quando não expressamente previsto no direito positivo, deriva da cláusula do Estado de Direito.<sup>1062</sup> Sustenta-se que, para que o “governo das leis” possa ser estruturado, tem que haver segurança,<sup>1063</sup> e seria uma exigência do Estado de Direito que haja regras gerais, claras, conhecidas por todos, constantes no tempo e não incoerentes entre si.<sup>1064</sup> Neste sentido, também o STF<sup>1065</sup> e o STJ<sup>1066</sup> já consideraram o “princípio da segurança jurídica” como sendo derivado do Estado de Direito.<sup>1067</sup>

Portanto, a par das variadas tentativas de fundamentar a segurança jurídica, e sendo majoritário o entendimento de que a cláusula do Estado de Direito é a sede normativa da qual deriva, temos que verificar quais dimensões da segurança são incorporadas contemporaneamente à ideia do *Rechtsstaat* para podermos inferir, posteriormente, como outros institutos específicos, tais como a coisa julgada, devem refletir e operar esta segurança.

#### 4.2.1 A cláusula do Estado de Direito: breve evolução histórica

É tarefa difícil identificar o conteúdo preciso da cláusula do “Estado de Direito”. A expressão “*Rechtsstaat*”, segundo Böckenförde, foi utilizada pela primeira vez em 1813, e passou

<sup>1061</sup> Sobre se a segurança é um valor, princípio, direito, garantia, Cf. TORRES, Ricardo Lobo. Segurança jurídica e as limitações constitucionais ao poder de tributar. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-4-OUTUBRO-2005-RICARDO%20TORRES.PDF>>, acesso em 31.08.2011, p.4 e ss.

<sup>1062</sup> STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Op.cit.*, Band I, p.849; SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *Der Rechtsstaat. Op.cit.*, p.588; WERDER, Alexander. *Dispositionsschutz bei der Änderung von Steuergesetzen.... Op.cit.*, p.116-120; KIRCHHOF, Paul. *Kontinuität und Vertrauensschutz bei Änderungen der Rechtsprechung. Deutsches Steuerrecht*, n.9, 1989, p.266. Confirmam-se, a este respeito, as seguintes decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão: BVerfGE 15, 313 (319); BVerfGE 19, 166 (174).

<sup>1063</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica... Op.cit.*, p.6-7 e 10; RIBEIRO, Ricardo Lodi. *A segurança jurídica do contribuinte. Legalidade, não-surpresa e proteção à confiança legítima*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.108; BADURA, Peter. *Staatsrecht. Systematische Erläuterung des Grundgesetzes*. 3. ed., München: C.H.Beck, 2003, p.319.

<sup>1064</sup> Seria uma decorrência dos “deveres de proteção” do Estado perante os direitos fundamentais dos indivíduos. Os direitos de proteção do Estado não são compreendidos na Alemanha como direitos subjetivos, mas apenas como norma objetiva. Mas a jurisprudência do BVerfG permite extrair indicações para uma interpretação subjetivista. Cf.ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte. Op.cit.*, p.411-413, 415; *Idem. Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen. Der Staat*, n.29, 1990, p.49, 53 e ss.

<sup>1065</sup> STF MS 24.268-MG, Rel.para o acórdão Min. Gilmar Mendes, j.05.02.2004; MS n. 22.357-DF, Rel.Min.Gilmar Mendes, j.27.05.2004.

<sup>1066</sup> REsp n.658-130-SP, 1ª Turma, Rel.Min. Luiz Fux, j.05.09.2006: “a segurança jurídica é princípio basilar na salvaguarda da pacificidade e estabilidade das relações jurídicas, por isso que não é despreciando que a segurança jurídica seja a base fundamental do Estado de Direito”.

<sup>1067</sup> Neste sentido, o Tribunal Constitucional Federal alemão já decidiu que a segurança jurídica está dentre os elementos essenciais do Estado de Direito, revelando-se para o indivíduo, no primeiro plano, na proteção da confiança: “*Zu den wesentlichen elementen des Rechtsstaatsprinzips gehört die Rechtssicherheit. (...) Für den Bürger bedeutet Rechtssicherheit in erster Linie Vertrauensschutz*”. (Tradução: “A segurança jurídica pertence aos elementos essenciais do princípio do Estado de Direito. (...) Para o cidadão, a segurança jurídica significa, em primeiro lugar, proteção da confiança”). Confirmam-se BVerfGE 13, 261 (271 ss); BVerfGE 7, 89 (92 ss).

a ser aplicada nos estudos sobre política e direito público a partir de 1829.<sup>1068</sup> Desde então, o Estado de Direito foi uma cláusula que muito mudou e assumiu novos contornos. Além disso, sempre foi um termo compreendido de maneira diversa nos ordenamentos do *common law* e na tradição romano-germânica.

Na evolução do conceito de Estado de Direito nos ordenamentos europeus de *civil law*, que influenciaram os sistemas latino-americanos, veem-se duas grandes etapas de compreensão da cláusula, o “*État Légal*” francês e o “*Rechtsstaat*” germânico. O *État Légal*, próprio da escola da exegese, representava a supremacia do direito através das leis, e então o sistema deveria ser atuado por meio de atos formais editados pelo Poder Legislativo.<sup>1069</sup> Pregava-se a supremacia absoluta da lei e diminuição do papel e da importância do Judiciário, que se limitava a ser a “*bouche de la loi*” da metáfora de Montesquieu.<sup>1070</sup>

Já o *Rechtsstaat* alemão formou-se de maneira diversa, e suas raízes históricas foram determinantes para essas características. O direito alemão moderno foi forjado a partir de textos históricos das fontes romanas, interpretados e desenvolvidos pelas lições dos juristas, e paulatinamente foi evoluindo até as codificações do séc.XIX. Como afirma Mitidiero, o Estado de Direito alemão nasceu de um “centro de poder não estatal”,<sup>1071</sup> o que permitiu que o ordenamento se abrisse a cláusulas gerais e conceitos abertos que viabilizaram a maior elasticidade da compreensão jurídica sobre o *Rechtsstaat*. Nesse sentido, enquanto que, nas suas primeiras formulações, a cláusula só fora concebida no campo de obrigações formais do Estado, após a II Guerra Mundial passou a ser analisada também em seu aspecto material, e foi a partir de então que o sentido moderno do que compreendemos ser o Estado de Direito se consolidou.<sup>1072</sup>

Em resumo, podemos afirmar que a cláusula do Estado de Direito contemporaneamente revela um parâmetro de *estruturas estatais* em que o poder público é definido, limitado, controlado por uma constituição e por direitos fundamentais, com leis formal e materialmente compatíveis com os objetivos de proteção da liberdade, justiça e segurança.<sup>1073</sup>

<sup>1068</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Staat, Gesellschaft, Freiheit. Studien zur Staatstheorie und zum Verfassungsrecht*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1976, p.66.

<sup>1069</sup> MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e Estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.17.

<sup>1070</sup> *Ibidem*, p.20-21.

<sup>1071</sup> *Ibidem*, p.22.

<sup>1072</sup> SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *Der Rechtsstaat*, *Op.cit.*, p.552-553; BADURA, Peter. *Staatsrecht*. *Op.cit.*, p.311-312; STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. *Op.cit.* Band I, p.782 e ss.

<sup>1073</sup> STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. *Op.cit.*, Band I, p.781, 783, 792-796, 842 ss.

Trata-se do estabelecimento também de “limitações substanciais” aos poderes estatais,<sup>1074</sup> e, dentro dessa perspectiva, há uma maior *jurisdicização do poder político* em torno de elementos básicos como o *império da lei* (que vincula a todos inclusive o Estado), a *separação de poderes* e a *prevalência dos direitos fundamentais*.

De outro lado, a cláusula *rule of law*, própria da tradição anglo-americana, é fundada não no princípio da legalidade, mas no *due process*, na dinâmica do processo, até porque nos sistemas de precedente vinculativo a ênfase para a construção das regras jurídicas está no Judiciário, através do procedimento judicial. Esta abordagem, embora distante de gênese do *civil law*, adquire grande força em todo o mundo contemporâneo, onde a judicialização da produção normativa tornou-se uma tendência em muitos sistemas.

Ao lado do resgate da evolução histórica do conceito, em qualquer de suas vertentes, cabe lembrar que a ideia de Estado de Direito não é estanque e seria ilusório pensar que todos os seus componentes estão consolidados e jamais sofreriam mudanças de conteúdo. O Estado Constitucional é um tipo construído historicamente, que hoje tem elementos (como democracia, separação de poderes, dignidade humana) que nem sempre compuseram seu núcleo de significado ou que nem sempre tiveram o mesmo formato com que hoje os reconhecemos.<sup>1075</sup>

Sem embargo, a cláusula do Estado de Direito sempre incorporou novos conteúdos na medida em que as relações entre Estado e sociedade foram se alterando, e alguns desses novos significados, sobretudo aqueles se referem à segurança jurídica, são relevantes para nosso estudo.

#### 4.2.2 As novas funções do Estado e a nova face da segurança jurídica

Na evolução da cláusula do Estado de Direito, percebeu-se uma alteração do papel e das funções estatais a partir do final do séc.XX. O crescente ritmo das mudanças sociais e a progressiva velocidade das relações estatais com seus nacionais e com outros países mostraram que o conteúdo da cláusula do Estado de Direito precisava assumir posturas e estruturas mais dinâmicas e flexíveis.<sup>1076</sup> A abertura a inovações tornou-se uma característica do Estado contemporâneo e esta nova qualidade deveria ser problematizada no quadro da cláusula do *Rechtsstaat*. Afinal, se o ordenamento jurídico possui não só elementos estáticos, mas também

<sup>1074</sup> PELAYO, Manuel Garcia. *Derecho Constitucional Comparado*, 2. ed. Madrid: Alianza Editorial, 1993, p. 157-158.

<sup>1075</sup> HÄBERLE, Peter. *Der Verfassungsstaat in entwicklungsgeschichtlicher Perspektive*. *Op.cit.*, p.149.

<sup>1076</sup> ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança*. *Op.cit.*, p.3; SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *Der Rechtsstaat*. *Op.cit.*, p.554.

componentes dinâmicos, e portanto deve ter espaço para inovações, deveriam ser repensados seus esquemas e arranjos para garantir segurança e estabilidade.<sup>1077</sup>

Além dessa necessidade de alteração e dinamismo na atividade estatal, novas funções se acrescentaram ao papel do Estado, que deixou de ser apenas um sancionador (aquele que edita as regras e pune comportamentos antinormativos), passando a assumir também a tarefa de ser um *indutor* de condutas, estimulando os comportamentos em sociedade.<sup>1078</sup> Se antes já se mencionou a existência de um Estado “liberal”, de “bem-estar social”, “propulsivo” ou “planificador”, chegamos hoje ao Estado “incitador”, produtor de condicionamentos de conduta, em cujo espectro de atuação encontram-se *vínculos de coordenação e cooperação*, e não apenas relações de mútua exclusão ou autoritária imposição de poder.<sup>1079</sup>

As atividades do Estado, portanto, mudaram quantitativa e qualitativamente, não só pela alterabilidade e adaptabilidade necessária dos atos jurídicos, mas também pelo seu aspecto prospectivo e indutivo, passando o Estado a ter mais ingerência sobre a vida dos cidadãos, tanto na vida pública quanto na esfera privada.<sup>1080</sup>

Nessa equação, o indivíduo passou a ser mais dependente, para a tomada de conduta, de indicadores e parâmetros políticos e econômicos que, em grande medida, são conduzidos ou ao menos altamente condicionados por atividades estatais,<sup>1081</sup> o que se reflete em decisões da vida diária como iniciar uma poupança, elaborar o orçamento familiar, assumir dívidas, etc. O cálculo de chances, as prognoses de mercado, as expectativas do cidadão comum, riscos de curto e longo prazo, muito passou a estar diretamente conectado no influxo das funções do Estado, sobretudo nas relações duradouras.<sup>1082</sup>

<sup>1077</sup> SCHMIDT-ASSMANN, Ebehard. *Flexibilität und Innovationsoffenheit als Entwicklungsperspektiven des Verwaltungsrechts*, in SCHMIDT-ASSMANN, Ebehard e HOFFMANN-RIEM, Wolfgang (Orgs.). *Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns*. Baden-Baden: Nomos, 1994, p.408; BIRK, Dieter. *Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz*, *Op.cit.*, p.12; HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. *Ermöglichung von Flexibilität und Innovationsoffenheit im Verwaltungsrecht*, in SCHMIDT-ASSMANN, Ebehard e HOFFMANN-RIEM, Wolfgang (Orgs.). *Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns*. Baden-Baden: Nomos, 1994, p.10.

<sup>1078</sup> BURMEISTER, Joachim. *Vertrauensschutz im Prozeßrecht. Ein Beitrag zur Theorie vom Dispositionsschutz des Bürgers bei Änderung des Staatshandelns*. Berlin: de Gruyter, 1978, p.12-14; ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica no direito tributário*. *Op.cit.*, p.58-59.

<sup>1079</sup> ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica no direito tributário*. *Op.cit.*, p.42.

<sup>1080</sup> GRIMM, Dieter. *Der Wandel der Staatsaufgaben und die Zukunft der Verfassung*, in GRIMM, Dieter (Ed.). *Staatsaufgaben*. Baden-Baden: Nomos, 1994, p.617, ressaltando outros aspectos da mudança de funções estatais. Confirma-se ainda, WEBER-DÜRLER, Beatrice. *Vertrauensschutz im öffentlichen Recht*. *Op.cit.*, p.23-26.

<sup>1081</sup> VOSSKUHL, Andreas. *Das Kompensationsprinzip. Grundlagen einer prospektiven Ausgleichsordnung für die Folgen privater Freiheitsbetätigung – Zur Flexibilisierung, des Verwaltungsrechts am Beispiel des Umwelt- und Planungsrechts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1999, p.1-10.

<sup>1082</sup> LERCHE, Peter. *Übermaß und Verfassungsrecht. Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit*. 2. ed., Goldbach: Keip, 1999, p.267-270; ASCHKE, Manfred. *Übergangsregelungen als verfassungsrechtliches Problem*. *Op.cit.*, p.402-407.

Então, aquela propensão e abertura às mudanças gerou a necessidade de adaptação do Estado não só nos seus mecanismos para garantir segurança nas relações com o indivíduo, mas também no que se refere ao *tempo* da atuação e reação estatal. Este novo Estado de Direito do séc.XXI, com as exigências das constantes alterações sociais e jurídicas e com a tarefa de estimular condutas, deveria ter, simultaneamente, preocupações com o passado, o presente e o futuro, e então proteger e assegurar a segurança jurídica neste conjunto de espaços temporais. Alterou-se, por conseguinte, o *padrão de abordagem* da atividade estatal e, se o Estado deixou apenas de responder retrospectivamente, assumindo um modo de agir orientado ao futuro, a proteção da segurança jurídica dos atos pretéritos sofreria certamente mudanças em sua compreensão.<sup>1083</sup>

Com efeito, por um lado, a maior alterabilidade dos atos estatais, somada à crescente ingerência e influência do Estado na vida individual, exige o indispensável respeito aos atos anteriormente praticados e às programações que os cidadãos tivessem empreendido com base nas condutas estatais passadas. Entretanto, a proteção da segurança jurídica entre passado e futuro só pode ser atingida sem que o Estado procure evitar a mudança. Se a alteração frequente é uma característica da sociedade moderna, o papel do Estado contemporâneo, antes de buscar petrificar posições jurídicas pretéritas, tornando as mudanças ilegais ou inadmissíveis, é fazer com que as alterações transcorram *através do direito*, e não à margem dele.

Para tanto, a tradicional proteção maniqueísta do direito adquirido e da coisa julgada não é adequada. Num quadro de mutabilidade constante e necessária, em que a mudança se tornou a regra e o ritmo das alterações cresce a cada dia, não se podem aplicar modelos estanques de segurança jurídica. E esse desconforto com a segurança no viés da inalterabilidade já podia ser visualizado há muito tempo.

#### 4.2.3 Segurança-imutabilidade: a insuficiência da tutela dos direitos adquiridos e expectativas de direito

A doutrina tradicional do direito privado tentou resolver o problema da proteção de posições jurídicas passadas na teoria da retroatividade das leis,<sup>1084</sup> com base na dicotomia entre

<sup>1083</sup> GRIMM, Dieter. *Der Wandel der Staatsaufgaben und die Zukunft der Verfassung*. *Op.cit.*, p.625 e ss.

<sup>1084</sup> Veja-se que esta preocupação é bem antiga: a retroatividade das leis já era algo protegido na Magna Charta Libertatum de 1215, em seu art.39. Sobre estas formas de proteção da segurança comparadas com novos mecanismos, confira-se CALMES,



direitos adquiridos e expectativas de direito, e fulcrada no momento da incorporação do direito ao patrimônio jurídico do sujeito.

Este formato já vinha desde Savigny quando lecionava a respeito das expectativas de direito. Seu exemplo era da alteração de uma lei que aumentasse a idade para aquisição da maioria de 21 para 25 anos: aqueles que não tinham atingido 21 anos até a edição da lei teriam apenas expectativa de direitos, e portanto não poderiam exigir que fossem considerados maiores ao chegarem aos 21 anos. Todavia, os que já haviam completado 21 anos antes da edição da nova norma tinham direito adquirido, e não perderiam a maioria com a alteração normativa.<sup>1085</sup>

As críticas que atualmente são feitas àquela concepção é que as próprias noções de direito adquirido e expectativas de direito são de duvidosa precisão dogmática e talvez, como afirma Roubier em relação ao direito adquirido, pudessem ser até suprimidas.<sup>1086</sup> Sem embargo, o qualificativo da expressão “direito adquirido” pode conduzir a incompreensões porque faz parecer que existem “direitos” que não teriam sido “adquiridos”. Ademais, as “expectativas de direito” são conceitos muito amplos e abrangem, ao mesmo tempo, remotas expectativas futuras (*Zukunftserwartungen*) e situações praticamente consumadas em sua integralidade.<sup>1087</sup> Note-se que o exemplo de Savigny tratava igualmente os recém-nascidos e aqueles que já contavam com 20 anos e 11 meses de idade na edição da lei que altera a maioria.

Essa constatação basta para perceber que a proteção da segurança de posições pretéritas, na vertente da dualidade direito-adquirido/expectativa-de-direito,<sup>1088</sup> é inadequada ao mundo moderno por desconsiderar *estágios intermédios* e as condutas baseadas em projeções e *prognoses da estabilidade* normativa.

E nesse cenário de busca por instrumentos modernos de estabilização é que fora desenvolvida a tutela da proteção da confiança,<sup>1089</sup> exigindo-se a *constância* nos atos estatais para que os indivíduos possam prever-lhes as consequências futuras e planejar sua vida.<sup>1090</sup> À cláusula

Sylvia. *Verfassungsrechtlicher Vertrauensschutz im romanischen Rechtskreis*, in HOULOUBEK, Michael e LANG, Michael (Orgs.). *Vertrauensschutz im Abgabenrecht*. Wien: Linde, 2004, p.90-92.

<sup>1085</sup> SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen Römischen Rechts*, vol. VII. Berlin: Veit & Comp., 1849, p.386.

<sup>1086</sup> ROUBIER, Paul. *Le droit transitoire (conflits des lois dans le temps)*, 2. ed., Paris: Dalloz, 1960, p.118-119.

<sup>1087</sup> LEISNER, Walter. *Das Gesetzesvertrauen des Bürgers. Zur Theorie der Rechtsstaatlichkeit und der Rückwirkung der Gesetze*, in *Festschrift für Friedrich Berber zum 75. Geburtstag*. München: C.H.Beck, 1973, p.290.

<sup>1088</sup> Sobre essa proteção, Cf. JEVEAUX, Geovany. Direito adquirido processual. *Revista de Processo*, ano 31, n.136, jun. 2006, p.89-99.

<sup>1089</sup> BULLINGER, Martin. *Vertrauensschutz im deutschen Verwaltungsrecht in historisch-kritischer Sicht*. *Juristenzeitung*, ano 54, n° 19, out. 1999, p. 906-907.

<sup>1090</sup> ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança...Op.cit.*, p.29-32; WEBER-DÜRLER, Beatrice.

do Estado de Direito, que já congregava, como vimos, a segurança jurídica, foram-se adicionando outros aspectos ou desdobramentos desta segurança. Passou-se a conceber que a *estabilidade e previsibilidade* de comportamentos compõem a segurança jurídica e são igualmente derivadas da cláusula do Estado de Direito.<sup>1091</sup>

Portanto, a conclusão mais evidente é que, no Estado contemporâneo, deve ser reestudada a relação entre estabilidade e alterabilidade dos atos jurídicos.<sup>1092</sup> E o mesmo pode ser dito da disciplina da coisa julgada, fundada na vertente da segurança-imutabilidade.

Nesse contexto, na esteira do que foi dito a respeito da alterabilidade e dinamismo das atividades estatais, mais do que a capacidade de inovação, o Estado atual deve assumir, em muitos aspectos, a característica da *flexibilidade*, algo indispensável para os instrumentos de segurança jurídica na atualidade.

Flexibilidade compreende não apenas assumir a mutabilidade em si mesma, mas sobretudo um poder maleável de resposta à estabilidade e à necessidade de mudança. Trata-se da capacidade de reagir à pressão por alterações, que pode ser tanto uma atenção prospectiva como uma retrovisão para o passado, ou seja, *nem só constância nem só mudança*.<sup>1093</sup> Flexibilidade, no Estado de Direito contemporâneo, significa, mesmo com a necessária proteção à segurança jurídica, que atos irreversíveis devem ser principiologicamente evitados pois que a *adaptabilidade* passa a ser uma das características do direito.<sup>1094</sup> Revisões e aprimoramentos de conteúdo devem ser normalmente permitidos, evidentemente que dentro de pressupostos claros e na medida estrita em que novos elementos justifiquem a alteração.<sup>1095</sup> Com isso, melhora-se a mobilidade do sistema jurídico, uma de suas características mais importantes.<sup>1096</sup>

*Vetrauensschutz im öffentlichen Recht. Op.cit.*, p.26.

<sup>1091</sup> SCHÖNBERG, Søren. *Legitimate expectations in Administrative Law*. Oxford: Oxford Press, 2000, p.17-21; LEISNER, Walter. *Das Gesetzesvertrauen des Bürgers. Op.cit.*, p.274 e ss; BARROSO, Luis Roberto. Em algum lugar do passado: segurança jurídica, direito intertemporal e o novo Código Civil, in *Temas de Direito Constitucional*. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.133; *Idem*. Poder constituinte derivado, segurança jurídica e coisa julgada, in *Temas de Direito Constitucional*, vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.409; SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *Der Rechtsstaat. Op.cit.*, p.586 e ss; LEISNER, Anna. *Kontinuität als Verfassungsprinzip...*, *Op.cit.*, p.354 e ss; MEDAUAR, Odete. Segurança jurídica e confiança legítima, in *Fundamentos do Estado de Direito. Estudos em Homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros, 2005, p.115-117. Na jurisprudência: Alemanha BVerwGE 18, 254 (264); BFHE 78, 315 (319 ss); BFHE 93, 75 (81).

<sup>1092</sup> SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *Flexibilität und Innovationsoffenheit als Entwicklungsperspektiven des Verwaltungsrechts. Op.cit.*, p.410.

<sup>1093</sup> *Ibidem*, p.408.

<sup>1094</sup> ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica no direito tributário. Op.cit.*, p.67-68.

<sup>1095</sup> É a conclusão de SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *Flexibilität und Innovationsoffenheit als Entwicklungsperspektiven des Verwaltungsrechts. Op.cit.*, p.409.

<sup>1096</sup> Outras considerações sobre a capacidade de inovação e flexibilização, em especial referentes à jurisdição administrativa alemã, Cf.SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *Flexibilität und Innovationsoffenheit als Entwicklungsperspektiven des Verwaltungsrechts. Op.cit.*, p.408, 414.

Faz-se necessário, por conseguinte, um enfoque da segurança jurídica que seja adequado à mutabilidade das relações e ao parâmetro prospectivo de atuação do Estado. Pensamos que este enfoque deva ser baseado no conceito de continuidade jurídica, um conteúdo que modernamente é incorporado à cláusula do Estado de Direito.

#### 4.2.4 Segurança-continuidade

A continuidade é um conceito que está na síntese da tensão entre o completo estatismo e o oposto de uma ampla e total alterabilidade. Continuidade, portanto, não significa petrificação, mas mudança com consistência.<sup>1097</sup> O conceito de continuidade jurídica serve de chave para a construção de “pontes” nos momentos de ruptura, permitindo que constância e alteração, elementos que sempre foram drasticamente separados na acepção ortodoxa de segurança, possam atualmente fundir-se no Estado Constitucional.

Com efeito, a segurança jurídica atual pressupõe a continuidade jurídica,<sup>1098</sup> protegendo os interesses humanos de estabilidade e permanência, e viabilizando também a alteração das posições jurídicas estáveis.<sup>1099</sup>

Note-se que há duas formas básicas de encarar ou estudar a continuidade. A primeira delas é conferir ênfase à consistência, e então a continuidade prestaria para permitir o desenvolvimento do direito no longo prazo, a favor da constância e contra a mudança.<sup>1100</sup> Neste sentido, próximo de movimentos conservativistas, a concepção de continuidade pouco serviria às necessidades das novas funções do Estado, e em nada ou quase nada seria diferente da tutela tradicional da segurança jurídica.

<sup>1097</sup> WOERNER, Lothar. *Der Bundesfinanzhof zwischen Stetigkeit und Wandel – Theorie und Praxis*, in *Steuerrecht, Verfassungsrecht, Finanzpolitik: Festschrift für Franz Klein*. Köln: Otto Schmidt, 1994, p.1025; LEISNER, Anna. *Kontinuität als Verfassungsprinzip*. *Op.cit.*, p.4-5, 15, 376.

<sup>1098</sup> KATZ, Alfred. *Staatsrecht*. 18. ed., Heidelberg: C.F.Müller, 2010, p.102; WEBER-DÜRLER, Beatrice. *Vetruuensschutz im öffentlichen Recht*. *Op.cit.*, p.52; SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica.... Op.cit.*, p.16; SCHULZE-FIELITZ, Helmuth. *Kernelemente des Rechtsstaatsprinzips*, in DREIER, Horst (Ed.). *Grundgesetz Kommentar*. Tübingen: Mohr Siebeck, Band II, 1998, p.184.

<sup>1099</sup> COING, Helmut. *Grundzüge der Rechtsphilosophie*. 5. ed., Berlin: de Gruyter, 1993, p.148; WERDER, Alexander. *Dispositionsschutz bei der Änderung von Steuergesetzen.... Op.cit.*, p.94.

<sup>1100</sup> Outra justificativa para a busca da constância temporal no sistema de normas é a própria alternância de poder no Estado. A mudança política está na base do Estado de Direito, que rejeita qualquer sistema totalmente fechado. A alternância do poder exige constância do poder, o que naturalmente se reflete não só na imposição e manutenção, mas também na alteração das normas de comportamento. Se os indivíduos, a cada alteração de composição de governo, não tivessem um mínimo de continuidade do regimento das relações jurídicas, o sistema jurídico tornar-se-ia caótico e completamente sujeito às intempéries das conjunturas partidárias. Cf.HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20ª Ed. Heidelberg: Müller Verlag, 1995, p.72.

Porém, pode-se também focar o estudo da continuidade jurídica na *margem permitida de alterabilidade*, paradigma a partir do qual não se procura impedir a mudança, mas sim evitar transições abruptas, e assim a continuidade reduz o impacto na passagem da antiga para a nova posição estável.<sup>1101</sup> Esta é a abordagem que defendemos. No âmbito da segurança-continuidade, deve haver uma *zona de movimentação e alteração*<sup>1102</sup> que autoriza modificação das estabilidades. Trata-se de enxergar uma “mínima medida” de consistência, a proteção de um *minimum* de continuidade<sup>1103</sup> ao lado de uma esfera marginal de mudança sistemicamente autorizada.<sup>1104</sup>

Portanto, a continuidade revela uma maneira de não bloquear totalmente as mudanças e, ao mesmo tempo, preservar a segurança. A continuidade torna a posição jurídica *tendencialmente estável*, sem contudo apelar para a sua imutabilidade. Seu fundamento gira em torno do *equilíbrio entre alteração e permanência* de posições jurídicas consolidadas, permitindo uma segurança temporalmente balanceada entre as conquistas pretéritas, as exigências do presente e as expectativas e prognoses futuras.

Nesse contexto, veremos inúmeras hipóteses em que os interesses do Estado e do indivíduo, em termos de continuidade, podem colidir. Há casos em que o indivíduo deseja a mudança e ao Estado convém a constância; e outros em que o interesse da coletividade é de alteração normativa, mas o indivíduo pretende a ela se opor, pugnando pela manutenção do *status quo*. O dilema resolver-se-á por um balanceamento dos interesses entre permanência e mudança, o qual, como veremos adiante, poderá contar também com mecanismos compensatórios para a alteração da estabilidade, como a edição de regras de transição.

#### 4.2.4.1 Estrutura e características da continuidade jurídica

São vários os aspectos ou características da segurança compreendida no conceito de continuidade jurídica. O primeiro deles é a *previsibilidade*, que tem um lado objetivo e outro subjetivo. Na dimensão subjetiva, a previsibilidade significa *calculabilidade*, uma característica

<sup>1101</sup> WERDER, Alexander. *Dispositionsschutz bei der Änderung von Steuergesetzen...* Op.cit., p.109-110.

<sup>1102</sup> LEISNER, Walter. *Das Gesetzesvertrauen des Bürgers. Zur Theorie der Rechtsstaatlichkeit und der Rückwirkung der Gesetze.* Op.cit., p.281; LEISNER, Anna. *Kontinuität als Verfassungsprinzip...* Op.cit., p.19.

<sup>1103</sup> KRIELE, Martin. *Theorie der Rechtsgewinnung entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation.* 2. ed., Berlin: Duncker & Humblot, 1976, p.263-264, na linha de vinculações presumidas das prejudiciais. No mesmo sentido, LEISNER, Anna. *Kontinuität als Verfassungsprinzip...* Op.cit., p.197.

<sup>1104</sup> Esta margem já pode ser observada em alguns espaços de maior discricionariedade no processo, como na execução das medidas de apoio do art.461, ou ainda nas estabilidades (coisa julgada p.ex.) existentes para o processo coletivo.

há muito tempo admitida como componente da segurança jurídica.<sup>1105</sup> O homem frequentemente se defronta com várias possibilidades de comportamento, e então tem que escolher entre alternativas de conduta. A continuidade jurídica, por fomentar a permanência tendencial de elementos normativos, produz o potencial “cálculo da obrigatoriedade” (*Verbindlichkeitskalkül*),<sup>1106</sup> emprestando uma “segurança de orientação” às condutas individuais.<sup>1107</sup>

Na vertente da segurança-continuidade, a previsibilidade pretende ainda uma proteção da *confiabilidade* do ordenamento jurídico. Trata-se da confiança de que a ordem jurídica é composta não de um amontoado de regras e atos descoordenados, não de um emaranhado de pontos perdidos, mas sim de um sistema coeso e coerente, que autoriza projeções futuras e avaliações da repercussão dos atos praticados no passado. Incorpora-se à segurança jurídica não apenas um significado *ex post*, referente à constância e estabilidade dos atos pretéritos já praticados, mas também um elemento *ex ante*,<sup>1108</sup> assumindo importante viés prospectivo.

E estes importantes aspectos não têm relevância puramente individual, refletindo-se também na própria estabilidade do tráfego jurídico a partir do que se pode retratar como a *dimensão objetiva* da previsibilidade.<sup>1109</sup> Isso ocorre porque a calculabilidade do agir permite que a conduta humana seja mais coerente e elimine (ou reduza) os riscos de prejuízos não só individuais, mas também sociais.<sup>1110</sup> A segurança de orientação e a confiabilidade das normas jurídicas, por permitirem prognoses seguras a respeito de sua aplicação prática, contribuem objetivamente para a segurança no desenvolvimento das relações intersubjetivas.<sup>1111</sup>

<sup>1105</sup> PROBST, Thomas. *Die Änderung der Rechtsprechung. Eine rechtsvergleichende, methodologische Untersuchung zum Phänomen der höchstrichterlichen Rechtsprechungsänderung in der Schweiz (civil law) und den Vereinigten Staaten (common law)*. Basel e Frankfurt am Main: Helbing & Lichtenhahn, 1993, p.275; BURMEISTER, Joachim. *Vertrauensschutz im Prozeßrecht*. *Op.cit.*, p.18; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada*. *Op.cit.*, p.22.

<sup>1106</sup> ZIPPELIUS, Reinhold. *Rechtsphilosophie*. 5. ed., München: C.H.Beck, 2007, p.169-172; LEISNER, Anna. *Kontinuität als Verfassungsprinzip....* *Op.cit.*, p.356-358; KATZ, Alfred. *Staatsrecht*. *Op.cit.*, p.102. Claro que é difícil que houvesse uma previsibilidade totalmente segura, porque são infundáveis os fatores e variáveis envolvidos, mas ainda assim alguma medida de calculabilidade é fundamental para as relações humanas. Cf. PROBST, Thomas. *Die Änderung der Rechtsprechung*. *Op.cit.*, p.276.

<sup>1107</sup> Birk chega a afirmar que, sem a força assecuratória da continuidade no Estado, só haveria caos e medo. Cf. BIRK, Dieter. *Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz*. *Op.cit.*, p.11.

<sup>1108</sup> KIRCHHOF, Paul. *Vertrauensschutz im Steuerrecht*, in PEZZER, Heinz-Jürgen (Ed.). *Vertrauensschutz im Steuerrecht*. Köln: Otto Schmidt, 2004, p.1-2; SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *Der Rechtsstaat*. *Op.cit.*, p.587; WERDER, Alexander. *Dispositionsschutz bei der Änderung von Steuergesetzen....* *Op.cit.*, p.94.

<sup>1109</sup> IPSEN, Jörn. *Richterrecht und Verfassung*. Berlin: Duncker & Humblot, 1975, p.223.

<sup>1110</sup> SINGER, Reinhard. *Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens*. *Op.cit.*, p.77-79.

<sup>1111</sup> Usa-se o termo “Orientierungssicherheit” (segurança de orientação). Cf. ROTH, Günther. *Das Problem der Rechtsprognose*. *Op.cit.*, p.832; SCHLÜTER, Wilfried. *Das Obiter Dictum. Die Grenzen höchstrichterlicher Entscheidungsbegründung, dargestellt an Beispielen aus der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts*. München: C.H. Beck, 1973, p.40.

Mas esta dimensão objetiva da previsibilidade só é assegurada se o sistema como um todo é dotado de coerência. Só assim as autoridades saberão qual a norma aplicável e os indivíduos poderão calcular seus atos e planejar sua vida. E a coerência pede uma visão mais ampla do ordenamento.

De fato, o conceito de coerência pressupõe uma coesão interna no sistema que mostre que existe uma longa cadeia de elementos a sustentar um ponto do ordenamento. Se utilizarmos este conceito para um sistema jurídico de estabilidades, veremos que uma posição jurídica será estável se diversos outros pontos do sistema forem consonantes (i.e., não contraditórios) com aquela estabilidade. Interessante notar que se trata de um óbvio raciocínio circular: a própria noção do que significam pontos contraditórios ou convergentes, essencial para verificar a coerência do sistema, pede algum critério de coerência para sua própria definição, e de fato não há saída deste ciclo. Porém, ao invés de pensarmos neste estrangulamento como uma falha ou um círculo vicioso, talvez seja em verdade um círculo virtuoso, porque ao invés de destruir a premissa da coerência, reforça-a.<sup>1112</sup> Com efeito, quanto mais coerência entre as posições estáveis de um sistema puder ser verificada, mais a insegurança tenderá a zero.

Porém, o problema maior da calculabilidade e da confiabilidade, quando vemos o ordenamento jurídico, é a multiplicidade de espaços onde condutas juridicamente relevantes podem ser tomadas, assim como a pluralidade de centros decisórios onde normas são aplicadas. Se existe uma tal descentralização, típica das complexas sociedades contemporâneas, pode haver um descompasso entre atos jurídicos praticados em diferentes pontos do sistema. Pensemos na cognição e decisão exercida num juízo de uma localidade, comparada com aquela exercida por outro juízo em outro lugar: ambas podem ter tocado aspectos idênticos ou tangentes sobre as mesmas questões jurídicas e ainda assim podem ter concluído em sentidos completamente opostos. Isso ocorre porque o ordenamento admite alguma medida de incoerência em favor de outros valores caros ao sistema jurídico. Dentre eles estão a independência dos juízes e a eficiência na solução dos litígios. Com certeza, no Estado de Direito atual, e num país enorme como o Brasil, seria inimaginável que juízes não fossem independentes, além de desastrosa a concentração e aglutinação dos centros decisórios.<sup>1113</sup> Assim, ciosos da inevitabilidade desta margem de incoerência, devemos buscar um modelo em que ela seja reduzida ao mínimo,

---

<sup>1112</sup> PECZENIK, Alexander. *Certainty or coherence?* *Op.cit.*, p.162, 168.

<sup>1113</sup> *Ibidem*, p.170. O papel pluralista da pulverização dos centros decisórios no Estado de Direito é ressaltado por STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Op.cit.*, Band I, p.793.

assegurando verdadeiramente que a maior parte dos pontos do sistema seja coesa e consistentemente ligada por cadeias de estabilidades conformes.

Voltemos à previsibilidade. Ainda dentro da sua dimensão objetiva, esta característica da continuidade refere-se também à razoável expectativa de que o conjunto de regras do ordenamento jurídico valham com alguma constância e permanência. Não basta que haja previsibilidade, calculabilidade ou confiabilidade *apenas em um momento temporal*. Sem embargo, se as normas não são criadas para toda a eternidade, também não são formuladas apenas para durar um dia.<sup>1114</sup> A continuidade jurídica revela-se, então, no *dever* do Estado de estabilização do sistema jurídico no longo prazo.<sup>1115</sup>

Este aspecto objetivo da previsibilidade mostra-nos duas facetas importantes do sistema jurídico. A primeira é a *duração* das normas, no sentido de que as regras de conduta são destinadas a valer por um tempo razoável, e então devem ser *tendencialmente permanentes*; e a segunda é a de que, ainda que mutável, o desenvolvimento constante do direito deve transcorrer sem modificações abruptas, inesperadas,<sup>1116</sup> o que seria contrário também aos postulados de continuidade. Dieter Birk afirma que a continuidade pressupõe dois elementos: a constância (*Beständigkeit*) e consistência (*Stetigkeit*) nos procedimentos de mudança normativa.<sup>1117</sup>

Portanto, outra relevante característica da continuidade jurídica é a *durabilidade* ou *permanência* normativa,<sup>1118</sup> até porque a segurança jurídica não pode ser apenas “previsão”. Deve haver alguma garantia de *realização* das posições jurídicas estáveis, não só de que os contratos serão cumpridos, que os vínculos intersubjetivos serão respeitados, mas também de que os atos regulativos serão seguidos.

Durabilidade ou permanência tendencial são, portanto, os referenciais contemporâneos da continuidade jurídica para a estabilidade dos atos pretéritos.<sup>1119</sup> Em comparação com a antiga

<sup>1114</sup> A previsibilidade como componente da segurança jurídica é um tema há muito estudado no campo da revogação de leis. Cf. KISKER, Gunter. *Die Rückwirkung von Gesetze. Eine Untersuchung zum anglo-amerikanischen und deutschen Recht*. Tübingen: Mohr, 1963, p.17 e 93 e ss.

<sup>1115</sup> LEISNER-EGENSPERGER, Anna. *Kontinuitätsgewähr in der Finanzrechtsprechung*, in PEZZER, Heinz-Jürgen (Ed.). *Vertrauensschutz im Steuerrecht*. Köln: Otto Schmidt, 2004, p.200; ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica no direito tributário*. Op.cit., p.373.

<sup>1116</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Em algum lugar do passado: segurança jurídica, direito intertemporal e o novo Código Civil*. Op.cit., p.133; *Idem*. *Poder constituinte derivado, segurança jurídica e coisa julgada*. Op.cit., p.409; SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *Der Rechtsstaat*. Op.cit., p.586 e ss; LEISNER, Anna. *Kontinuität als Verfassungsprinzip...* Op.cit., p.354 e ss; MEDAUAR, Odete. *Segurança jurídica e confiança legítima*. Op.cit., p.115-117; PIEROTH, Bodo. *Rückwirkung und Übergangsrecht*. Op.cit., p.118.

<sup>1117</sup> BIRK, Dieter. *Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz*. Op.cit., p.11.

<sup>1118</sup> Em sentido similar, ROCHA, Raquel Heck Mariano da. *Preclusão no Processo Civil*. Op.cit., p.71.

<sup>1119</sup> ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica no direito tributário*. Op.cit., p.372.

forma de caracterização da segurança jurídica, são equivalentes atuais das tradicionais “irrevogabilidade”, “imutabilidade”, “inalterabilidade”, “intangibilidade”.

A continuidade jurídica pretende conferir constância na mudança, sem impedir as alterações de estabilidade e garantindo, ao mesmo tempo, segurança das posições jurídicas pretéritas. Nesse sentido, ao falarmos em durabilidade ou permanência, deve ficar assentado que as normas não devem poder ser alteradas com facilidade. O sistema jurídico exige algum grau de invariabilidade das regras,<sup>1120</sup> e aqui entram em cena institutos como a coisa julgada, ou, em termos gerais, mecanismos de estabilização que exerçam alguma força em favor da manutenção do *status quo*.

Note-se que, no pano de fundo da continuidade, este fluxo de estabilidade possui um valor sistêmico que é fornecer à ordem jurídica uma “permanência” ou “duração tendencial”.<sup>1121</sup> Não obstante, essa tendência de estabilidade não é definitiva, imutável, inalterável. Trata-se de uma força *prima facie*, que pode ser infirmada se circunstâncias especiais demonstrarem a necessidade de modificação daquela posição jurídica. O direito pretende valer permanentemente, mas deve incorporar elementos móveis e de conteúdo variável, inclusive no tempo.<sup>1122</sup>

Assim, ao contrário da disciplina tradicional da coisa julgada, p.ex., que era baseada na imutabilidade, o exame de continuidade não significa verificar *se é possível* a alteração, já que a mudança é sempre uma alternativa aberta. A análise de continuidade importa em perguntar acerca da *necessidade* da mudança.<sup>1123</sup> Sobre este exame falaremos mais adiante.

#### 4.2.4.2 Extremando conceitos: continuidade e proteção da confiança

Por todo o que foi visto anteriormente, pode-se afirmar que a cláusula do Estado de Direito, que já incorporava a segurança jurídica, teve seu conteúdo modificado e ampliado para abranger novas formas de proteger posições jurídicas pretéritas.

A segurança jurídica, que já se compreendia poder ser atuada praticamente por subprincípios como a boa fé e a proteção da confiança, passa a ser aplicada num quadro que atualmente compreende também o princípio da continuidade.<sup>1124</sup>

<sup>1120</sup> KAUFMANN, Arthur. *Grundprobleme der Rechtsphilosophie*. *Op.cit.*, p.171.

<sup>1121</sup> MAURER, Hartmut. *Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz*. *Op.cit.*, p.417.

<sup>1122</sup> MERKL, Adolf. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. *Op.cit.*, p.209-210.

<sup>1123</sup> LEISNER, Anna. *Kontinuität als Verfassungsprinzip...* *Op.cit.*, p.49.

<sup>1124</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. *Op.cit.*, p.98 e 100.



Antes de prosseguir, e para evitar incompreensões, devemos extremar os conceitos de continuidade e proteção da confiança, vez que ambos apresentam semelhantes mecanismos para o sistema das estabilidades. Não será nosso escopo uma análise minuciosa de cada um dos princípios, mas somente destacar suas semelhanças e diferenças.

#### 4.2.4.2.1 Semelhanças entre proteção da confiança e continuidade

A breve exposição sobre a origem da proteção da confiança, esboçada no Cap.1, já pôde evidenciar que se trata de um conceito próximo àquele de continuidade jurídica. De fato, ambos se tocam em alguma medida porque integram um grupo de princípios que se reconduzem à segurança jurídica e à *estabilidade em seu aspecto temporal*.<sup>1125</sup> Continuidade e proteção da confiança são aproximadas sobretudo porque constituem formas de tutela contra *mudanças de curso* nas posições jurídicas.<sup>1126</sup> Além disso, a continuidade e a confiança possuem alguns componentes comuns. Assim ocorre com a previsibilidade de comportamentos.

Então, vemos que a proteção da confiança e a continuidade têm ambas a característica de serem fatores elementares para que qualquer sistema de interações humanas assuma uma *dimensão temporal de longo prazo*. Assim, estão intimamente relacionados com o tempo no direito.<sup>1127</sup>

#### 4.2.4.2.2 Diferenças. Manutenção do *status quo* x transição suave. A continuidade como “dessubjetivização” da tutela da segurança jurídica

Não obstante a relativa proximidade no mediar as relações jurídicas em sua dimensão temporal, muitas são as distinções entre os princípios no que tange à sua aplicabilidade.

A maior delas talvez seja o caráter objetivo da aplicação da continuidade, que se diferencia da proteção da confiança porque desprovida de conteúdo subjetivo: a continuidade

<sup>1125</sup> ZIPPELIUS, Reinhold; WÜRTEMBERGER, Thomas. *Deutsches Staatsrecht*. 32. ed., München: C.H. Beck, 2008, p.120.

<sup>1126</sup> OSSENBÜHL, Fritz. *Vertrauensschutz im sozialen Rechtsstaat. Die Öffentliche Verwaltung. Zeitschrift für Verwaltungsrecht und Verwaltungspolitik*, n.1-2, jan, 1972, p.27 e 30-31; KATZ, Alfred. *Staatsrecht. Op.cit.*, p.103-104.

<sup>1127</sup> Como afirma Luhmann, uma teoria sobre a confiança pressupõe uma teoria do tempo. Cf.LUHMANN, Niklas. *Vertrauen: Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität. Op.cit.*, p.8-9 e 98-99.

seria a face objetiva da segurança jurídica moderna, enquanto a proteção da confiança seria seu lado subjetivo.<sup>1128</sup>

Isso porque a continuidade jurídica serve não apenas ao interesse individual de proteção de direitos subjetivos, mas também ao interesse público de constância do direito objetivo.<sup>1129</sup> Por isso, lançar mão da continuidade para a construção de um sistema de estabilidades é de fundamental importância porque possibilita uma “dessubjetivização” (*Entsubjektivierung*) da tutela da segurança jurídica.

Uma das repercussões práticas desta diferença diz respeito à intrincada questão de quais sujeitos podem invocar a aplicação de um ou outro princípio em seu favor. A proteção da confiança só incide nas relações entre Estado e indivíduo, sempre alegada como “direito de defesa” do indivíduo *contra* o ente estatal.<sup>1130</sup> Já a continuidade jurídica pode ser aplicada também contrariamente ao indivíduo, pois incorpora valores sistêmicos objetivos.

Outra consequência de reconhecer o caráter objetivo da continuidade é constatar que ela atua independentemente da consciência do indivíduo, sem consideração acerca de seu conhecimento sobre a situação geradora de expectativas legítimas.<sup>1131</sup> Vale dizer, mesmo sem saber (portanto mesmo sem poder invocar a proteção da confiança), o indivíduo tem direito à manutenção da continuidade do ordenamento. Dispensa-se a comprovação de qualquer conduta específica do particular fundada na confiança, o requisito de ter ele que “agir concretamente com base na confiança gerada” como critério para a definição da “legitimidade” da confiança.<sup>1132</sup> Para a aplicação da continuidade, não é preciso, p.ex., perquirir se o particular teve notícia de uma medida estatal anterior, e então se programou com base naquela expectativa, praticando atos concretos.

Também no que se refere aos efeitos, continuidade e proteção da confiança são frontalmente diversas. Como lembra Hartmut Maurer, enquanto a proteção da confiança cria um

<sup>1128</sup> Neste sentido, BIRK, Dieter. *Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz*. *Op.cit.*, p.17; MUCKEL, Stefan. *Kriterien des verfassungsrechtlichen*. *Op.cit.*, p.59-62; MAURER, Hartmut. *Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz*. *Op.cit.*, p.397, 435-436.

<sup>1129</sup> LEISNER, Anna. *Kontinuität als Verfassungsprinzip*.... *Op.cit.*, p.123; WOERNER, Lothar. *Der Bundesfinanzhof zwischen Stetigkeit und Wandel – Theorie und Praxis*. *Op.cit.*, p.1028, 1031.

<sup>1130</sup> BURMEISTER, Joachim. *Vertrauensschutz im Prozeßrecht*. *Op.cit.*, p.38; RÜBERG, Burkhard. *Vertrauensschutz gegenüber rückwirkender Rechtsprechungsänderung*. Hamburg: Hansischer Gildenverlag, 1977, p.112-113, 203-204; ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica no direito tributário*. *Op.cit.*, p.167.

<sup>1131</sup> WEBER-DÜRLER, Beatrice. *Vertrauensschutz im öffentlichen Recht*. *Op.cit.*, p.90-96.

<sup>1132</sup> STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. *Op.cit.*, Band I, p.834-835; LEISNER, Anna. *Kontinuität als Verfassungsprinzip*.... *Op.cit.*, p.177-180, 466-469. Sobre este requisito para aplicação da proteção da confiança, Cf. BORCHARDT, Klaus-Dieter. *Der Grundsatz des Vertrauensschutzes im Europäischen Gemeinschaftsrecht*. Kehl am Rhein: Engel, 1988, p.59, 99 e ss; CALMES, Sylvia. *Verfassungsrechtlicher Vertrauensschutz im romanischen Rechtskreis*. *Op.cit.*, p.85-86; ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica no direito tributário*. *Op.cit.*, p.433, 536.

obstáculo à mudança, a continuidade canaliza a força normativa da estrutura sistêmica, jogando a favor do ordenamento jurídico sem, contudo, impedir totalmente alterações.<sup>1133</sup> Assim, se é verdade que tanto a proteção da confiança como a continuidade incorporam uma garantia de manutenção do *status quo*,<sup>1134</sup> temos que atentar que, enquanto a proteção da confiança quer assegurar a permanência de posições jurídicas, a continuidade garante uma estabilidade apenas tendencial e, quando da necessidade de mudança, fomenta uma transição suave, um afastamento gradual da posição estável.<sup>1135</sup> Surge com toda força o tema da edição de *regras de transição* na superação de uma posição estável. Então, a continuidade protege o indivíduo sem tornar a alteração impossível, viabilizando, ao revés, uma redução do impacto da mudança.

Nesse cenário, podemos dizer que a proteção da confiança, por assim dizer, “olha apenas para o passado”, e também por isso só pode ser aplicada individualmente; por sua vez, a continuidade orienta-se para o futuro, e então pode ser manejada quando as alterações pretendidas são mais gerais e abstratas,<sup>1136</sup> não só no direito administrativo, tributário e previdenciário, mas também no processo se pensarmos nos mecanismos de coletivização e nas mudanças de jurisprudência consolidada.

O que é também interessante para diferenciar os dois conceitos é que a continuidade geralmente está ligada à proteção contra mudanças *abruptas*, exigindo, como veremos mais à frente, compensações para a adaptação à alteração de conteúdo estável. Já o princípio de proteção da confiança não: por vezes, mesmo quando estivermos diante de uma mudança gradual da conduta do Estado, pode haver tutela da confiança legítima se o particular conduziu sua vida de forma *irreversível*, e portanto nem mesmo com tempo e medidas específicas de adaptação seria possível voltar atrás.<sup>1137</sup> A proteção da confiança, por conseguinte, impõe um obstáculo intransponível à conduta estatal; a continuidade não, desde que opere ao lado de mecanismos de equalização que construam “pontes” redutoras do impacto da ruptura normativa.

#### 4.2.4.3 Segurança jurídica no processo: estabilidade como continuidade

<sup>1133</sup> MAURER, Hartmut. *Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz*. *Op.cit.*, p.397.

<sup>1134</sup> OSSENBÜHL, Fritz. *Vertrauensschutz im sozialen Rechtsstaat*. *Op.cit.*, p.27.

<sup>1135</sup> Confira-se a passagem de KIRCHHOF, Paul. *Kontinuität und Vertrauensschutz bei Änderungen der Rechtsprechung*. *Op.cit.*, p.264: “*Vertrauensschutz beansprucht grundsätzlich den Rechtsbestand, Kontinuität fordert den schonenden Übergang*” (Tradução: “A proteção da confiança exige fundamentalmente estabilidade, a continuidade exige uma transição suave”). Veja-se ainda IPSEN, Jörn. *Richterrecht und Verfassung*. *Op.cit.*, p.45, fala num “conservadorismo moderado”.

<sup>1136</sup> KIRCHHOF, Paul. *Kontinuität und Vertrauensschutz bei Änderungen der Rechtsprechung*. *Op.cit.*, p.268.

<sup>1137</sup> ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança....* *Op.cit.*, p.103-104.

Por tudo o que ficou exposto, nota-se que há uma base teórica a sustentar uma nova segurança no processo, fundada no conceito de continuidade jurídica.

E como a segurança-continuidade não impede a mudança das posições estáveis, apresenta-se como um novo paradigma que pode ser eficazmente transposto para os atos processuais,<sup>1138</sup> em substituição à tradicional “imutabilidade”. O estudo desta nova perspectiva da segurança jurídica faz com que possamos agora repensar institutos processuais como as preclusões e a coisa julgada sob uma nova perspectiva que considere o sistema normativo de maneira mais dinâmica e flexível,<sup>1139</sup> corrigindo os defeitos já apontados no modelo tradicional.

Aliás, o próprio STF, em recente julgamento,<sup>1140</sup> ainda que apegado à tradição da coisa julgada nos moldes da doutrina clássica, tem admitido a adaptabilidade de seu regime aplicativo, o que pode sugerir uma permeabilidade jurisprudencial, na Corte Suprema, à tese ora defendida.

#### 4.2.4.3.1 A superação do paradigma da imutabilidade e a unificação das estabilidades dos atos jurídicos

O conceito de continuidade jurídica, aplicado como alternativa ao modelo da imutabilidade, parece-nos ser o melhor vetor normativo para modernizar o estudo do sistema de estabilidades processuais.

Primeiramente, a continuidade permite aproximar a estabilidade da sentença das estabilidades existentes para os demais atos do Estado. Como vimos, se a imutabilidade não é um dado presente em todos os atos estatais, nem mesmo naqueles de conteúdo normativo geral, não há qualquer justificativa sistêmica para que assim ocorra com a estabilidade de algumas espécies de sentença.

A continuidade poderá ser uma alternativa aplicável tanto aos atos do Estado quanto para os atos praticados por sujeitos privados. De fato, por seu caráter objetivo, vimos que a continuidade aplica-se também contra o indivíduo, por fomentar interesses públicos de constância e permanência. Isso permite não apenas sua utilização na litigância contra o Estado, em desfavor do indivíduo, mas também na litigância entre particulares, sem as restrições subjetivas da tutela

<sup>1138</sup> Defendendo a aplicação da continuidade jurídica e da proteção da confiança aos atos processuais, Cf. BURMEISTER, Joachim. *Vertrauensschutz im Prozeßrecht*. *Op.cit.*, p.26 e ss; LEISNER, Anna. *Kontinuität als Verfassungsprinzip.... Op.cit.*, p.541.

<sup>1139</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Coisa julgada em matéria fiscal (identidade de objeto). *Revista de Direito Tributário*, ano 12, nº43, jan-mar, 1988, p.76.

<sup>1140</sup> Confira-se o voto do Min.Luiz Fux no RE nº 363.889-DF, Rel.Min.Dias Toffoli, j.07.04.2011.

da confiança. Portanto, a continuidade, ao contrário da proteção da confiança, torna-se um supraconceito adequado também às estabilidades dos atos das partes no processo civil.

Além disso, a continuidade contribui ainda para o resgate de uma visão global das estabilidades processuais que abranja não só a coisa julgada, mas também as preclusões. Ora, se substituimos o pano de fundo convencional pelo referencial da segurança-continuidade, e então se nenhuma estabilidade depende da “imutabilidade”, o modelo aqui proposto pode ser aplicado igualmente tanto para os atos submetidos à preclusão como àqueles abrangidos pela coisa julgada.

Por todas essas razões, por remeter a uma principiologia comum e unificada das estabilidades dos atos processuais, a continuidade parece ser um conceito capaz de reunir sob um mesmo teto institutos processuais como as preclusões e a coisa julgada, assim como mecanismos desenvolvidos no direito privado, como a boa-fé e seus deveres laterais (p.ex. *nemo potest venire contra factum proprium*).

#### 4.2.4.3.2 A justiça procedimental e a estabilidade como continuidade

É fora de discussão que o conflito e o processo geram natural insegurança e instabilidade decorrente da dúvida que paira, durante a litigância, sobre como será, em concreto, atuada a ordem jurídica. Nesse cenário, a coisa julgada era sempre retratada como uma necessidade vital do sistema processual.

Porém, por outro lado, se historicamente houve um movimento pela adoção de um “processo de resultados”, na esteira dos reclamos pela efetividade do processo, atualmente se percebe um retorno à chamada “justiça procedimental”. Com efeito, no mundo atual, é difícil crer na existência de um *ethos* universalmente aceitável, no sonho fracassado de uma “justiça substancial” delimitada por critérios materiais únicos, e então a busca pela “justiça” ou “justeza” das decisões passou a ser justificada processualmente, garantindo-se a correção das regras do procedimento e das condições da argumentação prática racional. Esta concepção resgatou o valor do procedimento, do *iter* que precede a formação da decisão final, das interações intersubjetivas entre jurisdição, ação e defesa.<sup>1141</sup> É o próprio debate judicial que legitima as decisões estatais.

---

<sup>1141</sup> ZANETI JR., Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.115-116; PICARDI, Nicola. *Il principio del contraddittorio*. *Rivista di Diritto Processuale*, ano LII, 1998, p.678; INOUE, Harunori. *Der Zivilprozeß als gleichberechtigtes Dialogverfahren. Zur neueren Prozeßdiskussion im japanischen*

Trazido para o contexto do sistema de estabilidades, essa tendência de processualização da justiça parece aliar-se mais adequadamente ao conceito de continuidade do que à vetusta aplicação da imutabilidade.

De fato, quando advém a sentença, aquela insegurança jurídica anterior ao processo, e gerada pelo conflito de interesses, não é propriamente exterminada. Na verdade, ela é reduzida pela sentença justamente porque a decisão reflete uma vontade institucionalizada, emitida fundamentadamente por um terceiro imparcial e com respeito às garantias constitucionais dos sujeitos envolvidos, imersos todos num ambiente de difusos e recíprocos condicionamentos. Ora, nesta perspectiva, poder-se-ia pensar que impedir a rediscussão sobre o que já fora debatido uma vez seria contrário a tais escopos de legitimação através do processo ou de uma justiça “procedimental”.

Entretanto, na concepção clássica, a segurança do encerramento do debate era justificada na necessidade de impedir que o conflito judicial se prolongasse, conferindo-se estabilidade à relação jurídica tal como expressa na sentença.<sup>1142</sup> Então, podemos dizer que a opção sistêmica era trocar o prolongamento do debate pela segurança da norma concretizada. Vale dizer, trata-se da substituição do processo de legitimação constante (que poderia ser recuperado e retomado em qualquer momento se as decisões fossem sempre instáveis) pela constância das conclusões do juiz. Em suma, é a troca da permanência do procedimento pela permanência do resultado dele.

Porém, se o resultado do processo torna-se imutável, inalterável, sem possibilidade de recuperação da cognição sobre o tema à luz de novos elementos, a ideia de uma “justiça procedimental” revela-se fraca e insustentável. A regra final seria destacada de todo o debate precedente, de todas as interações comunicativas que contribuíram para a produção da norma, como se a regra concreta fosse produzida da mesma maneira que uma lei abstrata, que após a sua publicação “desprende-se” do processo legislativo (a *mens legis* é diversa da *mens legislatoris*).

Todavia, se os atos processuais são ligados entre si, a sentença não é produto solitário do juiz, mas fruto de construção colaborativa. Conferir nota de inalterabilidade à sentença, sem que sejam abrangidos os atos anteriores, é expressão não só de uma compreensão ultrapassada e estática da segurança jurídica (segurança-imutabilidade), mas também de uma visão aristocrática e exclusivista de processo, em que o protagonista solitário é o juiz, com desprezo e

---

Zivilprozeß. Zeitschrift für Zivilprozeß, ano 98, n.4, 1985, p.382; STALEV, Zhivko. *Das Verfahren als dynamischer Tatbestand*. Zeitschrift für Zivilprozeß, ano 88, n.2, 1975, p.194.

<sup>1142</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Coisa julgada em matéria tributária e as alterações sofridas pela legislação da contribuição social sobre o lucro (Lei n.7.689/88)*. *Op.cit.*, p.75.

desconsideração às partes.<sup>1143</sup> Como veremos melhor no Cap.5, a visão moderna do contraditório-influência, associada a princípios processuais como boa-fé e cooperação, só é compatível com um modelo de estabilidades que, ao mesmo tempo em que incorpore a nova segurança-continuidade, seja ainda baseado nas interações subjetivo-comunicativas dos atos do processo.

Nesse contexto, hoje em dia, não se deve abandonar a segurança jurídica no processo civil, mas buscar seu redimensionamento. No mundo atual, exige-se um processo decisório mais ágil e flexível por parte do Estado, e que não seja controlado por modelos rígidos e estáticos. E para a legitimação da ação estatal, não é a cristalização dos resultados que fornece a segurança, mas a *força gerencial* dos procedimentos decisórios que assume um valor de destaque. Então, mais uma vez temos que reconhecer que a nova segurança jurídica no processo corresponde ao formato da segurança-continuidade: só neste paradigma é que, ao mesmo tempo, a força legitimante do debate em contraditório permitirá segurança, pela permanência tendencial do resultado, sem contudo impedir alterações futuras.<sup>1144</sup>

E só no paradigma da continuidade poderá ser implementada verdadeiramente uma justiça procedimental. Não precisaremos mais “trocar” a permanência do procedimento pela imutabilidade do resultado; o debate poderá ser resgatado e a conclusão anterior modificada, mas apenas em certos casos e se determinados requisitos se verificarem. A abertura à revisão ou rescisão permitirá uma verdadeira legitimação pelo procedimento, com recuperação potencial da discussão em contraditório; mas a força *prima facie* que a continuidade jurídica impõe em favor da constância e permanência do ato anterior fará com que a modificação da posição jurídica estável continue sendo excepcional, preservando a segurança.

#### 4.2.4.3.3 Perda de estabilidade ou ganho de correção e racionalidade? Outras vantagens do modelo proposto

A hipervalorização histórica de institutos como a coisa julgada decorreu da exigência de segurança individual contra o arbítrio. Diz-se que também coincidiu com a era das codificações e a crença no poder do legislador, que gerou a subsequente necessidade de emprestar segurança

<sup>1143</sup> Assim se observa na construção de alguns autores que tratam da estabilidade da sentença final dissociada dos atos anteriores. Neste sentido, com o qual não podemos concordar, Cf. BLÉRY, Corinne. *L'efficacité substantielle des jugements civils*. *Op.cit.*, p.15 e ss.

<sup>1144</sup> No Brasil, um dos que propõe uma visão dinâmica da segurança jurídica processual é OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista de Processo*, ano 31, n.137, jul., 2006, p.17.

também à lei concretizada, a *lex specialis*.<sup>1145</sup> Entretanto, nos últimos tempos, muita coisa mudou.

Já não é de hoje que a segurança deixou de ser a “menina dos olhos” do direito processual. Com efeito, o ritmo e a mutabilidade das relações sociais e econômicas alteraram completamente a relação entre a jurisdição e estabilidade das decisões judiciais. As exigências de um processo ágil e eficiente incentivaram a evolução de institutos como a cautelaridade, a execução provisória, as decisões satisfativas antecipatórias, dentre outros. Nota-se claramente, no direito processual da atualidade, uma tendência de abrir mão do valor segurança em favor do valor efetividade.<sup>1146</sup>

E, como não poderia deixar de ser, esse movimento alterou também as relações entre o processo de conhecimento e mecanismos de estabilização como a coisa julgada.<sup>1147</sup> A força que historicamente consagrou a coisa julgada revelou nas últimas décadas o desencanto com o instituto. A injustiça cristalizada, tornada imutável, era tão dolorosa quanto um maior prolongamento do processo. As teses da relativização da coisa julgada, escancarando esta percepção, deram maior valor a outros princípios que à segurança jurídica. Já houve ainda algumas propostas, aqui e no estrangeiro, de estabilizar decisões antecipatórias de tutela com força parecida à da *res iudicata*.<sup>1148</sup>

O declínio da coisa julgada é um fenômeno compreensível ao nosso século, onde não basta justificar a estabilidade no prestígio da função judicial, na pura afirmação do poder do Estado ou numa irracional e antiquada aplicação da segurança jurídica.<sup>1149</sup>

Porém, todos aqueles mais apegados à tradição romana – e à coisa julgada e às preclusões como tradicionalmente compreendidas – poderão retrucar que nossa proposta criaria um caos de instabilidade.

<sup>1145</sup> CONDE, João Correia. *O ‘mito do caso julgado’ e a revisão propter nova*. *Op.cit.*, p.31-36.

<sup>1146</sup> CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública*. *Op.cit.*, p.79-81, 88; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Sobre a subsistência de ações cautelares típicas. *Revista de Processo*, n.175, 2009, p.316; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada*. *Op.cit.*, p.174. À toda evidência, aqui falamos da segurança em processos individuais. Na atualidade, vemos também um movimento de reforço da segurança em outro viés, que é aquele da previsibilidade e calculabilidade do sistema. Neste sentido podem ser observados os reclamos contemporâneos de um tratamento dogmático e pretoriano mais apurado sobre os precedentes e a mudança da jurisprudência constante.

<sup>1147</sup> ARRUDA ALVIM, José Manuel. A evolução do direito e a tutela de urgência. *Revista Jurídica*, n.378, abr. 2008, p.14 e 17.

<sup>1148</sup> ANDOLINA, Italo. *Crisis of res iudicata and new techniques for dispute resolution: (self-standing anticipatory) provisional measures on the merits*. *Op.cit.*, p.21-22; GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. *Revista de Processo*, n.121, mar. 2005, p.11-37. O Projeto de Novo Código de Processo Civil retomou a proposta nos arts.288 e seguintes, preservados, em sua essencialidade, no substitutivo aprovado no Senado Federal.

<sup>1149</sup> CONDE, João Correia. *O ‘mito do caso julgado’ e a revisão propter nova*. *Op.cit.*, p.20, 118-119.



Pensamos que tal objeção não se sustenta se visualizarmos o sistema aqui defendido como um todo. Primeiramente, a continuidade não significa abandono da segurança jurídica, mas uma maneira mais dinâmica de operá-la. Ademais, se por um lado, a estabilidade da sentença de mérito será aqui realmente menos intensa, pelo fato de substituirmos o referencial da imutabilidade pela continuidade, outros pontos do sistema de estabilidades serão reforçados. Sem embargo, outros tipos de sentença, outras decisões do juiz e muitos outros atos das partes ganharão estabilidade com uma visão de conjunto das preclusões e da coisa julgada não só intraprocessual como também extraprocessual.<sup>1150</sup> Assim, existirão outros pontos, “frouxos” no modelo atual, que, aqui, receberão tratamento mais rigoroso, compensando, de certa forma, qualquer déficit de estabilidade do ato final.<sup>1151</sup> Portanto, só pode enxergar em nossa proposta uma queda de segurança aquele que visualiza apenas a estabilidade da sentença de mérito. Mas esta visão parcial do fenômeno das estabilidades é justamente uma das deficiências do sistema tradicional que procuramos combater neste estudo.

Não obstante, ainda que fortes na crença de que se trata de uma sugestão sólida e adequada, sabemos que é difícil enfrentar milênios de tradição, e estamos cientes de que, para muitos, falar em “continuidade” ou em “mudança com constância” soarão como um abandono da segurança jurídica. Para quê “continuidade” em um sistema de segurança e estabilidade? Na óptica clássica, a possibilidade de alteração e correção dos atos processuais deveria simplesmente ficar ao largo dessas considerações porque o objetivo de conferir certeza às posições estáveis prescindiria da possibilidade de adaptações, aprimoramentos e correções em prol da justeza do resultado.

Na mesma linha, Savigny mencionava a “escolha política” que deveria fazer o sistema jurídico entre o possível erro das sentenças estáveis e a constante possibilidade de sua revisão.<sup>1152</sup> Rosenberg, ao falar sobre o perigo da coisa julgada atingir sentenças injustas, também afirmava que é o “preço que se pagaria” pela segurança. Para reduzir a possibilidade de cristalizar-se uma “injustiça imutável”, seriam previstos outros institutos e instrumentos, diferentes da coisa julgada, que servem para evitar a estabilização de injustiças: o processo de recrutamento e

<sup>1150</sup> Como lembra Schwander, o vínculo de questões prejudiciais, p.ex., em processos sucessivos, reforça o conjunto das estabilidades, e é algo que decorrerá de nosso modelo, como se verá adiante. Cf. SCHWANDER, Daniel. *Die objektive Reichweite der materiellen Rechtskraft...Op.cit.*, p.121.

<sup>1151</sup> Esse equilíbrio sistêmico já foi considerado nos EUA, ainda que num ambiente jurídico diverso do nosso. Afirma-se que o *stare decisis*, com o precedente vinculativo, atua sistemicamente fala contra uma maior abrangência objetiva da coisa julgada. Em compensação, poderia haver um equilíbrio pela extensão subjetiva da *res iudicata*. Cf. CASAD, Robert C.; CLERMONT, Kevin M. *Res Judicata.... Op.cit.*, p.15.

<sup>1152</sup> SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen Römischen Rechts. Op.cit.*, vol.VI, p.259-261.

capacitação dos juízes, todo o aparato recursal, princípios como o contraditório e a cooperação, tudo contribui para a correção das decisões.<sup>1153</sup> Então, na visão de Rosenberg, o que se vê nas entrelinhas é que temos que aceitar a segurança-imutabilidade como o “mal menor” que ela é, procurando meios externos à própria disciplina da coisa julgada para reduzir as inconsistências, os desvios e os impactos deletérios de sua aplicação.<sup>1154</sup>

Mas também poderíamos fazer o raciocínio inverso, defendendo-nos contra quaisquer objeções sobre a perda de segurança do modelo aqui proposto: a evolução da própria segurança jurídica, no binômio segurança-continuidade, é o “preço a pagar” por um sistema de estabilidades com racionalidade operativa mais controlável e de maior corrigibilidade do conteúdo dos atos processuais.

Com efeito, o formato aqui proposto, como se verá, permite maior *racionalização da quebra de estabilidade*, não só por prever requisitos restritos para a ruptura (que envolverão exigências argumentativas mais facilmente testáveis), mas também por ser acompanhado de mecanismos compensatórios para adaptação à mudança. Trata-se, sem dúvida, de alternativa melhor do que aquelas que se veem atualmente em que é autorizada a superação de estabilidade sem critérios claros, por vezes baseada na equidade ou na “injustiça”, sem exigências de fundamentação e equilíbrio temporal nas transições entre posições jurídicas estáveis.

#### 4.2.4.3.4 Haveria uma eternização dos litígios?

Devemos considerar ainda a natural objeção de que a “imutabilidade” evita a eternização dos litígios. Diz-se que “processo sem fim não é processo”, ou que a litigância sem imutabilidade traria uma luta eterna e infindável, ou ainda que sem a coisa julgada o processo terminaria num dia para começar “do zero” no dia seguinte,<sup>1155</sup> pois todos os litigantes perseguiriam o adversário novamente para ganhar o que perderam no primeiro processo.<sup>1156</sup> Barbosa Moreira, p.ex., afirma que, atualmente, os advogados não se animam a ajuizar ações para rever decisões transitadas em julgado; mas que se houvesse uma tal alternativa, certamente haveria muitas tentativas.<sup>1157</sup>

<sup>1153</sup> ROSENBERG, Leo. *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*. Op.cit., p.676.

<sup>1154</sup> CONDE, João Correia. *O ‘mito do caso julgado’ e a revisão propter nova*. Op.cit., p.151, 154, em lição do processo penal que pode ser também aqui reproduzida.

<sup>1155</sup> YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. *Em defesa da coisa julgada*. Op.cit., p.18.

<sup>1156</sup> NIEVA FENOLL, Jordi. *La cosa juzgada*. Op.cit., p.120.

<sup>1157</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Considerações sobre a chamada ‘relativização’ da coisa julgada material*. Op.cit., p.60.

Nessa linha, nossa proposta de aplicação da segurança-continuidade significaria então que o “preço a pagar” pela maior correção, controle e racionalidade do sistema de estabilidades seria o prolongamento infinito das discussões judiciais. Mas será que haveria uma “corrida interminável” pela revisão das decisões? Os processos não terminariam nunca porque sempre se poderia retornar a etapas anteriores? Pensamos que a resposta a estas questões seja clara: absolutamente não.

O juízo de admissibilidade sobre a necessidade da mudança, essencial às considerações de continuidade para sabermos se é preciso romper a permanência tendencial da posição jurídica estável, já seria, pois acompanhado de critérios seguros para permitir a revisão, um grande redutor de uma “corrida” por alterações constantes.

Também é um erro pensar que qualquer redução das preclusões, com a possibilidade, mesmo restrita, de praticar novamente o ato, necessariamente representará grande retrocesso ou retardo do processo. Isso porque a parte pode praticar o ato rapidamente, havendo perda de poucos dias; ou ainda porque o processo pode demorar por causa de um sem número de medidas e atos processuais praticados pelo juiz, pelos auxiliares e servidores públicos do Judiciário, ou mesmo pelo adversário.<sup>1158</sup>

Em relação à coisa julgada, ou à estabilidade da sentença final, pensamos que não é a mera alterabilidade que faria concluir pela frenética repositura de demandas findas. Veja-se o processo penal: a sentença condenatória nunca passa definitivamente em julgado,<sup>1159</sup> e não há notícia de que acusados constantemente pleiteiem judicialmente revisões criminais aos milhares; ou mesmo *habeas corpus*, que são rápidos, baratos e dispensam advogado. Ou ainda em procedimentos cíveis com coisa julgada condicionada à prova, como a sentença denegatória de mandado de segurança ou a improcedência nas ações coletivas; nestes casos, a experiência mostra que, mesmo diante da possibilidade de rediscutir, não se observam reposituras da mesma demanda sucessivas vezes.

Além disso, como já afirmado em doutrina, a constante postulação pela alteração de posições estáveis, pelo tão só inconformismo ou pela finalidade maliciosa de submeter o adversário a nova litigância, reflete um modo de agir que pode também ser sumariamente inadmitido e reprimido com medidas de combate à litigância contrária à boa fé processual (como multas), inibindo não só o *improbis litigator* de reiteradas reproduções indevidas, mas

<sup>1158</sup> OTTO, Hansjörg. *Die Präklusion*. *Op.cit.*, p.42.

<sup>1159</sup> MAIA, Rodolfo Tigre. *O princípio do ne bis in idem e a Constituição Brasileira de 1988*. *Op.cit.*, p.60.

desincentivando também o tráfego jurídico na utilização deste modelo de conduta como estratégia processual.<sup>1160</sup>

Portanto, o ponto que queremos salientar é que, no modelo tradicional, partia-se da segurança-imutabilidade, afirmando-se que o “preço” a pagar seria a imunização de julgamentos incorretos; no paradigma apresentado nesta tese, partimos da segurança-continuidade, com sua força de permanência *prima facie* mas que permite alterações: aqui, o “preço a pagar” não é a eternização de litígios, mas apenas o custo (humano e econômico) da tarefa de verificar *se, quando e como* haverá mudança.

Um preço baixo, em nossa opinião, perto das vantagens que ganha o sistema processual.

#### 4.2.4.3.5 Haveria perda de segurança na implementação e gozo dos direitos?

No Cap.1, ficou assentado que a segurança jurídica não pode ser apenas previsibilidade, devendo incorporar também algum componente que assegure o gozo das posições jurídicas estáveis. A coisa julgada é constantemente associada, em seu aspecto garantístico, a uma faculdade de fruição imutável dos direitos, sem que o adversário possa perturbar este exercício. Nessa linha, numa rápida aproximação, nossa proposta poderia significar um déficit de implementação.

No entanto, é errado pensar que a garantia de implementação só existiria no formato da imutabilidade, tanto que a doutrina clássica já diferenciava a coisa julgada dos efeitos ou da execução da sentença. Todo o esforço de Barbosa Moreira, ao criticar Liebman e afirmar que a coisa julgada não cobre os efeitos da decisão evidenciava que a imutabilidade e indiscutibilidade não estabilizavam os efeitos, e portanto estavam desvinculadas do *exercício* dos direitos estáveis. Assim, a efetividade do cumprimento da norma concretizada independe da imutabilidade.

No mais, a segurança-continuidade também se preocupa com a estabilidade da fruição dos direitos, apenas operando com outras técnicas, já que assegura a permanência tendencial dos atos processuais.

---

<sup>1160</sup> OLIVA SANTOS, Andrés de la. *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil. Op.cit.*, p.141; CASTILLEJO MANZANARES, Raquel. *Hechos nuevos o de nueva noticia en el proceso civil de la LEC. Op.cit.*, p.119.

#### 4.2.4.3.6 A reincorporação científica da justeza: busca pela correção do conteúdo dos atos do processo

Temos ainda que nossa sugestão de aplicar a segurança-continuidade para o sistema das estabilidades processuais revigora cientificamente a busca pela correção e justeza do conteúdo dos atos do processo. Não é mais possível contrapor justiça e segurança de uma tal forma que o direito estivesse “condenado a ser justo e inseguro ou a ser injusto e seguro”.<sup>1161</sup> Trata-se da árdua tarefa de conciliar justiça e segurança, valores que parecem ser antagônicos e cuja ótima implementação mostra-se talvez inatingível.<sup>1162</sup>

De um lado, é salutar esta ânsia de conciliar a tensão entre justiça e segurança, pois revela inquietação e revolta com os absurdos de conteúdo que algumas decisões judiciais contiveram, na certeza de que não se pode dar “um carimbo de justiça” e estabilizar ao grau de imutável algo que não é correto.<sup>1163</sup> Nenhum estudioso pode se contentar em pensar que a estabilidade, pelo tão só fato de fomentar a segurança, possa produzir vinculações a um resultado qualquer.<sup>1164</sup> Porém, como afirmamos, manter a regra da imutabilidade e indiscutibilidade, e “flexibilizar” a coisa julgada sem critérios seguros significa promover uma insegurança muito maior.

Faz-se necessário, primeiramente, admitir a possibilidade do erro na sentença<sup>1165</sup> e trabalhar estes equívocos caso o sistema recursal não os corrija e as decisões atinjam estabilidade. Deve-se analisar a superação da coisa julgada e das preclusões na perspectiva do *error*.<sup>1166</sup>

Ademais, não é somente nos casos bizarros e aberrantes que a incorreção da sentença gera desconforto. Com efeito, a ideia de que uma pessoa não deve ficar obrigada a aceitar o resultado ou impedida de repropor a demanda fica clara sempre quando existe uma boa razão para rever a matéria decidida, p.ex., mudança na legislação, informações novas não disponíveis às partes à

<sup>1161</sup> Com razão CONDE, João Correia. *O ‘mito do caso julgado’ e a revisão propter nova*. *Op.cit.*, p.160 ss.

<sup>1162</sup> STAMM, Jürgen. *Zum Umfang der Sperrwirkung des rechtskräftigen Versäumnisurteils gegen den Kläger und gegen den Berufungskläger im Anschluss an die ZPO-Reform*. *Zeitschrift für Zivilprozeß*, ano 122, n.4, 2009, p.399 e 402. De fato, pensar na conciliação de uma estabilidade forte como a coisa julgada com o valor justiça só seria possível se pensarmos que a segurança jurídica privilegia uma “justiça geral ou sistêmica de longo prazo”, mas ainda assim teremos que reconhecer que poderia haver eventual sacrifício da justiça particular de curto prazo. Veja-se semelhante abordagem em CASAD, Robert C.; CLERMONT, Kevin M. *Res Judicata...Op.cit.*, p.3.

<sup>1163</sup> Como afirmou o *Bundesgerichtshof* inúmeras vezes, na esteira da célebre expressão de Bülow, já citada anteriormente. Cf. BGHZ 101, 380, (383-384); BGH, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1987, p.3256-3257.

<sup>1164</sup> HENCKEL, Wolfram. *Prozessrecht und materielles Recht*. *Op.cit.*, p.97.

<sup>1165</sup> Ou com a contraposição entre a verdade e o conteúdo do julgamento, como faziam as teorias materiais: LENT, Friedrich. *Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozeß*. *Op.cit.*, p.299.

<sup>1166</sup> Embora com outras premissas, é o que afirma TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. *Op.cit.*, p.584.

época da decisão, atuação negligente de seu advogado, incerteza cognitiva ou qualquer outro motivo que sugira que o resultado do novo julgamento possa ser diverso.<sup>1167</sup> Aqui, a decisão estável não era errada, mas os elementos que surgiram posteriormente pressionam pela alteração de seu conteúdo.

Temos que o paradigma da segurança-continuidade permite assumir o erro dos atos processuais, contribuindo também para seu aprimoramento quando novos elementos, não considerados à época da prática do ato, puderem aproximar seu conteúdo dos anseios de justiça.

Claro que, como afirmamos anteriormente, o controle da mudança de posições estáveis, no modelo da continuidade, é mais complexo que o simplismo da tríplice identidade, com imutabilidade e limitação objetiva ao dispositivo.

Porém, é a melhor maneira de tentar aproximar segurança e justiça, estabilidade e correção de conteúdo.

#### 4.2.4.3.7 Preclusões: vantagens, desvantagens e o necessário equilíbrio do sistema

Ao imaginarmos qualquer sistema de estabilidades, temos que olhar os dois reversos da medalha, pois existem fatores a favor e contra as preclusões. Por um lado, o aumento da força da preclusão favorece a eficiência sistêmica por evitar a litigância inútil, e assume uma importância de longo prazo em garantir segurança, mesmo que, com a petrificação de conteúdos equivocados, sacrifique aqui e ali o valor justiça. De igual modo, evitando as revisões, assegura-se maior facilidade de implementação e exercício dos direitos. Por outro lado, o fortalecimento das preclusões exigirá dos litigantes maiores deveres de cuidado em debater cooperativamente e exaustivamente certas questões.<sup>1168</sup>

Já um sistema “frouxo” de estabilidades, permitindo grandes aberturas à rediscussão, pode confrontar os litigantes com resultados absolutamente incompatíveis em dois processos diferentes (ex: um juiz considera determinados fatos como tendo ocorrido e outro juiz os considera inexistentes). Essa incoerência sistêmica, própria de formatos preclusivos mais fracos, pode fazer erodir a confiança social no aparato judiciário, tanto no campo da coisa julgada quanto no campo

<sup>1167</sup> Há autores que dizem que a segurança jurídica tem que atentar para os interesses materiais do caso. CAMBI, Eduardo. Causa de pedir, prova e coisa julgada na ação de investigação de paternidade. *Revista de Processo*, ano 30, n.122, abr. 2005, p.65. Enfrentaremos o tema mais adiante.

<sup>1168</sup> Assim é a compreensão nos sistemas do *common law*. Cf. CASAD, Robert C.; CLERMONT, Kevin M. *Res Judicata...Op.cit.*, p.31

da preclusão de questões, já que não é socialmente aceito, por anti-isonômico, que um tribunal decida exatamente o contrário que outra corte ou juízo entendeu em caso semelhante. Todas estas considerações falam a favor de um modelo forte das estabilidades.

Nesse cenário, pensamos que há razões para um abrandamento da preclusão, com o aumento das possibilidades de modificação da posição estável. De fato, a complexidade da vida, constantemente refletida no processo, pode revelar a necessidade de rediscussão<sup>1169</sup> quando alterações significativas demonstrem que a estabilidade anterior não deva ser mantida. No direito contemporâneo, onde a segurança absoluta não é a “pérola rara” aos olhos do jurista, crescem em importância outros valores, como a busca por correção e justiça procedimental, a isonomia, a efetividade e a celeridade.

Além disso, se o sistema preclusivo é rígido demais, corre-se o risco de observarmos “superesforços” dos litigantes na condução dos litígios: se aumentamos as preclusões por omissão, p.ex., como as preclusões temporais, podemos estar diante do risco de que os sujeitos do processo sintam-se pressionados a formular alegações que talvez não desejassem, ou ainda que se debrucem sobre cada especial aspecto de cada mínimo ponto do debate com uma precisão e dedicação desnecessárias, o que tornará mais complexa a lide e mais demorada a solução do processo. Se o processo civil moderno tem o escopo de evitar litigâncias excessivamente complexas e demoradas,<sup>1170</sup> deveríamos buscar desenhar um modelo com menos preclusões.

A dificuldade é encontrar o necessário ponto ótimo entre estabilidade e justiça.

#### 4.2.4.3.8 Conveniência de uma concepção unitária das estabilidades no campo das preclusões lógicas. Desnecessidade de mecanismos do direito privado

Como se viu no primeiro e terceiro capítulos, muitos institutos do direito privado são aplicados e utilizados no processo com funções similares à da preclusão lógica. Dentre eles estão a *Verwirkung* e o *nemo potest venire contra factum proprium*, nos ordenamentos de tradição romano-germânica, e o *estoppel* e o abuso de direito nos sistemas do *common law*.<sup>1171</sup> Seus

<sup>1169</sup> CASAD, Robert C.; CLERMONT, Kevin M. *Res Judicata...Op.cit.*, p.33.

<sup>1170</sup> *Ibidem*, p.34, 53.

<sup>1171</sup> Nos ordenamentos do *common law*, institutos como o *estoppel* e o *abuse of process* tiveram espaço “complementar” à coisa julgada e às preclusões na vedação de condutas incompatíveis. A razão para isso é que estes sistemas têm uma concepção diversa de preclusão, que não abrange a vedação de comportamentos logicamente incongruentes entre si. Por isso a necessidade de afirmar sua “complementariedade”. Cf. CASAD, Robert C.; CLERMONT, Kevin M. *Res Judicata...Op.cit.*, p.18.

critérios e pressupostos aplicativos são claramente diversos daqueles das estabilidades processuais, e constantemente ligados ao direito material.

A razão histórica para o uso processual destes instrumentos foi a limitação conceitual da preclusão, não só porque, em geral, era compreendida como restrita ao interno do processo, mas também porque, em muitos países, resumia-se à preclusão temporal.<sup>1172</sup> Se as preclusões limitam-se pela litispendência na concepção clássica, uma contradição lógica entre uma conduta tomada fora do processo e um comportamento observado dentro da relação processual não poderia ser verificada com o uso da preclusão.<sup>1173</sup>

Com um conceito abrangente de preclusão, incorporando preclusões lógicas (como na tradição latina, derivada do conceito chiovendiano), admitindo-se amplo espectro subjetivo (também para o juiz) e com eficácia extraprocessual, muitos destes institutos seriam desnecessários. Então devemos pensar se haveria ganho em tratar todos estes institutos dentro do conceito mais amplo de preclusão. Em nosso sentir, a resposta é afirmativa.

Em primeiro lugar, institutos como a proibição do *venire contra factum proprium* e a *Verwirkung*, dentre outros, possuem forte base doutrinária e tradição privatista, da qual constantemente os processualistas não se conseguem libertar.

Para a aplicação do *nemo potest venire contra factum proprium*, p.ex., exige-se que haja identidade subjetiva, enquanto que isso nem sempre ocorre com as estabilidades processuais. A utilização da boa-fé como fundamento autônomo para um vínculo processual sugeriria, na visão de alguns autores, que tal vinculação formar-se-ia apenas entre as partes, não compreendendo o juiz. Então como justificar a vinculação dos juízos posteriores ao decidido?<sup>1174</sup> Entende-se ainda que muitos dos institutos derivados da boa-fé, como a proibição do *venire contra factum proprium*, não atingem poderes do juiz.<sup>1175</sup> Enquanto isso, é muito mais significativa e crescente a tendência de admitir maiores preclusões para os poderes do magistrado.

Tomemos ainda o seguinte exemplo: numa demanda, é alegada incompetência do juízo por haver compromisso arbitral firmado; posteriormente, acolhida a objeção e iniciada a

<sup>1172</sup> A doutrina alemã se foca predominantemente nas preclusões temporais, e talvez por esta razão seja difícil pensar num tratamento comum dos dois temas. Não obstante, devemos ressaltar que alguns autores incorporam ao estudo das preclusões critérios de conteúdo (não apenas temporais), que permitiriam pensar em uma análise conjunta. Assim, sobretudo, OTTO, Hansjörg. *Die Präklusion*. *Op.cit.*, p.49.

<sup>1173</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Cosa giudicata e preclusione*. *Op.cit.*, p.267; *Idem, Principii di Diritto Processuale Civile*, *Op.cit.*, p.860. Até hoje vemos resquícios daquela concepção em obras como a de SILGUERO ESTAGNAN, Joaquín. *La preclusión de alegaciones en el proceso civil*. *Op.cit.*, p.199.

<sup>1174</sup> YOSHINO, Shozaburo. *Zur Lehre der Rechtskrafteerstreckung*. *Op.cit.*, p.138-140, 162.

<sup>1175</sup> ZEISS, Walter. *Die arglistige Prozesspartei*. *Op.cit.*, p.121-122.



arbitragem, a mesma parte argui nulidade do contrato arbitral, afirmando que a questão deve ir ao Judiciário, em evidente contradição comportamental.<sup>1176</sup> Muitos autores, apegados a noções civilistas, negam a aplicação do *nemo potest venire contra factum proprium* neste caso sob os argumentos, ou de que uma “alegação” não corresponderia propriamente a uma “declaração de vontade”, ou porque não há consequências negociais do comportamento incompatível.<sup>1177</sup> É, de fato, comum, a referência a um prejuízo ou da possibilidade de um dano patrimonial dentre os requisitos para aplicação da proibição do *venire contra factum proprium*.<sup>1178</sup>

Portanto, temos que, enquanto não houver uma mudança de mentalidade, faz-se necessário um afastamento de institutos moldados no direito privado. A tendência de privatização das regras sobre incompatibilidade de comportamento começou, é verdade, nos ordenamentos de tradição germânica, onde as preclusões são mais restritas e seu desdobramento na preclusão lógica não é admitido. Porém, vemos que também encontram adeptos no Brasil, ainda que por aqui utilizemos o conceito chiovendiano de preclusão, continente da preclusão lógica.

Como, no modelo aqui proposto, admitem-se efeitos preclusivos extraprocessuais, a proibição da prática de atos incompatíveis pode ser operada tranquilamente pela preclusão lógica,<sup>1179</sup> até porque entre os efeitos preclusivos processuais e estes outros institutos do direito privado, decorrentes da boa-fé, existem evidentes pontos de contato.<sup>1180</sup>

#### 4.2.4.3.9 Exemplos retirados da doutrina e jurisprudência brasileira. Possibilidade do uso da preclusão

São vários os exemplos de aplicação, no processo, deste complexo de institutos destinados à repressão de condutas incoerentes e incompatíveis entre si. A jurisprudência já aplicava o *nemo*

<sup>1176</sup> Segundo Baumgärtel, hipótese similar já foi julgada pelo *Bundesgerichtshof* alemão: num processo arbitral, o réu argui ser competente o Judiciário; assim fazendo, caso o processo vá ao tribunal estatal, não poderá alegar a validade da convenção arbitral ou a incompetência do juízo. BAUMGÄRTEL, Gottfried. *Treu und Glauben im Zivilprozeß*. *Op.cit.*, p.362; MÜLLER, Thomas M. *Gesetzliche und prozessuale Parteipflichten*. *Op.cit.*, p.112.

<sup>1177</sup> Cf. SINGER, Reinhard. *Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens*. *Op.cit.*, p.8.

<sup>1178</sup> Cf. SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório...* *Op.cit.*, p.132 e ss.

<sup>1179</sup> Assim, BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. *Op.cit.*, p.127. A preclusão decorrente da omissão reiterada em praticar um ato, embora se aproxime da *Verwirkung*, poderia ser aplicada no caso de desconhecimento *involuntário* de defeitos processuais que poderiam ser alegados. Otto afirma que o problema é a dificuldade de imaginar a perda de um poder processual sem que haja concomitantemente a perda da situação material correlata. OTTO, Hansjörg. *Die Präklusion*. *Op.cit.*, p.32-33.

<sup>1180</sup> SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. *Op.cit.*, p.150; ZEISS, Walter. *Die arglistige Prozesspartei*. *Op.cit.*, p.102, 109 ss. Já se afirmou que os efeitos preclusivos têm uma dualidade (*Zweiseitigkeit*) que os relacionam com o *venire contra factum proprium*. Cf. STROHMAYER, Peter. *Urteilswirkungen*. *Op.cit.*, p.43.

*potest venire contra factum proprium* ao direito tributário,<sup>1181</sup> civil<sup>1182</sup> e administrativo<sup>1183</sup>, tanto quando o *factum proprium* é comissivo quanto omissivo. E o mesmo vem sendo decidido em matéria processual, pela aplicação da preclusão, senão vejamos.

Neste sentido vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça em casos em que o autor formula pedido indenizatório de alto valor e, na mesma peça processual, declara valor da causa muito menor. Segundo o STJ, o autor não poderia insurgir-se em grau recursal contra a decisão que alterou o valor da causa.<sup>1184</sup> É também o que vinha decidindo, p.ex., o STJ na interposição, pela Fazenda Pública, de recurso especial contra acórdão desfavorável em sede de reexame necessário, se o poder público não apelara da sentença. Segundo o anterior entendimento da corte, que tem nossa adesão, haveria preclusão lógica.<sup>1185</sup> Lamentavelmente, o Superior Tribunal de Justiça retomou antiga jurisprudência que desconsidera o aspecto moderno das interações do contraditório, afirmando não haver preclusão lógica no caso porque esta não poderia derivar de um ato omissivo!<sup>1186</sup>

Com razão, o Supremo Tribunal Federal afirma faltar interesse recursal ao autor que, após manifestar sua desistência da ação, posteriormente argúi, contra a decisão homologatória da desistência, ter simplesmente mudado de opinião.<sup>1187</sup> O Superior Tribunal de Justiça afirmou que a parte, após concordar com a juntada, pelo adversário, de documento contendo dados telefônicos seus, não pode, em processo posterior, pleitear indenização por danos morais por quebra de sigilo se o dano alegado decorre somente da juntada das informações.<sup>1188</sup> Os tribunais também vêm entendendo que não é possível alegar a demora excessiva do processo quando o prolongamento do trâmite se observou pela prática de atos processuais pelo próprio recorrente.<sup>1189</sup> E os exemplos se seguem.<sup>1190</sup>

<sup>1181</sup> AgRg no REsp 396489-PR, Rel. Min. Humberto Martins, DJ 26.03.2008.

<sup>1182</sup> REsp 95.539-SP, Rel.Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 14.10.1996.

<sup>1183</sup> REsp 47015-SP, Rel.Min. Adhemar Maciel, DJ 16.10.1997.

<sup>1184</sup> STJ - AgRg no REsp 946499-SP, Rel. Min. Humberto Martins, DJ 18.10.2007.

<sup>1185</sup> REsp 1052615-SP, Rel.Min.Eliana Calmon, j.14.10.2009; AgRg nos EDcl no REsp 1058778-SP, Rel.Min.Humberto Martins, j.27.10.2009; REsp 904885-SP, Rel.Min.Eliana Calmon, j.12.11.2008; AgRg nos EDcl no REsp 933821-SP, Rel.Min.Humberto Martins, j.04.12.2007; REsp 902577-CE, Rel.Min. Eliana Calmon, j.27.05.2008; REsp 478908- PE, Rel.Min. José Arnaldo da Fonseca, j.24.06.2003.

<sup>1186</sup> REsp 905771-CE, Rel.Min.Teori Zavascki, j.29.06.2010; REsp 1173724-AM, Rel.Min.Mauro Campbell Marques, j.26.10.2010; EDcl no REsp 1143280-PR, Rel.Min.Castro Meira, j.03.02.2011; AgRg no Ag 1347988-PE, Rel.Min.Benedito Gonçalves, j.05.04.2011.

<sup>1187</sup> STF – Pleno - MS-AgR 25742-DF – Rel.Min. Cezar Peluso – j.05.04.2006.

<sup>1188</sup> REsp 605687-AM, Rel.Min. Nancy Andrighi, DJ 02.06.2005.

<sup>1189</sup> Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul: Embargos de Declaração Nº 197703176, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Alçada do RS, Relator: Roberto Expedito da Cunha Madrid, Julgado em 13.05.1997.

<sup>1190</sup> Já afirmamos: “Outro exemplo toca a formação dos títulos executivos. A hipótese dizia respeito a requerimento de anulação da execução porque, supostamente, o título executivo não preenchia requisitos exigidos na lei. Arguía o recorrente que o contrato

Note-se que, em todos estes casos, aplicando-se uma preclusão extraprocessual, sem recurso à disciplina do direito material, as hipóteses em que a jurisprudência brasileira já reconheceu haver inadmissibilidade do ato por incompatibilidade lógica com ato anterior.

---

exequendo deveria ter sido firmado, por força de disposição estatutária, conjuntamente pelo presidente e o vice-presidente da empresa. O STJ decidiu que não pode a parte pleitear nulidade da execução quando ela própria sinalizou ao outro contratante pela validade do contrato, já que o representante que firmou o contrato (o presidente) era aparentemente habilitado a fazê-lo. A proteção da confiança do outro contratante, evidente no caso, foi também justificada na teoria da aparência”. CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, influência e validade prima facie dos atos processuais*. Op.cit., p.312-313. Veja-se o REsp 681856-RS, Rel.Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJ 06.08.2007.

## 5 SEGUNDA PREMISA: O CONTRADITÓRIO COMO INFLUÊNCIA REFLEXIVA

Vimos anteriormente a primeira premissa para nossas propostas de um sistema de estabilidades: a concepção de segurança como continuidade. Desta premissa pensamos ter ficado evidente que:

- a) é possível uma análise conjunta das estabilidades de todos os atos processuais, sejam estes das partes ou do juiz, estimulantes ou determinantes, finais ou intermédios, omissivos ou comissivos, de mérito ou com conteúdo processual, e sem qualquer diferença sobre se eles são submetidos à preclusão, coisa julgada ou efeito preclusivo.
- b) é possível a substituição do paradigma da imutabilidade pelos parâmetros da continuidade jurídica, que não impede a mudança das posições jurídicas estáveis: ao mesmo tempo em que assegura sua manutenção tendencial, vela por transições suaves nos momentos de ruptura.

Pois bem, aqui queremos ressaltar a importância que assumirá a fundamentação dos atos jurídicos, as razões, os argumentos que os motivam, para o sistema de estabilidades. Antes de evidenciar as relações entre o debate e as estabilidades, cabe descrever como o processo contemporâneo lida com o garantia do contraditório, ou, em termos mais amplos, o direito de ser ouvido.

De fato, a prática de atos processuais, através da manifestação das partes, especialmente através da justificativa utilizada para as suas condutas, está hoje profundamente relacionada ao princípio do contraditório, razão pela qual devemos dispensar algumas linhas para retornar a este importante tema.

Nossa concepção do contraditório foi construída e desenvolvida em vários textos, aos quais remetemos o leitor.<sup>1191</sup> Não é nossa intenção aqui estender, modificar ou aprimorar os conceitos, e também não seria adequado reproduzir as linhas de outrora, desviando-nos do propósito principal deste trabalho.

Não obstante, como o contraditório-influência é uma das premissas relevantes para a compreensão do sistema de estabilidades aqui proposto, faremos breve resumo das ideias já

---

<sup>1191</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. Rivista di Diritto Processuale*, Anno LX, Nº2, aprile-giugno, 2005, *passim*; Idem. *Nulidades no processo moderno: contraditório, influência e validade prima facie dos atos processuais. Op.cit.*, especialmente capítulos III e V; Idem. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *Revista de Processo*, ano 30, vol. 126, ago. 2005.

lançadas a respeito do tema, para que coerentemente possamos prosseguir nas propostas deste estudo.

### 5.1 O contraditório como influência reflexiva

A moderna compreensão do contraditório não pode mais ficar apenas em torno do binômio informação-reação (a “audiência bilateral” dos romanos). Com a publicização do processo e o desenvolvimento da democracia deliberativa, também os procedimentos judiciais passaram a ser compreendidos como uma sede em que, para fins de produção da norma concreta a ser aplicada ao caso, os indivíduos devem ser tratados como partícipes ativos do debate processual, coprodutores da norma da sentença. Além disso, o movimento de publicização deixou de lado uma concepção puramente privatista dos direitos processuais, passando a atividade das partes a ser permeada por interesses públicos. O contraditório, dentro desta perspectiva mais elástica, ganhou novos aspectos, devendo ser estudado especialmente como direito de influência e dever colaborativo.<sup>1192</sup>

Com efeito, se as decisões vinculativas devem ser precedidas de debates pluralistas entre vários sujeitos, é o contraditório o elemento que confere esta intersubjetividade ao procedimento. Portanto, neste viés, o contraditório representa o direito de influir, a faculdade de interferir nesses procedimentos e condicionar eficazmente a atuação dos demais sujeitos do processo.<sup>1193</sup>

Por influência entendemos “qualquer condicionamento significativo à conduta dos demais sujeitos do processo, realizado a partir de posições críticas ou omissões conclusivas, transmitidas comunicativamente e que, caso não existissem, poderiam, mantidas as demais condições, motivar o sujeito condicionado a agir de modo diverso”.<sup>1194</sup> Trata-se de qualquer conduta comissiva ou omissiva que parte de um sujeito (condicionante) e que seja capaz de estimular outro sujeito (condicionado), alterando os motivos frente ao comportamento que este deve adotar.<sup>1195</sup> A

<sup>1192</sup> FERRAND, Frédérique. *Le principe contradictoire et l'expertise en droit comparé européen. Revue Internationale de Droit Comparé*, 2000, vol.52, nº2, p.352 e ss; LERCHE, Peter. *Zum Anspruch auf rechtliches Gehör. Zeitschrift für Zivilprozeß*, ano 78, n.1, 1965, p.6; MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*, 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p.150; GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. *Revista Dialética de Direito Processual*, nº24, mar. 2005, p.72 e ss; PAWLOWSKI, Hans- Martin. *Aufgabe des Zivilprozesses. Op.cit.*, p.358.

<sup>1193</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito Op.cit.*, p.453 e ss; BAUR, Fritz. *Der Anspruch auf rechtliches Gehör. Archiv für die civilistische Praxis*, nº153, 1954, p.409.

<sup>1194</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, influência e validade prima facie dos atos processuais. Op.cit.*, p.114.

<sup>1195</sup> PARSONS, Talcott. *On the concept of influence. The Public Opinion Quarterly*, vol.47, nº1, 1963, p.38.

influência é uma espécie mais moderada de poder, um “poder comunicativo” que deseja introjetar a conduta sugerida ao *alter* por meio da persuasão argumentativa.<sup>1196</sup>

As condutas dos sujeitos do processo, relevantes para o contraditório, devem ser entendidas como aquelas condutas baseadas em razões ou argumentos. O sujeito que pratica um ato processual em contraditório empreende um *ato cognitivo motivado* a respeito de condutas e alegações, o que é possível porque qualquer conduta é precedida de uma deliberação psíquica anterior, isto é, uma reflexão pessoal sobre os objetivos e estratégias processuais que se expressa nas razões para a prática da conduta. Assim, o contraditório-influência é autorreferencial. Porém, isso não significa que as manifestações processuais sejam centradas em si mesmas. No contexto da intersubjetividade e do pluralismo deliberativo, as interações do processo são também *reflexivas*, com reação aos próprios impulsos e às circunstâncias externas.<sup>1197</sup> Trata-se do *direito à consideração* que modernamente se agrega ao binômio informação-reação do contraditório: a participação assegura que os comportamentos dos sujeitos processuais sejam resultado da influência dos atos dos demais, devidamente considerados por todos numa dialética de mútua implicação e estímulo, um “intercâmbio em difusão de propostas e respostas, ataque, contra-ataque e defesa”.<sup>1198</sup>

Portanto, a reflexividade da influência faz com que o contraditório seja *retro-operante*. Isso ocorre primeiramente porque os interesses contrapostos dos litigantes os pressionam a justificar suas posições e pretensões.<sup>1199</sup> Porém, como qualquer litigante projeta uma reação crítica do adversário (contra-argumentos), é correto inferir que, num debate intersubjetivo, o participante antecipa a reflexividade pela prognose das futuras objeções aos seus atos, incorporando-as virtualmente à sua linha argumentativa. Assim, as razões para um comportamento são “razões compartilhadas”,<sup>1200</sup> com consideração dos demais sujeitos.<sup>1201</sup>

<sup>1196</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol. II, 2. ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003, p. 87-90 e 94-96; PARSONS, Talcott. *On the concept of political power, in Sociological Theory and Modern Society*. New York: The Free Press, 1967, p.309.

<sup>1197</sup> TEUBNER, Gunther. *Reflexives Recht. Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, nº68, 1982, p.20-21.

<sup>1198</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, influência e validade prima facie dos atos processuais*. Op.cit., p.122.

<sup>1199</sup> FERRAND, Frédérique. *Le principe contradictoire et l'expertise en droit comparé europeen*. Op.cit., p.346. Parsons lembra que o uso da influência pressiona os atores do debate a justificar expressamente suas alegações porque o condicionamento deve remeter ao simbolismo da linguagem comum, no caso, a palavra. PARSONS, Talcott. *On the concept of influence*. Op.cit., p.50.

<sup>1200</sup> GÜNTHER, Klaus. *Communicative freedom, communicative power, and jurisgenesis*. *Cardozo Law Review*, nº17, mar. 1996, p.1043 e 1050-1051.

<sup>1201</sup> Esta dialética entre o autorreferencial e o reflexivo é reforçada, no procedimento formalizado, pelas estruturas discursivas do processo, que incentivam e simplificam a organização das proposições comunicativas.

Nesse contexto, os atos são produto de condicionamentos que não são “escolhidos” unilateralmente por ninguém, mas conjuntamente por todos. E essa *difusão* da influência permite imaginar que tanto as partes como o juiz são sujeitos condicionantes ou condicionados, todos são fonte de condicionamentos e destinatários da influência produzida. Por todo o exposto, vemos que, se todos os sujeitos estão imbricados nas interações do processo, o comando estatal não pode mais ser isolado da atividade das partes.

Esta ilação tem repercussões importantes em relação aos chamados “deveres do contraditório”. Um deles é a obrigação que tem o juiz de integrar-se no debate; outro é o denominado “dever de atenção”, correlato ao direito de consideração e que exige que o juiz profira suas decisões demonstrando que absorveu os argumentos das partes, e portanto não está prolatando uma decisão “surpresa” ou de *terza via*. Portanto, o contraditório-influência revigora a função da fundamentação das decisões judiciais,<sup>1202</sup> envolvendo-a com a motivação dos atos praticados pelos demais sujeitos, até porque todas são condutas argumentativamente justificadas que, em conjunto, produzem os condicionamentos que geram os atos posteriores.

Existem também deveres para o juiz de esclarecimento para as partes a respeito das consequências de seus atos e sobre as alternativas processuais que se lhes colocam.

## 5.2 O contraditório como dever: a prática de atos processuais como autovinculação

Os desdobramentos da concepção de contraditório como influência em reflexividade, como a incorporação dos deveres de boa-fé dela decorrentes, fazem com que a prática de atos do processo seja compreendida como *autovinculação*.

Se os atos processuais voluntários são atos de responsabilidade, em consideração do outro e imersos em ambiente plural e intersubjetivo, as estabilidades processuais, também relacionadas a estas interações, podem ser vistas como produto das condutas de todos os sujeitos do processo.

Aplicada ao sistema de estabilidades, esta ideia permite compreender a coisa julgada, as preclusões e todas as formas de estabilidades processuais em conjunto, abarcando os atos dos litigantes sem contudo retornar ao formato romano da *litiscontestatio*.<sup>1203</sup> Não é um contrato ou um pacto que firma a estabilidade, mas o contraditório, desdobrado em seus direitos e deveres.

<sup>1202</sup> GRECO, Leonardo. *O princípio do contraditório Op.cit.*, p.73.

<sup>1203</sup> Sobre este tipo de vinculação, THEODORO JR., Humberto. A coisa julgada e a rescindibilidade da sentença. *Revista Jurídica*, ano XLIV, n.219, jan. 1996, p.9.

Esta ideia nos leva a outras importantes discussões, como aquela referente aos poderes das partes de alterarem o conteúdo de posições estáveis (uma sentença transitada em julgado, p.ex.) por meio de um acordo. A discussão é interessante porque, se partimos da premissa de que as estabilidades decorrem de autovinculação das partes, em ligação com outras condutas praticadas em contraditório, inclusive atos judiciais, poderíamos estar reforçando o caráter público das estabilidades a um tal ponto que não seria possível imaginar que os litigantes pudessem abrir mão do conteúdo normativo estabilizado.

Com efeito, esta discussão não é nova, mesmo que tenha sido classicamente travada sem considerações acerca do contraditório-influência. Muitos autores afirmaram que a coisa julgada seria “matéria de ordem pública”, não podendo ser renunciada pela parte beneficiada ou transigida pelas partes, que poderiam até modificar o direito material, mas não suprimir a coisa julgada.<sup>1204</sup> Os litigantes mudariam apenas a *sua vinculação* mas o juiz estaria vinculado ao decidido no primeiro processo.<sup>1205</sup> Não obstante a autoridade dos juristas que assim se manifestaram, não podemos endossar tal posicionamento.

De fato, às partes não é proibido que, por sua vontade, acordem a respeito do direito material e corrijam o conteúdo da sentença.<sup>1206</sup> Os litigantes podem sim alterar o que ficou decidido, assim como podem dispor livremente de seus direitos. Apesar da coisa julgada ou de qualquer estabilidade, a relação jurídica material continua na esfera de disposição das partes.<sup>1207</sup> E se assim é, abre-se espaço para admitir-se que lhes seja autorizado pretender do juiz um novo pronunciamento sobre um tema já coberto pela estabilidade, diante de novos elementos que justifiquem a mudança de seu conteúdo.

Então, a inalterabilidade do julgado pela vontade das partes parece ficar restrita aos casos de indisponibilidade sobre o direito material decidido: “a ‘indisponibilidade’ não está na coisa

<sup>1204</sup> Contra a possibilidade de renúncia, examinando a natureza pública da coisa julgada e os poderes processuais das partes, Cf. v.BÜLOW, Oskar. *Absolute Rechtskraft des Urtheils*. *Op.cit.*, p.118 e ss. Cf.ROSENBERG, Leo. *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*. *Op.cit.*, p.683.

<sup>1205</sup> THEODORO JR., Humberto. *A ação rescisória e o problema da superveniência do julgamento da questão constitucional*. *Op.cit.*, p.168.

<sup>1206</sup> OTTO, Hansjörg. *Die Präklusion*. *Op.cit.*, p.147-148.

<sup>1207</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Eficácia e autoridade da sentença penal*. *Op.cit.*, p.35: “A concepção de Liebman não está em contraste com a circunstância inegável de que uma relação jurídica que foi objeto de uma sentença civil pode sucessivamente ser modificada pelas partes, nem com a sua modificação, em certos casos, pelo próprio juiz, mesmo no processo penal. O que a coisa julgada torna imutável é o efeito da sentença (ou seja, a declaração ou a modificação), e não a relação jurídica sobre a qual o efeito incide; relação esta sobre a qual as partes podem conservar sua liberdade de disposição e que o juiz pode diversamente declarar, desde que a mesma relação tenha sofrido modificações sucessivas à precedente sentença (*rebus sic stantibus*)”.



julgada em si, ou em qualquer forma de estabilidade, mas na norma atuada”,<sup>1208</sup> como afirma textualmente o art.850 do Código Civil.<sup>1209</sup>

Assim, nos casos em que as partes não puderem resolver a questão por si mesmas, como na jurisdição voluntária ou nas ações constitutivas necessárias, não será possível a alteração do conteúdo estável da sentença porque ao juiz não é permitida a emissão de pronunciamento contrário. Por exemplo, certificada a filiação na sentença, o consenso posterior das partes não bastaria para que fique “combinado” que a filiação não existe. Na hipótese contrária, o mesmo já não ocorreria: improcedente a investigação de paternidade, as partes poderão por acordo reconhecer a paternidade posteriormente, porque a legislação assim permite (CC, arts.1609, II e III).

### 5.3 Ações e omissões: a inércia e o contraditório-influência

Embora tenha sido ressaltada a importância das razões que justificam argumentativamente os atos processuais, outra constatação igualmente relevante é que a influência pode ser exercida também por meio de condutas omissivas,<sup>1210</sup> condicionando a conduta dos demais sujeitos mesmo na ausência de qualquer ato palpável.

O pouco tratamento das omissões processuais deriva do preconceito de admitir que a vontade possui um importante papel na teoria dos atos do processo. Se os atos processuais correspondem a interações humanas, são indissociáveis da vontade neles externada. E é a vontade que torna a conduta humana (omissiva ou não) uma “atitude com sentido”, podendo ser descrita e compreendida como uma atividade programada. Por essa razão, as omissões recuperam mais e mais, no processo contemporâneo, seu devido lugar.<sup>1211</sup>

E este novo espaço de análise das omissões é maior do que o senso comum poderia apontar. Como já tivemos oportunidade de salientar, “geralmente imaginamos as omissões num quadro de descumprimento de deveres, como no ato ilícito por omissão (o crime de omissão de socorro, p.ex.) e nas omissões devidas (como se observa no descumprimento das obrigações de

<sup>1208</sup> TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. *Op.cit.*, p.42.

<sup>1209</sup> “Art. 850. É nula a transação a respeito do litígio decidido por sentença passada em julgado, se dela não tinha ciência algum dos transatores, ou quando, por título posteriormente descoberto, se verificar que nenhum deles tinha direito sobre o objeto da transação”.

<sup>1210</sup> SAUER, Wilhelm. *Grundlagen des Prozessrechts*. *Op.cit.*, p.295 e 357. Carnelutti mencionava, a este respeito, a categoria das “declarações tácitas”. Cf.CARNELUTTI, Francesco. *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*. *Op.cit.*, p.264.

<sup>1211</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, influência e validade prima facie dos atos processuais*. *Op.cit.*, p.151 ss.

não fazer). Essas observações poderiam fazer concluir que apenas as condutas devidas (atos imperativos) e os atos ilícitos por omissão esgotariam a disciplina e a relevância do estudo da inércia no processo. Contudo, também se enquadram no espectro das condutas omissivas os atos processuais facultativos. Quando presentes situações em que opções estratégicas são franqueadas aos agentes, as omissões são praticadas assumindo os riscos comunicativos de não interferirem positivamente na decisão”.<sup>1212</sup>

Estes atos omissivos são importantes para a caracterização de preclusões lógicas e temporais, não só permitindo uma análise da consequência da omissão no não cumprimento de ônus processuais, mas também a omissão em praticar atos processuais em posições neutras e de vantagem, como as decorrentes faculdades, direitos e poderes. Nestas hipóteses, a omissão em si não gera preclusão, mas se torna vinculante quando produz uma expectativa legítima de manutenção daquele comportamento para os demais sujeitos do processo, proibindo e tornando preclusa qualquer conduta posterior logicamente incompatível com ela.

É verdade que alguns autores negam que as omissões sejam verdadeiros atos processuais,<sup>1213</sup> ou que possam criar expectativas ou gerar preclusões lógicas. Segundo Garbagnati, p.ex., uma omissão não geraria estabilidade; esta decorreria sempre da sentença que foi baseada na omissão.<sup>1214</sup> Trata-se evidentemente de uma concepção estanque do fenômeno das estabilidades, baseada na premissa velada de que só existe uma fonte originante ou um momento temporal único para a formação das estabilidades. Como veremos, as estabilidades incorporam também os atos com elas incompatíveis, o que é evidenciado quando vemos que a fundamentação da inadmissibilidade é baseada no grupo de atos anteriores, como os atos que geraram expectativa, ou o esgotamento daquela posição jurídica por já ter sido praticado o ato anteriormente (preclusão consumativa), ou ainda a reprodução de uma discussão anterior, em suma, todos os atos da cadeia processual embasam a inadmissibilidade do ato posterior (o *contrarius actus*). Ora, a consideração dos atos anteriores para o exame da permissibilidade do ato futuro deixa clara a ligação condicionante-condicionado entre estes atos.

Porém, no campo das omissões, o problema não parece estar tanto em admitir sua relevância na teoria dos atos processuais, mas sobretudo em duas dificuldades aplicativas. A

---

<sup>1212</sup> Na literatura clássica, v.BÜLOW, Oskar. *Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten*. *Op.cit.*, p.61 e ss. A passagem do texto consta de CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, influência e validade prima facie dos atos processuais*. *Op.cit.*, p.152.

<sup>1213</sup> FASCHING, Hans W. *Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts*. *Op.cit.*, p.394.

<sup>1214</sup> GARBAGNATI, Edoardo. *Preclusionone 'pro iudicato' e titolo ingiuntivo*. *Op.cit.*, p.312-313.

primeira diz respeito à sua interpretação, vale dizer, à qualificação da inércia ou vácuo comunicativo como correspondendo a uma omissão “conclusiva” a respeito da vontade do sujeito; e a segunda refere-se ao caráter normativo (nunca causal) dos condicionamentos produzidos pelas omissões.

Com efeito, sempre que um ato tem sua motivação externada, a expressão das suas razões facilita a compreensão dos esquemas argumentativos que se constituíram entre os sujeitos do debate. Por outro lado, ao analisarmos condutas omissivas, como não houve qualquer fundamentação externada, deve o intérprete aguçar sua percepção para, a partir das circunstâncias do caso, verificar se a omissão deriva de um ato de vontade consciente. A perda involuntária de um prazo, por exemplo, deve ser diferentemente valorada do que a omissão reiterada em trazer uma alegação ao debate. Nesta segunda hipótese, pode ficar evidenciado que a influência no comportamento do *alter* foi exercida pela transmissão comunicativa de um padrão de conduta estável, vale dizer, a sinalização de que o sujeito adotou um comportamento omissivo estável em certo sentido. Se assim for, a expectativa criada gera estabilidade que impede a conduta incompatível num momento futuro.

De outro lado, se a inatividade não ocasiona consequência alguma sob o ponto de vista causal, é claro que a influência das condutas omissivas não pode ser analisada a partir da inércia em si, até porque esta nada “causa”, mas da relação normativa entre os diversos comportamentos, a interferência que a omissão gera na formação de outros vínculos no processo.<sup>1215</sup>

Estas constatações remetem mais uma vez ao formato do contraditório-influência, no qual as condutas processuais omissivas, praticadas em ambiente intersubjetivo e em reflexividade, podem ser compreendidas como uma inércia “avaliada”. É na voluntariedade consciente da atividade omissiva, ou seja, na programação e avaliação da omissão, que poderemos analisar normativamente o comportamento e resgatar o estudo da prática de atos omissivos no processo.

Por isso, em outro texto, diferenciamos, dentre as condutas omissivas, aquelas que podem ser denominadas de *omissões conclusivas*,<sup>1216</sup> sobre as quais o juízo interpretativo do esquema argumentativo possa imputar normativamente que o comportamento omissivo caracteriza-se como uma sinalização comunicativa, uma avaliação programada e, portanto, vinculativa.

<sup>1215</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, influência e validade prima facie dos atos processuais*. *Op.cit.*, p.274.

<sup>1216</sup> Zeiss usa também o termo “conclusivo” para comportamentos omissivos. ZEISS, Walter. *Rechtskrafterstreckung bei Teilklagen*. *Neue Juristische Wochenschrift*, 1968, p.1309.

Para concluir este tópico, queremos apenas salientar que qualquer dificuldade interpretativa em caracterizar a omissão como atividade consciente não é suficiente para impedir que também aos atos processuais omissivos aplique-se este formato argumentativo das estabilidades processuais (compreendidas como autovinculação decorrente do contraditório).

## 6 TERCEIRA PREMISA: AS ESTABILIDADES COMO CADEIAS DE VÍNCULOS E A REMODELAGEM DOS LIMITES TEMPORAIS

A coisa julgada não concerne ao porvir, mas só ao passado.  
*Betti*

A autoridade do julgado importa na declaração indiscutível sobre a *res in iudicium deducta* no momento da pronúncia (...), com a consequência que só a existência ou inexistência da relação e do efeito jurídico litigioso antes deste momento não pode mais ser contestada com êxito, enquanto não se choça contra o julgado repropor a demanda ou exceção com base em fatos novos, posteriores à sentença.  
*Cristofolini*

### 6.1 Introdução

Como visto nos capítulos 2 e 4, a teoria clássica sobre coisa julgada e preclusões trabalha com um maniqueísmo instabilidade-estabilidade, ou mutabilidade-imutabilidade. Assim, as relações entre as estabilidades e o tempo do processo são erroneamente equacionadas.

O modelo tradicional é retrospectivo e não reconhece a coexistência de espaços de estabilidade e instabilidade no processo; e nas raras manifestações doutrinárias em que ainda se pode enxergar alguma aceitação dessa coexistência, subsiste um problema ainda mais agudo, que é a *linearidade temporal* do formato clássico. Ela produz o *acoplamento da dimensão das estabilidades à dimensão do tempo*, que faz com que os espaços de estabilidade sejam definidos a partir de um único momento ou fonte originante, dividindo o que ficou para trás, e então se torna estável, dos acontecimentos do porvir, abertos à instabilidade.

Além disso, a “superioridade” da coisa julgada, entendida como a “estabilidade por excelência” e que suplanta todas as demais estabilidades intermédias, como a preclusão, faz com que estas sejam “absorvidas” pela *res iudicata*, um formato que as considera relevantes apenas durante a litispendência e totalmente sem repercussões extraprocessuais.

Nos próximos tópicos, tentaremos aprofundar estes conceitos, demonstrando o desacerto do modelo clássico dos limites temporais no lidar com o tempo, examinando os problemas teóricos e práticos que derivam daquela concepção do fenômeno das estabilidades. Em seguida, procuraremos sugerir outro parâmetro para corrigir as deficiências encontradas.

## **6.2 A coexistência de instabilidades e estabilidades. A necessária desconstrução dos limites temporais na acepção clássica**

No modelo tradicional da coisa julgada, e das estabilidades em geral, vemos que os limites temporais são fortemente marcados num viés retrospectivo: existe uma “fonte originante” da estabilidade e um momento temporal preciso que fixa o *turning point* a partir do qual a instabilidade transmuta-se em certeza. Para a coisa julgada, este momento é a última oportunidade de acréscimo de fatos no processo: todos os atos e fatos anteriores àquele momento, constantes da mesma causa de pedir, assim como aqueles ocorridos durante o processo, tornam-se protegidos de qualquer alteração ou rediscussão por causa da fonte originante da estabilidade; já os atos posteriores permanecem “em aberto”. Tentaremos mostrar ser inadequada esta percepção a partir de alguns exemplos.

Em primeiro lugar, vejamos a formação da *estabilidade da lide*, isto é, como surge, no modelo clássico, a segurança jurídica sobre o resultado da disputa sobre a relação ou situação jurídica material. Antes do processo, a expectativa de cumprimento das leis e dos contratos gera uma relativa estabilidade, pois os indivíduos partem da pressuposição de que os demais respeitarão as regras. Poderíamos pensar que tal afirmação só se verificaria em certas sociedades nas quais os direitos fossem respeitados com maior frequência. Porém, mesmo em comunidades com altos índices de violação a direitos, ainda assim o descumprimento das leis e dos contratos pode ser considerado marginal, pois ocorre em porcentagem ínfima se comparado com a imensa maioria das situações cotidianas em que as obrigações são cumpridas espontaneamente. Em geral, os indivíduos acordam, tomam café da manhã, consomem os produtos que compraram no supermercado, os quais normalmente possuem a qualidade que esperam; vão para o trabalho, tomam condução pública, o transporte os leva em segurança ao destino; pagam por uma refeição, o serviço é prestado a contento; retornam para casa, assistem televisão, o aparelho que compraram funciona, as propagandas anunciam produtos de acordo com as regras existentes, e

assim em diante. Portanto, se o descumprimento normativo é excepcional, podemos crer que, no tráfego jurídico, existe uma alta porcentagem de satisfação ou observância das relações jurídicas intersubjetivas, a qual assegura um elevado grau de estabilidade. No máximo, antes de iniciada uma litigância judicial, poderíamos pensar que possa haver uma pequena incerteza natural ao tráfego jurídico; mas em geral, antes do ajuizamento, verifica-se sim uma estabilidade jurídica razoavelmente previsível para os indivíduos.

De outro lado, surgindo um conflito que não se resolva espontaneamente, e iniciado o processo jurisdicional, o panorama muda de figura. Durante o processo, reina a incerteza a respeito de como será regida aquela situação jurídica controvertida, e então vemos forte instabilidade. A dialética da litigância, com as visões contrapostas das partes e as alternativas decisórias que se colocam, produz instabilidade sobre o resultado final do processo.

Após o término da lide, com o advento da coisa julgada, retoma-se a estabilidade, agora num grau muito maior que aquele anterior ao procedimento. Com efeito, o regramento que se apresenta após o fim do processo revela-se muito mais estável não só por causa de todo o debate transcorrido, em meio ao exercício dos direitos processuais fundamentais e em razão da cognição judicial por um terceiro imparcial, mas também porque agora está disponível ao vencedor a força coercitiva estatal para efetivar o direito, fator que lhe dá maior *segurança de implementação*. Antes do processo, pela vedação da justiça privada, esta possibilidade não lhe era franqueada pelo ordenamento, e portanto talvez pudesse haver frustração da efetivação, possibilidade que, com a coisa julgada, torna-se bem mais improvável.<sup>1217</sup>

O mesmo pode ser dito da preclusão. Enquanto possível a prática de determinados atos, vale dizer, enquanto abertas as chances de ocorrência de determinadas situações jurídicas, há incerteza e instabilidade sobre quais serão os rumos do processo. Preclusa a faculdade ou poder de praticar um ato processual, estabilizam-se certas posições processuais anteriores e algumas alternativas procedimentais se fecham para os sujeitos do processo. É o que ocorre, p.ex., na discussão sobre a *estabilidade da demanda* e as possibilidades de alteração das alegações das

---

<sup>1217</sup> Pode-se imaginar que a estabilidade do tráfego rompe-se no momento do inadimplemento da obrigação, e não somente na propositura da inicial. De fato, a instabilidade da situação material começa a partir do surgimento do conflito de interesses, o qual, por ser um dado sociológico, existe antes mesmo do processo. Portanto, não queremos negar que antes da inicial exista instabilidade, que às vezes pode até existir em grau similar à instabilidade que pesa durante o processo. A argumentação aqui, não obstante, é simplificada para os fins a que se destina: retratar a coexistência de estabilidade e instabilidade *no curso do processo*. Também não desconsideramos que alguma insegurança de implementação possa ocorrer já depois da coisa julgada, enquanto não houver a satisfação espontânea ou durante o processo de execução. No entanto, esta instabilidade é talvez irrelevante para fins de verificar a coisa julgada no modelo clássico, vez que a *res iudicata*, como vimos no primeiro capítulo, ignora considerações sobre a execução do julgamento.

partes. Tomemos o exemplo brasileiro: da propositura da ação à citação do réu, é livre a alteração da inicial pelo autor; após a citação, mantém-se possível a mudança, condicionada, contudo, à concordância do demandado; finalmente, após o despacho saneador, ocorre a preclusão das faculdades de adição e alteração, mesmo se as partes forem concordantes, e então a demanda estabiliza-se, não podendo mais ser alterada (art.264 e parágrafo único; art.294, todos do CPC).

Ocorre que as estabilidades não são isoladas. Por exemplo, após o saneador, ainda que se verifique a estabilidade *da demanda*, é certo que ainda pende incerteza e instabilidade sobre como se verificará o resultado final do processo, e como será regradada a situação substancial entre as partes. Vale dizer, persiste a instabilidade *da lide*. Então, vemos que *podem coexistir duas ou mais estabilidades, duas ou mais instabilidades, ou ainda umas com as outras*. As instabilidades e as estabilidades convivem, e isto pode ocorrer até num mesmo intervalo temporal.

Pois bem. Atingida a estabilidade, a doutrina clássica pregava que os atos e posições *pretéritos* ficavam “protegidos” de alterações e reproduções (rediscussão, p.ex.), seja pela preclusão seja pela coisa julgada (Cap.1). Formava-se, *para o passado*, o que aqui denominamos de *espaço de estabilidade*.

Por espaço de estabilidade compreendemos o *complexo de atos e posições jurídicas* em geral que são abrangidos pela estabilidade processual.<sup>1218</sup> É todo o campo que, por assim dizer, é “atingido” pela estabilidade. Todos estes atos e posições jurídicas, ou adquirem alguma nota de irreversibilidade, ou devem incorporar o conteúdo dos vínculos anteriores. Note-se bem que os institutos jurídicos que proporcionam estabilização (p.ex., preclusão, coisa julgada) são *diferentes dos espaços de estabilidade que abrangem*.

Ao refletirmos sobre o modelo clássico, vemos que os espaços de estabilidade são estritamente acompanhados pela dimensão temporal. Tomemos a coisa julgada: todos os fatos *anteriores* ao termo *a quo* dos limites temporais são abrangidos pela imutabilidade; os fatos posteriores (futuros, *causa superveniens*) ficam excluídos.<sup>1219</sup> Assim, se se pretender uma decisão

<sup>1218</sup> Enquanto as situações jurídicas são figuras isoladas, as posições jurídicas são figuras relativas, correspectivas ou “de confronto”, eis que relacionadas “ao outro”, confrontadas intersubjetivamente com posições correlatas. Como partimos da alteridade própria do contraditório como influência reflexiva, preferimos aqui trabalhar as vinculações a partir do conceito de posição jurídica. Sobre o tema, FONTES, André. *A pretensão como situação jurídica subjetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.111-112.

<sup>1219</sup> CRISTOFOLINI, Giovanni. *Efficacia della sentenza nel tempo*. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, n.4, 1935, p.314-316. É o que ocorre por força dos arts.303, 462 e 471 do CPC, para a jurisdição contenciosa, e do art.1111 do CPC para a jurisdição voluntária. O art.1111 declara modificável a sentença, preserva os efeitos já produzidos (*ex nunc*) e estabelece como condição para a modificação do *iudicatum* a observação de “circunstâncias supervenientes”. Ou seja, as decisões em sede de jurisdição voluntária são estáveis e apenas excepcionalmente impugnáveis se diante de fatos novos, o que aproxima a disciplina do art.1111 daquela do art.471 do CPC. Cf.CARDOSO, José Eduardo Martins. *A jurisdição voluntária e a coisa julgada*. *Justitia*, v.49, n.140,



sobre condutas ocorridas a partir da estabilização, não há qualquer impedimento à nova discussão. Mas em se desejando rever a decisão proferida com base no panorama fático anterior, deverá ser empregado o meio típico de quebra ou superação da coisa julgada (a ação rescisória, p.ex.).

Por todo o exposto, vê-se que a disciplina tradicional da coisa julgada e das preclusões, por ser retrospectiva, opera uma “apreensão de momento” (*Momentaufnahme*) da estabilidade: tudo o que é posterior fica excluído do espaço estável e portanto aberto a alterações, a novas apreciações, ainda que os atos futuros tenham ligação próxima com os atos e fatos que geraram o vínculo pretérito.<sup>1220</sup>

No formato convencional, a dimensão das estabilidades é *acoplada, superposta* à dimensão temporal do processo. Os problemas desta acepção são a *linearidade* das estabilidades e a *absorção mutuamente excludente* dos espaços de estabilidade coexistentes.

### 6.3 A superposição e absorção das estabilidades intermédias pela coisa julgada final

A linearidade temporal da dimensão das estabilidades remete-nos a um problema já identificado no Cap.4: a separação do tratamento da estabilidade dos atos intermédios (circunscritos pela disciplina da preclusão) e aquela do ato jurisdicional final: a sentença (submetida à coisa julgada). Pela acepção clássica, após o advento da coisa julgada, todas as estabilidades anteriores são “absorvidas” pela *res iudicata*.<sup>1221</sup>

---

out-dez, 1987, p.67-70 e 72-73. Vale conferir o art.1411 do Código Portugues de 1967, já revogado, que inspirou o dispositivo do CPC brasileiro: “Art.1411º (Valor das Resoluções) 1. Nos processos de jurisdição voluntária as resoluções podem ser alteradas, sem prejuízo dos efeitos já produzidos, com fundamento em circunstâncias supervenientes que justifiquem a alteração; dizem-se supervenientes tanto as circunstâncias ocorridas posteriormente à decisão como as anteriores, que não tenham sido alegadas por ignorância ou outro motivo ponderoso(...)”.

<sup>1220</sup> A expressão é de REUSCHLE, Fabian. *Das Nacheinander von Entscheidungen*. *Op.cit.*, p.18-20, 24, que apoia a tese tradicional, predominante na doutrina europeia. Na doutrina clássica, confirmando essa “apreensão de momento”, mesmo sem usar o termo, Cf.ROSENBERG, Leo. *Die Präklusionwirkung von Urteilen*. *Op.cit.*, p.314; HELLWIG, Konrad. *Grenzen der Rückwirkung*. Giessen: A.Töpelmann, 1907, p.20; BETTI, Emilio. *Cosa giudicata e ragione fatta valere*. *Op.cit.*, p.555; MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *A Coisa Julgada*. *Op.cit.*, p.17; PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa Julgada Civil*. *Op.cit.*, p. 79. Para as preclusões, CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*. *Op.cit.*, p.322. No *common law*, a mesma abordagem se vê em CASAD, Robert C.; CLERMONT, Kevin M. *Res Judicata...Op.cit.*, p.123. Sobre uma interessante crítica, Cf.HACKSPIEL, Sabine. *Die Wirkung der Rechtskraft in die Vergangenheit*. *Op.cit.*, p.1148 e ss. A apreensão de momento é definida pelo que já se denominou de “teoria da confirmação”, segundo a qual as demandas para modificação do julgado (*Abänderungsklagen*) não representam qualquer ofensa à coisa julgada anterior porque não tocam o conteúdo do decidido à luz dos fatos da época. Então, não haveria qualquer vinculação para o futuro, salvo nas demandas sobre relações jurídicas continuativas. Confira-se OTTO, Hansjörg. *Die Präklusion*. *Op.cit.*, p.119-120.

<sup>1221</sup> GUIMARÃES, Luiz Machado. *Preclusão, coisa julgada, eficácia preclusiva*. *Op.cit.*, p.12. Sobre o tema, em perspectiva crítica, admitindo preclusões autônomas à coisa julgada, Cf. OTTO, Hansjörg. *Die Präklusion*. *Op.cit.*, p.20, 40, 65 e ss.

De fato, vários exemplos confirmam esta constatação: as preclusões só valem durante a litispendência, não se podendo projetar para fora do processo; as estabilidades de todas as decisões judiciais anteriormente proferidas sobre a relação material (ex. antecipação de tutela), ainda que submetidas à preclusão, tornam-se irrelevantes e são incorporadas na estabilidade da decisão final.<sup>1222</sup>

Essa absorção das estabilidades pela coisa julgada, talvez decorrente de uma antiga interpretação do *ne bis in idem*,<sup>1223</sup> não permite que as vinculações assumidas no curso do processo tenham qualquer efeito preclusivo em outros processos, excluindo qualquer possibilidade de um sistema conjunto de estabilidades processuais. As preclusões, por serem internas e posteriormente absorvidas na coisa julgada, só poderiam gerar vinculações na medida em que houvesse contrariedade com a estabilidade da sentença final<sup>1224</sup> (a coisa julgada), mas não quando a contraposição de condutas fosse confrontada diretamente com as preclusões anteriores. Assim, na superposição e absorção tradicional das estabilidades pela *res iudicata*, é inviável pensarmos em preclusões com eficácia interprocessual, e então fica “autorizada” veladamente a prática de atos completamente incompatíveis com outros anteriores, desde que estes tenham sido praticados.... em outro processo. É como se todos os atos processuais intermédios não gerassem consequências preclusivas, ou como se as gerassem apenas por um tempo, somente enquanto não advém o término do processo.

Essa absorção das preclusões na coisa julgada decorre diretamente, como visto, da linearidade temporal do formato clássico. Note-se que, após o advento da coisa julgada, o espaço de estabilidade decorrente da preclusão sobre a alteração da demanda desaparece. Ou seja, mesmo sendo estabilidades independentes (a preclusão interna e a coisa julgada final), que atuam sobre posições e atos processuais diversos e cuja configuração até certo momento temporal convive, após a formação da coisa julgada é como se aquela coexistência fosse simplesmente ignorada, fazendo desaparecer os espaços de estabilidade decorrentes das preclusões. Com o advento da *res iudicata*, ocorre a incorporação nesta de todas as estabilidades anteriores.

---

<sup>1222</sup> O mesmo se diz ainda, na teoria tradicional, dos vícios dos atos do processo, cujas sanções (invalidades) passam a poder gerar remotamente meras rescindibilidades da sentença.

<sup>1223</sup> De fato, uma determinada interpretação do *ne bis in idem* romano levou certos autores a defenderem que a “inadmissibilidade de um segundo juízo” significasse a inadmissibilidade de um outro procedimento, e não apenas de atos singulares. Cf. RIVELLO, Pier Paolo. *Analisi in tema di ne bis in idem*. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, vol.34, 1991, p.477 e ss.

<sup>1224</sup> Por todos, CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*. *Op.cit.*, p.324-325.

Todavia, aqui pretendemos um modelo diverso, baseado na segurança-continuidade, com tratamento conjunto das estabilidades (preclusões e coisa julgada) e que não seja apenas referido ao passado. Neste sentido, buscaremos uma reformulação dos limites temporais.

A ilação que podemos extrair inicialmente é que a *coexistência das estabilidades*, que evidencia sua autonomia, *deve implicar necessariamente na coexistência dos espaços de estabilidade*. Nesse sentido, para que um novo modelo dos limites temporais seja imaginado, em primeiro lugar impende haver uma *ruptura da dimensão das estabilidades em relação à dimensão temporal* do processo. Deve existir um desdobramento em paralelo das estabilidades e instabilidades em tantas quantas forem observadas no mesmo espaço de tempo, sem absorções de umas pelas outras.

No entanto, este primeiro passo somente resolve o desvio que é não enxergar a *coexistência* de espaços de instabilidade e estabilidade maiores ou menores, evitando sua incorporação na coisa julgada. Para solucionar por completo o problema da *linearidade*, devemos combater ainda a ideia de que existe uma única fonte originante para os espaços de estabilidade, o que permitirá a proposição de um modelo prospectivo, com movimento na linha temporal.

#### **6.4 A linearidade das estabilidades com a dimensão temporal: a recondução a um único “momento originante”**

Na visão ortodoxa, os espaços de estabilidade são linearmente superpostos à dimensão temporal, e se projetam para o passado abrangendo todas as posições jurídicas anteriores. Existe uma única “fonte” ou “momento originante” da estabilidade (tanto da preclusão como da coisa julgada), verificável, no que tange aos atos já praticados, pela recondução a apenas um único evento. No caso da estabilidade da relação material, é o trânsito em julgado sua fonte originante (p.ex., a omissão em interpor o recurso ou o esgotamento das vias recursais);<sup>1225</sup> no caso da estabilização da demanda, a citação é um *fator de redução* da instabilidade, e o advento do despacho saneador é a *fonte originante* da estabilização. Observe-se que nem sempre o momento de formação da estabilidade (fonte) coincide com o momento originante do espaço de estabilidade. Se tomarmos o exemplo da coisa julgada, veremos que esta se forma a partir do

<sup>1225</sup> Como vimos no primeiro capítulo, o que torna a sentença imutável e indiscutível não é a coisa julgada, como diz o art.467, porque se assim fosse a coisa julgada teria que preexistir à imutabilidade. O que torna a decisão indiscutível é o trânsito em julgado (a preclusão das vias recursais e, no caso do art.475, o exaurimento do duplo grau obrigatório). Nesta visão, trata-se da apreensão de momento de uma inatividade em interpor recurso, p.ex.

trânsito em julgado; mas seu espaço de estabilidade começa em um momento anterior, que é a última oportunidade de alegação de fatos no processo.

O que importa para a crítica ao sistema tradicional é enxergarmos que, além de ser este um formato voltado ao passado, nele há sempre uma fonte unitária, um único ponto na escala temporal que marca o espaço de estabilidade e a vinculação dos sujeitos do processo. De fato, o espaço de estabilidade da coisa julgada *varre a dimensão temporal para trás do seu momento originante*, estabilizando os acontecimentos passados. Portanto, quaisquer atos pretéritos que estejam temporalmente naquele campo tornam-se estáveis.<sup>1226</sup>

É verdade – devemos fazer esta concessão – que a teoria clássica nunca deixou de ser aberta ao futuro.<sup>1227</sup> Ela só não relaciona o futuro com a estabilidade anterior. Os eventos que ainda estão por acontecer são simplesmente excluídos da disciplina das estabilidades. Assim, os limites temporais não impedem, como visto, uma nova valoração da causa por fatos posteriores a ela.<sup>1228</sup>

Este duplo problema da linearidade e da superposição das dimensões temporais com os campos de estabilidade trouxe uma série de reflexos para a teoria clássica da coisa julgada. A maior das repercussões teóricas dessa visão foi a enorme energia gasta, p.ex., por Liebman, para afirmar que os *efeitos* da sentença não equivalem à coisa julgada; ou o esforço de Barbosa Moreira e grande parte da doutrina para sustentar que a *res iudicata* não cobre os efeitos da sentença; isto pelo tão só fato de que, *após* a formação da coisa julgada, e então já fora do espaço da estabilidade por ela formado (que para a teoria tradicional volta-se apenas em direção ao passado), os efeitos da sentença poderiam ser desfeitos. Ora, então, concluiu Barbosa Moreira, tais efeitos não poderiam fazer parte da estabilidade que a *res iudicata* confere à sentença. Veja-se que a conclusão é correta, mas parte daquele modelo retrospectivo e temporalmente linear, marcado no “antes” e “depois” da coisa julgada.

No entanto, outros reflexos deste formato também podem ser examinados na literatura convencional. Assim se vê, p.ex., nas duas questões gerais do estudo sobre os limites temporais da coisa julgada, sempre tendo em vista o campo pretérito de estabilidade adquirido pela sentença

<sup>1226</sup> Claro que dentro da mesma causa de pedir.

<sup>1227</sup> ZEUNER, Albrecht. *Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge. Zur Lehre über das Verhältnis von Rechtskraft und Entscheidungsgründen im Zivilprozeß*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1959, p.107-108. BÖTTICHER, Eduard. *Die Wandlung als Gestaltungsakt*. Heidelberg: C.Winter, 1938, p.31 e ss, afirma que, se existe algum direito potestativo que fora atestado numa ação constitutiva anterior, a coisa julgada não impede ou preclui uma nova ação para atualizar a conformação deste direito por fatos posteriores.

<sup>1228</sup> GRUNSKY, Wolfgang. *Zivilprozessrecht. Op.cit.*, p.240. O próprio § 323 da ZPO alemã dispõe que os elementos que podem justificar a ação de modificação são aqueles posteriores à última oportunidade de trazer novos fatos ao processo anterior.

final. A primeira delas seria a análise das relações continuativas, por definição aquelas que têm projeções futuras (fora do espaço de estabilidade); e o segundo seria a busca pelo marco temporal da estabilização: os fatos anteriores a ele estariam inseridos no espaço de estabilidade, e os fatos ocorridos a partir deste marco temporal escapariam da estabilidade anterior (porque já observados no posterior campo de *instabilidade* não coberto pela *res iudicata*). Ainda outra vez, o exame é correto, mas sempre calcado nas premissas tradicionais: um único momento ou fonte originante; e a linearidade temporal dos espaços de estabilidade.

## 6.5 Propostas de remodelagem dos limites temporais

O modelo que sugerimos aqui altera este retrato e, ao invés de superpor as dimensões das estabilidades com a dimensão temporal, reagrupa as relações entre o tempo e os atos processuais. Aliás, pensamos que se trata de uma consequência natural da premissa exposta no Cap.5: se o próprio conceito de estabilidade implica alguma medida de vinculação, deve ter ligação com atos futuros. A doutrina clássica, ao projetar os espaços de estabilidade somente para o passado e “libertar” todos os acontecimentos futuros das estabilidades produzidas, permite a prática de inúmeros atos incompatíveis com condutas pretéritas.

Para resolver esta questão, tentaremos sugerir mudanças de perspectiva que enumeraremos nos tópicos seguintes para facilitar a exposição.

### 6.5.1 Do momento originante às cadeias de vínculo. A estabilidade como continuidade tendencial produzida por uma cadeia de atos

Em primeiro lugar, propomos que não haja apenas uma fonte originante das estabilidades. A estabilidade deve ser compreendida como decorrente de um encadeamento de vínculos, e cada um dos pontos desta cadeia contribui para a estabilidade ao final adquirida.

Portanto, por estabilidade compreendemos o *efeito preclusivo* decorrente de uma *cadeia de vinculação* que importa na *continuidade tendencial* de uma posição jurídica.

A cadeia de vínculos é formada por posições jurídicas que estejam entre si numa relação de influência reflexiva (são atos que se encontram mutuamente numa ligação de condicionamento recíproco), de modo que sejam entrelaçadas argumentativamente em torno dos objetivos

processuais pretendidos pelos sujeitos, bem como através das vinculações que voluntariamente assumem. É a partir das interações decorrentes do contraditório que poderá ser inferida a composição da cadeia de vínculos. Essas interações combinam-se pelos atos comissivos e omissivos praticados em diversos momentos, que se unem por sua mútua implicação no âmbito do contraditório-influência. A cadeia de vínculos, portanto, é formada por um *conjunto de conexões de condicionamentos*. Mais adiante retomaremos esta ideia.

#### 6.5.2 Cadeias de vínculo *mutuamente ultrapassantes*: da absorção à convivência dos espaços de estabilidade

As cadeias de vínculo possuem ainda uma característica fundamental que pode resolver os problemas que a linearidade do modelo tradicional criou pela indevida absorção das preclusões (estabilidades intermédias) pela coisa julgada. Ao invés de serem “mutuamente excludentes”, como no formato clássico de absorção de umas às outras, temos que as cadeias de vínculo são formadas por elementos *reciprocamente ultrapassantes (overlapping)*. Vale dizer, não só seus espaços de estabilidade coexistem, como também as cadeias são compostas por posições jurídicas que às vezes podem ser comuns a mais delas.

Isso é possível porque os atos que formam cada cadeia estruturam vínculos em contraditório, e a influência que os perpassa projeta-se difusamente, permitindo o entrecruzamento de cadeias de vínculo coexistentes. Porém, o inverso também é imaginável: certos atos processuais podem ser relevantes para uma cadeia e não para outras porque ora influenciaram os atos que as compõem, ora não. Veja-se o exemplo da estabilidade da demanda: a sentença não compõe esta cadeia de vínculos porque irrelevante para aquela específica estabilidade.

Devemos atentar para um ponto importante. Ainda que todos os atos do processo componham um procedimento, voltados teleologicamente para um escopo comum, e sejam, portanto, relacionados todos entre si em torno da estrutura formal em cadeia que é o processo, aqui pretendemos um modelo de abrangência *interprocessual*, e portanto, para o fim de identificarmos as estabilidades, é possível separar os atos processuais e extraprocessuais em cadeias independentes, que poderão inclusive ser compostas por atos praticados em diferentes processos. Para esta finalidade, não serve lembrar, pois, que os atos *de um mesmo processo* são

ligados por objetivos estruturais comuns, vez que a nossa proposta para um sistema de estabilidades se vale de posições jurídicas que por vezes estão, no tráfego jurídico, posicionadas fora do processo ou em procedimentos distintos.

Outro exemplo para ilustrar a tese seria a existência de uma confissão sobre um fato excluído do objeto da cognição. Veja-se que, como tal fato não será considerado na sentença, a confissão não influencia o conteúdo do ato final que definirá a situação jurídica de direito material. Assim, a confissão não compõe a cadeia de vínculos que gerará aquele espaço de estabilidade porque o contraditório sobre aquele ponto não foi argumentativamente relevante.

Na concepção das cadeias de vínculo, as posições jurídicas que não condicionam os demais atos não compõem a cadeia porque irrelevantes para aquela estrutura argumentativa, e portanto não são atingidas pelo espaço de estabilidade por ela criado. Assim, os espaços de estabilidade, embora coexistentes, não estarão linearmente acoplados à dimensão temporal. Vale dizer, *nem todos os atos e posições pretéritos serão atingidos pela estabilidade* decorrente da coisa julgada, p.ex., mas *apenas aqueles atos que foram condicionantes* (influência) para a formação do espaço de estabilidade resultante da cadeia que compreende a sentença de mérito. Assim, não são todos os atos pretéritos que estão abrangidos pelo espaço de estabilidade, mas apenas aqueles relevantes para a cadeia.

Este novo modelo permite que a coexistência das estabilidades (isto é: coexistência de efeitos preclusivos derivados de cadeias de vínculos) seja acompanhada também da coexistência dos espaços de estabilidade por elas criados. Note-se que não há linearidade: os espaços de estabilidade são *elípticos* porque, como os elementos das cadeias são ultrapassantes, não ficam acoplados à dimensão temporal. Além disso, como há uma relação de reciprocidade entre os pontos da cadeia de vinculação (por força da reflexividade do contraditório), não existe um só momento originante da estabilidade, mas vários. É o *conjunto de posições em influência recíproca*, isto é, as *conexões de condicionamento*, que geram o vínculo.

### 6.5.3 A abertura das cadeias ao futuro e os espaços de estabilidade prospectivos

Além disso, as cadeias de vinculação oferecem uma abertura ao futuro diversa do modelo clássico. Ao invés de liberar os atos futuros dos efeitos preclusivos, aqui os espaços de estabilidade são prospectivos.

Assim, outros atos jurídicos que vierem a ser praticados podem exercer influência na esfera dos espaços de estabilidade pretéritos, e então se incorporarão àquela cadeia de vínculos anterior.<sup>1229</sup> Se isso ocorrer, existem duas possibilidades: ou os novos elementos são suficientes para que o espaço de estabilidade a elas correspondente seja suprimido ou modificado; ou os novos elementos não justificam a quebra da estabilidade e então os efeitos pretendidos pelos atos posteriores devem ser inadmitidos porque incompatíveis com o espaço de estabilidade anterior.

O modelo aqui proposto, baseado em cadeias de vínculos abertas, faz, portanto, que os espaços de estabilidade não-lineares projetem-se não apenas para o passado, mas também para o futuro. Ganha-se movimento ao longo da linha temporal, o que autoriza considerar não apenas marcos temporais fixos no passado, mas também as expectativas legítimas e as prognoses futuras. Então, *assim como nem todos os atos pretéritos estão incluídos na cadeia de vínculos, nem todos os atos futuros estão excluídos dos espaços de estabilidade*. Não há mais o maniqueísmo do “antes” e “depois”.

Esta característica decorre da abertura constante das cadeias, e tem repercussão tanto na concepção dos efeitos (negativo e positivo) das estabilidades, quanto no procedimento de quebra. De fato, por um lado, se não há absorção das preclusões na coisa julgada, seu efeito negativo permite a exclusão (por inadmissibilidade) das posições jurídicas *posteriores* contrárias à posição estável. Ademais, no paradigma da segurança como continuidade, há possibilidade de alteração do espaço de estabilidade. Então, a retomada de um debate estabilizado não é impossível (porque rejeitado o formato de imutabilidade ou inalterabilidade).

Uma observação deve ser feita antes de prosseguirmos: não se pretende que o processo subverta o sistema jurídico e passe a produzir normas abstratas que poderão regular o futuro. Como se verá a seu tempo, somente serão atingidos pelo efeito preclusivo atos e posições jurídicas que, dentro de certos limites (objetivos e temporais), interfiram na posição jurídica estável. Ao falarmos, portanto, na “abertura” das cadeias ao futuro, não se deve compreender as cadeias de vínculos como reguladoras do futuro, mas sim *permeáveis à incorporação de outros atos*.

Tomemos o exemplo da confissão operada durante o processo sobre fato excluído do objeto da cognição. Ora, como o fato confessado não será considerado pelo juízo na decisão sobre a lide, a confissão não influencia, ou seja, não condiciona a sentença de mérito. No modelo

---

<sup>1229</sup> Como veremos, isso se dá pela interferência recíproca entre os esquemas argumentativos. Sobre o tema, confira-se o Cap.8.



tradicional, a estabilidade que tal posição jurídica poderia gerar seria a preclusão, destinada a ser posteriormente extinta e absorvida na estabilidade da sentença de mérito (a coisa julgada). Ainda na visão clássica, como aquele ato intermédio não poderia gerar efeitos preclusivos extraprocessuais, a única hipótese em que haveria algum efeito preclusivo daquela confissão seria se a sentença fosse nela baseada, e mesmo assim se considerarmos os motivos da sentença como incluídos nos limites objetivos da coisa julgada. Caso a sentença não considere a confissão (como no nosso exemplo: a confissão era sobre fato *excluído* do objeto da cognição), ou ainda se a motivação da decisão não for parte dos limites objetivos da coisa julgada, aquele ato (a confissão) não produziria qualquer estabilidade para fora do processo porque não seria referido expressamente na sentença e então não seria atingido pela estabilidade da coisa julgada. Neste caso, a preclusão anterior desaparece porque “absorvida” na *res iudicata* final, e porque não há estabilidade que compreenda a posição jurídica decorrente da confissão (os motivos da sentença não são estabilizados pela coisa julgada e, ainda que o fossem, a sentença não os considerou porque o fato estava fora do objeto cognitivo; ademais, a preclusão classicamente não produz efeitos extraprocessuais).

Porém, isso significa que, fora do processo, o litigante que confessou possa afirmar diversamente? Em nosso entendimento, com o formato das cadeias de vínculo ultrapassantes, com efeitos preclusivos extraprocessuais e abertas à incorporação de atos futuros, é possível imaginar que a confissão anterior gere a inadmissibilidade de atos posteriores incompatíveis.

Veja-se que, se a alegação posterior contrária à confissão não compõe a cadeia de vínculos da qual a sentença faz parte, então a inadmissibilidade da alegação não decorre da coisa julgada, mas da incorporação daquele ato incompatível a uma outra cadeia de vínculos, da qual fazem parte outros atos (como a petição inicial, a citação, a própria confissão), mas não a sentença.

Pensemos em outro exemplo: uma testemunha é arrolada pela empresa ré para prestar depoimento num primeiro processo, sendo contraditada pelo autor com fundamento em uma condição pessoal (p.ex., por estar empregada na empresa). O juízo acolhe a contradita e a testemunha não depõe. Após preclusão das vias recursais, advém sentença que, depois de algum tempo impugnada nas instâncias recursais, é coberta pela coisa julgada. Como a testemunha não chegou a prestar depoimento, e não tendo havido consideração expressa da questão na sentença, com a absorção da preclusão pela coisa julgada não há qualquer conteúdo da sentença que remeta

à decisão sobre a contradita de testemunha. Isso faria imaginar, dentro da concepção clássica, que não há indiscutibilidade sobre o tema, até porque a preclusão só tem efeitos internos. Ora, considerando-se que as condições pessoais e profissionais da testemunha não se alteraram, poderia a mesma parte, num segundo processo contra o mesmo réu, arrolar a mesma testemunha?

No modelo aqui proposto, as preclusões podem gerar efeitos extraprocessuais (e interprocessuais), pois não absorvidas na coisa julgada: no exemplo acima, as alegações e a decisão sobre a contradita geram uma cadeia de vínculos própria, independente daquela que contém a sentença; além disso, pela abertura das cadeias de vínculo, ao arrolar novamente a mesma testemunha cujo depoimento tinha sido negado por razões que não se modificaram, este segundo ato é incompatível com o efeito preclusivo gerado pela cadeia de vínculos passada. Essa incompatibilidade faz com que o depoimento, requerido no segundo processo, deva ser inadmitido porque, de um lado, seu requerimento “acopla-se” à cadeia estável, e, de outro, porque os efeitos pretendidos pelo ato jurídico (o depoimento) contradizem o espaço de estabilidade anterior, que pressiona pela manutenção da permanência tendencial (continuidade) da decisão que, por motivo que não se alterou, indeferira anteriormente a oitiva.

No formato aqui sugerido, como não há linearidade e não existe uma só fonte originante da estabilidade, os *espaços estáveis coexistem antes, durante e depois do processo*. Os atos posteriores não estão excluídos da cadeia de vínculo, e caso nela se incorporem, p.ex., por pretenderem efeitos incompatíveis com a estabilidade gerada, deverão ser inadmitidos. Reacende-se a importância do estudo das relações interprocessuais num sistema de estabilidades, mais presente nos modelos anglo-americanos e que, de fato, ainda é uma lacuna na doutrina europeia<sup>1230</sup> e latino-americana.

Assim, a proposta das cadeias ultrapassantes de vínculos pode ser fecunda para compreender a *dinâmica das estabilidades*, possibilitando movimento ao longo da dimensão temporal sem ser linearmente superposta a ela. A abertura para a incorporação de posições jurídicas futuras às cadeias de vínculos, inclusive com a possível alteração e modificação das estabilidades, cumpre o papel de correção dos limites temporais tal como formulados no modelo clássico.

---

<sup>1230</sup> Como notou TARUFFO, Michele. ‘*Collateral estoppel*’ e *giudicato sulle questioni*. *Op.cit.*, p.652.

#### 6.5.4 Relevância do contraditório-influência para o sistema das estabilidades em cadeia

Importantes, para os fins deste estudo, são as seguintes características do moderno princípio do contraditório como influência:

- 1) a constatação de que as condutas em contraditório são baseadas em razões ou argumentos;
- 2) a difusão comunicativa dos comportamentos, que faz com que um mesmo ato possa atingir várias posições futuras;
- 3) a ideia de que as condutas seguintes na cadeia de atos do processo são produto de um conjunto de condicionamentos anteriores oriundos de vários sujeitos.

Estas considerações, decorrentes do contraditório contemporâneo, revelam-se essenciais para o sistema de estabilidades em vários pontos: a) na formação e identificação da cadeia de vínculos; b) na aplicação dos efeitos preclusivos da estabilidade e na vedação de comportamentos incompatíveis (efeito negativo); c) na possibilidade de incorporação das razões para o conteúdo dos atos posteriores (efeito positivo); d) na aplicação do exame da necessidade de permanência próprio da lógica da continuidade jurídica, dentre outras.

Primeiramente, (a) a própria ligação entre os atos da cadeia parte do princípio de que os vínculos decorrentes das condutas processuais estão interligados, produtos de condicionamentos difusos e multidirecionais. Portanto, a formação da cadeia de vínculos, bem como a identificação dos atos que as compõem, depende da análise das razões utilizadas em cada um deles: é a partir dos fundamentos das partes e do juiz que veremos quais os atos anteriores que foram considerados, quais condutas foram decisivas para a postura dos demais sujeitos, quais as circunstâncias relevantes para a tomada de conduta, quais os efeitos pretendidos por cada ato processual, etc.

Além disso, (b) os fundamentos dos atos jurídicos praticados posteriormente à formação do espaço de estabilidade são relevantes para aferir a produção de seus efeitos preclusivos. Com efeito, a abertura potencial da cadeia de vínculos à incorporação posterior de novos atos somente será efetivada, na prática, pela verificação de que tais atos tenham ligação com os vínculos anteriores, uma relação baseada nos efeitos que os novos atos pretendam produzir. Como veremos, para aferir se a esfera de regulação pretendida pelo ato jurídico interfere no espaço de estabilidade da cadeia de vínculos anterior, devemos analisar a argumentação utilizada para a sua

prática, e os nexos de influência entre os atos relevantes. Assim, também poderemos verificar se a segunda conduta é incompatível com a estabilidade anterior, e então inadmiti-la ou a invalidar por conta do efeito preclusivo negativo.

Além disso, (c) ao verificarmos a importância da motivação dos atos processuais para a estabilidade que criam, renova-se o interesse em analisar a possibilidade de incorporação dessas razões estáveis no conteúdo dos atos posteriores (efeito positivo), tradicionalmente rejeitada pelo afastamento do dispositivo da sentença das razões de decidir e pela desconsideração do papel que os demais atos processuais que condicionaram a decisão final tiveram no resultado externado.

Por fim, temos que (d) o exame da conexão da influência que o ato posterior exerce sobre o espaço de estabilidade anterior será relevante não apenas para saber se há potencial colidência entre ambos. Será relevante e fundamental, outrossim, para aferir se as razões utilizadas pelo sujeito que pratica o ato posterior são suficientes para suprimir ou modificar a posição jurídica estável. Razões suficientes, que atendam a certos critérios justificadores da mudança, autorizam a quebra de estabilidade; uma motivação que não apresente fundamentos bastantes para alteração do espaço de estabilidade não permitirá a quebra da posição estável.

Como visto, a própria lógica da continuidade jurídica depende do aspecto comunicativo e argumentativo das interações processuais. Se, por um lado, no modelo da segurança-continuidade, as estabilidades são reversíveis ou alteráveis, releva lembrar que a continuidade impõe previsibilidade, calculabilidade de comportamentos e a permanência tendencial das posições estáveis, uma força *prima facie* que só poderá ser rompida quando especiais motivos se apresentarem. Portanto, a técnica da continuidade exige um exame sobre a necessidade da superação da estabilidade, um teste para sabermos que a estabilidade deve ser mantida ou se está justificada sua alteração. E essa análise depende das razões trazidas pelo sujeito quando da prática do ato posterior.

## **6.6 Efeitos das estabilidades**

### **6.6.1 A lógica da continuidade e a argumentação em contraditório**

Retomando as ideias anteriores, vimos que o modelo tradicional das estabilidades é baseado na varredura linear dos espaços de estabilidade ao longo da dimensão temporal,

separando um lado e outro do marco representado pelo seu momento originante: tudo que é passado fica estável e tudo que é futuro permanece instável, fora do âmbito de abrangência da estabilidade.

Ficou assentado também que uma grande diferença da compreensão das estabilidades como cadeias abertas ao futuro é que nem todos os atos passados tornam-se estáveis (só aqueles que compõem a cadeia), e nem todos os atos futuros escapam ao espaço de estabilidade, pois podem ser retro-relacionados a uma ou mais de uma cadeia de vínculo anterior.

Poder-se-ão incorporar à cadeia de vínculos tanto os atos jurídicos compatíveis quanto aqueles incompatíveis com o espaço de estabilidade, que serão integrados ou acoplados à mesma cadeia que exclui os efeitos por eles pretendidos.

Isso é possível por duas razões: primeiro, pelo caráter argumentativo do contraditório-influência; e segundo, pela segurança-continuidade, para cuja lógica é essencialmente natural o encadeamento futuro de novos atos.

Com efeito, a vida e o transcurso dos acontecimentos impõem uma certa continuidade temporal, o que nos faz entender que as condutas humanas derivam (no sentido de serem condicionadas) de outros atos pretéritos.<sup>1231</sup> E este mesmo caráter temporal e encadeado é intrínseco ao direito – que funciona num tráfego contínuo de relações jurídicas – e também ao processo, que se caracteriza por um conjunto de atos em constante desenvolvimento.<sup>1232</sup>

E o próprio conceito de continuidade jurídica pede a análise de uma relação em cadeia, e não de um “objeto” isolado.<sup>1233</sup> Na mobilidade que a segurança-continuidade permite na linha temporal, o *continuum* das situações jurídicas deve ser compreendido como uma pluralidade de elementos em ligação de influência recíproca uns com os outros, com a possibilidade de que sua permanente unidade e coesão sejam projetadas entre passado, presente e futuro.<sup>1234</sup>

Pois bem, se a cadeia é sempre aberta à incorporação posterior de novos elementos que tenham relação de condicionamento com os vínculos anteriores, esta ligação deve ser apreendida da argumentação lançada pelos sujeitos que os praticam. Trata-se de uma análise que

<sup>1231</sup> Tércio Sampaio Ferraz Jr. fala numa “estabilidade temporal”. Cf. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Coisa julgada em matéria fiscal (identidade de objeto)*. *Op.cit.*, p.76.

<sup>1232</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo*. *Op.cit.*, p.25; HAGEN, Johann Josef. *Elemente einer allgemeinen Prozeßlehre. Ein Beitrag zur allgemeinen Verfahrenstheorie*. Freiburg: Rombach, 1972, p.134-136; PIEROTH, Bodo. *Rückwirkung und Übergangsrecht*. *Op.cit.*, p.205-207.

<sup>1233</sup> LEISNER, Anna. *Kontinuität als Verfassungsprinzip...* *Op.cit.*, p.200, 408-409.

<sup>1234</sup> *Ibidem*, p.44 e 46.

permitirá perceber a conexão de influência entre o ato posterior e a cadeia anterior, e caso o ato pretenda efeitos que interfiram nos vínculos anteriores, deverá haver sua incorporação à cadeia.

Mas o exame da conexão da influência que o ato posterior exerce sobre o conjunto de vínculos anteriores que formou o espaço de estabilidade será fundamental, ainda, para aferir se as razões utilizadas pelo sujeito são suficientes para suprimi-lo ou modificá-lo. No caso dos atos posteriores apresentarem razões bastantes para a quebra de estabilidade, haverá incorporação dos atos à cadeia e ainda alteração ou supressão da estabilidade; já na hipótese da insuficiência dos novos elementos para mudança do espaço de estabilidade, ainda assim os atos serão incorporados à cadeia, mas os efeitos por eles pretendidos serão negados por incompatibilidade (inadmissibilidade ou invalidade) com o espaço de estabilidade anterior.

Vale dizer, a lógica da continuidade jurídica, ao exigir um exame sobre a necessidade da quebra de estabilidade, fará com que mesmo os atos jurídicos com eficácia incompatível com o espaço de estabilidade sejam incorporados à cadeia de vínculos, ao menos para que seja reconhecida a sua incompatibilidade e a inadmissibilidade de seus efeitos.

#### 6.6.2 Efeito vinculativo positivo e negativo: os atos que compõem a cadeia de vínculo e as relações de incorporação ou exclusão

Já definimos estabilidade como o efeito preclusivo decorrente das cadeias de vínculo. Estes efeitos vinculativos podem ser positivo e negativo. Em sentido similar às formulações clássicas desde Keller, aqui sustentamos que o efeito negativo torna inadmissíveis atos contrários ou incompatíveis com a estabilidade; e o efeito vinculativo positivo obriga a incorporação do conteúdo das posições jurídicas estáveis aos atos jurídicos posteriores.

Como veremos mais adiante, a análise da aplicação dos efeitos positivo e negativo da estabilidade estará permeada por um exame comparativo entre certos conteúdos (aquele da posição estável, confrontado com os efeitos pretendidos pelo ato posterior). No que se refere à dimensão temporal, as ligações fáticas e jurídicas entre diversos atos processuais estão sujeitas a relações *sincrônicas* (referentes à cumulação de objetos), e outras *diacrônicas*, estas referentes ao relacionamento entre diversos objetos em processos sucessivos ou momentos posteriores. As relações sincrônicas fazem parte de temas estranhos à tese, como o concurso e cumulação de ações e pedidos, e as deixaremos de fora de nossa análise. Aqui serão importantes as relações

diacrônicas, até porque sua projeção temporal é típica da análise da continuidade jurídica. Nas relações diacrônicas, os conteúdos a serem comparados relacionam-se por exclusão, de um lado, e inclusão, consunção ou incorporação, de outro.

As *relações de exclusão* são baseadas numa *integral superposição entre os objetos* de comparação, e portanto relevantes para atuar o efeito negativo da estabilidade anterior.<sup>1235</sup> Já as *relações de inclusão* compreendem *zonas de coincidência e dependência* entre os objetos, nas quais os conteúdos podem apresentar-se como autônomos ou dependentes (total ou parcialmente). Estes últimos arranjos são importantes nas hipóteses de prejudicialidade e dependência lógica, com vistas a atuar o “efeito positivo” da estabilidade.

Pois bem, para aquilatarmos quais as cadeias que se relacionam com outros atos por relações de exclusão ou inclusão, devemos observar os elos que compõem cada cadeia de vínculo e analisar sua ligação com os aspectos da continuidade jurídica.

Em qualquer ato da cadeia, a segurança continuidade infunde dois de seus aspectos, *previsibilidade* e *calculabilidade*, que se refletem na antecipação dos comportamentos futuros. Estes aspectos estão presentes tanto nos atos determinantes (p.ex., sentenças, decisões, acordos), como também nos atos estimulantes, como alegações, declarações, requerimentos. A previsibilidade e calculabilidade, relacionadas à boa-fé e à proteção da confiança, geram preclusões lógicas (caso haja atos posteriores incompatíveis com a estabilidade anterior) e também preclusões consumativas (exaurindo a faculdade de prática da conduta pelo exercício do poder de praticá-las anteriormente).

Mas há outras características da continuidade jurídica que não se verificam em qualquer cadeia de vínculos pois que os atos que as compõem não pedem a sua aplicação *vis-à-vis* o tráfego jurídico. Exemplo é a duração ou permanência normativa. Por isso será importante a classificação dos *tipos* de cadeia de vínculo, o que faremos nos itens seguintes.

#### 6.6.2.1 Efeitos em função das espécies de cadeia: cadeias-modelo como estruturas mínimas de estabilidade

Ambos os efeitos positivo e negativo das estabilidades derivam de alguns dos aspectos da continuidade jurídica, versão contemporânea da segurança, e estarão relacionados com as

<sup>1235</sup> Confira-se SOUSA, Miguel Teixeira de. *O objeto da sentença e o caso julgado material (estudo sobre a funcionalidade processual)*. *Op.cit.*, p.134-135, embora trabalhando apenas a estabilidade da sentença.

espécies de atos que formam as cadeias de vínculos. Veremos em seguida. Antes, porém, cabe uma advertência. Como as cadeias são dinâmicas e evoluem no tempo, assumindo novos vínculos ou desfazendo outros, nossa abordagem permitirá apenas uma análise pontual da realidade. Buscaremos proporcionar um retrato parcial de *cadeias-modelo*, certos de que se trata, na prática, de um fenômeno muito mais complexo e com tantas variáveis e alternativas que é impossível inventariar todos os comportamentos ou atos capazes de integrar cada uma dessas cadeias, muito menos as hipóteses em que o espaço de estabilidade possa ser desfeito ou modificado.

Não obstante, a diferenciação e classificação das cadeias, ou qualquer teorização que parta de cadeias-modelo, poderão fornecer subsídios a respeito das *estruturas mínimas* geradoras de estabilidade, as quais, posteriormente, poder-se-ão combinar em estruturas mais complexas, estas sim próximas dos problemas mais intrincados que o foro nos apresenta.

#### 6.6.2.2 Efeito vinculante positivo: cadeias continentais de atos determinantes regulatórios

Como visto, os atos determinantes são aqueles através dos quais os sujeitos que os praticam podem, por si só, atingir a posição jurídica pretendida. Dentre os atos determinantes, alguns merecem especial atenção sob o prisma da continuidade jurídica: os atos regulatórios.

Os atos determinantes regulatórios são aqueles cujo conteúdo estabelece uma regra de comportamento a ser seguida por seus destinatários. Estes atos podem decorrer de uma autovinculação ou heterovinculação. Exemplos de atos regulatórios decorrentes de autovinculação são os acordos entre as partes, continentais de regras de conduta futura; atos regulativos que derivam de heterovinculação são, p.ex., as decisões judiciais.

Em todos estes atos regulatórios, entra em cena um importante aspecto da continuidade jurídica, que é a *duração tendencial* das normas no ordenamento jurídico. Conforme ficou assentado anteriormente, a durabilidade do sistema é fator relevante para a harmonia e confiança existentes no tráfego jurídico. E como a continuidade impulsiona pela permanência das normas jurídicas, estas deverão ser vinculativamente consideradas e incorporadas aos atos posteriores.<sup>1236</sup>

---

<sup>1236</sup> Trata-se de justificativa sem dúvida mais refinada e cientificamente abalizada do que a irrefletida e injustificada asserção, que por vezes soava como um resquício da teoria material da coisa julgada, no sentido de que só teriam vocação para a perenidade aquelas sentenças com algum “conteúdo normativo” ou que “resolvem definitivamente uma questão”. BÉCHILLON, Denys de. *L'identification de la chose jugée dans la jurisprudence du Conseil d'État*. *Op.cit.*, p.1798 e ss, especialmente p.1806-1807; CALAZA LÓPEZ, Sonia. *La cosa juzgada*. *Op.cit.*, p.94-100.



Por essa razão, quando a cadeia contém um ato regulativo, entra em cena o interesse de levar tais normas de conduta “adiante”, incorporando-as no tráfego a partir de sua assunção nos atos jurídicos posteriores. Por isso, as cadeias de vínculo continentais de atos regulatórios produzem estabilidades que geram efeito vinculativo positivo, pois é da essência do efeito positivo a preservação da harmonia sistêmica com a incorporação dos conteúdos estáveis aos atos posteriores.

Nesse contexto, e por produzirem uma estabilidade com efeito positivo, as cadeias de vínculos que contenham atos regulatórios se colocam diante de outros comportamentos com relações de *inclusão* ou *incorporação*.

Portanto, as cadeias que contenham decisões judiciais ou acordos entre as partes, por serem atos determinantes continentais de normas de conduta, deverão, *prima facie*, ter seu conteúdo incorporado ou incluído nos atos posteriores.

#### 6.6.2.3 Efeito vinculativo negativo: cadeias sem atos regulativos

Neste item, trataremos das cadeias de vínculos que contêm atos jurídicos sem conteúdo regulatório. Dentre estes estão todos os atos estimulantes e alguns atos determinantes praticados pelas partes, geralmente atos de disposição (como a desistência do recurso, p.ex.).

A diferença deste tipo de cadeia para o modelo tratado no item anterior é que aqui os vínculos não são compostos por quaisquer atos de natureza regulatória. Vale dizer, não há nestas cadeias nenhum ato jurídico continente de normas de comportamento e, assim, a projeção futura deste tipo de cadeia de vinculação é diversa do tipo anterior: não se coloca a questão da durabilidade e permanência das normas.

Não obstante, seria incorreto pensar que estas cadeias não possuem repercussão nos atos futuros ou tampouco que somente os atos determinantes regulativos tenham interferência no tráfego jurídico. Ao contrário, qualquer cadeia de vínculos, com o respectivo espaço de estabilidade, pode repercutir nas demais situações jurídicas, e jamais pretenderíamos negar essa constatação. Porém, quando pensamos em atos processuais como as alegações, as declarações, os requerimentos, em suma, atos que não possuem qualquer norma de comportamento em seu conteúdo, vemos que estas condutas diferem substancialmente quando analisadas no prisma das estabilidades.

De fato, se as examinamos sob o paradigma da segurança como continuidade, veremos que, para os atos não regulativos, inexistente a necessidade de incorporação de seu conteúdo em atos posteriores em nome da coerência, constância ou harmonia do sistema. Basta, nos interesses da continuidade e para assegurar previsibilidade e calculabilidade, que os atos incompatíveis sejam evitados. Assim, as cadeias de vínculos não continentes de atos regulativos colocam-se diante de outros comportamentos posteriores *apenas com relações de exclusão*. Portanto, não se observa o efeito vinculante positivo, mas somente o efeito vinculante negativo.

Nestas espécies de cadeias, podem ser relevantes também atos omissivos, que poderiam não ser bastantes para as cadeias continentes de atos regulativos, até porque não se estabelece norma de conduta por omissão. As omissões, tanto aquelas praticadas em posições de vantagem (geradoras de confiança legítima), como quando pressionadas por consequências desvantajosas (típicas dos ônus e deveres), poderão assumir caráter decisivo na formação deste tipo de espaço de estabilidade. As primeiras, podem gerar preclusões lógicas; as últimas, preclusões temporais.

## 6.7 Insuficiência da aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*

### 6.7.1 A cláusula *rebus sic stantibus*: conceito e origens

Entende-se por “cláusula *rebus sic stantibus*” a condição implícita ou tácita em virtude da qual, em certas categorias de contrato, o vínculo deva ser considerado subordinado à permanência do estado de fato existente ao tempo da celebração, de tal sorte que, modificando-se o complexo fático, a força obrigatória da avença não deva ser mantida, justificando-se a intervenção judicial para rever o contrato ou o rescindir.<sup>1237</sup>

Exemplo importante de aplicação da cláusula sempre foi uma abrupta alteração do valor da moeda, sobretudo em tempos de inflação galopante. Na história recente, experimentamos algumas vezes provas da desproporção que as relações jurídicas indexadas em moeda estrangeira podem sofrer em tempos de crise econômica global.

Não obstante este consenso em torno de sua definição, o termo “cláusula *rebus sic stantibus*” é utilizado em dois sentidos. O primeiro é mais amplo e considera que a noção engloba os atos jurídicos que têm sua eficácia subordinada a que os fatos permaneçam como

<sup>1237</sup> KÖBLER, Ralf. *Die “clausula rebus sic stantibus” als allgemeiner Rechtsgrundsatz*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1991, p.1-5.

estavam no momento em que praticada a conduta. Em um segundo sentido mais restrito, exige-se a ocorrência de um fato superveniente *imprevisível* para as partes, e que tenha desequilibrado a relação contratual de maneira substancial, reclamando a correção do sinalagma.<sup>1238</sup> Fala-se então na “teoria da imprevisão”.

Embora hoje em dia, há algum tempo, a cláusula *rebus sic stantibus* povoe as legislações civis pelo mundo, em muitos países veio a desenvolver-se apenas tardiamente.<sup>1239</sup> A nossa legislação civil, do recente ano de 2002, adotou a “teoria da imprevisão” vez que a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* é atrelada à exigência de extraordinariedade e imprevisibilidade dos acontecimentos que acarretem a mudança fática relevante.<sup>1240</sup>

Não obstante as vertentes privatistas da interpretação da cláusula *rebus sic stantibus* (o voluntarismo na celebração do contrato), a moderna doutrina civilista, no entanto, baseada nos princípios da solidariedade, boa-fé e equilíbrio contratual,<sup>1241</sup> procura corrigir a aplicação da cláusula. Nessa linha, aos poucos, vem-se propagando um desapego à tradição privatista, passando-se a sustentar que cláusula deve focar-se não na vontade ou na onerosidade excessiva,

<sup>1238</sup> Não é nossa intenção adentrar nas muitas formulações que procuraram justificar a cláusula *rebus sic stantibus*. Cabe aqui uma breve referência. As principais teses a este respeito foram a “teoria da pressuposição”, de Windscheid, e a “teoria da base do negócio jurídico”, de Oertmann. Windscheid formulou a sua teoria da pressuposição procurando resolver o problema da discrepância entre vontade e mudança fática, entre negócio e execução do contrato. Partia da ideia de que em todos os negócios jurídicos de execução diferida ou continuada há, por parte de quem assume a obrigação, o pressuposto tácito de que permaneçam constantes as condições gerais do mercado, ou ao menos que não sofram oscilações além do normal. Portanto, sobrevindo mudanças extraordinárias, que tornem excessivamente gravosas as obrigações assumidas, o contrato se resolve, já que subentendida, em todo negócio jurídico de caráter patrimonial, uma cláusula *rebus sic stantibus*. KÖBLER, Ralf. *Die “clausula rebus sic stantibus” als allgemeiner Rechtsgrundsatz*. *Op.cit.*, p.66-67. Muito já se criticou a teoria da pressuposição de Windscheid sob o argumento de que confundia a causa com os motivos dos atos jurídicos, emprestando a estes uma importância excessiva. Além disso, as pressuposições tácitas atentariam contra toda a estabilidade de operações jurídicas concluídas e aperfeiçoadas, ferindo o princípio *pacta sunt servanda*. Paul Oertmann retomou o tema em 1921, e desenvolveu a “teoria da base do negócio jurídico”, com que pretende, sobretudo, deixar distintos a pressuposição e o motivo do contrato. O autor analisa o conteúdo da vontade e das representações mentais das partes contratantes. A “base do negócio” consistiria na representação mental de umas das partes no momento da conclusão do negócio jurídico, conhecida na sua totalidade e não repelida pela outra parte, ou a comum representação das diversas partes sobre a existência ou aparição de certas circunstâncias, em que se baseia a vontade negocial. Assim, tem-se que “base do negócio” se refere ao negócio como um todo, enquanto a pressuposição revela apenas uma parcela, uma declaração isolada. Nessa linha, a base do negócio desaparece quando se destrói a relação de equivalência das prestações até um ponto tal que o contrato não pode considerar-se mais razoavelmente bilateral. Ocorrendo isso, por imposição da “natureza”, o equilíbrio deveria ser restabelecido. Posteriormente, a tese de Oertmann foi melhor desenvolvida por Karl Larenz revelando-se em dois planos: a subjetiva, que consiste na representação mental que guiou os contratantes na fixação do conteúdo do contrato; e a objetiva, que toma por base a boa-fé objetiva, o fim a que se presta o contrato e, a impossibilidade de cumprimento deste. KÖBLER, Ralf. *Die “clausula rebus sic stantibus” als allgemeiner Rechtsgrundsatz*. *Op.cit.*, p.6-7. Note-se, portanto, que as ideias clássicas geravam em torno de pressupostos privatistas ligados à disciplina contratual, como veremos no decorrer do texto na assunção da cláusula no ordenamento brasileiro.

<sup>1239</sup> Apesar da sua origem ter sido no direito romano. No direito inglês, foi somente no século XIX que se admitiu a existência de uma cláusula tácita ou condição implícita para fazer face à imprevisão, os chamados *implied terms* ou *implied conditions*. Mas foi durante a primeira guerra mundial que se aplicou a teoria da *frustration of adventure*, em razão da qual, no caso de retardamento de execução contratual proveniente do estado de beligerância, poderiam as partes ficar dispensadas da execução ulterior do contrato. Cf. KÖBLER, Ralf. *Die “clausula rebus sic stantibus” als allgemeiner Rechtsgrundsatz*. *Op.cit.*, p.23-25.

<sup>1240</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. *Op.cit.*, p.477.

<sup>1241</sup> FONSECA, Arnaldo Medeiros da. O contrato dirigido e a teoria da imprevisão. *Revista Jurídica*, vol. 9, 1946-48, p.171.

mas na imprevisão: se as circunstâncias de cumprimento do contrato se alterarem de maneira razoavelmente imprevisível e imputável às partes, caberia a revisão do contrato.<sup>1242</sup>

### 6.7.2 Cláusula *rebus sic stantibus* e os atos processuais

Nesta perspectiva da aplicação, por assim dizer, mais “publicista” da cláusula *rebus sic stantibus*, poder-se-ia imaginar a sua aplicabilidade no campo do direito processual. E, de fato, já se puderam observar algumas manifestações doutrinárias favoráveis ao emprego da cláusula *rebus sic stantibus* no processo, sugerindo-se que certos tipos de sentença seriam modificáveis à luz de circunstâncias novas não previsíveis à época de sua prolação.

Assim ocorreria, para alguns, com as sentenças cautelares,<sup>1243</sup> e principalmente com as chamadas sentenças “determinativas” ou “dispositivas”, que decidem relações jurídicas continuativas, aquelas referentes a situações mutáveis, ainda que submetidas à mesma norma. Nestas sentenças, o juiz poderia, com certa margem de discricionariedade, adaptar o comando às alterações, como prevê o art.471 do CPC. A doutrina tradicional sempre defendeu tratar-se de decisões “sob condição” ou *rebus sic stantibus*.<sup>1244</sup> A literatura foi acompanhada também pela jurisprudência,<sup>1245</sup> que admitia nestes casos as chamadas ações “revisórias”, como em matéria de aluguel ou alimentos, p.ex. No processo do trabalho brasileiro, também já se sustentou que, em causas de fixação de percentuais de adicional de insalubridade, que podem mudar dependendo das circunstâncias fáticas, as sentenças conteriam a cláusula *rebus sic stantibus*.<sup>1246</sup> Exemplos destas relações materiais veem-se também nas ações previdenciárias, como em função do desaparecimento da incapacidade, reabilitação, etc.

<sup>1242</sup> Assim, os pressupostos deduzidos de uma interpretação literal do art.478 do Código Civil devem ser relidos a luz dos princípios contratuais da boa-fé e a função social, despregando-se do antigo modelo individualista. Cf. TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloisa Helena, e MORAES, Maria Celina Bodin de (Orgs). *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*, vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.129-130.

<sup>1243</sup> Cf. CALAZA LÓPEZ, Sonia. *La cosa juzgada*. *Op.cit.*, p.147 e ss.

<sup>1244</sup> TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. *Op.cit.*, p.520-521, 636-637; ALVIM, Thereza. *Repensando a coisa julgada*, *Op.cit.*, p.315; MOLINA, André Araújo. *A eficácia preclusiva da coisa julgada*. *Op.cit.*, p.642; ARAGÃO, Paulo Cezar. *Reflexões sobre as sentenças determinativas*. *Op.cit.*, p.159-160, 165; PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa Julgada Civil*. *Op.cit.*, p.81, 104; ZAVASCKI, Teori Albino. *Coisa julgada em matéria constitucional: eficácia das sentenças nas relações jurídicas de trato continuado*. *Revista Jurídica Tributária*, n.3, out-dez. 2008, p.20; DIAS, Maria Berenice. *Princípio da proporcionalidade além da coisa julgada*. *Revista da EMERJ*, vol.11, n.41, 2008, p.43; DIDIER JR., Fredie. *Cognição, construção de procedimentos e coisa julgada: os regimes de formação da coisa julgada no direito processual civil brasileiro*. *Op.cit.*, p.23.

<sup>1245</sup> STF - RE nº 53.158 Rel.Min. Pedro Chaves, j.31.08.1965; RE nº 62.636-GB, Rel.Min. Eloy da Rocha, j.04.06.1971.

<sup>1246</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. *A coisa julgada no processo do trabalho*. *Op.cit.*, p.130. O art.194 da CLT, ao afirmar que o adicional cessa com a eliminação do risco à saúde ou à integridade física, seria o dispositivo legal que permitiria inferir a natureza *rebus sic stantibus* dos julgamentos sobre o tema. Cf. MOLINA, André Araújo. *A eficácia preclusiva da coisa julgada*. *Op.cit.*, p.642.

Porém, mesmo para os autores que a admitem, a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* vinha sempre acompanhada de algumas ressalvas: só poderá haver modificação do *decisum* se houver posições jurídicas projetadas no tempo, e ainda se alguma conjuntura vindoura gerar situações desfavoráveis e incompatíveis com a posição inicial, tornando a manutenção do julgado inaceitável;<sup>1247</sup> além disso, a nova regulação ou modificação deve valer apenas *ex nunc*, preservando-se os efeitos anteriores.<sup>1248</sup>

Bom, além das sentenças determinativas e cautelares, poderia haver alguma aplicação da cláusula ao processo? A cláusula *rebus sic stantibus* seria aplicável a todas as sentenças, condicionando a coisa julgada sempre à manutenção das circunstâncias fáticas no momento de sua prolação?

Alguns setores doutrinários sustentam a aplicação da cláusula a todas as sentenças. Liebman chegou a afirmar que, pensando de certo modo, todas as sentenças no processo civil têm implícita a cláusula *rebus sic stantibus*, no sentido de coisa julgada não leva em conta os fatos posteriores.<sup>1249</sup> O entendimento foi defendido na doutrina brasileira<sup>1250</sup> e ganhou adesão, aqui e ali, do Supremo Tribunal Federal<sup>1251</sup> e do Superior Tribunal de Justiça.<sup>1252</sup>

Outros autores defendem a impossibilidade de aplicação geral da cláusula à disciplina da coisa julgada.<sup>1253</sup> Esta negativa é às vezes justificada por sua limitação ao direito contratual,<sup>1254</sup> em outras por afirmar-se simplesmente que, se os fatos são novos, não há coisa julgada. Com efeito, se os fatos são supervenientes ao trânsito em julgado, a *causa petendi* não é igual e portanto não haveria tríplice identidade. Trata-se, portanto, de um problema de incidência: a norma concreta ditada pela sentença e acobertada pela coisa julgada incide apenas sobre aquela situação; situações e panoramas fáticos diversos ou temporalmente posteriores estão fora de seu âmbito de incidência. Em nada interferiria no raciocínio estarmos ou não diante de uma relação

<sup>1247</sup> É similar a conclusão de ARAGÃO, Paulo Cezar. *Reflexões sobre as sentenças determinativas*. *Op.cit.*, p.161.

<sup>1248</sup> CRISTOFOLINI, Giovanni. *Efficacia della sentenza nel tempo*. *Op.cit.*, p.323-324.

<sup>1249</sup> Porém, em seu entendimento, não haveria atenuação da coisa julgada, mas uma projeção temporal da própria relação jurídica, que poderá sofrer impactos das circunstâncias essencialmente variáveis, o que há de causar mudança do estatuído na sentença. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Efficacia ed autorità della sentenza*. *Op.cit.*, p.17-19.

<sup>1250</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. Reflexos do direito material do ambiente sobre o instituto da coisa julgada (*in utilibus*, limitação territorial, eficácia preclusiva da coisa julgada e coisa julgada *rebus sic stantibus*. *Revista dos Tribunais*, ano 96, vol.861, jul. 2007, p.27; SOUZA, Gelson Amaro de. *Coisa julgada no processo cautelar*. *Op.cit.*, p.707; ALVIM, José Manuel de Arruda. *O art.268 do CPC, a ilegitimidade e a ocorrência de coisa julgada: critérios de interpretação*. *Op.cit.*, p.33; CARDOSO, José Eduardo Martins. *A jurisdição voluntária e a coisa julgada*. *Op.cit.*, p.61-62.

<sup>1251</sup> RE nº 15.377, Rel.Min. Oroszimbo Nonato, j.16.09.1952.

<sup>1252</sup> REsp nº 160.850-SP, Rel.Min. Cesar Asfor Rocha, j.17.10.2000.

<sup>1253</sup> Barbosa Moreira é contra a utilização da cláusula *rebus sic stantibus*, porque, segundo ele, tal uso pareceria admitir que se trata de “algo de excepcional, a exigir justificção particular”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada*. *Op.cit.*, p.281.

<sup>1254</sup> KÖBLER, Ralf. *Die “clausula rebus sic stantibus” als allgemeiner Rechtsgrundsatz*. *Op.cit.*, p.275.

jurídica continuativa: alterados os pressupostos fáticos, a coisa julgada não obsta que se peça nova norma jurídica concreta a reger aquela relação, ajustável à nova posição temporal e fática.<sup>1255</sup>

A par da discussão acerca de sua aplicabilidade, entendemos que seria mais adequado questionar se haveria algum ganho teórico ou incremento operativo para o sistema processual em adotar a cláusula *rebus sic stantibus*.

### 6.7.3 Insuficiência da cláusula *rebus sic stantibus* como mecanismo modernizador das estabilidades processuais

Existe necessidade de aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* à disciplina das estabilidades processuais? Haveria algum melhoramento no sistema da coisa julgada e das preclusões em decorrência do seu uso?

Por um lado, se a coisa julgada não impede que haja rediscussão de fatos posteriores ao marco inicial de seus limites temporais, toda sentença – e não apenas as determinativas – é uma decisão que poderia ser considerada *rebus sic stantibus*. Porém, ainda que assim fosse, e se a cláusula *rebus sic stantibus* fosse admitida como presente em qualquer sentença, essa “constatação” não mudaria nada em termos práticos justamente porque a disciplina tradicional da coisa julgada está linearmente acoplada à dimensão temporal.

Isso porque há duas ou três possibilidades de resolver a questão de acordo com as variações do modelo teórico que se adote. Observe-se que o que muda é apenas o enfoque. Pode-se, primeiramente, apor uma exceção para a revisão da coisa julgada: ao afirmar que a sentença é *rebus sic stantibus*, a superveniência de novos fatos permitiria *alterar* a decisão a partir dos acontecimentos futuros. Há estabilidade mas seria admitida a rediscussão para mudar o que foi decidido. De outro lado, ao trabalhar com os limites temporais, a doutrina simplesmente exclui da estabilidade tudo que está no futuro (acoplamento linear à dimensão temporal), e então a rediscussão e alteração do resultado também será possível porque elementos supervenientes (isto é, posteriores cronologicamente) foram observados. Finalmente, para aqueles que ampliam o

---

<sup>1255</sup> Em sentido semelhante, MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada*. *Op.cit.*, p.273; RECHBERGER, Walther H.; SIMOTTA, Daphne-Ariane. *Zivilprozessrecht*. *Op.cit.*, p.473; DIAS, Maria Berenice. *Princípio da proporcionalidade além da coisa julgada*. *Op.cit.*, p.44. No Japão, Cf.SAKAMOTO, Keizo. *Rechtskräftige Entscheidung und Nachforderung...Op.cit.*, p.31-33.

objeto do processo à causa de pedir, bastaria resolver a questão no campo dos limites objetivos: diante de novos fatos existe uma nova *causa petendi* e, alterado o objeto, não há que se falar na estabilidade anterior, que se restringia ao *Streitgegenstand* existente até a época da sentença.<sup>1256</sup>

Um exemplo pode ser interessante: uma dívida é cobrada judicialmente antes do vencimento e a demanda é rejeitada. Posteriormente ao vencimento da dívida, pode haver reprodução da litigância? Se considerarmos que o vencimento não faz parte do objeto do processo, a nova demanda seria admissível porque não há o óbice dos limites objetivos; se considerarmos que o vencimento faz parte do *Streitgegenstand*, poderíamos admitir o segundo processo apenas se defendermos a marcação temporal do primeiro processo: a coisa julgada apreende o mérito *tal como decidido naquele momento histórico*.<sup>1257</sup> Em suma, a modificação do regulamento da sentença será permitida, seja porque a coisa julgada é *rebus sic stantibus*, seja porque aqueles fatos posteriores não eram estáveis (ou porque eram *fatos diferentes*, não compunham o objeto do processo anterior e portanto fora dos limites objetivos; ou porque eram *fatos posteriores*, não abrangidos pela coisa julgada por estarem fora de seus limites temporais).<sup>1258</sup> Veja-se que fica mantida a abordagem temporalmente linear, marcada pelo “antes e depois” do “único momento originante”.

Em verdade, então, a afirmação do caráter *rebus sic stantibus* de todas as sentenças (ou mesmo de todos os atos processuais) não mudaria praticamente nada em relação à abordagem clássica porque a mudança de fatos exclui a estabilidade decorrente da coisa julgada. O que pretendemos aqui vai mais além, como as linhas anteriores sobre os limites temporais já anteciparam e como se verá mais detalhadamente adiante.

#### 6.7.4 O papel da cláusula *rebus sic stantibus* na definição de critérios aplicativos

<sup>1256</sup> Esse é o entendimento de muitos autores, com sutis diferenças de fundamentação: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *A coisa julgada nas ações de alimentos*. *Op.cit.*, p.20-22; ASSIS, Araken de. *Breve contribuição ao estudo da coisa julgada nas ações de alimentos*. *Op.cit.*, p.80; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. *Op.cit.*, p.477-478; BOZZA, Fábio Piovesan; PENARIOL, Rachel Lima. *A sucessão empresarial e os limites da coisa julgada em matéria tributária*. *Op.cit.*, p.30; OLIVA SANTOS, Andrés de la. *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*. *Op.cit.*, p.250-252, 260. De maneira não muito clara, por ora fazendo alusão aos limites temporais, ora aos limites objetivos, Cf.CALAZA LÓPEZ, Sonia. *La cosa juzgada*. *Op.cit.*, p.213-216. Nesta última vertente, seria até mesmo de questionar a independência dos limites temporais. SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen Römischen Rechts*. *Op.cit.*, vol.VI, p.378; HENCKEL, Wolfram. *Prozessrecht und materielles Recht*. *Op.cit.*, p.151; NIEVA FENOLL, Jordi. *La cosa juzgada*. *Op.cit.*, p.248-249.

<sup>1257</sup> HENCKEL, Wolfram. *Prozessrecht und materielles Recht*. *Op.cit.*, p.151-153.

<sup>1258</sup> Estas alternativas são tratadas conscientemente no trabalho de KAPPEL, Christian. *Die Klageabweisung ‘zur Zeit’*. Berlin: Duncker & Humblot, 1999, p.30-34.

Não obstante, apesar da sua origem privatista e da insuficiência de seu uso para solucionar os problemas relacionados aos limites temporais, há alguns aspectos da aplicação da cláusula que podem ajudar nossas investigações seguintes.

Em primeiro lugar, a cláusula *rebus sic stantibus* é um mecanismo de solução da tensão entre as necessidades de estabilidade e dinamismo, flexibilidade e segurança, e representa um importante instrumento contra a tendência estabilizante das normas jurídicas, contraposta à dinâmica dos fatos da vida.<sup>1259</sup> A cláusula pede também mecanismos de adaptação a novas posições jurídicas,<sup>1260</sup> o que vem ao encontro das compensações de transição típicas da moderna segurança-continuidade.

Outra vantagem de utilização da cláusula *rebus sic stantibus* reside na necessidade de acessar as razões para verificar se a alteração de circunstâncias (as mudanças fáticas) é suficiente para justificar o câmbio na conclusão, o que também será incorporado ao nosso modelo.<sup>1261</sup> Por fim, alguns de seus critérios aplicativos, como as reflexões referentes ao risco contratual, poderão ser de grande valia para nossa investigação.

---

<sup>1259</sup> HORN, Norbert. *Vertragsbindung unter veränderten Umständen. Zur Wirksamkeit von Anpassungsregelungen im langfristigen Verträgen. Neue Juristische Wochenschrift*, ano 38, 1985, p.1118.

<sup>1260</sup> KÖBLER, Ralf. *Die "clausula rebus sic stantibus" als allgemeiner Rechtsgrundsatz. Op.cit.*, p.251 ss.

<sup>1261</sup> Como notou KAPPEL, Christian. *Die Klageabweisung 'zur Zeit'. Op.cit.*, p.38-40.



## 7 A VINCULAÇÃO ARGUMENTATIVA EM CADEIA: CONTRA A LIMITAÇÃO DAS ESTABILIDADES ÀS CONCLUSÕES JUDICIAIS

A conclusão preliminar, relevante aqui, é que as premissas deste estudo (continuidade, cadeias de vínculo e contraditório-influência), quando combinadas, resgatam a importância das razões nas estabilidades, um tema que classicamente ficou marginalizado pelo isolamento da conclusão do ato judicial final (o dispositivo da sentença), de toda a argumentação empreendida anteriormente no processo, não apenas a motivação da própria decisão, mas também todas as linhas argumentativas contidas nos atos anteriores.<sup>1262</sup>

Claro que este confinamento do dispositivo foi uma operação dissociada historicamente da compreensão que hoje se tem do contraditório, do aspecto difuso e reflexivo da influência que o caracteriza, da ideia de justiça procedimental, do viés colaborativo do processo contemporâneo, em suma, distante de muitos dos pilares dentro dos quais atualmente se estrutura o processo.

Todavia, se a teoria processual produziu conhecimentos mais recentes que contradizem a regra tradicional de isolamento das conclusões (com a consequente marginalização das razões), devemos buscar uma nova equação para o modelo de estabilidades. No entanto, não foi o que aconteceu na literatura majoritária, que se mantém, em pleno séc.XXI, apegada à tradição romana e à pandectística germânica.

Não obstante, vê-se na jurisprudência de muitos países uma tendência de recuperar a importância dos fundamentos dos atos do processo (das partes ou do juiz) na definição das estabilidades. De fato, este movimento é curioso porque não é predominantemente doutrinário: foram os tribunais de várias partes do mundo que, premidos por necessidades práticas e problemas cotidianos não resolvidos pela dogmática tradicional, começaram a aplicar as regras referentes à estabilidade de maneira mais flexível e dinâmica, com considerações sistêmicas que escapam à teorização clássica da coisa julgada e das preclusões. Ao lado da insurreição pretoriana, alguns poucos autores têm buscado formulações que considerem aspectos da argumentação dos sujeitos do processo para as estabilidades.

Ainda que sejam visões parciais do fenômeno, e portanto mereçam apenas parcialmente nosso endosso, muitas das tentativas de acessar a motivação dos atos processuais para buscar o conteúdo e o alcance das estabilidades fornecem critérios importantes que poderão subsidiar

---

<sup>1262</sup> Sobre como o exame da continuidade depende essencialmente de uma análise detalhada da fundamentação, Cf. LEISNER, Anna. *Kontinuität als Verfassungsprinzip... Op.cit.*, p.624-627.

nossas próprias conclusões. Merece, portanto, uma análise dessa interessante evolução, tanto no aspecto jurisprudencial quanto no âmbito deste setor da literatura especializada.

### 7.1 A regra tradicional dos limites objetivos e o isolamento das razões da sentença

Vimos no primeiro capítulo que, desde o direito romano, a coisa julgada é limitada objetivamente à *res*. Nessa trajetória histórica, o conceito de “objeto” passou da *res in iudicium deducta* romana para o *Streitgegenstand* cunhado e desenvolvido na doutrina tedesca.<sup>1263</sup>

Com as codificações do séc.XIX, positivou-se a restrição objetiva ao dispositivo da sentença, aquele ponto da decisão onde o juiz responde à demanda, apreciando o objeto do processo. Ficam de fora do âmbito de incidência da coisa julgada as valorações que o juiz realiza sobre as relações jurídicas prejudiciais se não tiver havido ação declaratória incidental.<sup>1264</sup>

Isolando-se pouco a pouco das razões de decidir, a *res iudicata* acompanhou o mesmo rumo destes esquemas formais, segundo os quais não haveria vínculo nos casos em que os processos tivessem “objetos” distintos, mesmo se algumas das questões comuns a todos eles fossem efetivamente debatidas, e até apreciadas na fundamentação da sentença. Na tradição europeia-continental consolidada, ao contrário do modelo anglo-americano, as razões, mesmo sendo *ratio decidendi*, não são atingidas pela coisa julgada. A estabilidade é limitada apenas à conclusão e não compreende qualquer tema cuja análise estivesse inserida na fundamentação da sentença.<sup>1265</sup>

### 7.2 Os problemas práticos e a concepção não formal do dispositivo

<sup>1263</sup> Ulpiano falava em *eadem quaestio* para fazer referência à coisa julgada, e por esta razão muitos autores preferem falar em identidade de questões. Como afirma Savigny, o termo *quaestio* era usado como sinônimo de *res* em outras passagens das fontes romanas. SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen Römischen Rechts. Op.cit.*, vol.VI, p.417-418, citando trechos de Nerácio e Paulo. De fato, vários autores usavam o termo no sentido de *res* na antiga processualística tedesca. Cf. PAGENSTECHER, Max. *Nochmals: Die praktische Bedeutung des Streitgegenstandes über die Rechtskraft. Op.cit.*, p.497. Aqui vamos evitar o uso vulgarizado do termo “questão” neste sentido, que tem sentido moderno diverso no direito processual. Note-se ainda que Chiovenda já usou o termo “bem” para falar a respeito do conteúdo abrangido pela coisa julgada: CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di Diritto Processuale Civile. Op.cit.*, p.320. No Brasil, a discussão foi bem abordada por MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Sentença e coisa julgada. Op.cit.*, p.191 ss.

<sup>1264</sup> CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, vol.IX, tomo I, p.30-32. A ação declaratória incidental (*Zwischenfeststellungsantrag*), que muito influenciou o instituto similar no Brasil, está prevista no § 256, II da ZPO. Na Áustria, o instituto do *Zwischenantrag* está disciplinado nos §§ 236 e 259 da ZPO.

<sup>1265</sup> RIEZLER, Erwin. *Ratio decidendi und obiter dictum im Urteil, in Archiv für die civilistische Praxis*, ano 139, 1934, p.167-173.

A regra tradicional da limitação da coisa julgada ao “objeto” do processo gerou a generalizada aceitação de que, como é o dispositivo o *locus* onde o juiz responde à demanda e julga o pedido, a *res iudicata* deveria ficar limitada a esta parte final da decisão.

Os problemas práticos dessa concepção surgem nas hipóteses em que o dispositivo não é muito claro ou quando não explicita efetivamente o conteúdo do comando, limitando-se a pronunciar, p.ex., que “julga procedente” o pedido. Isso é ainda mais relevante nas sentenças de improcedência, que somente rejeitam a pretensão sem incluir na fórmula do dispositivo os motivos para aquela específica conclusão.<sup>1266</sup> Ou ainda nos casos em que o magistrado efetivamente decide *enquanto* fundamenta, apondo parcelas da sua conclusão onde formalmente está a motivação, sem “retomar” ou reproduzir as conclusões externadas ao redigir o dispositivo.

Ademais, inconvenientes práticos surgem da limitação da coisa julgada ao dispositivo também porque esta redução pode ocasionar contradição lógica entre várias sentenças estáveis, a qual dificilmente pode ser descrita como uma opção consciente de qualquer sistema que pretenda segurança, economia processual e confiança no Judiciário. São contrastes como esses que criam certos desconfortos com a teorização tradicional acerca dos limites da coisa julgada.<sup>1267</sup>

Estas dificuldades foram exacerbadas, no Brasil, pela concepção processualmente “pura” do objeto do processo, na linha defendida por Schwab, que afirmava que a *res* corresponderia apenas ao pedido (não à causa de pedir), com o consequente isolamento do dispositivo também das razões que embasam a pretensão.<sup>1268</sup> Como vimos no primeiro capítulo, muitos autores reconheceram os problemas que esta concepção do objeto do processo gerou, e, para evitar o completo confinamento da coisa julgada ao dispositivo, com o total desprendimento da norma concreta do componente lógico que a proporcionou, procuraram ampliar o objeto do processo para além daquela concepção puramente processual. Foram tentativas de estender o *Streitgegenstand* para algumas seções da causa de pedir, que encontraram algum eco também no Brasil, ainda que minoritariamente.<sup>1269</sup> Parte da doutrina nacional, diante destes casos, passou a

<sup>1266</sup> HELLWIG, Konrad. *System des deutschen Zivilprozeßrechts*. *Op.cit.*, p.793; GRUNSKY, Wolfgang. *Zivilprozessrecht*. *Op.cit.*, p.235-236; POHLMANN, Petra. *Zivilprozessrecht*, *Op.cit.*, p.282; LEIPOLD, Dieter. *Teilklagen und Rechtskraft*, in *Festschrift für Albrecht Zeuner zum siebzigsten Geburtstag*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1994, p.432-433; ADOLPHSEN, Jens. *Zivilprozessrecht*. *Op.cit.*, p.245. Na Suíça, KUMMER, Max. *Das Klagerecht und die materielle Rechtskraft im schweizerischen Recht*. Bern: Stämpfli, 1954, p.113; SCHWANDER, Daniel. *Die objektive Reichweite der materiellen Rechtskraft...Op.cit.*, p.135-136. Na Espanha, CALAZA LÓPEZ, Sonia. *La cosa juzgada*. *Op.cit.*, p.201 ss. No processo internacional, Cf. DE VISSCHER, Charles. *La chose jugée devant la Cour Internationale de la Haye*. *Op.cit.*, p.6-7.

<sup>1267</sup> Como percebeu MUSIELAK, Hans-Joachim. *Grundkurs ZPO*. *Op.cit.*, p.372. Também é a preocupação externada por RIMMELSPACHER, Bruno. *Materielle Rechtskraft und Gestaltungsrechte*. *Juristische Schulung*, ano 44, n.7, julho, 2004, p.565.

<sup>1268</sup> SCHWAB, Karl Heinz. *Der Streitgegenstand im Zivilprozess*. *Op.cit.*, p.139, 183-185.

<sup>1269</sup> Veja-se, entre nós, a argumentação de Botelho de Mesquita, a partir dos arts. 301, §2º e 468, ambos do CPC, em MESQUITA,

afirmar que, como o dispositivo só é compreendido à luz da fundamentação, devemos ter uma *concepção não formalista do dispositivo*: ele não seria apenas o texto final da sentença (as últimas palavras do juiz), mas qualquer parte da decisão em que tenham sido resolvidas questões que integrariam o pedido e a causa de pedir.<sup>1270</sup> O *decisum* deveria ser abrangido pela coisa julgada “esteja ele onde estiver”.<sup>1271</sup>

Nessa linha, a dicotomia entre motivos-dispositivo poderia ser compreendida de duas maneiras: ou num sentido estritamente formal, em que os motivos são os *consideranda* e o dispositivo tudo o que vem depois da expressão “Isto posto, julgo...”; ou num sentido material, em que os motivos representem as bases do raciocínio que levaram à convicção judicial, e o dispositivo seja a própria conclusão desta atividade cognitiva. Por esta razão, muito se tem criticado a concepção topográfica de dispositivo, quando na verdade deveria ser reconhecida a possibilidade de vários “dispositivos” no sentido material, os quais, formalmente, poderiam estar situados no corpo da fundamentação.<sup>1272</sup>

Outras reações contra a aceção clássica de limitação da coisa julgada ao dispositivo podem ser encontradas na doutrina e na jurisprudência internacionais. Algumas delas consistiram em reformular o conceito de objeto do processo, como fez o Tribunal da União Europeia; outros autores, ao invés de buscar um conceito mais elástico de objeto do processo, passaram a propagar um retorno à vinculatividade das razões de decidir, movimento que tem influenciado inúmeras decisões de diversos tribunais na jurisprudência comparada.

Vejamos algumas linhas desse movimento.

### 7.3 Teses que buscaram ampliar o conceito de objeto do processo

#### 7.3.1 A tese de Böhm: o conceito finalístico de objeto do processo e a esfera jurídica impactada

---

José Ignácio Botelho de. *A Coisa Julgada*. *Op.cit.*, p.86.

<sup>1270</sup> THEODORO JR., Humberto. *Coisa julgada, ação declaratória seguida de condenatória*. *Op.cit.*, p.90. Em sentido similar, MOLINA, André Araújo. *A eficácia preclusiva da coisa julgada*. *Op.cit.*, p.643.

<sup>1271</sup> É a conclusão de TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. *Op.cit.*, p.82. Veja-se também a diferenciação entre “dispositivo explícito” de “dispositivo implícito”, expressão já reconhecida na Cassação francesa desde 1988 o primeiro significando tudo que expressamente vem formalmente verbalizado na sentença, isto é, formalmente “decidido”. Cf. PERDRIAU, André. *Les dispositifs implicites des jugements*, in *JCP La Semaine Juridique*, 1988, p.335.

<sup>1272</sup> BÉCHILLON, Denys de. *L'identification de la chose jugée dans la jurisprudence du Conseil d'État*. *Op.cit.*, p.1808-1811; MOLINA, André Araújo. *A eficácia preclusiva da coisa julgada*. *Op.cit.*, p.643.

O primeiro grupo de teses que podem ser apontadas como uma reação à insuficiência prática, para o sistema de estabilidades, do isolamento da conclusão da sentença, compreende as tendências de ampliação ou alteração do objeto do processo de maneira a abarcar outros dados que tornassem o modelo mais aberto, flexível e abrangente de interesses públicos de harmonia sistêmica e economia processual.

Neste sentido, o professor vienense Peter Böhm desenvolveu sua acepção do *Streitgegenstand* compreendido na perspectiva dos escopos pretendidos pelas partes e das consequências regulativas do processo.

Para Böhm, tanto nas teses que isolam o objeto do processo (o objeto “unitário”, definido apenas como o pedido), como naquelas em que o *Streitgegenstand* é individualizado também pela causa de pedir, o problema é o mesmo: a definição puramente processual do que é “pedido”. Para Böhm, o objeto do processo não pode nem ser reduzido puramente ao pedido, nem tampouco serve incluir os fatos (a causa de pedir ou o “complexo de fatos”) nesta análise se, ainda assim, for mantida a ideia puramente processual de pedido.

Segundo o autor, a ponte de ligação entre o pedido e os fatos se constrói através da ligação substancial entre eles, que é caracterizada pelo “escopo processual” de efetivar o direito material.<sup>1273</sup> Não se poderia olvidar a relação funcional entre direito e processo mas, por outro lado, não pode haver um confinamento do *Streitgegenstand* a elementos puramente civilísticos. Entra em cena seu conceito de *escopo da tutela jurídica (Rechtsschutzziel)* como maneira de ampliar e publicizar o objeto do processo.

Nessa linha, o objeto do processo deveria ser caracterizado por vários aspectos. O pedido é importante porque determina a forma e o conteúdo principal da prestação postulada. Mas o objeto do processo será identificado também – e sobretudo – pelas consequências ou efeitos jurídicos pretendidos (“escopo da tutela em sentido processual”); e pelas alegações sobre as consequências das normas jurídicas aplicáveis, que complementam o entendimento a respeito da causa de pedir e formam o “escopo da tutela em sentido material”.<sup>1274</sup> Esses três componentes estariam relacionados numa simbiose funcional: os efeitos pretendidos são atuados através do meio processual (o pedido formalmente estruturado) e das alegadas consequências jurídicas que decorrem do direito material aplicável.<sup>1275</sup>

<sup>1273</sup> BÖHM, Peter. *Die Ausrichtung des Streitgegenstands am Rechtsschutzziel*. *Op.cit.*, p.109-110.

<sup>1274</sup> *Ibidem*, p.111-112, 121.

<sup>1275</sup> *Ibidem*, p.122.

Neste sentido, Böhm pretende alterar o conceito de objeto do processo, propondo que ele seja uma mistura do “objeto potencial do julgamento” (*potentielle Urteilsgegenstand*) com o “objeto da questão jurídica hipotética” (*hypothetischer Rechtsfragegegenstand*).<sup>1276</sup>

Deve ser salientado que o próprio autor afirma que sua teoria, forjando o objeto do processo na concepção de escopo da tutela, permitiria uma concepção mais estreita do *Streitgegenstand* do que a tese puramente processual, que identifica o objeto do processo no pedido. Böhm assevera que, ao invés de enxergar o pedido como sendo a prestação econômica, sua proposta de buscar os objetivos das partes (o escopo pretendido) envolveria também uma análise sobre se são idênticos os “âmbitos de regulação jurídica” postulados nos processos em exame. Assim, ao comparar dois ou mais processos, dever-se-ia perquirir se a função material-regulativa de um interfere na do outro. Duas demandas reivindicatórias, p.ex., teriam o mesmo escopo se versarem sobre o mesmo bem, ainda que baseadas em fatos diversos ou títulos diferentes.<sup>1277</sup> Essa perspectiva seria mais adequada porque evita contradições, favorecendo segurança e a economia processual.<sup>1278</sup>

Além dessas características, destacadas pelo próprio autor, em nosso sentir outras vantagens da tese de Böhm podem ser salientadas. A primeira delas é evitar uma abordagem puramente privatista do objeto do processo, uma das críticas que tecemos à doutrina clássica e que se reflete invariavelmente na disciplina das estabilidades.

Ademais, ao trabalhar a relação potencial que existe entre alegações e requerimentos das partes, o objeto do julgamento e as estabilidades processuais, Böhm ressalta a importância de compreender-se a conclusão e os argumentos no “conjunto da fundamentação”,<sup>1279</sup> resgatando a importância das razões no modelo das estabilidades. Até porque, ao serem incluídos elementos teleológicos no objeto do processo, o critério de comparação deixa de ter como base uma pura “tríplice identidade”, mas sim o cotejo entre os escopos pretendidos em ambos os processos, compreendidos na ligação material anteriormente descrita.

Aliás, ao ser empregado como parâmetro para definir a possibilidade de rediscussão de um conteúdo já estável, o conceito de “escopo da tutela” não poderia mesmo trabalhar com projeções estáticas, com conceitos prontos e dados apriorísticos, como faz a concepção unitária do objeto do processo (objeto = pedido). Ao contrário, como esta determinação só pode ser

<sup>1276</sup> *Ibidem*, p.112, 114.

<sup>1277</sup> *Ibidem*, p.116.

<sup>1278</sup> *Ibidem*, p.117-118.

<sup>1279</sup> *Ibidem*, p.114.

aquilatada na ligação concreta entre os procedimentos, a concepção de Böhm apresenta uma *versão dinâmica do objeto do processo*, que admite a possibilidade da análise *ex post* do objeto do processo no decurso e no desenvolvimento do procedimento,<sup>1280</sup> algo que é essencial para as estabilidades processuais se as compreendemos como cadeia.

### 7.3.2 Bruns e a inclusão dos contradireitos do réu no objeto do processo. A interferência das condutas na relação material

Também Rudolf Bruns expôs entendimento nesta linha de ampliação do objeto do processo. Para ele, o objeto não pode ser compreendido apenas pelo pedido, mas deve abranger um exame de três elementos: o bem jurídico pretendido, o prejuízo real ou potencial a este bem, assim como o comportamento que causa transtorno ou interferência na relação material.<sup>1281</sup> Para ele, a teoria do *Streitgegenstand* constantemente quebra o elo que deveria existir entre os efeitos jurídicos pretendidos pelo autor e a *origem* destes efeitos (esta origem é o alegado comportamento do réu e suas posições jurídicas correspondentes).<sup>1282</sup>

Além disso, segundo Bruns, o objeto do processo compreenderia toda a relação jurídica existente entre as partes, e por isso não pode corresponder apenas à violação alegada pelo autor, mas deve incorporar também as posições jurídicas contrárias titularizadas pelo réu, seus *contradireitos*. Claro que o réu pode optar estrategicamente por aduzi-los com o uso de mecanismos processuais “de ataque”, como uma reconvenção ou pedido contraposto, mas ainda que o faça como alegação de defesa, estas posições materiais de vantagem deveriam estar compreendidas no objeto do processo,<sup>1283</sup> com evidentes repercussões sobre a estabilidade que a discussão sobre estes pontos assumirá em processos futuros.

Em nossa avaliação, a tese de Bruns, embora não tão elaborada quanto o pensamento de Böhm, tem o mérito de destacar a importância, para um sistema de estabilidades, de contextualizar os entrecruzamentos que o fluxo das relações jurídicas permite entre os bens e as pessoas, assim como as finalidades por elas pretendidas. Trata-se de enxergar toda a dinâmica das relações humanas tal como inseridas no tráfego jurídico, e perceber a interferência recíproca entre

<sup>1280</sup> RECHBERGER, Walther H.; SIMOTTA, Daphne-Ariane. *Zivilprozessrecht. Op.cit.*, p.196; BÖHM, Peter. *Die Ausrichtung des Streitgegenstands am Rechtsschutzziel. Op.cit.*, p.122-123.

<sup>1281</sup> BRUNS, Rudolf. *Zivilprozessrecht*. Berlin: Franz Vahlen, 1968, p.212-214.

<sup>1282</sup> *Ibidem*, p.216-217.

<sup>1283</sup> *Ibidem*, p.214-216.

os comportamentos não apenas como interseções causais, mas em verdade como repercussões normativas em cadeia.

### 7.3.3 A definição de objeto do processo do Tribunal da União Europeia: a tese do “centro da discussão” e suas repercussões sobre a coisa julgada

Outra importante e recente tentativa de resolver o problema das estabilidades pela modificação da compreensão do objeto do processo foi cunhada na jurisprudência do Tribunal da União Europeia. A evolução do tema naquela corte permite afirmar que hoje existe uma “concepção europeia” de objeto do processo diversa da tradição germânica do *Streitgegenstand*. Este conceito europeu de objeto do processo foi desenvolvido em três casos: *Gubisch* (de 1987), *Tatry* (julgado em 1994) e *Drouot Assurances* (1998), a partir dos quais o Tribunal de Justiça da União Europeia forjou sua “teoria do centro da discussão” ou do “ponto nuclear”. Vejamos as circunstâncias destes casos.

No caso *Gubisch v. Palumbo*,<sup>1284</sup> uma empresa alemã (Gubisch Maschinenfabrik KG) processou um cidadão italiano (Guido Palumbo) na Alemanha, pedindo o pagamento de uma quantia em dinheiro em virtude do inadimplemento do réu. Pouco tempo depois, Palumbo processou a mesma empresa adversária, desta vez em Roma, postulando a declaração de ineficácia da oferta porque esta teria sido revogada antes de chegar ao seu destinatário. Neste segundo processo, alegou a ré Gubisch que haveria litispendência, objeção que foi rejeitada pelo tribunal italiano. Levada a discussão ao Tribunal Europeu, por interpretação do art.21 da Convenção Europeia sobre Competência Judiciária e Execução de Sentenças Estrangeiras (Bruxelas, 1968), decidiu-se que havia litispendência entre as duas causas porque o “centro da discussão”<sup>1285</sup> dos dois processos era a ineficácia do mesmo contrato, ainda que não houvesse coincidência formal entre todos os elementos da demanda.<sup>1286</sup> Note-se que a validade do contrato era apenas uma questão prejudicial no primeiro processo.<sup>1287</sup>

<sup>1284</sup> C-144/86, j.08.12.1987.

<sup>1285</sup> A tradução inglesa menciona o termo *subject-matter*, que pode ser traduzido como “tema da discussão”. A tradução alemã fala em “ponto nuclear” (*Kernpunkt*), expressão popularizada na literatura. Em outros casos, como no caso *Tatry*, do qual trataremos em seguida, a corte fala, na tradução portuguesa, em “âmago” da discussão.

<sup>1286</sup> Confira-se comentários de LEIPOLD, Dieter. *Wege zur Konzentration von Zivilprozessen*. Berlin: Walter de Gruyter, 1999, p.18; OBERHAMMER, Paul. *Objektiven Grenzen der materiellen Rechtskraft: Bindung und Präklusion*. *Op.cit.*, p.216-218.

<sup>1287</sup> STROHMAYER, Peter. *Urteilswirkungen*. *Op.cit.*, p.24.



No caso *Tatry v. Maciej Rataj*,<sup>1288</sup> cuidava-se do transporte de óleo de soja realizado a bordo do navio Tatry, pertencente a uma empresa polonesa. O transporte da carga seria parcialmente realizado numa viagem do Brasil para o porto de Rotterdam, na Holanda, e depois parte do carregamento seguiria para Hamburgo, na Alemanha. Os donos da carga reclamaram com a empresa proprietária do navio porque, no curso da viagem, a carga teria sido contaminada por óleo diesel e hidrocarbonetos. Não se resolvendo o conflito, foi proposta uma demanda declaratória em Rotterdam, ajuizada pelo dono do navio contra alguns dos proprietários da carga contaminada, na qual se pedia a declaração de que não existia, naquele contrato, dever de garantia pela impureza ou poluição em razão do transporte. Posteriormente, um dos réus nesta demanda, por sua vez, ajuizou em Londres uma ação de arresto do navio, pedindo ainda indenização por causa da poluição da carga, cuja culpa atribuía ao dono da embarcação.<sup>1289</sup> O Tribunal Europeu decidiu que a questão da existência ou não da garantia e da responsabilidade pela pureza da carga durante o transporte estava no “ponto central” dos dois processos, reconhecendo a litispendência entre eles. E chegou a este entendimento mesmo tendo sido a primeira demanda formulada com um formato negativo (declaratória negativa) e a segunda com pedido positivo (condenatória). Para a corte, mesmo não havendo tríplice identidade, o pedido na segunda demanda seria consequência natural da decisão na primeira.

Por fim, no caso *Drouot Assurances SA v. CMI Industrial Sites e outro*,<sup>1290</sup> a corte europeia avançou ainda sobre a questão dos limites subjetivos, afirmando que a identidade de partes deve ser compreendida como identidade de interesses materiais. Nesse diapasão, devem ser considerados como incluídos na esfera de estabilidade todos aqueles que foram atingidos pela vinculação, ainda que formalmente sejam sujeitos diversos.

A jurisprudência sobre o objeto do processo vem sendo mantida e reiterada em vários acórdãos posteriores,<sup>1291</sup> o que nos permite afirmar sua consolidação. Ademais, mesmo tendo sido precedentes que examinavam a litispendência, suas conclusões podem ser estendidas à disciplina da coisa julgada, até porque litispendência e coisa julgada representam facetas de um

<sup>1288</sup> C-406/92, j.06 de dezembro de 1994.

<sup>1289</sup> Na verdade, foram várias as demandas ajuizadas na Inglaterra e na Holanda a respeito do caso. A complexidade dos fatos nos faria perder o foco na questão central, pelo que remetemos o leitor às razões do próprio julgamento sobre os detalhes de todas as demandas.

<sup>1290</sup> C-351/96, j.19 de maio de 1998.

<sup>1291</sup> Vejam-se os seguintes casos, onde a principiologia dos anteriores foi mencionada e endossada: *Purrucker v. Vallés Pérez* (C-296/10, j.09 de novembro de 2010); *Roche Nederland BV e outro v. Frederick Primus e Milton Goldenberg* (C-539/03, j.13 de julho de 2006); *Maersk Olie & Gas A/S v. Firma M. de Haan en W. de Boer* (C-39/02, j.14 de outubro de 2004); *Erich Gasser GmbH v. MISAT Srl* (C-116/02, j.09 de dezembro de 2003); *Gantner Electronic GmbH v. Basch Exploitatie Maatschappij BV* (C-111/01, j.08 de maio de 2003); *Elsbeth Freifrau von Horn v. Kevin Cinnamon* (C-163/95, j.09 de outubro de 1997).

mesmo objetivo processual, que é evitar a reprodução de atividades desnecessárias, a primeira relacionada com a simultaneidade de processos, a segunda com a retomada de discussão finda.<sup>1292</sup>

Da análise desses precedentes, a primeira e mais importante constatação é que o Tribunal Europeu desacoplou a teoria da litispendência, e com ela a coisa julgada, do conceito de objeto do processo próprio da tradição romano-germânica,<sup>1293</sup> com uma ampliação de seu conteúdo para o “perímetro” da pretensão.<sup>1294</sup> Também se vê claramente, da leitura dos acórdãos, que mais importante para o tráfego jurídico, na visão da corte, é a *proibição de contradição* entre decisões, ressaltando-se os interesses públicos na harmonia sistêmica e economia de juízos.

Além disso, observa-se que a linha que perpassa a análise do Tribunal da União Europeia é a verificação do “escopo da tutela” como cerne do exame das estabilidades processuais,<sup>1295</sup> com a análise da projeção das consequências pretendidas pelos litigantes nos dois processos. E a compatibilidade entre esses escopos deve ser verificada através dos argumentos utilizados pelos sujeitos do processo para justificar seus objetivos.<sup>1296</sup>

#### 7.3.4 Avaliação das novas teses sobre o objeto do processo

Ao verificarmos as teses anteriores, podemos imediatamente identificar alguns aspectos que as agrupam. Todas buscam inserir na análise das estabilidades elementos que permitam

<sup>1292</sup> A similitude entre as duas exceções é salientada na doutrina. Cf. GAUL, Hans Friedhelm. *Die Entwicklung der Rechtskraftlehre seit Savigny und der heutige Stand*. *Op.cit.*, p.513; CALAZA LÓPEZ, Sonia. *La cosa juzgada*. *Op.cit.*, p.82-83. Otto afirma que o *ne bis in idem*, por incorporar a técnica de um pressuposto processual negativo, complementa a exceção de litispendência. Cf. OTTO, Hansjörg. *Die Präklusion*. *Op.cit.*, p.85. A proximidade entre litispendência e coisa julgada também é destacada na jurisprudência do Tribunal Supremo espanhol, como se vê nos seguintes casos: SSTS nº137/1997, 16 de janeiro de 1997; nº505/1993, 09 de fevereiro de 1993; nº18143/1994, 08 de julho de 1994; nº5277/1994, 08 de julho de 1994; nº5057/1998, 31 de junho de 1998; nº6858/1999, 02 de novembro de 1999; nº2413/2005, 19 de abril de 2005.

<sup>1293</sup> Leipold defende essa ruptura para a litispendência. LEIPOLD, Dieter. *Wege zur Konzentration von Zivilprozessen*. *Op.cit.*, p.20. Porém, podemos afirmar que o mesmo serve para a coisa julgada porque os exames da litispendência e da coisa julgada são os mesmos, historicamente nascidos do *ne bis in idem* e consistentes na análise da equivalência do objeto do processo. A única diferença do exame da litispendência e da coisa julgada diz respeito ao momento, por assim dizer, do término da discussão em um dos processos. Porém, no que tange ao objeto do processo, os exames são absolutamente idênticos, e portanto não se pode coerentemente defender que há um conceito de *Streitgegenstand* para fins de verificação de litispendência e outro para fins de analisar a coisa julgada.

<sup>1294</sup> *Gubisch v. Palumbo*, 8 de dezembro de 1987, causa 144/86; *Tatry v. Maciej Rataj*, 6 de dezembro de 1994, causa C-406/92; *Gantner v. Basch*, 8 de maio de 2003, causa C-111/01. Nestes casos o objeto do processo só é examinado para fins de determinar a litispendência comunitária para evitar julgamentos conflitantes que poderiam gerar a consequente negativa de reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras nos termos da Convenção de Bruxelas, hoje art. 34, nº 3 Reg. /CE 44/2001. Não obstante, a jurisprudência iniciada em *Gubisch v. Palumbo* trouxe influência sobre a definição de objeto do processo também em nível nacional na Europa. Cf. ATTARDI, Aldo. *Prime considerazioni sulla nozione di litispendenza nella Convenzione di Bruxelles*, in *Studi in onore di Mandrioli*, Padova, 1995, p.1005 ss., 1012.

<sup>1295</sup> GOTTWALD, Peter. *Streitgegenstandslehre und Sinnzusammenhänge*. *Op.cit.*, p.91; RECHBERGER, Walther H.; SIMOTTA, Daphne-Ariane. *Zivilprozessrecht*. *Op.cit.*, p.199-201.

<sup>1296</sup> Essa tendência é percebida em outras cortes nacionais, como o Tribunal Federal suíço. Confirmam-se as seguintes decisões: BGE 112 II 272; BGE 119 II 90; BGE 121 III 477; BGE 123 III 19; BGE 125 III 242. Na doutrina, SCHWANDER, Daniel. *Die objektive Reichweite der materiellen Rechtskraft...* *Op.cit.*, p.155.

extrair a possibilidade de rediscussão levando em consideração interesses públicos. Passa a ser importante a análise da *interferência* ou *intromissão* das consequências jurídicas pretendidas pelas partes na esfera de regulação do outro processo.

Essa interferência dos efeitos pretendidos pelas partes, verificada teleologicamente (os escopos dos litigantes), deve ser aferida não só na relação finalística entre vários atos e expectativas, mas na incompatibilidade lógica entre o atual e o porvir, devendo ser medida e percebida pela fundamentação dos atos processuais.<sup>1297</sup> Os métodos para empreender esta análise reforçam a relação entre a argumentação dos sujeitos do processo e um modelo de estabilidades.

Em todas as formulações, ressalta ainda a importância da proibição de contradição para o tráfego jurídico, sendo todos modelos que se preocupam com valores não privatistas como a coerência sistêmica e a economia processual.

#### **7.4 Teses que buscaram estender a coisa julgada às razões**

##### **7.4.1 A volta à fundamentação da sentença: a extensão das estabilidades aos motivos das decisões judiciais e às questões prejudiciais**

Outra vertente que procurou solucionar problemas práticos criados pelo isolamento da fundamentação em relação às conclusões apelou para um movimento de revitalização da vinculação dos motivos. Haveria uma necessidade de retornar à fundamentação, agora não mais os argumentos que embasam a pretensão (como nas teses de ampliação do objeto do processo para além do pedido), mas sim um retorno às razões da sentença, com extensão da coisa julgada à motivação da decisão.

Neste sentido, parcela da doutrina flexibilizou a tradição da restrição formal dos limites objetivos, ampliando consideravelmente as possibilidades de que a fundamentação (ou parte dela) torne-se imutável e indiscutível. Isso é especialmente relevante para a indiscutibilidade posterior de *questões prejudiciais* conhecidas no primeiro processo.

Entendemos ser correto falar-se em um “retorno” à fundamentação da sentença, porque, durante muito tempo e enquanto este debate ainda estava aceso, houve de fato quem sustentasse que a motivação da decisão (toda ela ou algumas de suas partes) tornar-se-ia vinculante com a

<sup>1297</sup> STROHMAYER, Peter. *Urteilswirkungen*. *Op.cit.*, p.9, 15, 25, 28-29, 54-55.

coisa julgada. E o tema pairou durante anos com foros de pacificidade. Somente depois da edição da ZPO alemã, e estritamente à luz do direito positivo, iniciou-se uma completa mudança de rumo neste tema. Vejamos como se deu esta discussão.

#### 7.4.1.1 Primeiras formulações

##### 7.4.1.1.1 Das teses de Savigny e Windscheid ao advento da ZPO alemã

Os primeiros estudos processuais sistemáticos pregavam a vinculatividade das razões da sentença em processos posteriores. Savigny, p.ex., reconhecia a relação lógica que há entre as razões de decidir e a consequência pronunciada, defendendo que a coisa julgada deveria estender-se a todos os “*Urteilselemente*”, isto é, a todos os elementos da decisão que estivessem ligados à conclusão negativa ou positiva do juiz a respeito da demanda.<sup>1298</sup> Como visto no primeiro capítulo, só seriam excluídos os motivos que representassem fatores de convencimento “puramente subjetivo” do magistrado, mas a tese incluía na proteção da coisa julgada a resolução das questões prejudiciais. Assim, a solução sobre a propriedade vincularia o processo sobre a servidão; a condição de herdeiro, atestada num primeiro processo, seria vinculante em lide futura em que se pretendesse uma coisa compreendida na universalidade da herança; o parentesco, reconhecido no primeiro processo, seria vinculante na ação de alimentos subsequente, e assim em diante.<sup>1299</sup>

Windscheid, embora reconhecendo tratar-se de questão muito controvertida, acatou os argumentos de Savigny e também defendeu que todos os elementos da fundamentação seriam alcançados pela coisa julgada, desde que fossem “pressupostos necessários” para a compreensão da lide no segundo processo. Sustentava a mesma vinculatividade para as exceções do réu que tivessem sido decididas no primeiro processo.<sup>1300</sup>

<sup>1298</sup> SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen Römischen Rechts. Op.cit.*, vol.VI, p.350 ss, especialmente p.358; 394 ss; 417 ss; 451 ss.

<sup>1299</sup> *Ibidem*, p.273 ss, 347 ss, 361, 435 ss. Confira-se a evolução em GAUL, Hans Friedhelm. *Die Entwicklung der Rechtskraftlehre seit Savigny und der heutige Stand. Op.cit.*, p.471 ss.

<sup>1300</sup> WINDSCHEID, Bernhard. *Lehrbuch des Pandektenrechts*. 5. ed., Frankfurt am Main: Rütten & Loening, vol.1, 1882, p.393-398, e notas 20, 21, e p.400-401, nota 6. Note-se que a posição foi alterada na nona edição, *Op.cit.*, p.660, nota 21a, reconhecendo-se a vitória da concepção até hoje dominante da limitação objetiva ao dispositivo.

Não é preciso destacar que eram dois dos maiores juristas de seu tempo a defender a tese da abrangência da coisa julgada sobre as razões de decidir, o que certamente emprestou a este posicionamento enorme importância histórica.

E foi só a partir da edição da ZPO alemã, com a introdução do instituto da ação declaratória incidental, que houve uma total reviravolta no debate. Sem embargo, a própria exposição de motivos da ordenança processual tedesca afirmava que o novo código pretendia afastar as teses até então existentes sobre a vinculatividade das razões. Estava sacramentada a segmentação da coisa julgada e sua restrição objetiva apenas ao dispositivo, que foi amplamente propagada pela doutrina alemã desde então.<sup>1301</sup>

#### 7.4.1.1.2 Os possíveis erros nas premissas das primeiras formulações

É evidente, de início, que as primeiras teses a respeito da vinculatividade das razões impunham variadas dificuldades práticas,<sup>1302</sup> como p.ex. aplicar a diferença de Savigny entre os motivos “objetivos” e “subjetivos” da decisão a fim de definir quais seriam os “elementos da sentença” que adquiririam estabilidade.<sup>1303</sup>

Porém, em nosso sentir, talvez estas teses tenham sido frustradas por causa das premissas teóricas das quais partiam. É que seus defensores, como Savigny e Windscheid, eram adeptos das teorias materiais da coisa julgada, que precisavam essencialmente das razões de decidir para se sustentarem. P.ex., a tese de Savigny de que a coisa julgada seria uma “ficção da verdade” externada na sentença dependia da motivação da decisão para que se pudesse saber qual seria a tal “verdade”.<sup>1304</sup>

Quem sabe por isso os partidários da vitoriosa concepção “processual” da coisa julgada tenham buscado rejeitar também a vinculatividade das razões de decidir. Era natural às novas teses processuais: se a coisa julgada não cria direitos, não tem nenhuma ligação com a “verdade”,

<sup>1301</sup> De fato, os doutrinadores germânicos afirmam em peso que o legislador da ZPO quis expressamente rejeitar a tese de Savigny. Cf. HABSCHIED, Walter J. *Der Streitgegenstand im Zivilprozess. Op.cit.*, p.286; *Idem*, *Die materielle Rechtskraft des die negative Feststellungsklage aus Beweislatgründen abweisenden Urteils. Op.cit.*, p.2643; SCHWAB, Karl Heinz. *Die Bedeutung der Entscheidungsgründe, in Festschrift für Eduard Bötticher zum 70.Geburtstag*. Berlin: Duncker & Humblot, 1969, p.324.

<sup>1302</sup> PARRY, Adolfo E. *Limites objetivos de la cosa juzgada. Op.cit.*, p.856.

<sup>1303</sup> Veja-se um resumo das críticas, com fartas referências bibliográficas em GAUL, Hans Friedhelm. *Die Entwicklung der Rechtskraftlehre seit Savigny und der heutige Stand. Op.cit.*, p.477-480.

<sup>1304</sup> Como se percebe da sua própria argumentação: SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen Römischen Rechts. Op.cit.*, vol.VI, p.351. Sobre o tema, MILLAR, Robert Wyness. *The premises of the judgement as res iudicata in continental and anglo-american Law. Op.cit.*, p.10.

seria possível isolá-la dos motivos, imunizando e tornando vinculativa somente a conclusão final do juiz.

Ainda assim, muitos foram os defensores da teoria processual que perceberam o foco do problema e que, mesmo apoiando a limitação objetiva ao dispositivo, ainda assim salientavam os inconvenientes que esta restrição podem criar. Chiovenda, p.ex., apesar de sustentar a exclusão da vinculatividade das razões, reconhecia que não se pode isolar a conclusão das razões em que se funda.<sup>1305</sup>

Porém, o debate sobre a natureza processual ou material da coisa julgada era ainda demasiado aceso no início do séc.XX, e demorou até que se pudesse, racionalmente e sem paixões, retornar ao tema da vinculatividade das razões.

#### 7.4.1.2 A busca pela diferenciação dos tipos de argumentos: as “premissas necessárias” para a compreensão do dispositivo

Esse isolamento entre a regra final e a motivação da sentença, por proporcionar perplexidades em determinadas hipóteses, levou a algumas atenuações doutrinárias. Muitos passaram a sustentar que as razões, os fundamentos, poderiam ser usados para “interpretar” o dispositivo da sentença quando este não fosse claro.<sup>1306</sup> Couture engrossou este coro, afirmando que, em regra, a coisa julgada não atinge a fundamentação a não ser que o dispositivo expressamente faça referência a ela para seu melhor entendimento, quando então se deveriam acessar as razões para compreender seu alcance.<sup>1307</sup> Aliás, esta última hipótese é comum na *praxis* judiciária brasileira (ex: “julgo procedente o pedido, para condenar ao pagamento da quantia X, acrescida de juros *na forma da fundamentação*”).

E mais além dessa função interpretativa do dispositivo, outros autores começaram realmente a estender a vinculatividade da coisa julgada para conteúdos da fundamentação.<sup>1308</sup> Para tanto, procuraram diferenciar, na motivação da sentença, certos elementos que fossem “essenciais” ou “premissas necessárias” para a conclusão judicial, de outros que fossem apenas argumentos laterais. No Brasil, p.ex., Ronaldo Cunha Campos também diferenciava razões e motivos, concluindo que o encadeamento dos fatos, se for razão de decidir, seria também

<sup>1305</sup> Por todos, CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di Diritto Processuale Civile. Op.cit.*, p.325.

<sup>1306</sup> JAUERNIG, Othmar. *Zivilprozessrecht*. 29. ed., München: C.H.Beck, 2007, p.204.

<sup>1307</sup> COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Op.cit.*, p.349-351.

<sup>1308</sup> PARRY, Adolfo E. *Limites objetivos de la cosa juzgada. Op.cit.*, p.853.

acobertado pela *res iudicata*. Foi essa linha de investigação que levou à distinção, para fins de vinculação da coisa julgada, entre fatos secundários e fatos principais (ou fatos acessórios e fatos principais). Os fatos principais seriam aqueles que remeteriam aos pressupostos lógicos da decisão, qualificados pelas partes como fundamentais e relevantes para a individualização da demanda. Os fatos secundários (também chamados de “simples” ou “acessórios”), por sua vez, seriam meros argumentos de reforço, como, p.ex., de apoio às alegações referentes à prova ou sobre a modalidade dos fatos principais. Nessa perspectiva, somente os fatos principais tornar-se-iam estáveis pois só estes teriam autonomia e importância para produzirem efeitos jurídicos preclusivos; os fatos simples não entrariam nesta área de incidência.<sup>1309</sup>

A distinção é criticada porque, na prática, é muito difícil implementar a diferenciação entre fatos principais e secundários. A mesma dificuldade se pôde observar nos EUA (Cap.3), o que levou a jurisprudência a abandonar esta distinção como critério aplicativo.

#### 7.4.1.3. A técnica de exclusão do “oposto incompatível” e suas contradições teóricas

##### 7.4.1.3.1 A jurisprudência do *Bundesgerichtshof*

Ainda com o intuito de evitar as deficiências do método da tríplice identidade, a doutrina<sup>1310</sup> e a jurisprudência<sup>1311</sup> alemãs desenvolveram uma técnica que buscaria não apenas comparar elementos formais, mas identificar o conteúdo da pretensão. Esta técnica poderia ser denominada “exclusão do oposto incompatível” (*kontradiktorische Gegenteil*).

O método pretende verificar contradições lógicas entre o processo anterior e o possível resultado do processo em exame e, em certa medida, já fora defendido em doutrina, no Brasil e no direito comparado, tanto pelos modernos quanto pelos mais antigos.<sup>1312</sup> Trata-se de uma técnica baseada e estruturada numa formulação hipotética de possibilidades de decisão no

<sup>1309</sup> CAMPOS, Ronaldo Cunha. *Limites objetivos da coisa julgada*. 2. ed., Rio de Janeiro: Aide, 1988, p.81.

<sup>1310</sup> HABSCHIED, Walther J. *Die materielle Rechtskraft des die negative Feststellungsklage aus Beweislastgründen abweisenden Urteils*. *Op.cit.*, p.2643.

<sup>1311</sup> BGH in NJW, 1965, p.42; BGHZ 123, 137 (139), também publicada em NWJ, 1993, p.2684; BGH NJW, 1983, p.2032.

<sup>1312</sup> Uma tal técnica já poderia ser vista, ainda que sem os refinamentos atuais, em SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen Römischen Rechts*. *Op.cit.*, vol.VI, p.271, 413, 416; KELLER, Friedrich Ludwig von. *Ueber Litis Contestation und Urtheil nach classischem Römischen Recht*. *Op.cit.*, p.229-230; *Idem*, *Pandekten*. *Op.cit.*, p.190; ENDEMANN, Wilhelm. *Das Prinzip der Rechtskraft*. *Op.cit.*, p.49 e 66. Posteriormente, por todos, NIKISCH, Arthur. *Zivilprozeßrecht*. *Op.cit.*, p.407, 419-420. No Brasil, Cf. THEODORO JR., Humberto. *Coisa julgada, ação declaratória seguida de condenatória*. *Op.cit.*, p.91: “Haverá, portanto, ofensa à coisa julgada sempre que ao julgar a segunda demanda o juiz tenha que contraditar, no todo ou em parte, a solução da sentença anterior”. TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. *Op.cit.*, p.70: “o pedido de um resultado que seja prática e objetivamente incompatível com o resultado estabelecido no *decisum* anterior”.

segundo processo, comparando-as com o resultado do processo anterior: se alguma contradição lógica for observada é porque, total ou parcialmente, as pretensões são idênticas.

Sem embargo, em sua petição inicial, o autor alega fatos e consequências jurídicas; se o juiz nega-lhe a consequência, não fica excluída a possibilidade de outra configuração jurídica do mesmo fato. Mas se o juiz afirma a consequência jurídica pretendida pelo autor, excluem-se todas as demais incompatíveis com a conclusão.<sup>1313</sup> Portanto, a coisa julgada limitar-se-ia à consequência jurídica declarada, vale dizer, só ao resultado da aplicação da norma à causa de pedir apreciada. Por isso, diz-se que a decisão englobaria uma proibição de reprodução voltada contra todas as soluções que fossem incompatíveis com esta consequência.<sup>1314</sup>

A ideia parece acrescentar um terceiro caso de aplicação da coisa julgada: além da identidade de objetos (efeito negativo), e dos casos de prejudicialidade (efeito positivo), haveria uma terceira hipótese em que a vinculatividade da coisa julgada poderia ser aplicada: a incompatibilidade lógica.

Ressalte-se que não há um retorno à tese de Savigny pois não se defende vinculatividade ampla de toda a fundamentação. Como se baseia no formato subsuntivo do julgamento, a incompatibilidade deve ser aferida pelas conclusões e pelas razões que sejam “determinantes” para atingir as conclusões.<sup>1315</sup> Continua não havendo vinculação das questões prejudiciais ou qualquer outro ponto da fundamentação que não seja determinante.<sup>1316</sup>

#### 7.4.1.3.2 Oposto incompatível nas ações declaratórias negativas: a posição da corte e as críticas da doutrina

Interessante é a aplicabilidade do oposto incompatível nas ações declaratórias negativas, nas quais a pretensão do autor é de que o juízo pronuncie que uma relação jurídica não existe. Isso porque, nas ações declaratórias *positivas*, quando se pede a declaração de *existência* de um direito, todos os fatos que possam conduzir à constatação da inexistência estão abrangidos. De fato, para que haja procedência, devem ser afastados todos os motivos que conduziram à

<sup>1313</sup> Cf. POHLMANN, Petra. *Zivilprozessrecht*, *Op.cit.*, p.283-285.

<sup>1314</sup> MUSIELAK, Hans-Joachim. *Grundkurs ZPO*. *Op.cit.*, p.372. Note-se que não há necessidade de que o segundo processo corresponda a uma negação do primeiro: basta a contradição lógica. Cf. RECHBERGER, Walther H.; SIMOTTA, Daphne-Ariane. *Zivilprozessrecht*. *Op.cit.*, p.470-471.

<sup>1315</sup> Na doutrina clássica, ROSENBERG, Leo. *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*. *Op.cit.*, p.691-693.

<sup>1316</sup> Cf. SCHWAB, Karl Heinz. *Die Bedeutung der Entscheidungsgründe*. *Op.cit.*, p.340.



ineficácia (em sentido amplo) do direito. Mas, nas ações desconstitutivas e nas declaratórias negativas, a causa de pedir limita-se ao fundamento fático-jurídico alegado em concreto.

Segundo a jurisprudência do BGH,<sup>1317</sup> nas ações declaratórias negativas, se a demanda é julgada procedente e advém a coisa julgada, fica assentado que a relação jurídica não existe; se a demanda é rejeitada, ocorre exatamente o contrário: a existência da relação jurídica seria afirmada com força de coisa julgada. Haveria então uma vinculação “inversa” ou “dúplice”.<sup>1318</sup>

Não obstante, a literatura germânica majoritária critica o entendimento de seu tribunal superior. Segundo a opinião prevalente, só poderia haver vinculação “positiva” (isto é, a vinculação da *rejeição da declaratória negativa* transitada em julgado) quando o juízo no primeiro processo expressamente rejeitar a demanda *porque a relação jurídica existe*, ou então quando afirmar, nas razões de decidir, o valor exato da dívida cuja existência ficou comprovada.<sup>1319</sup> Caso contrário, ao afirmar-se uma tal vinculação, estaríamos nos apropriando de algo que não constava do julgamento anterior, um verdadeiro “fantasma” para o autor, que não assumiu este risco ao formular sua demanda.<sup>1320</sup>

Todavia, observe-se que há casos de ação declaratória negativa em que simplesmente não há fundamentação clara e contundente, seja pela existência seja pela inexistência da relação jurídica. O exemplo mais importante é a rejeição da demanda com base em regras de ônus da prova.<sup>1321</sup> Nesta hipótese, é discutível se o juiz do segundo processo poderia considerar a relação

<sup>1317</sup> BGH in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1983, p.2033; BGH in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1995, p.1757: “Ein Urteil, das eine negative Feststellungsklage aus sachlichen Gründen abweist, hat grundsätzlich dieselbe Rechtskraftwirkung wie ein Urteil, das das Gegenteil dessen, was mit der negative Feststellungsklage begehrt wird, positiv feststellt”. (Tradução: “Uma sentença que rejeita uma ação declaratória negativa por razões materiais tem basicamente a mesma eficácia da coisa julgada que uma sentença que o declara positivamente o contrário do que foi pedido com a ação declaratória negativa”).

<sup>1318</sup> Esta posição jurisprudencial ganhou o importante apoio doutrinário de Habscheid. HABSCHIED, Walther J. *Die materielle Rechtskraft des die negative Feststellungsklage aus Beweislastgründen abweisenden Urteils*. *Neue Juristische Wochenschrift*, ano 41, nº42, outubro, 1988, p.2641 ss. Segundo ele, a sentença que rejeita a demanda nega a existência do direito material e, para chegar a essa conclusão, o juiz, por força do *iura novit curia*, deveria tentar qualificações da pretensão à luz de todas as normas. Assim, não será possível repropor a demanda com base em outra norma de direito material não apreciada pelo juiz na sentença anterior. Haveria, nestes casos, uma “extensão global” da coisa julgada, que só não ocorreria quando excepcionalmente o objeto do processo for ligado a um direito subjetivo específico e definido, como no caso de demandas declaratórias positivas ou quando o juiz tiver competência limitada. Confirma-se também HABSCHIED, Walter J. *L'oggetto del processo nel diritto processuale civile tedesco*. *Op.cit.*, p.463; SCHWANDER, Daniel. *Die objektive Reichweite der materiellen Rechtskraft...Op.cit.*, p.133.

<sup>1319</sup> TIEDTKE, Klaus. *Zur Rechtskraft eines die negative Feststellungsklage abweisenden Urteils*. *Neue Juristische Wochenschrift*, ano 43, nº 28, julho, 1990, p.1698 ss; LEPP, W. *Zwang zum Fehlurteil?* *Neue Juristische Wochenschrift*, ano 41, nº13, março, 1988, p.806-808.

<sup>1320</sup> TIEDTKE, Klaus. *Zur Rechtskraft eines die negative Feststellungsklage abweisenden Urteils*. *Op.cit.*, p.1700-1701. Cf. POHLMANN, Petra. *Zivilprozessrecht*, *Op.cit.*, p.285. Sobre o tema, na recente literatura brasileira, confira-se MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *A Coisa Julgada*. *Op.cit.*, p.81-83.

<sup>1321</sup> MUSIELAK, Hans-Joachim. *Grundkurs ZPO*. *Op.cit.*, p.372.

jurídica como existente se a decisão no primeiro processo, apesar de rejeitar a demanda declaratória negativa, não emitiu juízo conclusivo a respeito.<sup>1322</sup>

Vemos, portanto, que a técnica do oposto incompatível não resolveu os dilemas práticos das estabilidades.<sup>1323</sup> Mas, de fato, trata-se de um poderoso critério aplicativo para tentar aferir se um processo ingressa potencialmente na esfera de regulação de outro procedimento e então deveríamos questionar se poderia ser importada para o Brasil. O problema maior, em nosso entendimento, é que a técnica do “oposto incompatível” é incongruente com a limitação objetiva da coisa julgada ao pedido. Vejamos no item seguinte.

#### 7.4.1.3.3 A incoerência da extensão às razões com a regra clássica de limitação ao dispositivo

Com efeito, a tese do “oposto incompatível” traz consigo uma profunda contradição teórica, pois apresenta uma incoerente proposta para os limites objetivos da coisa julgada. Estender a coisa julgada para alguma parcela da fundamentação da decisão, de qualquer maneira que se queira (seja interpretativa, seja vinculativa), representaria a completa negação da concepção tradicional dos limites objetivos da coisa julgada ao dispositivo.

A tese do oposto incompatível baseia-se numa relação de incompatibilidade lógica entre dois objetos do processo<sup>1324</sup> que retorna às razões do julgamento para que se possa identificar efetivamente se há contradição. Ora, a pergunta que cabe é: por quê deveria haver essa “extensão” da coisa julgada ao oposto incompatível se a doutrina afirma que os limites objetivos da coisa julgada deveriam ser resolvidos apenas na sua restrição ao dispositivo, na sua estreita correlação com o pedido? Como pensar na vinculatividade do oposto incompatível ao decidido anteriormente se existe um tradicional apego ao pedido para definir os limites objetivos?<sup>1325</sup>

Assim, ou bem se admite que a estabilidade deva cobrir a fundamentação, e então se nega a limitação ao dispositivo; ou se mantém fiel à concepção restritiva. Não há outro caminho. Partir da premissa da limitação da coisa julgada ao dispositivo e depois aceitar extensões à fundamentação parece-nos profundamente incoerente.

<sup>1322</sup> POHLMANN, Petra. *Zivilprozessrecht*. *Op.cit.*, p.284-285. Habscheid entende que poderia ser uma decisão similar a um *non liquet*, e então a coisa julgada poderia depender ou estar relacionada com a prova. Contra, TIEDTKE, Klaus. *Zur Rechtskraft eines die negative Feststellungsklage abweisenden Urteils*. *Op.cit.*, p.1700.

<sup>1323</sup> Cf. STROHMAYER, Peter. *Urteilswirkungen*. *Op.cit.*, p.4.

<sup>1324</sup> SOUSA, Miguel Teixeira de. *O objeto da sentença e o caso julgado material*: estudo sobre a funcionalidade processual. *Op.cit.*, p.135-136.

<sup>1325</sup> Correto ZEUNER, Albrecht. *Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge*. *Op.cit.*, p.12.

Com efeito, se existem hipóteses em que algo além do *Streitgegenstand* é considerado para compreender o alcance e extensão da coisa julgada, temos que concluir que não existe uma correlação necessária entre o objeto do processo e os limites da *res iudicata*.<sup>1326</sup>

Em suma, a título de avaliação global das considerações anteriores, devemos salientar que estas formulações procuram, por assim dizer, uma ligação intraprocessual entre as razões e o dispositivo para justificar sua vinculatividade para processos futuros. Na visão dominante, os motivos só teriam, no máximo, função interpretativa do dispositivo,<sup>1327</sup> e o vínculo das razões era estudado a partir de uma relação de antecedente e consequente no próprio julgamento, e isso tanto na vertente das “premissas necessárias” como na variante do oposto incompatível.<sup>1328</sup>

Trata-se, primeiramente, de concepções que enxergam a sentença como um ato isolado, como norma pronta, esquecendo-se que a regra concreta não é produzida solitariamente pelo juiz, mas conjuntamente por todos os sujeitos condicionantes e condicionados. Portanto, vão de encontro à atual compreensão do contraditório. Além disso, pensar que a estabilidade resume-se a um exame da sentença final é reforçar a separação da coisa julgada das preclusões, e ainda ratificar a concepção de um único momento originante para os espaços de estabilidade.

Ora, se partimos do contraditório-influência e da ideia de cadeias de vínculo ultrapassantes, com seus espaços de estabilidade que unem os atos praticados no tráfego jurídico, a abordagem demonstra-se certamente inadequada. É que para verificar a ligação entre os atos da cadeia de vinculações (que gerou a estabilidade) e outras condutas futuras, a comparação deve conter algum elemento destes outros atos, e não apenas dados contidos no processo anterior. A perspectiva da estabilidade como decorrente de uma cadeia imersa em interações dialógico-comunicativas remete a uma abertura ao futuro, chamando-nos a empreender uma comparação *interprocessual* entre os conteúdos, os escopos dos litigantes, as esferas de regulação, e outras características do contraditório nestes procedimentos.

#### 7.4.1.4 A teoria de Albrecht Zeuner: a extensão às razões de decidir pelo nexo lógico-substancial

Uma das mais bem estruturadas tentativas de fornecer aos limites objetivos da coisa julgada uma roupagem teórica mais adequada sem dúvida foi a tese de Albrecht Zeuner, a qual,

<sup>1326</sup> *Ibidem*, p.176-177.

<sup>1327</sup> A importância interpretativa dos motivos para compreender o dispositivo é ressaltada sobretudo nas sentenças de improcedência. Confira-se BGH NJW, 1965, p.42; BGH NJW 1983, p.2032.

<sup>1328</sup> SCHWAB, Karl Heinz. *Die Bedeutung der Entscheidungsgründe*. *Op.cit.*, p.322-323, 333-334, 340.

embora em grande medida negligenciada no Brasil, vem ganhando renovada atenção doutrinária no estrangeiro.<sup>1329</sup> Faremos breve exposição da tese zeuneriana para, posteriormente e em conjunto com outras reflexões, estudar se e como suas ideias podem ser consideradas para o modelo de estabilidades proposto neste trabalho.

Em linhas gerais, Zeuner pugna por uma extensão da *res iudicata* às razões contidas na motivação da sentença, bem como sua vinculatividade em processos sucessivos, em virtude de um nexo lógico-substancial entre os conteúdos de dois processos. O autor deseja, em primeiro lugar, superar a concepção tradicional de que a limitação objetiva da coisa julgada cobriria apenas o *Streitgegenstand*, ou seja, o pedido do autor acrescido, se houver, da demanda reconvençional ou declaratória incidental.

Contra a tese convencional da limitação formalista da coisa julgada ao dispositivo, Zeuner defende que deveria haver vinculatividade da fundamentação em casos em que se observasse uma relação de *prejudicialidade-dependência* entre o conteúdo de dois ou mais processos, e não apenas uma relação lógico-formal,<sup>1330</sup> típica, p.ex., da tríplice identidade. A análise corresponderia a um passo além da ideia de prejudicialidade, admitindo que a extensão da coisa julgada pudesse derivar de uma “interdependência substancial” (*sachliche Zusammenhänge*), isto é, uma “relação de conteúdo” (*inhaltliche Beziehung*) que revelasse a “interdependência teleológico-jurídica” (*rechtliche Sinnzusammenhänge*) entre os objetos dos dois julgamentos.<sup>1331</sup>

Segundo Zeuner, haveria esta interdependência se o *efeito jurídico* pretendido na segunda demanda atingisse a “esfera de regulamentação jurídica” certificada (declarada conclusivamente) no primeiro julgamento. Quando isso ocorresse, poderia ser visualizado um vetor teleológico entre os dois julgamentos.<sup>1332</sup> A premissa zeuneriana, portanto, é de que cada processo tem um escopo que o caracteriza, que corresponde à tentativa de regulamentação de uma situação de direito material. A identificação deste “vetor teleológico” permitiria verificar a relação que se estabelece entre a regulamentação determinada no primeiro processo e outras pretensões exercidas em processos subsequentes. Veja-se, por conseguinte, que Zeuner tenta estabelecer um exame interprocessual das estabilidades.

<sup>1329</sup> BONTÀ, Silvana dalla. “Una ‘benefica inquietudine’ attraversa la giurisprudenza (europea e non) sui limiti oggettivi della res iudicata: un’apertura alle tesi zeuneriane su un vincolo del giudicato da Sinnzusammenhänge?”, mimeografado, no prelo, 2011.

<sup>1330</sup> *Ibidem*, p.30.

<sup>1331</sup> São muitas as expressões. Cf. ZEUNER, Albrecht. *Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge*. *Op.cit.*, p. 30, 44, 51, 57.

<sup>1332</sup> *Ibidem*, p.44-45.

Comparando-se estas esferas de regulamentação, quando a existência ou inexistência de uma consequência jurídica é afirmada em juízo, as regras da lógica excluiriam a possibilidade de que a mesma consequência, *ceteris paribus*, fosse infirmada em outra decisão em que devesse ser considerada como pressuposto, a não ser que tenha havido expressamente algum tipo de limitação ou restrição à declaração anterior.<sup>1333</sup>

Para defender uma extensão objetiva dos limites da coisa julgada para além do pedido, e aplicar sua premissa de que deve haver vinculatividade quando se observar uma intensa proximidade entre as questões debatidas em dois ou mais procedimentos, Zeuner reacende a importância da motivação da decisão, pois a regulamentação pretendida em um processo só poderia ser revelada a partir dos argumentos lançados pelas partes e pelo juiz.<sup>1334</sup>

Esta extensão aos motivos não seria ampla, mas “relativo-seletiva”, limitada aos motivos que “portem” elementos para verificar a esfera de regulamentação fixada na sentença, bem como aos fundamentos que possam indicar nexos lógicos com outros processos. Assim, Zeuner não retoma a tese de Savigny de que a coisa julgada deveria estender-se a todas as razões do julgamento;<sup>1335</sup> baseia-se, ao contrário, na chamada “teoria da fundamentação” (*Begründungstheorie*), pregando vinculação e estabilidade apenas dos motivos que sejam aptos a evidenciar a relação de interdependência teleológica (*Sinnzusammenhang*) entre os processos.<sup>1336</sup>

Assim, p.ex., imagine-se uma demanda reivindicatória em que o autor alega que o réu está na posse de um bem que lhe pertence; a demanda é julgada improcedente, sob o argumento de que o autor não é proprietário do bem reivindicado. Ao autor fica preclusa a possibilidade de repropor a demanda, mesmo que novos fatos surgirem, p.ex., ainda que o réu tenha assumido a posse direta do bem *após* a coisa julgada no primeiro processo. A justificativa para esta impossibilidade é que a questão da posse do réu sobre o bem não foi uma razão determinante para a conclusão do primeiro processo. Em tendo sido a questão sobre a propriedade do autor aquela que foi argumentativamente relevante para a regulação do primeiro processo, a segunda demanda, mesmo com a alegação nova sobre a posse, não seria admissível porque as razões para

<sup>1333</sup> *Ibidem*, p.27.

<sup>1334</sup> *Ibidem*, p.28, 39, 175.

<sup>1335</sup> Como abertamente expresso pelo autor. Cf. ZEUNER, Albrecht. *Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge*. *Op.cit.*, p. 57, 173. Confira-se, no mesmo sentido, CONSOLO, Claudio. *Il cumulo condizionale di domande*. Padova: Cedam, vol.I, 1985, p.500; PETERS, Egbert. *Zur Rechtskraftlehre Zeuners*. *Zeitschrift für Zivilprozeß*, ano 76, n.4, 1963, p.231.

<sup>1336</sup> CONSOLO, Claudio. *Il cumulo condizionale di domande*. *Op.cit.*, p.502-503, 505; PETERS, Egbert. *Zur Rechtskraftlehre Zeuners*, *Op.cit.*, p.233, 237-238.

a rejeição da pretensão, que se limitavam às considerações sobre a propriedade, mantiveram-se inalteradas.

## 7.5 A aceitação da vinculatividade da motivação da sentença na jurisprudência comparada

A tese de Zeuner foi rejeitada, em grande parte, pela jurisprudência<sup>1337</sup> e pela doutrina<sup>1338</sup> germânicas, que reafirmam os limites objetivos da coisa julgada com a aplicação do efeito positivo nos estreitos limites da prejudicialidade.<sup>1339</sup> O mesmo pode ser observado na doutrina de tradição latina, onde raramente se encontram referências à tese de Zeuner.

Contudo, apesar da rejeição da extensão da coisa julgada à motivação na doutrina prevalente em muitos países, a tendência proposta por Zeuner pode ser mais e mais observada na jurisprudência comparada ao redor do mundo. Faremos breve relato nos próximos itens.

### 7.5.1 A jurisprudência austríaca dos “casos especiais de prejudicialidade” (*Sonderfall-Judikatur*)

A jurisprudência austríaca, em tendência iniciada há décadas no *Oberste Gerichtshof* (OGH), admite a vinculação às questões prejudiciais quando, nos processos posteriores, verificarem-se hipóteses em que haja uma conexão de dependência lógica entre as questões contidas nos dois processos.

Segundo a corte, a limitação objetiva da coisa julgada nos termos clássicos – chamada de eficácia direta da coisa julgada (*unmittelbare Rechtskraftwirkung*) – seria aplicável apenas aos casos de objeto idêntico. De outro lado, quando os processos possuírem objetos diferentes, muitas sentenças do OGH admitem vinculação das razões por conta de uma “eficácia indireta”, que ocorreria em função de um nexo contencioso (*inhaltliche Bindungswirkung*) entre as demandas

<sup>1337</sup> A jurisprudência somente admitiu a tese zeuneriana em alguns poucos casos isolados, casos que são antigos e nos quais, talvez pela proximidade com a edição da tese de Zeuner, até seu trabalho é citado, afirmando a corte que o julgamento inibitório seria um “pressuposto” do processo de ressarcimento dos danos e então haveria uma continuação teleológica sancionatória da regulamentação anteriormente estabelecida. Algo similar também foi admitido nos casos de ação para obrigação de não fazer e posterior ressarcimento. Cf. BGHZ 42, 340 (352), decisão comentada depois pelo próprio ZEUNER, Albrecht. *Zur Rechtskraftwirkung des Unterlassungsurteils*. *Op.cit.*, p.147 ss. No mais, é predominante a rejeição à tese zeuneriana.

<sup>1338</sup> É raro, historicamente, apoio à tese de Zeuner, como se vê, p.ex., em BLOMEYER, Arwed. *Zivilproßrecht. Erkenntnisverfahren*. *Op.cit.*, p.490 ss; MARTENS, Joachim. *Rechtskraft und materielles Recht*. *Op.cit.*, p.441.

<sup>1339</sup> Contra Zeuner, por todos, Cf. JAUERNIG, Othmar. *Zivilprozessrecht*. *Op.cit.*, p.203. Na jurisprudência, Cf. BGHZ, 35, 338; BGH, in NJW 1993, p.2684-2685; BGH, in NJW, 1993, p.3204-3206. Na Espanha, confirmam-se as críticas de NIEVA FENOLL, Jordi. *La cosa juzgada*. *Op.cit.*, p.124.

nos casos em que se verifique uma “especial prejudicialidade”, daí então o nome pelo qual conhecida a doutrina: “*Sonderfall der Prejudizialität*”.<sup>1340</sup> Tal prejudicialidade seria observada quando as questões resolvidas no primeiro processo penetrassem na *fattispecie* constitutiva dos fatos alegados no segundo processo.<sup>1341</sup>

Mas a jurisprudência austríaca admite a aplicação da vinculatividade das razões também em outros casos, nos quais duas demandas possuam uma questão prévia (*anspruchsbegründende Voraussetzung*) comum, e seus objetos sejam aproximados por um nexó lógico-substancial estreito o suficiente para justificar a assunção das conclusões do primeiro processo para o segundo para promover a certeza, segurança jurídica e harmonia entre os julgamentos.<sup>1342</sup> Assim ocorreria, p.ex., com a questão prejudicial (*Vorfrage*) conhecida no primeiro processo: se esta questão estiver relacionada com as consequências jurídicas do segundo processo, há que se reconhecer a vinculação porque os efeitos pretendidos, de acordo com o direito material, derivam das conclusões do primeiro processo.

Para que possa ser reconhecida a vinculação das questões prejudiciais, e na tentativa de racionalizar a aplicação da tese, a jurisprudência identificou e desenvolveu certos critérios. O primeiro deles diz respeito à *natureza das questões* prévias: elas têm que ser *decisivas* para o processo posterior; e o segundo critério diz respeito ao *escopo regulativo* dos dois processos. Falemos destes dois balizamentos.

O conceito de questão *decisiva*, segundo a jurisprudência austríaca, parte do grau de influência que estas questões teriam na decisão do segundo processo. Neste diapasão, uma questão prévia será decisiva quando sua repercussão no segundo processo for *direta, importante, e exaurida*. *Direta* será a repercussão quando a questão prejudicial decidida no primeiro processo for *pressuposto lógico* para a construção do raciocínio no segundo processo. *Importante* será a questão se houver uma *dependência típica* desta para o raciocínio no segundo processo. Neste

<sup>1340</sup> OGH, 1 Ob 576/92, j. 14.07.1992. Confirmam-se também OGH, 9 Ob 501/95, j.11.01.1995; OGH, 8 ObA 291/95, j.18.01.1996; OGH, 4 Ob 1660/95, j.24.10.1995; OGH, 5 Ob 502/96, j.27.02.1996, OGH, 5 Ob 2152/96y, j.29.10.1996, OGH, 7 Ob 334/97m, j.11.11.1997; OGH, 5 Ob 12/99x, j.09.02.1999; OGH, 6 Ob 59/99s, j.20.05.1999; OGH, 7 Ob 184/99f, j.13.10.1999; OGH, 5 Ob 123/00z, j.26.09.2000; OGH, 6 Ob 130/01p, j.21.06.2001; OGH, 5 Ob 205/01k, j.29.01.2002.

<sup>1341</sup> OGH 12 abril de 1989, 3 Ob 11/89, 53: “*der Hauptfall [der gewissen Prejudizialität] ist gegeben, wenn der rechtskräftig entschiedene Anspruch überhaupt Vorfrage (bedingendes Rechtsverhältnis) für den neuen Anspruch ist, also der Inhalt der rechtskräftigen Entscheidung zum Tatbestand der mit der neuen Klage begehrten Rechtsfolge gehört*”. (Tradução: “o caso principal da prejudicialidade existe quando a pretensão decidida e transitada em julgado é afinal uma questão prévia (relação jurídica necessária) para a nova pretensão, isto é o conteúdo da decisão transitada em julgado pertence ao tipo da consequência jurídica pedida pela nova demanda”).

<sup>1342</sup> Dentre outros, os casos já citados OGH, 5 Ob 12/99x, j.09.02.1999; OGH, 6 Ob 59/99s, j.20.05.1999. Na doutrina, Cf. STROHMAYER, Peter. *Urteilswirkungen*. Op.cit., p.56; FASCHING, Hans W. *Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts*. Op.cit., p.767-768.

ponto, deve ser empreendido um exame da questão vista abstratamente, isto é, se o interesse material no segundo processo é ou não *tipicamente dependente* da questão resolvida no processo anterior. Mas também deverá ser considerada “importante” uma questão quando, no primeiro processo, as partes *concentraram sua atenção* sobre aquele ponto do debate, isto é, impede haver também um exame dinâmico da energia que as partes dispensaram àquele estrato específico da discussão. Trata-se, então, de verificar também a questão tal como concretamente debatida. Isso porque toda questão discutida possui, em relação à questão principal, um *potencial de tipificação* que, se for apenas em fraca medida implementado, pode gerar um indício de que as partes não conferiram àquele ponto do debate uma devida importância, podendo ter havido algum déficit de contraditório. Por fim, além de ser direta e importante, só será considerada *esgotada* ou *exaurida* a questão quando concretamente (o grau de discussão efetivamente operado) puder ser considerado encerrado o debate para as finalidades pretendidas pelas partes nos dois processos.<sup>1343</sup>

Esta última consideração nos leva ao segundo critério criado pelo OGH, que diz respeito à *ligação entre os escopos dos dois processos*. Trata-se de uma consideração não apenas das questões isoladamente consideradas, mas de sua acomodação no tráfego jurídico, e portanto sua importância para os processos futuros a partir da sua *previsibilidade*. Na visão do tribunal austríaco, para que as partes não sejam surpreendidas por uma extensão da vinculatividade da coisa julgada a pontos da decisão inesperados, a questão prejudicial não pode assumir, na segunda litigância, um significado diverso do que possuía no primeiro processo. Todavia, mantido o significado processual da discussão anterior, há a pressuposição de que as partes teriam tido oportunidade de exercer seu contraditório na plenitude das faculdades que ele compreende (argumentos, alegações, provas, etc.).

O critério para identificar quando essa possibilidade ocorreria deve ser a *superposição representativa dos escopos dos dois processos*, isto é, ambos os procedimentos sob análise devem possuir uma relação de conteúdo em que a esfera jurídica decorrente dos efeitos estáveis do primeiro julgamento possa ser, total ou parcialmente, atingida pela decisão potencial no segundo julgamento.

A jurisprudência sempre ressalva, na linha do que Zeuner também destacava, que não se trata de uma genérica extensão aos motivos, mas só àqueles que sejam determinantes por

---

<sup>1343</sup> STROHMAYER, Peter. *Urteilswirkungen*. *Op.cit.*, p.57-58.



portarem aspectos essenciais e necessários à conclusão. Mesmo assim, a tendência jurisprudencial austríaca recebeu duras críticas da literatura especializada em seu país.<sup>1344</sup> As objeções tratam, sobretudo, da suposta imprecisão terminológica e da falta de clareza da tese, mas deixam transparecer um apego aos traços clássicos do processo civil tedesco, como o conceito de objeto do processo e a disciplina tradicional dos limites objetivos da coisa julgada.

De fato, talvez deva ser de concordar parcialmente com autores como Oberhammer, que afirmam que denominar de “caso especial de prejudicialidade” o efeito vinculativo das razões significa desconsiderar que tais efeitos são compreendidos na disciplina da coisa julgada e das preclusões (na esfera do seu efeito negativo).<sup>1345</sup> Em nada ajudaria, portanto, a introdução de um novo nome; pelo contrário, haveria confusão taxinômica em razão de duas nomenclaturas para um mesmo fenômeno.

Porém, a par da questão terminológica, a tese aplicada pelos tribunais austríacos é relevante porque resgata a extensão desta vinculatividade às razões, algo que a doutrina tradicional nunca aceitou na Áustria e nos demais países de linhagem romano-germânica. E corresponde, à evidência, de uma aproximação com as ideias de Zeuner sobre a superposição das esferas regulativas dos dois procedimentos.<sup>1346</sup>

### 7.5.2 A jurisprudência japonesa: a boa-fé e a redefinição dos limites objetivos da coisa julgada

No Japão, logo após a edição da tese de Zeuner, alguns autores, como Uemura e Shindo, publicaram textos aderindo à ampliação da coisa julgada às razões de decidir.<sup>1347</sup> Algumas linhas sobre a tese de Shindo já constam do Cap.3.

Mas foi a partir de certas decisões das cortes nipônicas, que aceitaram a vinculatividade das razões de decidir em casos futuros (mesmo quando o objeto do processo não é idêntico), que a maior parte do desenvolvimento do tema pôde ganhar força no Japão.

<sup>1344</sup> RECHBERGER, Walter H. *Rechtssicherheit, Entscheidungsharmonie und Bindung an Vorfrageentscheidungen. Überlegungen zu den objektiven Grenzen der Rechtskraft im österreichischen Zivilprozeßrecht*, in HELDRICH, Andreas e UCHIDA, Takeyoshi. *Festschrift für Hideo Nakamura zum 70. Geburtstag*. Tokyo: Seibundo, 1996, p.479, 483-488; OBERHAMMER, Paul. *Objektiven Grenzen der materiellen Rechtskraft: Bindung und Präklusion*. *Op.cit.*, p.206 ss.

<sup>1345</sup> OBERHAMMER, Paul. *Objektiven Grenzen der materiellen Rechtskraft: Bindung und Präklusion*. *Op.cit.*, p.207-208.

<sup>1346</sup> STROHMAYER, Peter. *Urteilswirkungen*. *Op.cit.*, p.61-62, 70.

<sup>1347</sup> Cf. KOSHIYAMA, Kazuhiro. *Rechtskraftwirkungen und Urteilsanerkennung nach amerikanischem, deutschem und japanischem Recht*. *Op.cit.*, p.63 ss; YOSHIMURA, Tokushige. *Die Bindungswirkung der Entscheidungsgründe – aus der Sicht des collateral estoppel*. *Op.cit.*, p.240 e notas 2-3..

Embora com alguma resistência inicial, a tese de Shindo foi progressivamente ganhando a adesão de tribunais regionais, como os de Tóquio e Hiroshima.<sup>1348</sup> Na jurisprudência dos tribunais de superposição, o *leading case* na matéria – julgado pelo *Tribunal Superior* japonês do fim dos anos 70 – trata de uma sentença de improcedência do pedido de registro da propriedade no cartório de imóveis.<sup>1349</sup> Negada a propriedade, decidiu-se que a sentença vincularia um segundo processo em que se pleiteasse a retificação da inscrição, ainda que apresentado este novo pedido com base num título diverso. Na visão da corte, a repositura da demanda, pelo mesmo autor, representaria uma violação à boa-fé porque o mesmo “escopo” teria sido perseguido em ambos os processos, ainda mais se, pela leitura dos fundamentos da decisão no primeiro processo, ficasse evidenciado que a situação substancial teria sido solucionada “em sua totalidade”.<sup>1350</sup>

Note-se que diferença desta abordagem para aquelas anteriormente destacadas é que os tribunais japoneses utilizam o princípio da boa-fé como base para justificar o vínculo das partes em processos sucessivos.

A doutrina, a partir da solidificação destas premissas, passou a identificar uma “eficácia de exclusão”, produzida pela coisa julgada anterior, e que ocorreria quando, no curso do processo, as partes tenham dado a entender que manteriam um determinado comportamento no futuro, afirmando ou silenciando a respeito de certas circunstâncias e com isso produzindo uma expectativa nos demais sujeitos. A boa-fé e a proteção da confiança legítima gerariam estabilidade e impediriam contradições posteriores.<sup>1351</sup>

É de observar que, assim, a jurisprudência japonesa, e em certa medida também a jurisprudência austríaca, ambas se aproximam das soluções anglo-americanas do *estoppel* e do *abuse of process*,<sup>1352</sup> na linha da tese de Shindo sobre a vinculatividade dos “pontos

<sup>1348</sup> YOSHINO, Shozaburo. *Zur Lehre der Rechtskrafterstreckung*. *Op.cit.*, p.131-152.

<sup>1349</sup> OGH, 30 de setembro de 1976, *Minshu*, vol. 30, n.8, p.799, cujo conteúdo foi predominantemente aplicado pelos tribunais inferiores: OGH, 24 de março de 1977, *Kinyu Shoji Hanrei*, n. 548, p.39; OGH, 19 de janeiro de 1984, *Hanrei Jiho*, n. 1105, p.48; LG Tokio, 30 de março de 1987, *Hanrei Jiho*, n.º 1263, p.23; LG Osaka, 13 de novembro de 1986, *Hanrei Times*, n.629, p.204; LG Tokio, 12 de novembro de 1986, *Hanrei Jiho*, n.1215, p.135; LG Tokio, 26 de agosto de 1985, *Hanrei Jiho*, n.1200, p.84, todas decisões consultadas *apud* KOSHIYAMA, Kazuhiro. *Rechtskraftwirkungen und Urteilsanerkennung nach amerikanischem, deutschem und japanischem Recht*. *Op.cit.*, p.80 ss e notas.

<sup>1350</sup> OGH, 30 de setembro de 1976.

<sup>1351</sup> Fala a doutrina japonesa numa *Abschneidungswirkung*, uma “eficácia de exclusão” que estenderia os limites objetivos da coisa julgada para além do *Streitgegenstand*, mais ampla e abrangente de toda a “massa fática do processo” (*Verfahrenstatsachenmasse*). Esta eficácia compreenderia também as omissões (os fatos “calados”) de modo a precluir as alegações em processos futuros. Portanto, no momento da propositura, as partes poderiam prever o vínculo do julgamento apenas numa “medida mínima”. Só no processo sucessivo que o alcance da vinculação poderia ser verificado ao ser analisado pelo juiz a *Abschneidungswirkung*. Cf. KOSHIYAMA. *Rechtswirkungen und Urteilsanerkennung nach amerikanischem, deutschem und japanischem Recht*. *Op.cit.*, p.83 e ss.

<sup>1352</sup> YOSHIMURA, Tokushige. *Die Bindungswirkung der Entscheidungsgründe – aus der Sicht des collateral estoppel*. *Op.cit.*, p.241, 250.

controvertidos”. Todavia, lidam os japoneses com outros institutos para considerar haver uma tal estabilidade: ao invés da coisa julgada ou das preclusões, usam a boa-fé e a proteção da confiança.<sup>1353</sup>

Embora com a mesma intenção por nós compartilhada, de tentar uma conformação conjunta das estabilidades processuais num sistema único e coerente, resgatando também a importância das razões, o único reparo que a formulação japonesa talvez mereça é a desnecessidade de recorrer a institutos do direito civil para solucionar o problema da vinculação processual. Em nossa opinião, a preclusão basta para estes fins.

### 7.5.3 A jurisprudência espanhola e a vinculação das questões prévias fáticas e jurídicas

Também o *Tribunal Constitucional* espanhol teve oportunidade de afirmar a vinculatividade das questões prévias decididas. Para a corte, a segurança jurídica e o princípio da efetividade da tutela jurisdicional, valores que informam a disciplina da coisa julgada,<sup>1354</sup> exigiriam coerência e harmonia nas decisões judiciais se consideradas em seu conjunto, isto é, no tráfego jurídico.

Nessa linha, aos olhos dos órgãos do Estado, um fato não pode ter ocorrido e não ocorrido ao mesmo tempo. Se duas decisões pudessem significar uma tal incongruência sistêmica, estaríamos diante de grave vício lógico que repugnaria o mais básico senso de racionalidade e justiça.<sup>1355</sup>

A ressalva que faz o Tribunal Constitucional é aquela aplicável aos casos em que, ainda que estejamos diante dos mesmos fatos, estes tenham sido analisados a partir de perspectivas jurídicas diversas.<sup>1356</sup> Nestas hipóteses, à similitude da jurisprudência austríaca, que considera as

<sup>1353</sup> Diferença salientada na doutrina. Cf. YOSHIMURA, Tokushige. *Die Bindungswirkung der Entscheidungsgründe – aus der Sicht des collateral estoppel*. *Op.cit.*, p.240 e notas 2-3.

<sup>1354</sup> SSTC nº159/1987, de 26 de outubro de 1987; nº119/1988, de 20 de junho de 1988; nº189/1990, de 26 de novembro de 1990; ; nº171/1991, 16 de setembro de 1991; nº242/1992, de 21 de dezembro de 1992, nº135/1994, de 09 de maio de 1994; nº87/1996, de 21 de maio de 1996; nº106/1999, de 14 de junho de 1999; nº190/1999, de 25 de outubro de 1999; nº55/2000, de 28 de fevereiro de 2000. Parte das decisões faz referência à coisa julgada no processo penal e no processo do trabalho, mas em linha de princípio trata-se de jurisprudência aplicável também ao processo civil.

<sup>1355</sup> SSTC nº77, 03 de outubro de 1983; nº24, 23 de fevereiro de 1984; nº158/1985, 26 de novembro de 1985; nº189/1990, de 26 de novembro de 1990; nº182/1994, 20 de junho de 1994; nº190/1999, de 25 de outubro de 1999. Na STC nº62, 21 de maio de 1984, afirmou que “é evidente (...) que aos mais elementares critérios de razão jurídica repugna aceitar a firmeza de diferentes decisões judiciais, em virtude das quais resulte que os mesmos fatos ocorreram e não ocorreram, ou que uma mesma pessoa foi seu autor e não foi”. As esperanças doutrinárias de que a tese se proliferasse e multiplicasse na jurisprudência de outros tribunais não se confirmaram, pelo menos em relação à vinculação das resoluções de questões fáticas. Cf. OLIVA SANTOS, Andrés de la. *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*. *Op.cit.*, p.241-242. Cf. STS nº 5888/2009, 14 de julho de 2009.

<sup>1356</sup> SSTC nº 30, 26 de fevereiro de 1996, e nº 50, 26 de março de 1996. Na STC nº 151, de 02 de julho de 2001: “Y aunque es

relações interprocessuais e o contexto do debate em cada processo, entende a corte da Espanha que devemos perquirir se as questões comuns foram debatidas dentro do mesmo contexto argumentativo.

Idêntica solução se observa em diversas sentenças proferidas pelo *Tribunal Supremo*, considerando que várias questões debatidas e resolvidas no curso de um primeiro processo vinculam processos futuros.<sup>1357</sup>

Outra tendência importante na jurisprudência espanhola pode ser observada em muitas decisões também do Tribunal Supremo a respeito das alegações *omitidas* pelas partes, sobre a vinculação que estas omissões poderiam produzir em processos futuros. O tribunal tem se manifestado, em diversas oportunidades, no sentido de que a extensão da coisa julgada às prejudiciais não alegadas deve ser contextualizada na linha das funções públicas e da importância sistêmica do instituto da *res iudicata*, que serve para promover a harmonia entre os julgamentos e evitar a repetição indevida das discussões litigiosas.<sup>1358</sup>

Para o Tribunal Supremo espanhol, o problema das preclusões não está apenas localizado na vinculatividade das razões efetivamente aduzidas, mas também e sobretudo à extensão da coisa julgada às questões *deduzíveis*, especialmente àquelas logicamente relacionadas com a conclusão do processo.<sup>1359</sup>

Ao identificar quando deveria haver preclusão das questões não alegadas e que fossem logicamente relacionadas ao processo anterior, alguns critérios podem ser observados nas considerações da corte. No que tange à qualificação de uma questão como sendo “deduzível”, entende-se que assim podem ser denominadas as questões que *pudessem ter sido alegadas* durante o processo até o último momento temporal em que a alegação fosse permitida.<sup>1360</sup>

---

*verdad que unas mismas pruebas pueden conducir a considerar como probados o no probados los mismos hechos por los Tribunales de Justicia, también lo es que, afirmada la existencia de los hechos por los propios Tribunales de Justicia no es posible separarse luego de ellos sin acreditar razones ni fundamentos que justifiquen tal apartamiento. Y ello porque, en la realidad jurídica, esto es, en la realidad histórica relevante para el Derecho, no puede admitirse que algo es y no es, que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron, cuando la contradicción no deriva de haberse abordado unos mismos hechos desde perspectivas jurídicas diversas, y es claro que unos hechos idénticos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado, pues a ello se oponen principios elementales de lógica jurídica y extrajurídica”.*

<sup>1357</sup> Confiram-se as transcrições de diversas decisões, anteriores e posteriores à LEC de 2000, todas transcritas parcialmente no livro de TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel. *La cosa juzgada (Estudio de jurisprudência civil)*. *Op.cit.*, p.71 ss. Confira-se também a investigação de BANACLOCHE PALAO, Julio. *El ámbito de aplicación de la regla de la preclusión del artículo 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*. *Op.cit.*, p.74 ss.

<sup>1358</sup> SSTs nº 71/1982, 25 de junho de 1982; nº 6891/2004, 26 de maio de 2004.

<sup>1359</sup> SSTs, nº 6358/2006, 21 de julho de 2006; nº 735/1985, 22 de março de 1985; nº 13537/1991, 28 de fevereiro de 1991; nº 3709/1998, 06 de junho de 1998.

<sup>1360</sup> TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel. *La cosa juzgada (Estudio de jurisprudência civil)*. *Op.cit.*, p.112-117.

No entanto, ainda resta definir a *conexão lógica* das questões alegáveis com o restante do conteúdo da demanda anterior, um fator necessário para depreender que tenha havido preclusão.<sup>1361</sup> Para tanto, o tribunal espanhol, de há muito tempo, decide que o alcance dos efeitos preclusivos devem ser buscados a partir de uma *análise da fundamentação fática e jurídica* que serve de apoio às alegações das partes e à decisão do juiz.<sup>1362</sup>

#### 7.5.4 A doutrina e a jurisprudência suíças: o vínculo das prejudiciais por redução teleológica

Este retorno às razões para verificarmos a vinculatividade dos atos processuais pode ser observado também na recente jurisprudência suíça. Segundo os tribunais helvéticos, muitas sentenças inibitórias (para cessação de violações) ou que deliberam sobre obrigações de não fazer contêm uma declaração sobre a existência da conduta, e estas conclusões sobre a efetiva ocorrência do comportamento ilícito seriam vinculantes para processos sucessivos.<sup>1363</sup>

Também o mesmo vem sendo decidido nos casos de contratos com conteúdo sinalagmático. Segundo os tribunais, o legislador civil suíço pretende preservar o equilíbrio das prestações e, se o processo serve ao direito material, não poderia gerar a ruptura desse balanceamento pretendido pelas regras substanciais.<sup>1364</sup>

A doutrina, no mesmo sentido, afirma que o princípio tradicional de que a coisa julgada não cobre os motivos deveria ser tratado sob novas luzes. Essa limitação deveria ser entendida sob uma *redução teleológica*, ou seja, com o uso de técnicas de interpretação finalística para evitar resultados sistemicamente impraticáveis.<sup>1365</sup> Assim, nos casos em que a aplicação tradicional dos limites objetivos pudesse gerar consequências insustentáveis no campo do direito material, deveria haver a correção hermenêutica das regras legais para que o sinalagma contratual não fosse fulminado pela incidência da limitação objetiva da coisa julgada.

<sup>1361</sup> SSTS nº9439/1988, 21 de julho de 1988; nº5300/1991, 11 de outubro de 1991; nº19612/1992, 12 de maio de 1992; nº18216/1992, 27 de novembro de 1992; nº17693/1993, 11 de outubro de 1993.

<sup>1362</sup> SSTS nº3640/2009, 17 de junho de 2009; nº47/1982, 20 de maio de 1982; nº878/2009, 24 de fevereiro de 2009; nº8834/2007, 05 de dezembro de 2007. Sobre o tema, com vasta referência à jurisprudência espanhola sobre coisa julgada, inclusive de cortes locais, Cf. CALAZA LÓPEZ, Sonia. *La cosa juzgada. Op.cit.*, p.272 ss, especialmente p.333.

<sup>1363</sup> BGE, 121, III, p.474 ss, especialmente p.479. Na doutrina, SCHWANDER, Daniel. *Die objektive Reichweite der materiellen Rechtskraft – Ausgewählte Probleme. Ein Beitrag zum Verhältnis von materiellem Recht und Zivilprozessrecht*. Zürich: Schulthess, 2002, p.120 ss.

<sup>1364</sup> *Ibidem*, p.71 ss.

<sup>1365</sup> Encontra-se esta interpretação em SCHWANDER, Daniel. *Die objektive Reichweite der materiellen Rechtskraft...Op.cit.*, p.92-93.

Note-se, ainda uma vez aqui, uma preocupação com o tráfego jurídico, com as relações interprocessuais no sistema das estabilidades, e não apenas com uma visão isolacionista do processo em si.

#### 7.5.5 A jurisprudência cível e tributária italiana: a “eficácia regulamentar do julgado” e sua “capacidade expansiva”

Na Itália, também vem sendo de algum tempo notada a tendência de estender os limites objetivos da coisa julgada a pontos da motivação que resolvam tanto questões de fato como questões de direito.

Com efeito, a Corte de Cassação italiana tem interpretado os limites objetivos, em causas cíveis e tributárias, não apenas restrito ao âmbito do *petitum*, mas alcançando todo o *arco lógico* da decisão, inclusive no que tange aos pontos de fato.<sup>1366</sup> A consequência prática desta tendência é precluir o reexame das questões comuns que tenham sido decididas anteriormente, tanto em via de ação como em via de exceção.<sup>1367</sup> Essa solução vem sendo aplicada tanto no mesmo procedimento, quando sentenças endoprocessuais vinculam o juízo em fases sucessivas do processo, como também nas relações interprocessuais nos casos em que demandas distintas possuam elementos identificativos ligados por um nexo de dependência ou compatibilidade, por meio dos quais determinadas questões apreciadas no processo prévio sejam premissas lógicas ou indispensáveis para o segundo processo.<sup>1368</sup>

E se entende que, para que seja verificado o efeito preclusivo, basta que o contexto histórico fundamental que ensejou o litígio seja igual, pouco importando a identidade de

<sup>1366</sup> PETRELLA, Virginia. *Note problematiche sul giudicato in punto di fatto alla luce dei principi del giusto processo civile*, in *Studi in Onore di Carmine Punzi*. Torino: G.Giappichelli, 2000, p.423-424; TESAURO, Francesco. *Giudicato tributario, questioni pregiudiziali e imposte periodiche*. *Bolletino Tributario*, nº14, 2006, p.1173, 1175; Confirmam-se os seguintes acórdãos da Cassação italiana: Cass.21 de junho de 2004, nº5925; Cass.sez.lav. 08 de outubro de 2002, nº14414; Cass. 28 de outubro de 2005, nº21096; Cass.16 de maio de 2006, nº11365: “*allorquando due giudizi tra le stesse parti abbiano ad oggetto un medesimo negozio o rapporto giuridico, ed uno di essi sia stato definito con sentenza passata in giudicato, l'accertamento già compiuto in ordine alla situazione giuridica ovvero la risoluzione di una questione di fatto o di diritto che abbia inciso su un punto fondamentale comune ad entrambe le cause e che abbia costituito la logica premessa della statuizione contenuta nel dispositivo della sentenza passata in giudicato, precludono il riesame del punto accertato e risolto, anche se il successivo giudizio abbia finalità diverse da quelle costituenti lo scopo ed il petitum del primo*”. (Tradução: “mesmo quando dois juízos sobre as mesmas partes tenham por objeto um mesmo negócio ou relação jurídica, e um deles esteja definido com sentença transitada em julgado, a declaração já operado em respeito a uma situação jurídica ou mesmo a resolução de uma questão de fato ou de direito que tenha incidido sobre um ponto fundamental comum a ambas as causas e que tenha constituído premissa lógica da atestação contida no dispositivo da sentença passada em julgado, precluem o reexame do ponto declarado e resolvido mesmo se o juízo sucessivo tenha finalidade diversa daquelas que constituíam o escopo e o pedido do primeiro”).

<sup>1367</sup> Cass.civ., 16 de março de 1996, nº2205.

<sup>1368</sup> Cass.sez.trib., 13 de outubro de 2006, nº22036; Cass. 09 de julho de 2004, nº12739; Cass.24 de outubro de 1978, nº4807.

pedido.<sup>1369</sup> Aliás, em muitos casos, foi emprestada grande autonomia à apreciação de fatos históricos, aplicando a vinculatividade a processos distintos, com pedidos diferentes, mas nos quais as pretensões exercidas tivessem como base um ou mais fatos já analisados com sentença transitada em julgado. Exemplos de grupos de casos em que foi aplicada a tese são os seguintes: 1) atos ilícitos e pretensões deles decorrentes externadas em processos diversos: p.ex., com base no mesmo fato ilícito, que atinge um título executivo, foi ajuizada, num primeiro processo, uma *opposizione* à execução por nulidade do título e, posteriormente, uma ação de ressarcimento pelos danos decorrentes do mesmo ilícito; 2) único fato histórico produtor de vários efeitos jurídicos; 3) situações fáticas das quais nasçam direitos e obrigações posteriormente deduzidas em distintos processos: p.ex., uma sentença sobre direito de vizinhança, que rejeita pedido para que se fechassem certas janelas, reconhecendo incidentalmente (na fundamentação) a propriedade do autor, preclui o exame sobre o domínio em outro processo em se pleiteasse a redução do espaçamento ou dos focos de luz aos termos da legislação de vizinhança vigente.<sup>1370</sup>

Essa análise interprocessual das preclusões gerou também interessante entendimento da jurisprudência italiana sobre os limites temporais da coisa julgada. Em reunião das Seções Unidas da Corte de Cassação, a fim de uniformizar entendimento das seções de competência tributária, decidiu-se que o julgamento tributário deve conter uma “capacidade expansiva” temporal para além do período a que se limita o conteúdo da pretensão. O julgamento deve, então, produzir efeito vinculativo para outros períodos.<sup>1371</sup>

Daí se falar de uma “eficácia regulamentar” ou “ultratividade” do julgamento para o futuro, que seria limitada à constância dos “elementos preliminares” ou “qualificações jurídicas” que a lei estabelece como base para a incidência do tributo. Se a situação de fato permanecesse imutável, o que ficou decidido no primeiro processo continuaria vinculativo.<sup>1372</sup>

Pois bem, mas como tem sido visto este movimento aos olhos da doutrina? Alguns autores têm louvado a orientação jurisprudencial italiana, que seria mais próxima do “processo

<sup>1369</sup> A jurisprudência peninsular retoma, na análise das questões fáticas, a diferença entre fatos principais e acessórios (aqueles usados apenas para acessar o fato principal ou para interpretá-lo), afirmando que só o fato principal poderia gerar preclusão, e não os fatos acessórios.

<sup>1370</sup> Cass. 7 de outubro de 1997, nº9744.

<sup>1371</sup> GLENDI, Cesare. *Giuste aperture al 'ne bis in idem' in Cassazione ma discutibili estensioni del 'giudicato tributario' extra moenia. Rivista di Giurisprudenza Tributaria*, nº7, 2006, p.557-558. Confirma-se o julgado: Cass., SS.UU., 16 de junho de 2006, nº 13916, in *Rivista di Giurisprudenza Tributaria*, nº9, 2006, p.755 ss.

<sup>1372</sup> Cass., SS.UU., 16 de junho de 2006, nº 13916 cit., p.761. Veja-se, na doutrina, TROMBELLA, Lorenzo. *Il giudicato tributario e le imposte periodiche. Diritto e Pratica Tributaria*, vol.74, nº6, parte 1, 2003, p.1100 ss; TESAURO, Francesco. *Giudicato tributario, questioni pregiudiziali e imposte periodiche. Op.cit.*, p.1176.

justo”;<sup>1373</sup> outros têm sido mais céticos, afirmando ser um movimento contrário à técnica clássica, criticando o retorno à dicotomia “fatos principais” e “fatos secundários”, nem sempre muito clara de distinguir, e acusando a Cassação de falta de uniformidade no tratamento do tema. Afirma-se ainda que esta extensão traria prejuízos ao contraditório e à ampla defesa.<sup>1374</sup>

De nossa parte, temos que a tendência italiana é positiva. Trata-se de uma análise dinâmica do debate concreto do processo, tanto das alegações efetivamente aduzidas como das asserções potenciais, que escapa dos estreitos limites objetivos tradicionalmente precisados pelo *Streitgegenstand* e caminha para a reconstrução da vinculatividade das razões em torno do impacto sistêmico que a contrariedade entre decisões logicamente incompatíveis poderia gerar.

No mais, como se vê nas decisões tributárias, representa um modelo com interessantes repercussões referentes aos seus limites temporais, e cujas linhas mestras poderão ajudar à compreensão das estabilidades como cadeias.

#### 7.5.6 A súmula 239 do Supremo Tribunal Federal brasileiro e a extensão da coisa julgada

Também vem em sentido muito semelhante a orientação da doutrina e jurisprudência brasileiras em matéria tributária. O debate girou historicamente em torno do verbete n.239 da Súmula da Jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual uma decisão que declara não devida a restituição do tributo em um determinado ano ou período não será vinculativa (força de coisa julgada) para períodos posteriores.

Aparentemente, pela leitura “seca” do texto sumular, poderia ser extraída a impossibilidade de ultratividade temporal da coisa julgada. Não obstante, a doutrina tratou de “corrigir” a lição sumulada, afirmando que o sentido literal seria aplicável somente nos casos em que houvesse limitação da discussão a um específico exercício tributário (um ano) ou período determinado. Nestas hipóteses, a decisão seria objetiva e temporalmente limitada, não abrangendo incidências tributárias sucessivas.

Releva então a importância da argumentação externada pelas partes: se a demanda do autor limita a causa de pedir a uma ou algumas operações financeiras, ou apenas a um exercício,

<sup>1373</sup> Assim, p.ex., THEODORO JR., Humberto. *Redimensionamento da coisa julgada*. *Op.cit.*, p.20-21.

<sup>1374</sup> MAGNANI, Corrado. *Sui limiti oggettivi del giudicato tributario*. *Rivista di Giurisprudenza Tributaria*, nº9, 2006, p.763-765; TESAURO, Francesco. *Giudicato tributario, questioni pregiudiziali e imposte periodiche*. *Op.cit.*, p.1174, 1177; BASILAVECCHIA, Massimo. *Rapporti tra sentenze nell'accertamento unitario su soci e società*. *Rivista di Giurisprudenza Tributaria*, nº 9, 2007, p.758 ss.



a pronúncia judicial não terá estabilidade projetada para o futuro. Circunscrita a discussão, pela vontade das partes, a coisa julgada não adquire ultratividade pelo princípio da adstrição ou congruência. Por outro lado, se não há especificação ou limitação expressa, o *decisum* permanece inalterado enquanto se mantiverem as circunstâncias que levaram àquela conclusão.<sup>1375</sup>

Recentemente, a orientação evoluiu ainda mais, escapando de uma estreita ligação da coisa julgada com as alegações das partes (a limitação à causa de pedir), e rumando para uma abordagem mais publicista. Hoje se entende que, quando o debate contém elementos “permanentes” ou “não variáveis” de uma relação jurídica material, vale dizer, quando existem conteúdos não modificáveis, a coisa julgada produzirá estabilidade que atinge estes elementos, vinculando processos posteriores.<sup>1376</sup>

Assim, deve haver uma pesquisa sobre elementos voláteis ou cambiantes da relação jurídica, em contraposição a outros que sejam permanentes.<sup>1377</sup> Essa investigação seria particularmente interessante nas relações jurídicas sucessivas, homogêneas e reiteradas no tempo. Neste sentido vem sendo observada a ampla maioria das recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça.<sup>1378</sup>

É curioso notar que a Súmula 239 do STF foi editada sob a égide do CPC de 1939. Esta constatação é muito relevante porque, à época, vigorava a regra legal expressa de vinculação das prejudiciais (art.287, parágrafo único, do CPC), desde que fossem “premissas necessárias” para a conclusão do juiz. Não obstante, mesmo sob o manto das regras do CPC de 1973, foi mantida a compreensão da disciplina da coisa julgada tributária, agora por meio de interpretação jurisprudencial, ampliando-se seu caráter publicístico de preocupação com a harmonia sistêmica, mas principalmente com reafirmação da vinculatividade das razões e argumentos, relevantes para perceber o caráter cambiante ou permanente dos elementos do debate.

<sup>1375</sup> NEVES, Celso. *Coisa julgada no direito tributário*. *Op.cit.*, p.242; TALAMINI, Eduardo. *A coisa julgada no tempo: os ‘limites temporais’ da coisa julgada*. *Op.cit.*, p.22; *Idem*, *Coisa julgada e sua revisão*. *Op.cit.*, p.92-94. Na jurisprudência, Cf.STJ – REsp nº545.637-GO, Rel.Min.Luiz Fux, julg.14.12.2004; REsp nº599.764-GO, Rel.Min.Luiz Fux, julg.08.06.2004.

<sup>1376</sup> STJ – REsp nº742413-MG, Rel.Min.Teori Zavascki, julg.18.11.2008. Na doutrina, Cf.NEVES, Celso. *Coisa julgada no direito tributário*. *Op.cit.*, p.242.

<sup>1377</sup> Cf.FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Coisa julgada em matéria fiscal (identidade de objeto)*. *Op.cit.*, p.73; THEODORO JR., Humberto. *Coisa julgada*. Mandado de Segurança. Relação Jurídica Continuativa. Contribuição Social. Súmula nº 239 do STF, in MARTINS, Ives Gandra da Silva *et alii* (Orgs.). *Coisa julgada tributária*. São Paulo, 2005, p.165 ss.

<sup>1378</sup> REsp nº731.250-PE, j.17.04.2007, posteriormente uniformizado pela Seção no julgamento do EREsp nº731.250-PE, Primeira Seção, julgado em 28.5.2008. Veja-se ainda AgRg no REsp nº 839.049-MG, julgado em 12.05.2009; REsp nº 649.784-SP, Rel.Min.Francisco Falcão, julg.06.12.2005.

Além disso, vemos que a vinculação das prejudiciais tem sido implementada no Brasil à margem do direito positivo, o que reforça nossas conclusões anteriores no sentido da possibilidade de construção do modelo de estabilidades em torno das preclusões.

## 7.6 Objeções à extensão das estabilidades aos motivos

Depois desta mirada sobre o panorama jurisprudencial e doutrinário que, com fundamentos diversos, defende e aplica a vinculatividade da motivação dos atos do processo, devemos fazer, como contraponto, um inventário das objeções que a doutrina tem levantado contra estas tentativas de superar a estreita limitação objetiva da coisa julgada ao dispositivo. Sem pretender exaustividade, faremos breve exposição dos principais argumentos encontrados na literatura.

### 7.6.1 A suposta subversão do papel dos fatos e das alegações jurídicas no processo

Um primeiro argumento contrário à extensão objetiva das estabilidades às questões discutidas que não façam parte do pedido é que a pretendida vinculatividade subverteria o papel das alegações fáticas e jurídicas no processo.

Segundo os críticos, o legislador atribui, na sistemática processual, relevância apenas à tutela de direitos subjetivos, e não à busca da verdade histórica de fatos que os originam ou que tenham ocasionado suas violações.<sup>1379</sup> Chiovenda asseverava que, para a limitação objetiva da coisa julgada, importa apenas que o *bem* reconhecido no primeiro processo ficasse intacto, e portanto não se deve atentar para os fatos.<sup>1380</sup>

E os opositores da extensão da coisa julgada às razões voltam-se não apenas contra a estabilidade das apreciações fáticas, mas também contrariamente à vinculação das questões jurídicas. Sobre a vinculatividade das conclusões sobre uma questão de direito, geralmente os argumentos utilizados apegam-se à clássica tradição de que a pronúncia judicial sobre a

<sup>1379</sup> Diz-se ainda que a questão “meio” não pode ter estabilidade maior que a “questão-fim”. Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Questões prejudiciais e coisa julgada*. *Op.cit.*, p.213-214.

<sup>1380</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*. *Op.cit.*, p.353-354. No mesmo sentido, FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. 8. ed., Padova: CEDAM, 1996, p.467.

existência e o sentido de uma norma nunca vincula outros juízos porque valeria apenas dentro do mesmo processo.<sup>1381</sup>

#### 7.6.2 Violação à ampla defesa e ao princípio dispositivo. O papel da vontade das partes na fixação do objeto do processo

Muitos autores afirmam que uma extensão da coisa julgada às razões, seja no viés de ampliar o objeto do processo, seja na vertente de estender a coisa julgada aos motivos da decisão, sempre importaria em violações à ampla defesa.

Segundo este setor da doutrina, a extensão da estabilidade aos motivos representaria uma ofensa à limitação temática operada pelas partes, que quando restringem o debate processual a um certo conteúdo só esperam decisão sobre aqueles pontos específicos, não outros.<sup>1382</sup> Caso a coisa julgada fosse estendida para além do objeto definido pelas partes, seria ferido o princípio dispositivo, com potencial surpresa dos litigantes pela posterior vinculatividade de conteúdos do debate que estes não quiseram submeter a discussão.<sup>1383</sup>

Nessa linha, a liberdade das partes limitaria a estabilidade: só haveria coisa julgada sobre o julgamento na medida em que deste possam ser extraídas consequências derivadas dos elementos trazidos pelas partes. Para os defensores desta ideia, se o raciocínio judicial é baseado numa lógica de subsunção, e se determinados fatos e argumentos não podem ser conhecidos pelo juízo por não terem sido voluntariamente trazidos pelas partes, então tais questões não participam do raciocínio judicial e não poderiam ser atingidas pela coisa julgada.<sup>1384</sup>

No mais, lembram também que outros modelos mais flexíveis sobre a vinculação das prejudiciais, encontrados no direito comparado, possuiriam outra lógica a respeito do objeto do processo, do princípio dispositivo e do poder das partes de empreender esta limitação temática. No modelo anglo-americano de estabilidades, p.ex., o objeto litigioso é mais amplo, abrangendo a totalidade da relação jurídica, o litígio *in natura*. Trata-se de um formato baseado nas ideias de boa-fé, participação e concentração de alegações, uma ideologia na qual a vinculatividade das

<sup>1381</sup> HELLWIG, Konrad. *System des deutschen Zivilprozeßrechts*. *Op.cit.*, p.792.

<sup>1382</sup> CALAZA LÓPEZ, Sonia. *La cosa juzgada*. *Op.cit.*, p.91 ss, fazendo exceções a alguns tipos de questão prejudicial, que poderiam, segundo a autora, tornar-se vinculativas.

<sup>1383</sup> No Brasil, já se objetou que uma tal ampliação seria ainda contrária ao art. 468, do CPC. Cf. MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *A Coisa Julgada*. *Op.cit.*, p.85-86.

<sup>1384</sup> HABSCHIED, Walter J. *Der Streitgegenstand im Zivilprozess*. *Op.cit.*, p.290-291.

razões seria mais adequada, ao contrário do *civil law*, no qual as exigências éticas de adaptação das decisões e coerência no tráfego seriam menores porque fruto de outra concepção social.<sup>1385</sup>

Outra violação à ampla defesa decorreria da impossibilidade de impugnação a respeito das razões de decidir. Como o interesse recursal é medido pelas conclusões da sentença, um litigante que pretendesse, em sede de recurso, fazer valer um fundamento não acolhido na decisão e que lhe fosse mais vantajoso, veria seu recurso julgado inadmissível.<sup>1386</sup>

### **7.7 A nova dimensão da vinculatividade dos motivos. A reabilitação da argumentação no sistema de estabilidades**

Todas as teses e as tendências jurisprudenciais expostas neste capítulo possuem linhas e aspectos comuns que mostram fazer-se necessária uma reconstrução do papel das razões, dos argumentos, na teoria das estabilidades processuais.<sup>1387</sup> Essa remodelagem pode ser suficientemente justificada, afastando-se todas as objeções anteriores, senão vejamos.

#### **7.7.1 Ampla defesa e boa fé: dois princípios conciliáveis. Os atos do processo como autovinculação**

De nossa parte, já defendemos que a boa fé, a cooperação, e também o sistema de preclusões lógicas devem todos afetar a contradição de comportamentos processuais não apenas no *common law*, mas também nos ordenamentos de tradição europeia-continental.

Se, por um lado, a ampla defesa assegura às partes uma gama de poderes processuais para lutarem por seus direitos, não é possível pensar que a ampla defesa permite tudo. A própria concepção publicista do processo, como instrumento do Estado à serviço das partes, não só justifica os poderes do juiz na condução do procedimento, mas também implica em restrições às faculdades dos sujeitos privados, estampadas nas normas de boa-fé processual.

Os princípios que formam a constelação da boa fé processual, como a máxima de cooperação e a proteção da confiança,<sup>1388</sup> todos atuam para que o processo se torne, na medida do

<sup>1385</sup> VELLANI, Mario. *Appunti sulla natura della cosa giudicata*. *Op.cit.*, p.133, nota 232.

<sup>1386</sup> EKELÖF, Per Olof. *Der Prozeßgegenstand – ein Lieblingskind der Begriffsjurisprudenz*. *Op.cit.*, p.151.

<sup>1387</sup> Já defendida por OLIVA SANTOS, Andrés de la. *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*. *Op.cit.*, p.213 ss. Para a coisa julgada, confira-se ainda STROHMAYER, Peter. *Urteilswirkungen*. *Op.cit.*, p.11.

<sup>1388</sup> Sem contar os institutos do direito civil como o *venire contra factum proprium* e a *Verwirkung*.

possível, um ambiente de colaboração em que a alteridade própria da influência seja preservada. Nesse sentido, os atos processuais não são apenas atos “para si”, mas atos de autovinculação, atos “para o outro”, ou seja, atos de autorresponsabilização. Portanto, as condutas voluntariamente tomadas no processo podem e devem ser valoradas como possíveis fontes geradoras de estabilidade.

E essa relação entre os atos em contraditório, verificável na cadeia de vínculos, exige o resgate dos fundamentos para os atos do processo, e não apenas as razões da sentença, mas a justificação que está à base de todas as condutas processuais. Pensar a sentença como “norma pronta”, destacada do procedimento lógico que a origina e do debate que transcorre durante o processo, revela a ultrapassada visão isolacionista do juiz, como se ele pudesse produzir a norma do caso sem qualquer participação das partes. Além disso, como visto no Cap.5, vínculos jurídico-processuais são vínculos *entre sujeitos* e então a *coisa julgada se forma intersubjetivamente*, e não por uma mágica associação entre conteúdos.

Se o processo é um ambiente participativo em que todos os atos são influenciados, reflexiva e difusamente, a chamada das partes à responsabilização vem ao encontro da tendência de modificação das funções do Estado, que deixou de ser apenas o regulador hierárquico para assumir o papel de um coordenador e cooperador.<sup>1389</sup> As estabilidades passam a decorrer de autovinculações cuja formação é derivada da coordenação de atos.

E, nesse ambiente cooperativo que é o processo, com projeção difusa dos condicionamentos comunicativos, nada mais natural que admitir que todas as argumentações dos sujeitos processuais sejam relacionadas na formação dos vínculos entre eles.

No mais, não vislumbramos qualquer “perigo” ou uma suposta “surpresa” às partes que pudesse ser extraída do sistema de estabilidades aqui proposto. A extensão do julgado a parcelas da discussão não esperadas pelas partes violaria evidentemente o contraditório; porém, não se trata de um obstáculo que autorizaria rejeitar a vinculatividade das razões. A possível ofensa ao contraditório, antes de fazer-nos concluir pela impossibilidade de que a motivação seja vinculante, deve impor maiores cuidados na elaboração dos critérios para verificação deste vínculo.

E, com efeito, evitar que se tornem vinculativos conteúdos do debate não previsíveis pode ser facilmente manejado pela ideia de contraditório-influência, com os deveres de debate e

---

<sup>1389</sup> VOSSKUHLE, Andreas. *Das Kompensationsprinzip. Op.cit.*, p.6-7.

atenção por parte do juiz, mesmo sobre as questões cognoscíveis de ofício.<sup>1390</sup> Além disso, pelo seu dever de esclarecimento, o magistrado poderia recordar às partes que certas questões prejudiciais e preliminares poder-se-iam tornar vinculantes no futuro, afetando faculdades processuais em outras lides. Com isso, o juiz franquearia a mudança da estratégia processual traçada até aquele ponto, evitando vinculações-surpresa e afastando qualquer argumento de violação à ampla defesa ou do contraditório.

Com a justificativa da tese na esteira do contraditório-influência, é de compreender também que deva existir um *dever de diligência* maior para os litigantes no uso dos mecanismos processuais. Os sujeitos devem melhor ponderar sobre as estratégias a serem adotadas, projetando as alegações e as omissões não só naquele processo, mas em situações processuais e extraprocessuais futuras. Trata-se da concepção dos atos processuais como opções voluntárias e de autovinculação e responsabilização, que faz com que a extensão preclusiva aos pontos de fato ou a questões prejudiciais não seja ofensiva ao contraditório porque a parte teve a possibilidade de incluí-los no debate e optou voluntariamente por não o fazer; ou os incorporou efetivamente à discussão processual e depois deve ficar vinculada às alegações de outrora. O réu, de seu lado, pôde avaliar a conveniência de aduzir outras exceções, ou ajuizar uma demanda reconventional, que ampliaria o objeto do processo. Tais escolhas, comissivas ou omissivas, são atos voluntários e responsáveis, podendo gerar vinculações intraprocessuais ou extraprocessuais.

A apreensão moderna do contraditório como influência reflexiva e dever de colaboração, somada às obrigações de engajamento e consideração que o princípio impõe ao juiz e às partes, reduz sensivelmente as objeções que enxergam ofensas ao direito de defesa pela extensão da coisa julgada à motivação.<sup>1391</sup>

#### 7.7.2 O contraditório-influência e a impossibilidade de vinculação de questões abstratas, isoladas e dissociadas do debate

Contudo, cabe um alerta. Uma tal reconstrução do papel da análise dos motivos no processo civil será compatível com a função jurisdicional e com a disciplina das estabilidades desde que não se converta em um efeito preclusivo de meros fatos históricos, dissociados de

<sup>1390</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, influência e validade prima facie dos atos processuais*. *Op.cit.*, p.239 ss.

<sup>1391</sup> PETRELLA, Virginia. *Note problematiche sul giudicato in punto di fatto alla luce dei principi del giusto processo civile*. *Op.cit.*, p.434.

qualquer dimensão jurídica. Possuirão algum grau de estabilidade somente fatos que sejam juridicamente relevantes na cadeia de vínculos para reconduzir à posição consolidada.<sup>1392</sup>

Sem embargo, fatos históricos isolados não devem tornar-se vinculativos de *per se*, como se pudessem ser destacados do debate específico em que suas alegações adquiriram estabilidade. O mesmo se diga das questões jurídicas, que estão imbricadas na solução da *quaestio facti* no uso *argumentativo* que se faz das qualificações, p.ex.

O que se pretende aqui, na verdade, não é que a análise dos fatos ganhe autonomia, um verdadeiro excesso à moda do que já foi operado na Itália: nosso objetivo é a proteção da *base lógica* da discussão, que deve gerar efeitos preclusivos vinculativos nos limites em que, reavaliando as alegações de fato, estivéssemos rediscutindo o próprio resultado ou a esfera regulativa definida pelos atos estáveis.<sup>1393</sup>

O maior equívoco das críticas contra a extensão da estabilidade às razões, em nosso sentir, está em não perceber a intrínseca relação argumentativa que existe entre as questões de fato e de direito, unidas logicamente para a conclusão final.<sup>1394</sup>

E a motivação da decisão é essencial para definir o alcance da coisa julgada pois só através dela saberemos se as consequências jurídicas pretendidas no segundo processo atingem o conteúdo do que ficara assentado no primeiro processo.

### 7.7.3 A consideração da esfera de estabilidade a partir do “conjunto da fundamentação”: a inclusão das questões prejudiciais, objeções, exceções, réplicas e outros atos

<sup>1392</sup> Em sentido semelhante, falando da dependência lógico-substancial entre as questões que recomende uma vinculatividade da discussão para processos futuros. Cf. PETRELLA, Virginia. *Note problematiche sul giudicato in punto di fatto alla luce dei principi del giusto processo civile*. *Op.cit.*, p.431 e 435.

<sup>1393</sup> Cf. SCHWANDER, Daniel. *Die objektive Reichweite der materiellen Rechtskraft...Op.cit.*, p.135-136; PETRELLA, Virginia. *Note problematiche sul giudicato in punto di fatto alla luce dei principi del giusto processo civile*. *Op.cit.*, p.425.

<sup>1394</sup> Neste sentido, já intuía a doutrina clássica, embora com outra abordagem. Veja-se a relação entre a incompatibilidade lógica e algum exame dessa natureza para a aplicação da coisa julgada, já nos textos clássicos de Savigny, Keller, Hellwig, Endemann e Zeuner. Todos de alguma maneira, e ainda que não com a mesma abordagem e nomenclatura, relacionam a esfera de regulamentação dos processos com a interferência potencial que podem produzir os escopos pretendidos pelas partes em outro procedimento. Savigny relaciona a “influência” de uma causa em outra para verificar a repercussão potencial da decisão sobre uma *Rechtsfrage* (questão de direito) sobre outros processos. Cf. SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen Römischen Rechts*. *Op.cit.*, vol.VI, p.285, 438-439, 468; KELLER, Friedrich Ludwig von. *Ueber Litis Contestation und Urtheil nach classischem Römischen Recht*. *Op.cit.*, p.225; HELLWIG, Konrad. *System des deutschen Zivilprozeßrechts*. *Op.cit.*, p.798; ENDEMANN, Wilhelm. *Das Prinzip der Rechtskraft*. *Op.cit.*, p.46, 121; ZEUNER, Albrecht. *Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge*. *Op.cit.*, p.41-42. Zeuner usa em vários pontos os termos “influenciar” e “influência”. Assim, p.ex, sem pretensão de completude, Cf. ZEUNER, Albrecht. *Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge*. *Op.cit.*, p.13, 34, 39, 44, 51, 124, 125, 153, 175, 176. No Brasil, algo similar foi observado no clássico de Barbosa Moreira: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Questões prejudiciais e coisa julgada*. *Op.cit.*, p.160, 173, 187, 190, 246, dentre outras. Na França, BLÉRY, Corinne. *L’efficacité substantielle des jugements civils*. *Op.cit.*, p.67, 71.

Lembre-se que, em parte, a restrição da coisa julgada ao dispositivo derivou da ideia de que só a “vontade do Estado”, o elemento volitivo, é que deveria adquirir estabilidade, mas não os antecedentes intelectivos que precederam a expressão da vontade estatal.<sup>1395</sup> Tratava-se da supervalorização do conteúdo volitivo do processo, como se, uma vez atingido o escopo de “concretizar” a vontade da lei, perdesse toda a relevância o antecedente lógico que levou à formação da norma.<sup>1396</sup> E, no fundo, reflete uma característica do modelo europeu-continental de estabilidades, onde a ênfase é dada ao elemento de “autoridade” do julgado, enquanto nos sistemas do *common law* a tônica é posta nas razões, ou seja, no elemento racional-argumentativo.<sup>1397</sup>

Porém, a decisão não significa apenas um “sim” ou “não” em relação ao pedido, mas uma resposta *qualificada* porque inclui inúmeras outras considerações para a solução do conflito de interesses. A cognição judicial é um raciocínio lógico extremamente complexo, formado por uma cadeia de entrelaçamento entre os diversos pontos controvertidos no processo e que contém uma indissociável relação entre *cognitio* e *judicium*.<sup>1398</sup> E, se o conteúdo das valorações do juiz só pode ser extraído da fundamentação,<sup>1399</sup> então este teor não se depreende só da conclusão, exposta no dispositivo, mas também a motivação da decisão, que deve ser abrangida pelos efeitos preclusivos.<sup>1400</sup>

Por tudo o que até aqui ficou assentado nesta tese, vê-se que a análise das estabilidades no contexto das cadeias de vinculação só pode prosperar se tomar em consideração os fundamentos para os atos processuais, não apenas a relação interna entre motivos e conclusão da própria sentença, mas *a argumentação de todos os atos que condicionaram a decisão final*. Partindo-se da influência, mister se faz analisar o elo argumentativo da conduta dos sujeitos do processo para compreender, em toda sua extensão, o nexos existente entre a cadeia de vínculos anterior e os atos posteriormente praticados. Assim, devemos incorporar ao exame das estabilidades não apenas a norma pronta, mas todo o *iter* que a condicionou argumentativamente.

<sup>1395</sup> STROHMAYER, Peter. *Urteilswirkungen*. *Op.cit.*, p.5.

<sup>1396</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. *Efficacia ed autorità della sentenza*. *Op.cit.*, p.23. Supervalorização que se vê em CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*. *Op.cit.*, p.320-322; *Idem*, *Sulla cosa giudicata*. *Op.cit.*, p.406-407.

<sup>1397</sup> Como percebeu TUCCI, José Rogério Cruz e. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. *Op.cit.*, p.142. Confirma-se ainda TARUFFO, Michele. ‘*Collateral estoppel*’ e *giudicato sulle questioni*. *Op.cit.*, p.669.

<sup>1398</sup> CALAZA LÓPEZ, Sonia. *La cosa juzgada*. *Op.cit.*, p.205-206; KRALIK, Winfried. *Die Vorfrage im Verfahrensrecht*. Wien: Manz, 1953, p.3-7. De la Oliva já salientou que é estranho imaginar uma atividade lógica, efetuada por um ser racional (o juiz) numa tarefa decisória (o processo), que não contenha um *judicium*. Cf. OLIVA SANTOS, Andrés de la. *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*. *Op.cit.*, p.218-219.

<sup>1399</sup> ZEUNER, Albrecht. *Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge*. *Op.cit.*, p.40.

<sup>1400</sup> KRALIK, Winfried. *Die Vorfrage im Verfahrensrecht*. *Op.cit.*, p.111, 114.



Em primeiro lugar, esta perspectiva resgata o papel dos atos das partes na formação das estabilidades, incluída a justificação destes atos; e, além disso, recupera a importância da fundamentação dos atos do Estado componentes da cadeia de vínculos, historicamente banida pela restrição ao dispositivo da sentença. A consequência é incluir outros conteúdos na estabilidade, tais como as objeções, exceções e réplicas alegadas pelo réu, as questões prejudiciais apreciadas na sentença, etc.

Nesse pano de fundo, deve-se lembrar também que a fundamentação da decisão não é apenas subsunção, como propunha a tese simplista do oposto incompatível, mas um apanhado de raciocínios frequentemente descrito como “conjunto de fundamentação” (*Begründungszusammenhang*).<sup>1401</sup>

Com efeito, a motivação da decisão é um *complexo de justificações*<sup>1402</sup> que se entrelaçam e que remetem reflexivamente às anteriores argumentações condicionantes de todos os demais sujeitos, inclusive das partes. Por esta razão, Kralik fala em “cadeias” de questões prejudiciais, porque cada questão relevante para a conclusão do debate não pode ser autonomamente considerada, mas tomada na relação lógica para o condicionamento das questões seguintes.<sup>1403</sup>

Nesse sentido, as questões prévias também devem ser vinculantes, e dentre elas as objeções, exceções e réplicas, alegadas pelo réu, se tiverem papel condicionante no debate.<sup>1404</sup> E é a partir da argumentação das partes que a constatação da inserção destes elementos na discussão formadora do vínculo poderá ser feita.

Sem embargo, se a fundamentação da sentença consiste nesse complexo de justificações, cabe uma outra observação. O conjunto de argumentos contido no ato estatal decisório nem sempre está limitado ao conteúdo do *Streitgegenstand*, mas compreende também outros elementos, não menos importantes para a persuasão de seus destinatários, e que evidenciarão dados relevantes para a percepção da estabilidade a ser criada, como, p.ex., o grau de cognição exercido, a suficiência da prova obtida nos autos, os escopos pretendidos pelos litigantes, etc.<sup>1405</sup>

<sup>1401</sup> SCHLÜTER, Wilfried. *Das Obiter Dictum*. *Op.cit.*, p.97 ss.

<sup>1402</sup> ESSER, Josef. *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*. 3. ed., Tübingen: Mohr Siebeck, 1974, p.84-85; PARRY, Adolfo E. *Limites objetivos de la coisa juzgada*. *Op.cit.*, p.861-862; BLÉRY, Corinne. *L'efficacité substantielle des jugements civils*. *Op.cit.*, p.67.

<sup>1403</sup> KRALIK, Winfried. *Die Vorfrage im Verfahrensrecht*. *Op.cit.*, p.6, 117 ss.

<sup>1404</sup> Há autores que, examinando as novas teses sobre vinculação de questões prévias, tentam justificar esta estabilidade com a incorporação destes elementos ao conceito de objeto do processo. Assim, p.ex., Strohmayer, tratando da tese do OGH austríaco sobre os casos de “especial prejudicialidade”, tenta enquadrar as exceções e objeções como um componente secundário do *Streitgegenstand*. STROHMAYER, Peter. *Urteilswirkungen*. *Op.cit.*, p.1, 35. Nossa fundamentação é outra, como ressalta do corpo do texto. Na literatura especializada, destaca-se a posição de NIEVA FENOLL, Jordi. *La cosa juzgada*. *Op.cit.*, p.143-144.

<sup>1405</sup> Savigny, ao fundamentar sua teoria da coisa julgada para os motivos que fossem “elementos da decisão” pensava no objeto da

Ao retomarmos a conexão imprescindível que deve existir entre conclusão e fundamentação, de um lado fomenta-se o reforço do aspecto comunicativo e participativo do contraditório-influência e, de outro, confere-se maior racionalidade operativa ao sistema de estabilidades,<sup>1406</sup> que deixa de criar contradições práticas entre duas ou mais decisões completamente incompatíveis entre si.

Deve ser salientado que o Projeto de Novo Código de Processo Civil, em seu art.19, diz que a questão prejudicial será declarada por sentença, com força de coisa julgada, “assegurado o contraditório”. Não há mais qualquer exigência de pedido da parte, o que demonstra a propensão do legislador a incluir no espectro das estabilidades elementos do debate.

#### 7.7.4 Argumento de eficiência: pela valorização da “proibição de contradição” como núcleo central do modelo de estabilidades

Ninguém discorda que é papel de um sistema de estabilidades processuais evitar a colisão de julgamentos,<sup>1407</sup> uma ocorrência até normal nos sistemas processuais contemporâneos, não só pela independência dos juízes mas também pela multiplicação de órgãos decisórios, com a repartição de competência e a divisão de trabalho entre eles, com vistas à racionalização do aparato judiciário.

Entretanto, ao mesmo tempo em que existe tal possibilidade de inconsistência entre o conteúdo de decisões, muitos institutos processuais foram criados e desenvolvidos para a necessidade sistêmica de prevenir estas incongruências. Dentre eles estão a conexão, a litispendência, as suspensões do processo quando pendentes de decisão em outro processo

---

estabilidade como sendo toda a relação jurídica. Assim notou GAUL, Hans Friedhelm. *Die Entwicklung der Rechtskraftlehre seit Savigny und der heutige Stand. Op.cit.*, p.474. Ainda que em outra perspectiva (não argumentativa, não baseada no contraditório-influência), e até dentre aqueles que negavam a tese de Savigny, vemos uma certa compreensão desta incindibilidade. Rosenberg, que se contrapunha à vinculação dos *Urteilelemente* (elementos da sentença), ainda assim reconhecia que a conclusão do julgamento expressa no dispositivo, só pode ser totalmente compreendida por uma análise integral da sentença. Cf.ROSENBERG, Leo. *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts. Op.cit.*, p.693. Como afirma mais recentemente Martens, não é possível limitar a coisa julgada apenas ao dispositivo da sentença, porque senão estaríamos separando conteúdos do julgamento que são imprescindíveis para a compreensão da conclusão. MARTENS, Joachim. *Rechtskraft und materielles Recht. Op.cit.*, p.439-440. A ligação, defendida no texto, entre todos os fundamentos dos atos processuais para aferir a extensão da estabilidade não é estranha ao direito processual comparado, onde a doutrina também afirma que a coisa julgada, ou sua extensão e limites, podem depender de alguns dados concretos do procedimento. Na Áustria, p.ex., nos casos de decisões fundamentadas de maneira mais curta ou sucinta, tem se defendido que poderá haver extensão da coisa julgada às razões da decisão *na medida em que os argumentos sejam necessários para valorar a extensão da vinculatividade*, como dispõe o §417, IV da ZPO. Cf.RECHBERGER, Walther H.; SIMOTTA, Daphne-Ariane. *Zivilprozessrecht. Op.cit.*, p.472.

<sup>1406</sup> CONSOLO, Claudio. *Il cumulo condizionale di domande. Op.cit.*, p.512.

<sup>1407</sup> ZEUNER, Albrecht. *Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge. Op.cit.*, p.42; STASIAK, Frédéric. *L'autorité de chose jugée d'une décision de relaxe sur l'instance prud'homale en licenciement disciplinaire. Op.cit.*, p.268.

questões prejudiciais relevantes para a decisão, etc. A todos esses mecanismos unem-se coisa julgada e preclusões.<sup>1408</sup> Com efeito, ao impedirem ou reduzirem o risco de decisões conflitantes, estes institutos também promovem a eficiência sistêmica e diminuem os custos da litigância, atuando no âmbito de proteção de vários princípios como a economia processual e a duração razoável do processo. Assim também reconhece a jurisprudência<sup>1409</sup> e a doutrina no direito comparado.<sup>1410</sup>

Não obstante, para que estes objetivos sistêmicos sejam atuados, faz-se necessária uma preocupação com a projeção da estabilidade no tráfego jurídico, aquela abordagem interprocessual de que vimos falando. E esta perspectiva não parece ter sido preferida pela doutrina tradicional por dois motivos principais. Primeiro porque, como a motivação da sentença e os atos processuais intermédios não tinham nenhum papel na disciplina da coisa julgada, ficava difícil, senão impossível, identificar quando e como o debate de um processo interferiria nos processos subsequentes. Além disso, o cerne da coisa julgada sempre foi seu efeito negativo (*bis de eadem re ne sit actio*), relegando-se a incorporação de conteúdos estáveis a poucas hipóteses de prejudicialidade. Vejamos cada um destes problemas.

Sem embargo, a redução do papel da fundamentação no sistema das estabilidades, excluindo totalmente os atos das partes e, mesmo na sentença, limitando a coisa julgada ao dispositivo, além de ser insuficiente no quadro do contraditório-influência, não é congruente com a finalidade de institutos como a coisa julgada e a preclusão porque conduz à ineficácia dos objetivos de harmonia entre os julgamentos, a economia processual, etc.<sup>1411</sup> Afinal, contradições práticas entre duas ou mais sentenças logicamente incompatíveis são permitidas pelo sistema clássico.

De outro lado, ao examinarmos a literatura tradicional, percebemos que geralmente se sublinha o efeito negativo da coisa julgada, forte na proibição de repetição (*Wiederholungsverbot*), tese idealizada por Schwartz<sup>1412</sup> e desenvolvida por Bötticher na linha do

<sup>1408</sup> Kohler une as exceções de coisa julgada e litispendência em torno de objetivos comuns. Cf. KOHLER, Josef. *Gemischte Einreden*, in *Prozeßrechtliche Forschungen*. Berlin: Müller, 1889, p.89-90, 97. Por todos, confira-se, no mesmo sentido, KRALIK, Winfried. *Die Vorfrage im Verfahrensrecht*. *Op.cit.*, p.14, 99-101.

<sup>1409</sup> Assim é argumentado pela Cassação italiana. Cf. Cass., SS.UU., 16 de junho de 2006, nº 13916, in *Rivista di Giurisprudenza Tributaria*, nº9, 2006, p.757.

<sup>1410</sup> CALAZA LÓPEZ, Sonia. *La cosa juzgada*. *Op.cit.*, p.193-197.

<sup>1411</sup> Como bem notou KRALIK, Winfried. *Die Vorfrage im Verfahrensrecht*. *Op.cit.*, p.115-117. Estes objetivos são muito mais ressaltados nos ordenamentos do *common law*. Cf. HAZARD JR., Geoffrey. *Preclusions as to issues of Law: the legal systems interest*. *Op.cit.*, p.81, 88-90; SILGUERO ESTAGNAN, Joaquín. *La preclusión de alegaciones en el proceso civil*. *Op.cit.*, p.111.

<sup>1412</sup> SCHWARTZ, Johann Christoph. *'Absolute Rechtskraft' und heutiges Deutsches Recht*. *Op.cit.*, p.334: "Es ist ein Prinzip unserer Staatsordnung daß ein und dieselbe Sache nur einmal entschieden werden soll" (Tradução: "É um princípio de nosso

*ne bis in idem* romano.<sup>1413</sup> De fato, não se pode negar que, através do *ne bis in idem*, a coisa julgada ganha, em termos de economia processual, um papel importante na racionalização do aparato de justiça.<sup>1414</sup>

Não obstante, a função negativa da coisa julgada, quando ligada ao objeto do processo, reflete uma técnica baseada apenas na *validade da norma final*, vale dizer, na indagação sobre se um segundo processo será admissível ou deverá ser excluído. Comparam-se os *tria eadem* das duas demandas para saber se o segundo processo pretenderia produzir uma norma concreta “idêntica” àquela extraída da conclusão da sentença anterior. Veja-se que uma das grandes dificuldades dos defensores das teses extensivas da vinculatividade às razões da decisão é justamente enfrentar o sistema da coisa julgada *apenas* na vertente do *ne bis in idem*,<sup>1415</sup> vez que este aspecto não leva em consideração relações outras que não de exclusão mútua.<sup>1416</sup>

Ao contrário, em nosso sentir, uma perspectiva sistêmica de harmonia e economia não pode ser implementada nem com base na teoria tradicional das preclusões, nem nos conceitos clássicos da coisa julgada, porque depende de *um exame interprocessual das estabilidades que não seja somente baseado na exclusão ou inadmissibilidade*.<sup>1417</sup>

Do lado das preclusões, um tal modelo é impraticável porque tradicionalmente se as compreendem limitadas pela litispendência; do lado da coisa julgada, não só porque se dá mais ênfase ao seu aspecto negativo, mas também porque sua função positiva é demasiadamente restrita, pois só aplicada quando uma questão principal, passada em julgado, afigura-se prejudicial em outro processo futuro. No caso das questões comuns serem prejudiciais em ambos os processos, não há qualquer vinculação pela sistemática clássica.<sup>1418</sup>

---

ordenamento estatal que uma mesma coisa só deva ser decidida uma vez”).

<sup>1413</sup> BÖTTICHER, Eduard. *Kritische Beiträge zur Lehre von der materiellen Rechtskraft im Zivilprozeß*. *Op.cit.*, p.128 ss. Majoritariamente a tese vem sendo defendida na doutrina posterior. Cf. RIMMELSPACHER, Bruno. *Materielle Rechtskraft und Gestaltungsrechte*. *Op.cit.*, p.561; NIEVA FENOLL, Jordi. *La cosa juzgada*. *Op.cit.*, p.119-120. No Brasil, por todos, NEVES, Celso. *Cosa julgada no direito tributário*. *Op.cit.*, p.241.

<sup>1414</sup> BÖTTICHER, Eduard. *Kritische Beiträge zur Lehre von der materiellen Rechtskraft im Zivilprozeß*. *Op.cit.*, p.201-206. Muitos, talvez por tal razão, liguem a ideia de unicidade da discussão à coisa julgada, especialmente ao seu efeito negativo. Assim, p.ex., RECHBERGER, Walther H.; SIMOTTA, Daphne-Ariane. *Zivilprozessrecht*. *Op.cit.*, p.468-471.

<sup>1415</sup> SCHWAB, Karl Heinz. *Rechtskrafterstreckung auf Dritte und Drittwirkung der Rechtskraft*. *Zeitschrift für Zivilprozeß*, n.77, 1964, p.127-128. Cf. POHLE, Rudolf. *Gedanken über das Wesen der Rechtskraft*. *Op.cit.*, p.396.

<sup>1416</sup> À toda evidência, seria incorreto afirmar que todos aqueles que deram ênfase à função negativa da coisa julgada esqueceram ou negligenciaram a importância de sua função positiva. Rosenberg, p.ex., tentou conciliar ambos os efeitos, afirmando que a função positiva seria uma consequência da negativa, e ambas serviriam para aplicar a regra *ne bis in idem*. ROSENBERG, Leo. *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*. *Op.cit.*, p.681. Não obstante, como se verá logo em seguida, pensamos que o sistema funcionará melhor se privilegiar a função positiva das estabilidades.

<sup>1417</sup> Ainda que discordemos de alguns dos conceitos usados pelo autor, esta abordagem interprocessual é um dos grandes méritos da obra de De la Oliva, para a qual a comparação entre procedimentos é fundamental. Como reconhece o próprio autor: OLIVA SANTOS, Andrés de la. *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*. *Op.cit.*, p.80.

<sup>1418</sup> A prejudicialidade atuada pelo efeito positivo da coisa julgada é, de fato, mesmo na doutrina clássica, uma técnica

Ora, se evitar contradições de normas é um postulado lógico de qualquer sistema jurídico que pretenda consistência e compreensibilidade, é inconcebível que um comportamento humano possa satisfazer ao mesmo tempo duas normas contraditórias entre si,<sup>1419</sup> o que lamentavelmente pode ocorrer no modelo de coisa julgada e preclusões que aí está.

Nesta esteira, mais importante para a teoria das estabilidades não é verificar *qual* dos dois julgamentos deve prevalecer; não é, numa relação de exclusão, apontar qual dos dois é válido ou inválido por apreciarem o mesmo objeto, mas sim *como evitar dois ou mais juízos conflitantes sobre a mesma matéria*.<sup>1420</sup> Talvez o que importe não seja a duplicidade (*zweimal*), mas a dualidade (*zweierlei*), isto é, a existência potencial de duas ou mais pronúncias judiciais *distintas* para um *mesmo debate*.<sup>1421</sup>

Assim, deveria prevalecer o entendimento de que a principal função da estabilidade é a proibição de contradição (*Widerspruchsverbot*), tese defendida por Blomeyer<sup>1422</sup> na linha do que já propusera Wach muitos anos antes.<sup>1423-1424</sup> Segundo esta visão, forte na necessidade de harmonia entre julgamentos, o que importa não é a unidade da declaração, mas a impossibilidade de pronúncias *incompatíveis* entre dois ou mais debates.<sup>1425</sup>

interprocessual. Porém, tem âmbito de aplicação muito restrito.

<sup>1419</sup> WEINBERGER, Ota. *Die normenlogische Basis der Rechtsdynamik*. *Op.cit.*, p.180, 182.

<sup>1420</sup> BÖTTICHER, Eduard. *Kritische Beiträge zur Lehre von der materiellen Rechtskraft im Zivilprozeß*. *Op.cit.*, p.53-54. Confira-se a interessante passagem de OLIVA SANTOS, Andrés de la. *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*. *Op.cit.*, p.108-109: “Aunque ha sido y es frecuente atribuir más importancia a la función negativa o excluyente de la cosa juzgada material, no es ése el parecer de todos los juristas. Y, aunque resulte imposible entender la función positiva o prejudicial sin un serio conocimiento de cuanto se requiere para que opere la función negativa de la cosa juzgada, es razonable pensar que, en la práctica, en la vida, tan importante, al menos, como el non bis in idem es la función positiva o prejudicial, es decir, la vinculación positiva o prejudicial que, respecto de lo decidido en una resolución firme sobre el fondo, afecta a todos los tribunales en procesos ulteriores en que lo decidido sea parte, de un modo u otro, del objeto de esos procesos”. No mesmo sentido, na Espanha, CALAZA LÓPEZ, Sonia. *La cosa juzgada*. *Op.cit.*, p.31.

<sup>1421</sup> Veja-se este debate, com referência às posições de Schwartz e Stein, em BÖTTICHER, Eduard. *Kritische Beiträge zur Lehre von der materiellen Rechtskraft im Zivilprozeß*. *Op.cit.*, p.129-141.

<sup>1422</sup> BLOMEYER, Arwed. *Zivilproßrecht. Erkenntnisverfahren*. *Op.cit.*, p.471-472; *Idem, Rechtskrafterstreckung infolge zivilrechtlicher Abhängigkeit*. *Op.cit.*, p.10. Sobre a discussão, Cf.REUSCHLE, Fabian. *Das Nacheinander von Entscheidungen*. *Op.cit.*, p.24.

<sup>1423</sup> WACH, Adolf. *Der Entwurf einer deutschen Civilprozeßordnung, in Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, vol.XIV, 1872, p.345-347.

<sup>1424</sup> No mais, é até duvidoso que o cerne da coisa julgada no direito romano tivesse sido sempre equivalente ao *ne bis in idem*. Savigny já defendia a decadência desta função negativa da coisa julgada na sua evolução no direito romano. SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen Römischen Rechts*. *Op.cit.*, vol.VI, p.25 ss, 277-279.

<sup>1425</sup> SCHWAB, Karl Heinz. *Rechtskrafterstreckung auf Dritte und Drittwirkung der Rechtskraft*. *Op.cit.*, p.160. Como afirma Bötticher, tanto entre os adeptos das teorias materiais quanto entre os defensores das teorias processuais da coisa julgada havia um ponto comum: todos queriam evitar a contradição de julgamentos. Cf.BÖTTICHER, Eduard. *Kritische Beiträge zur Lehre von der materiellen Rechtskraft im Zivilprozeß*. *Op.cit.*, p.96. Algo similar poderia ser extraído da previsão do Código de Processo Civil português: “Art. 497 (...) 2. Tanto a excepção da litispendência como a do caso julgado têm por fim evitar que o tribunal seja colocado na alternativa de contradizer ou de reproduzir uma decisão anterior”.

Não pretendemos, à toda evidência, abandonar o efeito negativo, que mantém sua imprescindível utilidade. Ao contrário, trata-se de emprestar real significado e importância ao efeito positivo, ampliando seu espectro de aplicação para além dos moldes convencionais.<sup>1426</sup>

Nessa ordem de ideias, os escopos do sistema de estabilidades processuais passam a ser: 1) assegurar a duração da norma aplicada e 2) evitar, *prima facie*, um *contrarius actus*.<sup>1427</sup> Sua aplicação deixa de girar em torno da mera exclusão de atos (invalidade, inadmissibilidade), naquela concepção sancionadora de Estado e de processo, mas passa a permitir a incorporação de conclusões anteriores a processos posteriores (relações de inclusão e coordenação).

Assim, vemos um ambiente seguro para sustentar a vinculatividade das questões prévias, não apenas em nome da coerência e consistência do sistema judiciário, evitando o descrédito que poderia transparecer ao jurisdicionado pela solução da mesma questão em várias maneiras contraditórias entre si.<sup>1428</sup>

Além disso, deve ser destacada a relevante função de promover a economia processual. Com razão, Kriele e Otto afirmam que as decisões anteriores têm uma “função aliviante” (*Entlastungsfunktion*),<sup>1429</sup> importante para a continuidade jurídica, porque o juiz do processo posterior não precisa começar e construir tudo de novo em cada decisão. No mais, a proibição de contradição ou afastamento revela uma função sistêmica da fundamentação das decisões, que se reflete não apenas para a solução daquele caso concreto, mas para a simplificação dos custos, do tempo e da energia gastos nos procedimentos decisórios posteriores,<sup>1430</sup> assumindo assim papel importante também em garantir segurança no tráfego jurídico. Com efeito, quanto mais as questões prévias forem vinculativas (e não apenas a questão principal decidida no dispositivo) mais o tráfego jurídico será seguro pela previsibilidade<sup>1431</sup> e pela continuidade tendencial das posições estáveis.

<sup>1426</sup> Aliás, em doutrina já se afirmou que o efeito positivo prevalece sobre o efeito negativo. Vejamos um exemplo: o autor A ajuizou ação de cobrança em face do réu R que é julgada improcedente sob o argumento de que o crédito estava extinto. Havendo repropósito da demanda, este novo processo deve extinguir-se não por um efeito impeditivo (negativo) da coisa julgada, mas porque o julgado anterior reconheceu a inexistência do crédito. Neste sentido ASSIS, Araken de. *Litispêndencia e coisa julgada no processo de execução*. *Op.cit.*, p.23.

<sup>1427</sup> BÖTTICHER, Eduard. *Kritische Beiträge zur Lehre von der materiellen Rechtskraft im Zivilprozeß*. *Op.cit.*, p.32.

<sup>1428</sup> KRALIK, Winfried. *Die Vorfrage im Verfahrensrecht*. *Op.cit.*, p.102-103.

<sup>1429</sup> KRIELE, Martin. *Theorie der Rechtsgewinnung*. *Op.cit.*, p.262-263, 286; OTTO, Hansjörg. *Die Präklusion*. *Op.cit.*, p.150-151.

<sup>1430</sup> IPSEN, Jörn. *Richterrecht und Verfassung*. *Op.cit.*, p.58-59; LÜCKE, Jörg. *Begründungszwang und Verfassung. Zur Begründungspflicht der Gerichte, Behörden und Parlamente*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1987, p.84-85.

<sup>1431</sup> LANGENBUCHER, Katja. *Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht. Eine methodologische Untersuchung zur richterlichen Rechtsfortbildung im deutschen Zivilrecht*. München: C.H.Beck, 1996, p.116.

Portanto, retomamos aqui um argumento já usado no Cap.4 para defendermo-nos sobre potenciais críticas a respeito de perda de segurança. Apesar de estarmos propondo um modelo de continuidade tendencial e alterabilidade das posições estáveis, outros pontos “frouxos” do paradigma tradicional são fortalecidos; e a vinculatividade das razões e dos atos intermédios (incluídas as prejudiciais) é um destes pontos. Assim, sem necessidade de trabalhar com a imutabilidade, contribui-se para reduzir atos posteriores incompatíveis com as estabilidades anteriores.

Afigura-se fora de dúvida, ainda, que todo o complexo de relações jurídicas de um ordenamento está em alguma ligação recíproca, mais ou menos distante. E é justamente por isso que entendemos que a interdependência teleológica de posições jurídicas mutuamente interferentes não pode depender apenas de instrumentos procedimentais de coordenação *simultaneus processus* tais como a conexão de causas, a suspensão do processo ou a exceção de litispendência. Deve estar também relacionada com mecanismos de estabilidade como a coisa julgada e as preclusões.<sup>1432</sup>

Por fim, cabe dizer que a ênfase nas relações diacrônicas de inclusão ou incorporação é uma tendência contemporânea para os modelos de estabilidades, observada não apenas nas mais recentes teorias formuladas sobre o tema, como também na jurisprudência no cenário internacional. Trata-se da busca para que não haja “dispersão de tutelas” e ineficiência sistêmica, interpretando e aplicando institutos jurídicos para o aproveitamento interprocessual dos atos praticados.<sup>1433</sup>

Assim, num paradigma de estabilidades adequado ao séc.XXI, o efeito preclusivo positivo deve balancear os interesses das partes de uma vinculatividade segura e formalmente delimitada com os escopos públicos prospectivos de harmonia e economia.<sup>1434</sup> Esta ideia faz com que o modelo de estabilidades ganhe um valor sistêmico jamais visto,<sup>1435</sup> reforçando as ligações entre direito e processo por contribuir para a coerência do tráfego.

<sup>1432</sup> Em sentido similar, embora adotasse a teoria material da coisa julgada, já se via a posição de ALLORIO, Enrico. *Critica della teoria del giudicato implícito*. *Op.cit.*, p.248.

<sup>1433</sup> PETRELLA, Virginia. *Note problematiche sul giudicato in punto di fatto alla luce dei principi del giusto processo civile*. *Op.cit.*, p.432-433.

<sup>1434</sup> CONSOLO, Claudio. *Il cumulo condizionale di domande*. *Op.cit.*, p.507-508. Caponi também defende a aplicabilidade da extensão do objeto do processo coletivo italiano sem norma expressa, por analogia ao art.34 do Codice, a certas questões prejudiciais por razões de economia processual. Cf.CAPONI, Remo. *Processo civile e nozione di controversia ‘complessa’: impieghi normativi*. *Op.cit.*, p.9.

<sup>1435</sup> CONSOLO, Claudio. *Il cumulo condizionale di domande*. *Op.cit.*, p.511.

## 7.8 Conclusões parciais: consequências do resgate das razões no sistema da estabilidade

De todo o exposto, vê-se que é premente que recuperemos a importância das razões no sistema das estabilidades. Os argumentos serão usados não apenas para verificar a relação entre os atos da cadeia de vínculos, mas também como parâmetro de conteúdo para a comparação entre os diversos processos (os escopos dos esquemas argumentativos, as esferas de regulamentação, etc.). Ademais, pela incidência entre argumentação e conclusão, a estabilidade pode atingir conteúdos das próprias razões, e não apenas o dispositivo da sentença.

Outras considerações em torno das consequências aplicativas dessa premissa serão trazidas mais adiante. Porém, aqui impende deixarmos assentadas algumas conclusões que decorrem mais diretamente dessa concepção, sobretudo referentes: à maior pressão que o modelo das estabilidades trará para a atividade dos sujeitos do processo; no que tange às impugnações para alteração das razões de decidir; e ao papel reservado à ação declaratória incidental.

### 7.8.1 A existência de maiores ônus e deveres processuais para as partes e para o juiz

O resgate científico da fundamentação dos atos processuais para o modelo das estabilidades tem consequências no papel das partes e do juiz na condução do processo.

De fato, a partir da concepção dos atos em contraditório como atos de autovinculação, podendo gerar efeitos preclusivos interprocessuais, as partes serão mais pressionadas a debater cooperativamente, deixando claro e transparente quais são os pontos principais do debate para elas, qual a importância de cada questão discutida, quais são os escopos de regulação pretendidos, etc.

Essas avaliações, fruto de condutas voluntárias e programadas, gerarão vínculos futuros, por ação ou omissão. E não há motivos para entender que haveria surpresa ou violações a direitos fundamentais dos litigantes. As partes não podem ser retratadas como ignorantes, coitados ou desvalidos, até porque o acompanhamento por advogado supre déficits do contraditório.<sup>1436</sup>

Concordamos com Gottwald e Leipold quando analisam a ampliação do conceito de objeto do processo operada pelo Tribunal da União Europeia. Estes autores defenderam que a abrangência da estabilidade a elementos adicionais em relação ao *Streitgegenstand* produziria um

<sup>1436</sup> OLIVA SANTOS, Andrés de la. *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*. Op.cit., p.61-62.



“ônus de concentração” para as partes, que as pressiona a ajuizar as ações posteriores no mesmo juízo ou concentrar as alegações em uma só demanda, ainda que seja reconvenção, no caso do réu.<sup>1437</sup>

Este ônus de concentração também poderia razoavelmente ser defendido para o sistema brasileiro, mesmo porque outros pontos de nosso ordenamento processual sugerem esta pressão à atividade das partes. Por exemplo, a conjugação da eficácia preclusiva da coisa julgada (art.474 do CPC) com o princípio da eventualidade e as preclusões de alegações posteriores (art.300 do CPC) mostra que é propósito do legislador aproveitar o processo para decidir o conflito em sua integralidade (lide total) ou na maior abrangência possível, e não apenas parcialmente.<sup>1438</sup>

Além disso, lembremos os deveres que o contraditório contemporâneo traz para o juiz, que obrigam o magistrado a engajar-se no debate e esclarecer as partes a respeito das alternativas que se colocam para a prática de atos processuais, assim como exigir que se comportem dentro dos cânones de boa-fé.<sup>1439</sup> Estes deveres podem ser ferramentas para a atuação do modelo de estabilidade por reduzir as surpresas e por chamar as partes à sua responsabilização pelos vínculos assumidos no procedimento.

### 7.8.2 A impugnação recursal com base nas razões. A “vitória” ou “derrota” no processo para além da sucumbência

Tradicionalmente, a determinação do interesse em recorrer, apto a preencher este requisito de admissibilidade dos recursos, era verificada pela sucumbência: só o perdedor, total ou parcial, poderia impugnar a decisão. Esta compreensão mantém-se, em grande medida, até hoje na doutrina, com a correção de que haverá alguns casos em que certos sujeitos poderão recorrer mesmo não sendo tecnicamente sucumbentes. Algumas dessas hipóteses são o recurso do terceiro prejudicado ou aquele interposto pelo Ministério Público na condição de *custos legis*.

<sup>1437</sup> GOTTWALD, Peter. *Streitgegenstandslehre und Sinnzusammenhänge*. *Op.cit.*, p.94; CALAZA LÓPEZ, Sonia. *La cosa juzgada*. *Op.cit.*, p.132-134.

<sup>1438</sup> CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Os elementos da demanda e a configuração da coisa julgada*. *Op.cit.*, p.118-120; ASSIS, Araken de. *Reflexões sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada*. *Op.cit.*, p.38, 41-42, fazendo associação com o §§ 616 e 767 da ZPO alemã como sendo similares no direito comparado.

<sup>1439</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, influência e validade prima facie dos atos processuais*. *Op.cit.*, p.243 ss.

Então, para depurar o conceito de interesse em recorrer, tem-se mencionado que o critério para definir a presença do requisito de admissibilidade não deveria ser a sucumbência, mas a *utilidade* em um melhoramento da posição jurídica do recorrente anterior ao recurso.<sup>1440</sup>

Pois bem, ainda assim, essa utilidade, que é o cerne do interesse recursal, deveria ser verificada, segundo a doutrina, pelas “conclusões” da sentença, e não pelas suas razões. Portanto, o recurso do vencedor apenas para que o tribunal reconheça sua vitória por outro fundamento jurídico não acolhido na primeira instância deve ser inadmitido por falta de interesse.<sup>1441</sup>

Ora, se defendemos que possa haver estabilização de conteúdos do debate para além do dispositivo da sentença, devemos coerentemente sustentar que deva poder também ser interposto recurso para atacar a utilização de certas razões pelo magistrado,<sup>1442</sup> tal como se admite no Brasil para as ações coletivas, devido às previsões legais de coisa julgada *secundum eventum probationis*.<sup>1443</sup>

À luz da possível vinculação das razões, saliente-se que, se o moderno conceito de interesse em recorrer não se restringe às hipóteses de sucumbência, seria mais do que natural reconhecer que exista utilidade (e portanto interesse) na reforma da fundamentação em grau recursal. O litigante, por conseguinte, poderá ter interesse no acolhimento de um determinado fundamento que lhe seja mais vantajoso. Pensemos numa demanda reivindicatória em que o autor alega ter adquirido um terreno através de um contrato de compra e venda celebrado numa certa data; caso assim o juiz não se considerasse, afirma ter habitado no imóvel por 30 anos, usucapindo o bem. Provadas ambas as razões, o autor poderia “preferir” (portanto teria interesse), que a demanda fosse acolhida com fundamento no primeiro título aquisitivo, porque assim evitaria uma possível demanda para o ressarcimento de danos, ou mesmo ter que discutir se sua posse era de boa-fé ou má-fé para fins de obter indenização pelas benfeitorias ou frutos percebidos no período intermédio em que era apenas possuidor, caso apenas se reconhecesse a usucapião.

<sup>1440</sup> Contra, CONSOLO, Claudio. *Il cumulo condizionale di domande*. *Op.cit.*, p.517, ainda apegado à recorribilidade no conceito clássico de sucumbência.

<sup>1441</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. *Op.cit.*, p.298 ss, especialmente p.301-302.

<sup>1442</sup> Como o próprio Savigny admitia. Cf. SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen Römischen Rechts*. *Op.cit.*, vol.VI, p.394. O impacto da extensão dos efeitos preclusivos às razões na esfera recursal é reconhecido por GILLES, Peter. *Rechtsmittel im Zivilprozeß*. *Op.cit.*, p.22-23; PARRY, Adolfo E. *Limites objetivos de la cosa juzgada*. *Op.cit.*, p.854. Contra, Shindo nega a existência de recurso sob o argumento de que seria contrário à celeridade processual. Confirma-se a crítica de Yoshino: YOSHINO, Shozaburo. *Zur Lehre der Rechtskrafteerstreckung*. *Op.cit.*, p.117, 129-130, 172.

<sup>1443</sup> DIDIER JR., Fredie. *Cognição, construção de procedimentos e coisa julgada: os regimes de formação da coisa julgada no direito processual civil brasileiro*. *Op.cit.*, p.12. Idêntica solução se observa no processo penal brasileiro, especialmente nos recursos contra as decisões absolutórias, as quais, dependendo da fundamentação, poderão ter efeitos extrapenais diversos.

Como bem ressalta Consolo, um modelo de maior vinculatividade de atos intermédios rompe a concepção tradicional de que o sucesso do autor é o acolhimento da demanda, enquanto o réu seria vitorioso com a improcedência.

Com efeito, se as interações de um procedimento poderão influenciar também o êxito em outros processos, bem como o exercício das faculdades e poderes processuais em outros litígios sobre pretensões diversas (mas ligadas fortemente àquela lide anterior),<sup>1444</sup> a vitória e a derrota não poderão mais ser compreendidas apenas à luz da resposta ao pedido. A improcedência, p.ex., passa a ser algo mais que a “vitória de Pirro” da atualidade, permitindo ainda uma maior igualdade de posições processuais entre autor e réu, que neste ponto é profundamente desequilibrada. Os processos assumirão um espectro mais largo de configuração de “vitórias” e “derrotas”, que passarão a ser graduadas, em maior ou menor medida, pelo atingimento do escopo pretendido pelos litigantes na esfera de regulamentação dos bens da vida em disputa.<sup>1445</sup>

### 7.8.3 O papel atual da ação declaratória incidental

A técnica da ação declaratória incidental orientou muitos ordenamentos europeus e latino-americanos na interpretação do formato dos limites objetivos da coisa julgada. De fato, vimos que o maior argumento utilizado pelos doutrinadores germânicos para sustentar que o legislador da ZPO quis expressamente rejeitar a tese de Savigny e limitar a coisa julgada ao dispositivo da sentença foi a introdução da ação declaratória incidental na ordenança processual tedesca.<sup>1446</sup> Talvez toda a doutrina seja até hoje influenciada pela exposição de motivos da ZPO, mesmo porque o §322 não traz restrição expressa da coisa julgada ao dispositivo, limitando-se a mencionar que a *res iudicata* fica limitada à “decisão” sobre a “pretensão”.

Com efeito, temos que admitir que a ação declaratória incidental, em qualquer sistema, realmente poderia ser indicativa de que não é autorizada uma extensão da vinculatividade a qualquer parcela da fundamentação, a não ser que a parte fizesse uso deste específico instrumento. E, por este motivo, há autores que rejeitam a extensão da vinculação às razões de

<sup>1444</sup> CONSOLO, Claudio. *Il cumulo condizionale di domande*. *Op.cit.*, p.513.

<sup>1445</sup> Claro que a procedência e improcedência continuarão a ter importância crucial na determinação de diversas consequências processuais. Por exemplo, a sucumbência é o norte para a fixação dos custos do processo, pela causalidade na imposição da condenação em despesas e custas. Porém, mesmo sucumbente no pedido principal, a vinculação obtida pelo exaurimento do debate sobre uma questão poderia ser de grande relevância para o litigante, com efeitos em processos futuros.

<sup>1446</sup> HABSCHEID, Walter J. *Der Streitgegenstand im Zivilprozess*. *Op.cit.*, p.286; *Idem*, *Die materielle Rechtskraft des die negative Feststellungsklage aus Beweislatgründen abweisenden Urteils*. *Op.cit.*, p.2643; SCHWAB, Karl Heinz. *Die Bedeutung der Entscheidungsgründe*, *Op.cit.*, p.324.

decidir, como fez, p.ex., o Tribunal da União Europeia, sob o argumento de que esta concepção tornaria a ação declaratória incidental letra morta, e então seria incompatível com o direito positivo.<sup>1447</sup>

Portanto, nos ordenamentos cuja legislação processual é previdente do instituto, devemos indagar se existe algum papel para a ação declaratória incidental no quadro das estabilidades.<sup>1448</sup>

Pensamos que, ainda que não a devamos extinguir ou abandonar, o papel da ação declaratória incidental deva ser redimensionado. O OGH austríaco, p.ex., afirma que, ao decidir pela vinculação das razões, não estaria eliminando a utilidade prática da ação declaratória incidental, que continuaria o único elemento apto a conferir à decisão a “força de coisa julgada”.<sup>1449</sup> Assevera-se que seria mantido seu valor prático nos casos em que as partes desejam que um direito ou situação substancial adquira estabilidade própria da coisa julgada *sem que seja necessário verificar qualquer nexó lógico substancial*. No mesmo sentido foi a tese de Zeuner.<sup>1450</sup>

Assim, a ação declaratória incidental continuará a ter o seu papel no sistema positivo, permitindo que certas questões adquiram um tipo específico de estabilidade que é a coisa julgada. Mas a preclusão (forma geral de estabilidade), até por não ter qualquer norma positivada que restrinja sua aplicação, pode justificar a vinculação das razões, tal como aqui sustentado.<sup>1451</sup> A diferença é que o manejo da ação declaratória incidental excluiria o ônus argumentativo para justificar o nexó substancial de interferência entre o escopo regulativo pretendido e a estabilidade anterior, o que seria necessário para avaliar a estabilidade como decorrência das preclusões.

Por fim, cabe destacar que a tendência legislativa do Projeto de Novo Código de Processo Civil parece reforçar as ideias aqui defendidas. É que o art.19 do Projeto, que substituirá o atual art.5º do CPC vigente, ao invés de afirmar que a questão prejudicial será declarada por sentença

<sup>1447</sup> Sobre o tema, Cf. GOTTWALD, Peter. *Streitgegenstandslehre und Sinnzusammenhänge*. *Op.cit.*, p.96 ss.

<sup>1448</sup> Preocupação também da investigação de YOSHINO, Shozaburo. *Zur Lehre der Rechtskrafteerziehung*. *Op.cit.*, p.154.

<sup>1449</sup> OGH 12 de abril de 1989, 3 Ob 11/89 cit., p.53-54.

<sup>1450</sup> ZEUNER, Albrecht. *Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge*. *Op.cit.*, p.173-174. Sobre o tema, PETERS, Egbert. *Zur Rechtskraftlehre Zeuners*. *Op.cit.*, p.236.

<sup>1451</sup> E outros pontos do Código de Processo Civil, mesmo referentes à estabilidade da sentença (coisa julgada), poderiam levar a esta conclusão. Note-se que, ainda que o art.469 tenha positivado a tese da limitação ao dispositivo, os arts.471 e 468 do CPC adotaram a redação do projeto Carnelutti, que permite a extensão da vinculação às questões decididas, no limite da lide. Sobre o tema, SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. *Op.cit.*, p.201. O Projeto de Novo Código de Processo Civil também amplia a vinculatividade das questões prejudiciais (art.484), com a condição de que sejam “expressamente” decididas. A disposição parece não alterar a sistemática tradicional, até porque o art.485 do Projeto reproduz a limitação prevista no art.469 do CPC hoje vigente.

quando “qualquer das partes requerer”, diz, ao revés, que o juiz a declarará, com força de coisa julgada, “assegurado o contraditório”.<sup>1452</sup>

## 7.9 Indagações subsequentes

Neste ponto, para prosseguir à nossa proposta, temos que buscar critérios que nos permitam identificar, racionalmente:

- 1) *Quais* conteúdos devem ser considerados estáveis;
- 2) *A partir de quando e até quando* se mantém a estabilidade;
- 3) *Se*, excepcionalmente, a quebra de estabilidade será autorizada; e
- 4) *Como* operar as mudanças *sem perda* de segurança jurídica.

A estas quatro indagações corresponderão os próximos capítulos.

---

<sup>1452</sup> O texto do Projeto foi mantido no substitutivo aprovado no Senado Federal.

## 8 LIMITES OBJETIVOS DAS ESTABILIDADES

### 8.1 Primeiro exame: a identificação do conteúdo das cadeias de vínculo e as relações de exclusão ou inclusão no paradigma da continuidade

A primeira pergunta que a sistematização das estabilidades ora nos exige é aquela a respeito de *quais* elementos poderão ser estabilizados.

A questão resolve-se, em parte, com a comparação entre dois ou mais conteúdos.<sup>1453</sup> Porém, antes disso, um outro exame deve ser aplicado. E o primeiro corte que podemos empreender neste ponto é verificar se estamos diante da *reprodução* do debate sobre uma mesma questão, ou se há *dependência lógico-substancial* entre a esfera regulativa dos dois processos. Estas considerações atrairão a análise, respectivamente, para os efeitos negativo ou positivo das estabilidades.

Com efeito, como vimos no Cap.6, as ligações diacrônicas, fáticas ou jurídicas, entre diversos atos processuais referem-se ao relacionamento por inclusão ou exclusão entre vários objetos em processos sucessivos ou momentos posteriores. As relações de exclusão fundam-se na *integral superposição* entre os objetos de comparação, e portanto serão importantes para o efeito negativo da estabilidade.<sup>1454</sup> As relações de inclusão ou incorporação, por seu turno, compreendem *zonas de coincidência e dependência* entre os objetos, nas quais os conteúdos podem-se apresentar como autônomos ou mutuamente interferentes (total ou parcialmente). Estas interseções são importantes nas hipóteses de prejudicialidade e dependência lógica, com vistas a atuar o efeito positivo da estabilidade.

Porém, vale lembrar que, ao trabalharmos ambos os efeitos, deverá ser levada em consideração a vertente prospectiva e mais publicista das estabilidades, forte na ideia de proibição de contradição e na concepção de segurança como continuidade. E estas premissas terão papel relevante tanto no efeito negativo como no efeito positivo, alterando sua forma de aplicação.

Sem embargo, como vimos anteriormente, com o abandono da imutabilidade, a reprodução do debate sobre um mesmo conteúdo é uma possibilidade aberta, mesmo que

<sup>1453</sup> Como percebeu BÖHM, Peter. *Die Ausrichtung des Streitgegenstands am Rechtsschutzziel*. *Op.cit.*, p.85.

<sup>1454</sup> Confira-se SOUSA, Miguel Teixeira de. *O objeto da sentença e o caso julgado material (estudo sobre a funcionalidade processual)*. *Op.cit.*, p.134-135, embora trabalhando apenas a estabilidade da sentença (coisa julgada).

excepcionalmente. Portanto, deve ser revista a concepção estrita do *ne bis in idem* como absoluta proibição de repetição (típica do formato da imutabilidade). À luz daquele formato ortodoxo da inalterabilidade, uma vez verificada a identidade de objeto, a análise da estabilidade parava por aí. Com a nova segurança-continuidade, a técnica aplicativa passa a envolver um exame duplo: na primeira etapa, a verificação da identidade de conteúdo; em seguida, indagar, respectivamente, acerca da *necessidade* da alteração da posição jurídica estável e da *pertinência* de incorporação do conteúdo aos atos posteriores.

Pois bem, no caso de haver uma relação diacrônica de exclusão, derivada da repetição de um debate, o efeito negativo da estabilidade exercerá *pressão* para que não haja qualquer segunda análise. Não se trata de uma “proibição de repetição”, como no modelo clássico, mas uma força *prima facie* contra a indevida duplicidade. De fato, o efeito negativo das estabilidades, no paradigma da segurança-continuidade, não implica em uma análise apenas da *possibilidade de reprodução do debate*, no binômio válido-inválido (e então a pergunta seria apenas: “existe uma estabilidade anterior que tornou definitivamente estável a mesma questão?”). Como a alteração, ainda que excepcional, é uma alternativa possível, em se verificando a reprodução de discussão sobre o mesmo objeto, deverá ser empreendido um exame sobre a *necessidade de mudança* na posição jurídica estável.

Já nas hipóteses de prejudicialidade e dependência lógico-substancial, por tratar-se de relações diacrônicas de inclusão entre questões não de idêntico teor, mas com conteúdos aproximados e interferentes, o efeito positivo da estabilidade exerce pressão para que haja a *conformação* normativa, isto é, a incorporação do conteúdo estável nos atos posteriores. Aqui, os critérios e parâmetros serão um pouco diferentes, mas também será preciso analisar a possível ruptura da estabilidade anterior, embora em outra perspectiva, que é a pertinência de sua absorção no conteúdo nos atos seguintes.

Ora, se os critérios serão diversos a depender dos efeitos que as cadeias de vínculo produzem, devemos, portanto, identificar as espécies de cadeia-modelo (regulativa ou não regulativa), para que então seja possível verificar quais efeitos produzir-se-ão. A diferenciação das espécies de cadeia de vinculações, desenvolvida no Cap.6, leva à constatação dos efeitos que os atos processuais, em conjunto, podem produzir. Se estivermos diante de uma cadeia não regulativa, p.ex., somente será possível imaginar o efeito negativo, e portanto a comparação de

conteúdos dar-se-á por relações de exclusão; se, por outro lado, for visualizada uma cadeia regulativa, pode entrar em cena também o efeito positivo.

O primeiro passo, assim, é identificar a espécie de cadeia de vínculos, para determinar qual ou quais os efeitos das estabilidades que podem ser implementados.

## 8.2 Cânones hermenêuticos e critérios para a comparação dos objetos

Muito bem, identificada a espécie de cadeia de vínculo, é preciso determinar critérios para guiar a aferição de identidade ou interferência dos conteúdos dos processos.

Inicialmente, delimitaremos os vetores interpretativos que mediarão o exame dos limites objetivos das estabilidades no formato proposto neste trabalho. Após, tentaremos expor quais são as principais particularidades que devem ser enfrentadas ao verificar se estamos diante de esquemas discursivos idênticos ou interferentes.

Frisamos que o elenco a seguir não tem nenhuma pretensão de completude; desejamos apenas fornecer alguns parâmetros relevantes. Ademais, os critérios propostos condicionam-se e se exigem mutuamente, e podem também volta e meia compensar os déficits uns dos outros, toda vez que a presença de certos fatores, em maior grau, puder reduzir a necessidade de outros. Primordial é haver um balanço de todos estes aspectos para determinar o que foi suficientemente debatido a ponto de poder-se considerar um conteúdo estabilizado.

Dentre os parâmetros a seguir apresentados, terão papel de destaque: a identidade de questões abstratamente consideradas; a efetiva discussão entre os sujeitos; se determinada atuação era possível ou previsível ao litigante; se houve restrições aos direitos e faculdades processuais das partes no primeiro processo que as possam ter impedido de defender-se com amplitude; o ônus da prova nos dois processos; dentre outros critérios.

### 8.2.1 Vetores interpretativos

8.2.1.1 Primeiro vetor. *Tantum iudicatum quantum litigatum*: a vinculação a partir da intensidade do contraditório-influência



Para definir o conteúdo da discussão, não se precisa de qualquer fórmula legal, podendo o vínculo das partes ser inferido dos atos praticados a partir de uma análise concreta do que foi debatido, controvertido e decidido no primeiro processo.<sup>1455</sup> Trata-se da compreensão de que, se os atos em influência recíproca são expressões de autorresponsabilização e autovinculação, com deveres de consideração e atenção em relação aos demais, só podem adquirir força estável os aspectos do processo sobre os quais tenha sido observado o exercício pleno e equo do contraditório.

É só diante de uma efetiva participação e exaustivo exercício do contraditório que pode ser extraída a vinculação. A estabilidade deriva do esforço de condução do processo e do exaurimento da cognição e do debate sobre o tema.<sup>1456</sup>

Este é o entendimento nos ordenamentos anglo-americanos, onde se usa a regra geral da *full and fair opportunity* de litigar como critério maior para definir o espectro da preclusão. Nesta linha, o desempenho ético do contraditório, com a exaustão de suas prerrogativas argumentativo-processuais, é o que torna injustificável a relitigância de questões e pretensões já suficientemente debatidas.<sup>1457</sup>

Algo similar já foi defendido em algumas teses europeias, como se nota dos trabalhos de Henckel, Rimmelspacher, Zeuner. Movimentos no sentido de relacionar a boa-fé processual e os deveres de participação do contraditório com o sistema de estabilidades já puderam ser observados também na América Latina,<sup>1458</sup> Suécia, Noruega, Finlândia (Cap.3) e na doutrina e jurisprudência espanholas.<sup>1459</sup>

O mesmo entendimento teve papel de destaque no Japão. Com efeito, segundo a famosa tese de Shindo, o vínculo a certas questões debatidas está relacionado ao contraditório, à vontade das partes e à autorresponsabilidade, tanto na ação quanto na omissão. Para o autor, se for assegurado o contraditório em iguais condições entre os adversários, e lhes tendo sido conferidas faculdades e poderes postulatórios e defensivos, os resultados desfavoráveis do processo e do exercício ou não destes poderes devem ser assumidos pelas partes.<sup>1460</sup>

<sup>1455</sup> Como notou LEIPOLD, Dieter. *Teilklagen und Rechtskraft*. *Op.cit.*, p.433.

<sup>1456</sup> HENCKEL, Wolfram. *Prozessrecht und materielles Recht*. *Op.cit.*, p.44, 61 ss, 155, 172-173.

<sup>1457</sup> Percebem o cerne da questão CASAD, Robert C.; CLERMONT, Kevin M. *Res Judicata...**Op.cit.*, p.30. Na Espanha, ensaia este entendimento TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel. *La cosa juzgada (Estudio de jurisprudência civil)*. *Op.cit.*, p.175-176.

<sup>1458</sup> RIVERA, José Antonio. *El amparo constitucional contra sentencias judiciales con autoridad de cosa juzgada: una perspectiva del tema en Bolivia*. *Op.cit.*, p.379-380.

<sup>1459</sup> SILGUERO ESTAGNAN, Joaquín. *La preclusión de alegaciones en el proceso civil*. *Op.cit.*, p.88.

<sup>1460</sup> SAKAMOTO, Keizo. *Rechtskräftige Entscheidung und Nachforderung...**Op.cit.*, p.67, 81; YOSHINO, Shozaburo. *Zur Lehre der Rechtskrafterstreckung*. *Op.cit.*, p.120-121.

Em todas estas formulações, em maior ou menor grau, vê-se uma linha comum. Trata-se da aproximação entre o modelo europeu e o anglo-americano, que tem aqui nossa adesão. Não se pode nem pensar a estabilidade apenas em condutas exclusivamente definidas pelas partes (o pedido) nem isolar qualquer conteúdo da sentença (o dispositivo). No modelo aqui proposto, portanto, a estabilidade se produz por um esgotamento do debate, sem retornarmos à “consunção da *actio*”.

Nesse cenário, pensamos que, quaisquer que sejam os critérios trabalhados, estes deverão sempre ser permeados pela ideia vetora de que não pode ser negado aos indivíduos pelo menos *uma oportunidade* de participar de um *debate exaustivo*, com amplas possibilidades de defesa e argumentação, de apresentação de provas e plena consideração de sua linha argumentativa. E o contraditório seria, de fato, aniquilado, se houvesse estabilidade de uma posição jurídico-processual pretérita sem que as condições ideais do debate tenham sido observadas. Porém, uma vez verificada a ampla discussão, poderá haver estabilidade porque não mais se justifica uma nova chance de debater tudo outra vez.

Na linha deste primeiro vetor interpretativo, e para sermos fiéis às premissas adotadas no presente estudo, os parâmetros sugeridos corresponderão ao desenho moderno do contraditório (informação-expressão-consideração), bem como os deveres de cooperação e boa-fé dele decorrentes.<sup>1461</sup>

#### 8.2.1.2 Segundo vetor. Os deveres do contraditório de boa-fé e cooperação: a responsabilidade e as vinculações processuais das partes e do juiz

Como já assentado, o contraditório contemporâneo exige a consideração dos demais sujeitos num ambiente de responsabilidade e honestidade. Neste contexto, a atuação dos litigantes deve ser pautada pelas regras de boa-fé e cooperação com os demais sujeitos, princípios que são compreendidos, na atualidade, como inspiradores do processo civil.

Esta alteridade no exercício do contraditório impõe deveres de conduta e chama os litigantes a uma introspecção para que o desempenho de seus comportamentos processuais revele o uso responsável e consciente de suas prerrogativas (autorresponsabilidade). Assim, a prática dos atos processuais deve levar em conta não só a avaliação racional da conduta à luz dos atos

---

<sup>1461</sup> Sem ligar o critério ao *Streitgegenstand*. Confira-se, no mesmo sentido, NIEVA FENOLL, Jordi. *La cosa juzgada*. *Op.cit.*, p.192.

praticados por outrem, mas também a projeção comunicativa *do próprio comportamento* para os demais sujeitos. Se todos nós consideramos as condutas dos demais para o desempenho de nossos atos, devemos-nos conscientizar de que os outros também se pautam em função de nossos comportamentos (reflexividade).

Portanto, a responsabilidade na condução do processo e o condicionamento às condutas dos demais torna-se relevante não apenas na vedação de repetição de um debate exaurido, mas também em vários outros pontos, como por exemplo: a criação de expectativas; a compreensão das omissões como fruto de uma inatividade avaliada e voluntária; a proibição de comportamentos logicamente incompatíveis com outras condutas, etc. Nesta ordem de ideias, pela aplicação do efeito negativo da estabilidade, a verificação de uma conduta posterior incompatível com atos pretéritos torna o ato inadmissível pela preclusão lógica.<sup>1462</sup>

Em suma, responsabilidade, cooperação e boa-fé apontam para que as condutas adotadas pelos sujeitos do processo, sempre que relacionadas entre si nas cadeias de atos, sejam encaradas como vínculos conscientes e, portanto, possam gerar estabilidades. Aqui, devemos concordar com Shapiro quando afirma que, “num sistema que, em geral, não dá espaço para a chicana e não produz armadilhas para o desavisado, o alargamento das regras de preclusão é justo e eficiente”.<sup>1463</sup>

Claro que a boa-fé não pode ser fator autônomo para descon sideração da coisa julgada<sup>1464</sup> ou de qualquer estabilidade. Mas será um dado importante para avaliar a conduta dos litigantes e a dimensão do exercício de seus direitos processuais. Os princípios da cooperação e da boa-fé, tanto compreendidos de forma independente ou como deveres decorrentes do contraditório, serão, portanto, vetores interpretativos de vários critérios aplicativos, como veremos adiante.

#### 8.2.1.2.1 Contraditório cooperativo e efeitos preclusivos interprocessuais. Proteção da confiança e aplicações na jurisprudência

<sup>1462</sup> Na esteira do aspecto participativo e inclusivo de todos os sujeitos que o contraditório contém, o juiz também deve ser visto como portador de deveres decorrentes da cláusula. O magistrado deve conduzir o processo como os demais sujeitos dele esperam, isto é, de acordo com as expectativas criadas, não podendo também ele contradizer seus comportamentos anteriores. Assim decidiu o Tribunal Constitucional Federal alemão: BVerfGE 78, 123 (126).

<sup>1463</sup> SHAPIRO, David L. *Civil Procedure: Preclusion in Civil Actions*. *Op.cit.*, p.41: “In a procedural system that, in general, is not characterized by traps for the unwary, and that gives reasonable opportunity for compliance with the rules and for relief from their severity, this broadening of the scope of claim preclusion seems both fair and efficient”.

<sup>1464</sup> TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. *Op.cit.*, p.598-599.

Como vimos no Cap.6, dentro da perspectiva das cadeias ultrapassantes de vínculo, podemos pensar em estabilidades interprocessuais. Assim, se a boa-fé pode ser aferida no curso do processo, contrapondo-se dois atos praticados no mesmo procedimento, pode também ser critério para verificar a preclusão lógica a partir das contradições comportamentais com atos praticados fora do processo ou em processos diversos. Ademais, deve ser verificada a boa-fé também no exercício ou na execução, posteriormente à formação da estabilidade, das posições jurídicas definidas na cadeia.

Assim, por exemplo, a boa-fé é importante na aferição do conhecimento das partes sobre o processo em que formada a estabilidade da decisão, vinculando não apenas o perdedor, mas também o vencedor, quando ambos tomam condutas posteriores incompatíveis. Nesta linha, p.ex., uma das partes, sabendo da coisa julgada, não pode propor ação valendo-se da morte do adversário e da ignorância de seus herdeiros a respeito do processo anterior.<sup>1465</sup> O mesmo ocorre nos casos em que um dos contratantes processa o outro para obter a prestação devida, e num segundo processo alega a invalidade ou ineficácia do mesmo contrato.<sup>1466</sup> No mesmo sentido, entre nós, o STJ já julgou que uma parte que se recusa a fazer exame de DNA durante o processo não pode, posteriormente ao trânsito em julgado, ajuizar ação de anulação de registro civil sob o argumento de que agora pretende realizar o exame.<sup>1467</sup>

Idêntico vetor interpretativo pode ser aplicado no manejo de instrumentos rescisórios ou revisionais, especialmente na valoração do abuso de instrumentos de quebra ou superação das estabilidades.<sup>1468</sup>

Em todas estas hipóteses, a boa-fé e as preclusões são analisadas na relação interprocessual, como também se observa no direito estrangeiro na utilização da *resning* sueca e finlandesa.

#### 8.2.1.2.2 Provisoriedade ou revogabilidade da posição que alegadamente gerou a base da confiança

Ao ligar a boa-fé e as preclusões lógicas, as estabilidades assumem papel relevante na proteção da confiança e na continuidade jurídica, emprestando aspecto prospectivo às

<sup>1465</sup> Exemplo de TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. *Op.cit.*, p.600.

<sup>1466</sup> ZEUNER, Albrecht. *Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge*. *Op.cit.*, p.78.

<sup>1467</sup> REsp 196.966, Rel.Min. Ruy Rosado de Aguiar, j.07.12.1999.

<sup>1468</sup> CASTILLEJO MANZANARES, Raquel. *Hechos nuevos o de nueva noticia en el proceso civil de la LEC*. *Op.cit.*, p.69.

vinculações processuais. Não obstante, se a expectativa for baseada em uma cadeia de vínculos cujo ato regulativo tiver caráter essencialmente provisório, não pode haver confiança a ser protegida. Assim, quando estamos diante de um requerimento de medida de urgência, mesmo deferida pelo juiz, a ligação entre as alegações da parte e os argumentos usados na decisão que os acolheu evidenciam a ciência a respeito dos efeitos temporários pretendidos. Ademais, se o próprio litigante solicita providência revogável, não pode posteriormente alegar que praticou atos “confiando” que o estatuído na decisão se mantivesse.<sup>1469</sup>

Trata-se de uma preocupação sobre a *revisibilidade intrínseca* do conteúdo da decisão. Com efeito, alguns atos têm uma espécie de “pretensão de permanência”<sup>1470</sup> ou tendem à continuidade, quando, p.ex., não possuem prazos. Outros atos são intrinsecamente provisórios, como decisões interlocutórias de urgência. Quando o teor decidido for revogável, alterável por natureza, como ocorre nas medidas de urgência, não se justificaria qualquer efeito preclusivo. A ideia é que posteriormente outra decisão será proferida com cognição mais aprofundada, e então será em relação a esta decisão que interessa investigar a estabilidade.

Ainda que não isolemos a estabilidade da sentença dos demais atos processuais, temos que a revogabilidade ou revisibilidade das decisões impede sim que seja aplicado o efeito positivo da estabilidade. Neste caso, não se poderia imaginar uma estabilidade forte, como a força *prima facie* da continuidade, pressionando pela manutenção da posição estável e a incorporação de seu conteúdo nos atos jurídicos posteriores.<sup>1471</sup>

### **8.3 Critérios para os limites objetivos das estabilidades: comparando a discussão pretérita com o teor do *posterius actus***

#### **8.3.1 Qual exame de conteúdo?**

##### **8.3.1.1 A análise dinâmica do procedimento de formação da cadeia de vínculos**

<sup>1469</sup> O litigante estaria adotando um comportamento por sua conta e risco. Cf. SINGER, Reinhard. *Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens*. *Op.cit.*, p.15-16. Confirmam-se as seguintes decisões do *Bundesgerichtshof*: BGHZ 63, 140 (144); BGHZ 34, 355 (363).

<sup>1470</sup> ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica no direito tributário*. *Op.cit.*, p.413-414.

<sup>1471</sup> Nesta esteira, o STJ não aplica a teoria do “fato consumado” quando alguns atos são praticados com base em decisões interlocutórias, porque se sabia o risco de reversibilidade do julgado. Assim, por exemplo, no caso de provimentos e investidura em cargos públicos: STJ – MC n.11.543-BA, Rel.Min.Gilson Dipp, j.19.04.2007. Mas a mesma corte já decidiu que deve ser preservada situação de ingresso em universidade com base em decisão precária. STJ – AgRg no AI n.774-372-RJ, Rel.Min.José Augusto Delgado, j.06.02.2007.

Vimos, anteriormente, que a primeira etapa para definir o conteúdo que se torna estável é identificar as espécies de cadeia de vínculos. A partir daí, em sendo definido se há relações diacrônicas de exclusão (efeito negativo) ou inclusão (efeito positivo), poder-se-á prosseguir no exame da necessidade de revisão do conteúdo estável ou a pertinência de sua incorporação ao teor dos atos posteriores. Todavia, a identificação das espécies de cadeia, somada à constatação do tipo de efeito vinculativo que geram, não resolve, por si só, o problema dos limites objetivos da estabilidade. Continua sendo preciso definir *o quê* foi estabilizado e comparar este dado com o conteúdo do novo processo ou ato processual posterior.

No Cap.2, ficou assentado estar equivocada a estreita relação do “objeto do processo” com o exame da existência de coisa julgada, e lá foram externadas diversas razões para esta constatação crítica, como, p.ex., que se trata de uma associação que torna o modelo baseado em um exame estático e privatista. Então, como afirmamos, deveria haver uma alternativa àquele teste comparativo simplista.

Porém, a saída não é, evidentemente, *evitar* uma comparação entre conteúdos, até porque sistemas mais dinâmicos de abordagem da coisa julgada e das preclusões, como o anglo-americano, também realizam o cotejo entre o teor do debate nos dois processos. Bom, então quais elementos devem ser analisados? Em nosso entendimento, a chave para a solução do dilema não é abrir mão de um exame de conteúdo, mas *alterar o parâmetro de comparação*. Neste cenário, devem ser considerados: 1) o processo de formação da cadeia de estabilidade e suas características; 2) a interferência do *posterius actus* no espaço de estabilidade criado.

A importância da análise do processo de formação da estabilidade provém da estrutura de influência recíproca entre os atos da cadeia de vínculos. Esta formação encadeada argumentativamente revela a impossibilidade de pensar a sentença, p.ex., dissociada dos atos anteriores, ou ainda segregar a conclusão da sentença (o dispositivo) da argumentação lançada pelo próprio sujeito que a prolatou: o juiz. Como já mencionamos anteriormente, esta caracterização isolacionista é contrária à concepção contemporânea do contraditório. Ademais, uma verdadeira justiça procedimental não pode desprender a norma produzida na sentença de todas as interações que a precederam.

Por outro lado, para proteger os interesses de continuidade, harmonia sistêmica, efetividade e economia de juízos, não serve afirmar que o conteúdo do debate equivale aos

elementos trazidos ao processo na petição inicial e na contestação. É verdade que todo juízo de natureza processual tem que ter alguma referência externa, fatores retirados de dados provenientes de fora da litigância,<sup>1472</sup> até porque o processo não existe em si mesmo. De fato, esta referência extraprocessual, que toda lide deve possuir, revela-se em institutos variados como o interesse de agir, o princípio dispositivo e, aqui, a ligação do *Streitgegenstand* com a teoria da coisa julgada.<sup>1473</sup> Todavia, para adequadamente tratarmos as estabilidades de maneira dinâmica e prospectiva, que incorpore as relações interprocessuais e seja medida pela necessidade de permanência da posição estável (continuidade), não basta que seja definido o conteúdo da estabilidade simplesmente pela transposição do retrato estático da pretensão e defesa, determinado pela vontade dos litigantes.<sup>1474</sup> Impende haver uma comparação que atente para valores sistemicamente relevantes e dados referentes ao *exercício do contraditório*, elementos que toquem o *desenvolvimento e evolução da discussão*, até porque a *res de qua agitur* não pode ser automaticamente convertida em *res iudicata*.<sup>1475</sup>

Portanto, para saber se a questão posta para discussão é uma reprodução de outra anteriormente debatida ou decidida não basta comparar conteúdos estáticos, como p.ex. indagar apenas “quais” foram os pedidos formulados por autor e réu, ou “o quê” foi discutido numa sentença, ou “qual” é o “objeto” da segunda demanda. Pela ligação intrínseca dos atos em cadeia com os atos anteriores que os condicionaram, devem ser incorporados a esta análise elementos sobre *como* a decisão foi obtida. Assim, no que se refere às postulações e atos das partes, não é

<sup>1472</sup> KISCH, Wilhelm. *Beiträge zur Urteilslehre*. Op.cit., p.3.

<sup>1473</sup> HAGEN, Johann Josef. *Elemente einer allgemeinen Prozeßlehre*. Op.cit., p.31.

<sup>1474</sup> Embora com escopo similar, é estático o exame proposto por Andrés de la Oliva. Após identificar que existe uma “esquizofrenia” entre o conceito de objeto do processo (limitado ao pedido) e o constante uso da causa de pedir para definir os limites da coisa julgada, o autor afirma que é necessário dividir o conceito em dois planos: um interno e imanente, e outro externo ou transcendente. No plano interno, estudar-se-ia a relevância do objeto do processo dentro daquele mesmo procedimento; no plano externo, seriam analisadas suas relações com outros processos e seus respectivos objetos. OLIVA SANTOS, Andrés de la. *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*. Op.cit., p.75-76. Daí falar o autor espanhol de um “objeto atual” e um “objeto virtual” do processo, este último projetando a atividade das partes e do juízo para outros processos: “*Objeto virtual de um processo civil es aquello sobre lo que no tiene por qué proyectarse la actividad de las partes y del tribunal en el correspondiente proceso, pero que, sin embargo, en relación con otros procesos, valdrá como objeto procesal o tendrá la virtualidad de este. Así, pues, esa virtualidad o eficacia se despliega ad extra o trascendentemente, es decir, hacia afuera del proceso mismo, cuando se trata de establecer si el objeto de varios procesos es el mismo o si el de uno de ellos comprende el de un proceso distinto, aún pendiente o ya terminado. Es asimismo relevante cuando interesa establecer si entre los objetos de varios procesos existe conexión, a efectos de acumulación de procesos. El objeto virtual del proceso civil viene determinado, respecto del objeto principal y del accesorio (excepciones materiales (...)), por los sujetos, el petitum y, finalmente, por todos los hechos y todos los fundamentos o títulos jurídicos que se hubieran podido aducir, aunque de hecho no se hiciesen valer, en un determinado proceso. Cuando se trate de decidir si procede, sobre todo, la litispendencia y la cose juzgada – pero también, como hemos dicho, la acumulación de procesos – habrá que atender al objeto virtual del proceso de referencia*”. OLIVA SANTOS, Andrés de la. *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*. Op.cit., p.78.

<sup>1475</sup> Discordamos de CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Op.cit., p.469; TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel. *La cosa juzgada (Estudio de jurisprudência civil)*. Op.cit., p.24.

suficiente perguntarmos “o quê” foi pedido, mas também *como, para quê, a partir de quando*, etc.

Trata-se de um exame da prática cooperativa e em influência reflexiva dos atos do processo que formam cadeias de vínculo, de cuja combinação poderemos extrair o verdadeiro conteúdo do debate. Vejamos mais a respeito nos itens seguintes.

### 8.3.1.2 Do *Streitgegenstand* aos “esquemas de agir” argumentativos

No primeiro capítulo, foram descritas, ainda que sucintamente, algumas das concepções a respeito do “objeto do processo” já defendidas historicamente na literatura europeia-continental. Todas aquelas discussões remetem a certos conteúdos fixos: o pedido, a causa de pedir, um “estado de fato”, etc. Dependendo da justificativa de seus autores, estes elementos podem ser relacionados entre si: p.ex., a “síntese de pedido e causa de pedir”, ou uma mistura entre o “estado de fato” e as alegações jurídicas das partes, e por aí em diante. No terceiro capítulo, foi visto ainda que um debate similar povoa a doutrina anglo-americana, que muito discutiu sobre os conceitos de *claim* e *cause of action*.

Ressalte-se, novamente, que a referência externa do processo, oriunda do conflito de interesses e trazida pelas alegações das partes, apresenta dados relevantes para a construção do debate, e jamais pretenderíamos negligenciar a importância que os pedidos e os argumentos das partes possuem, não só no contraditório, mas também em outros pontos da estruturação do procedimento, como na teoria da sentença. E destas virtudes falaremos logo adiante.

Aqui, porém, há que se destacar que, para os fins de estabelecer um sistema de estabilidades, este conteúdo que as partes trazem para o processo, plasmado nas suas petições da fase postulatória, não pode jamais ser isolado dos atos processuais que, em cadeia, serão praticados posteriormente a eles, e cujos vínculos produzirão, *em conjunto*, a estabilidade. A concepção das estabilidades como uma estrutura sequencial e encadeada exige que consideremos suas *interações recíprocas* no âmbito do contraditório, relevantes para definirmos o alcance e a extensão das vinculações assumidas.

Sem embargo, por remeter a possibilidades de conduta derivadas das trocas intersubjetivas, o processo, em seu formato argumentativo, está imerso nas interações próprias do contraditório. Assim, qualquer conteúdo do debate processual pertence ao mundo do agir, de atos



voluntários e fundamentados nas razões para a sua prática, e é nessa perspectiva que deve ser perquirido o limite objetivo das estabilidades e empreendida a análise dos conteúdos da discussão.

Devem-se, portanto, substituir as “unidades” de comparação: ao invés do *Streitgegenstand* – seja ele o pedido ou uma combinação estática de pedido e causa de pedir, ou mesmo as concepções mais fluidas e abertas, como a *claim* do *common law* – essencial para um sistema de estabilidades contemporâneo são os *esquemas de agir argumentativos*.

Expliquemos. A repetição das ações humanas é algo até corriqueiro: não é incomum que nos deparemos com fenômenos que ocorrem novamente, condutas e relações que se realizam repetidamente. Claro que cada comportamento em si, isto é, cada ato visto na sua instantaneidade histórica, corresponde a uma ocorrência única e irrepetível. Assim, p.ex., vistos dois atos isoladamente, nunca haveria uma relação de exclusão por repetição da segunda conduta se considerássemos necessária a identidade de todas as circunstâncias envolvidas: as pessoas envelhecem, outros fatos e atos medeiam o intervalo entre a primeira conduta e sua repetição, e assim em diante.

De outro lado, é mister reconhecer que, ainda assim, algumas características se mantêm nas ações humanas repetidas, ou seja, nelas podem ser observados certos *padrões constantes*. Então, como afirma Tércio Sampaio Ferraz Jr., os comportamentos, mesmo aqueles reiterados, podem ser compreendidos como “variações atuais de alguma forma de permanência”,<sup>1476</sup> ou seja, a sua repetição seria uma “atualização” ou “aprimoramento” da conduta anterior. Transitar pelo mesmo lugar ou usar os mesmos signos linguísticos para pronunciar uma palavra ou frase são *esquemas de agir*, e reiterar uma conduta significa repetir estes padrões estruturados “atualizando-os”, vale dizer, compondo-os com as circunstâncias que se acrescentaram e que podem aprimorar os esquemas anteriores.

E isso ocorre também com os esquemas argumentativos que usamos quando nos engajamos em um debate processual. Ao falarmos no “conteúdo” de uma discussão como objeto de comparação para um sistema de estabilidades, não fazemos referência ao ato corporificado concretamente, porque este é único e irrepetível, mas a esquemas de agir, às atividades argumentativo-processuais. Novamente aqui ressalta a importância da argumentação, dos fundamentos utilizados pelos sujeitos do processo, e não só aqueles do juiz na sentença de

<sup>1476</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Coisa julgada em matéria fiscal (identidade de objeto)*. Op.cit., p.76.

mérito; *relevante é o elo, a ligação condicionante-condicionado que perpassa as cadeias de vínculo e une os atos processuais no vetor da influência reflexiva.*

Nesta análise, portanto, é o *exercício* do contraditório (o condicionamento recíproco entre os vínculos assumidos) que permitirá verificar o complexo de interações comunicativas entre os sujeitos do processo e extrair, em cada cadeia de vínculos, o objeto da estabilidade. É a dialética da influência exercida no primeiro processo, verificada através dos atos que compõem as cadeias de vínculos e as fundamentações para tais condutas, bem como os condicionamentos (já empreendidos ou apenas potenciais) do segundo processo, que definirão os esquemas argumentativos em cada cadeia, em cada procedimento.

A passagem “automática” da *res iudicanda* em *res iudicata*, pela simplista transposição de um conteúdo das alegações das partes para a conclusão da sentença, desconsidera totalmente os esquemas de agir, baseando-se na ingênua pressuposição de que, tal como numa consequência evidente da causalidade naturalística, tudo o que foi alegado ou pedido terá sido parte do debate e deverá tornar-se estável. Todavia, os sistemas jurídicos relacionam seus diversos pontos (vários atos em cadeia) não apenas em virtude de uma relação causal, mas normativa,<sup>1477</sup> aqui enfatizada no vetor comunicativo que possibilita estas interações: o contraditório.

Em nosso sentir, ao ser abordada, na atualidade, a discussão sobre qual conteúdo de um debate judicial pode-se tornar estável, deve ser evitado o termo “objeto”, que remete à etimologia de algo que “se põe diante” de outrem para apreciação. No processo em contraditório, o conteúdo do debate não é um “conceito dado”, não podendo ser estaticamente apreendido das alegações iniciais de autor e réu.<sup>1478</sup>

Ao contrário, deve ficar clara a diferença que existe entre as *alegações-em-si*, estaticamente compreendidas, e o *uso que se faz dos argumentos*, como veremos mais detalhadamente adiante. O conteúdo da discussão no processo é um *conceito vivo* que só pode ser visualizado na interação subjetiva do procedimento, projetada difusa e argumentativamente entre os atos dos sujeitos envolvidos.

Portanto, a comparação de conteúdo deve ser realizada entre o esquema argumentativo estabilizado no primeiro processo e a regulamentação pretendida posteriormente. Como também

<sup>1477</sup> WEINBERGER, Ota. *Die normenlogische Basis der Rechtsdynamik. Op.cit.*, p.177.

<sup>1478</sup> Ou tampouco no sentido de que possa ser simplesmente extraído das determinações do legislador, como já sustentou Schwab, a nosso ver sem razão. Cf.SCHWAB, Karl Heinz. *Der Streitgegenstand im Zivilprozess. Op.cit.*, p.5. Veja a crítica de Habscheid em HABSCHIED, Walter J. *Der Streitgegenstand im Zivilprozess. Op.cit.*,p.60 e ss. Correto, no ponto, é Nieva Fenoll, quando afirma que a busca pelo objeto do processo não pode ser abstrata, deve ser casuística. NIEVA FENOLL, Jordi. *La cosa juzgada. Op.cit.*, p.115.

veremos à frente, as estabilidades deverão ser protegidas toda vez que houver uma *zona de interferência* recíproca entre o esquema argumentativo estabilizado e a regulação posteriormente postulada pelos litigantes. Esta zona de interferência será notada pela superposição entre os *escopos performativos* do segundo processo (a esfera regulativa *pretendida*) e a *esfera regulativa* da questão processual já estabilizada. Como veremos, a cadeia de vínculo estabilizada tem um campo de resolução de questões que pode ser atingido pelos objetivos pretendidos pelas partes no segundo ato ou processo.

### 8.3.1.3 Contra o fracionamento ou atomização dos esquemas de agir

#### 8.3.1.3.1 O conjunto da fundamentação e a impossibilidade de isolamento de questões

Por todo o exposto, dentro do complexo de argumentos compreendidos na fundamentação de todos os atos da cadeia de vínculos, o que deve ser o cerne da investigação é a inter-relação de condicionamentos recíprocos entre estes atos, uma ligação que deverá ser buscada na motivação para sua prática. Não apenas no pedido do autor, nem mesmo se a ele se somarem aqueles da ação declaratória incidental; não só no dispositivo da sentença; nem na fundamentação da sentença vista isoladamente ou tampouco apenas em alguns dos aspectos fáticos ou jurídicos nela analisados. Deve ser buscado o vetor condicionante-condicionado em *todos estes atos*, estampado nos escopos pretendidos pelos litigantes, as finalidades dos atos praticados, a contraposição de argumentos, a consideração das alegações nas manifestações posteriores, as omissões intermédias, etc.

É por esta razão que *não há como aceitar qualquer cisão do conteúdo do debate que seja dissociada da dinâmica processual do contraditório*. Como vimos no capítulo anterior, o fato histórico ou uma questão jurídica em abstrato, alijados do contexto concreto do debate, não podem de maneira alguma adquirir uma autônoma estabilidade, até porque há uma relação intrínseca e dificilmente apartável entre questões fáticas e questões jurídicas.<sup>1479</sup>

<sup>1479</sup> NIEVA FENOLL, Jordi. *La cosa juzgada*. *Op.cit.*, p.81, 109. Sem embargo, como lembram Stein e Jonas, se a coisa julgada está relacionada com uma estabilidade de um debate casuístico, a pronúncia pura e simples sobre uma consequência jurídica, sem relação com os fatos subjacentes que remetem à situação concreta, não tem qualquer relação com a *res iudicata*. STEIN, Friedrich; JONAS, Martin. *Das Zivilprozessordnung für das Deutsche Reich*, vol. I, 14. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 1928, p.931-934. A relação intrínseca entre os elementos do conjunto de fundamentação evidencia-se também pela complexidade do processo de formação da cognição. Neste viés, Cf. DIAS, Jean Carlos. Reflexões acerca da teoria da cognição no processo. *Argumenta*, n.6, 2006, p.209-211.

É verdade ainda, como lembrava Hellwig, que os tipos legais influenciam a espécie de argumentação, e se mudamos o tipo, por vezes se alteram também as alegações.<sup>1480</sup> Assim, tampouco as questões de direito, como a qualificação jurídica implementada pelo juiz, podem tornar-se vinculativas se descontextualizadas. A qualificação jurídica é ligada à fundamentação sobre as questões fáticas e, como já sustentava De Stefano, não é um trabalho isolado, mas um processo construído na dialética entre a *quaestio facti* e a *quaestio iuris*.<sup>1481</sup> Veja-se o seguinte exemplo envolvendo posse e servidão: um autor invoca certos atos como sendo configuradores de sua posse sobre um terreno, autorizando a aquisição da propriedade por usucapião. A pretensão é julgada improcedente (dispositivo), sob o argumento de que os atos praticados pelo autor revelariam mera tolerância não configuradora de posse (motivação), e a decisão adquire coisa julgada. Mais tarde, o mesmo autor invoca os mesmos atos por ele praticados como sendo configuradores de uma servidão de passagem. Haveria reprodução do esquema de agir argumentativo? A Corte de Cassação francesa, apreciando hipótese similar, manteve a decisão das instâncias anteriores que rejeitaram a exceção de coisa julgada levantada pelo réu, sob a alegação de que se tratava de um objeto distinto, justamente porque os mesmos fatos, quando ligados à aplicação de outras normas e direitos de estrutura diversa, enquadravam-se em diferente contexto discursivo. Assim, as questões jurídicas, inclusive a qualificação, podem sim adquirir estabilidade quando se demonstrar necessário, mas para serem vinculativas deverão ser relacionadas com o debate concreto do esquema argumentativo. Por exemplo, se uma conduta for considerada como concorrência desleal, a ligação da qualificação com o fato pode gerar vinculação em outros processos, até por questões de igualdade para todos os agentes econômicos do mesmo mercado relevante, que poderiam ser prejudicados caso outro juízo não se convencesse da mesma forma.<sup>1482</sup> Mas o vínculo decorre do conjunto de argumentos do debate, não de uma questão específica ou raciocínio isolado.

Exemplos como estes mostram que as estabilidades, compreendidas nos esquemas argumentativos, só atingirão os fundamentos fáticos do julgamento, mesmo aqueles “necessários” para a decisão, na sua relação direta com a situação jurídica material invocada especificamente no

<sup>1480</sup> HELLWIG, Konrad. *System des deutschen Zivilprozeßrechts*. *Op.cit.*, p.794.

<sup>1481</sup> DE STEFANO, Giuseppe. *Per una teoria dell'oggetto del processo*. *Op.cit.*, p.237-238.

<sup>1482</sup> NIEVA FENOLL, Jordi. *La cosa juzgada*. *Op.cit.*, p.182-183.

litígio.<sup>1483</sup> Portanto, existe uma simbiose inseparável entre as questões fáticas e jurídicas compreendidas no complexo de fundamentações no qual deve ser verificada a estabilidade.

De outro lado, essa necessidade de compreender-se a fundamentação como um conjunto impõe-nos rejeitar qualquer “atomização” do objeto do processo, na linha da proposta reducionista de Schwab de igualá-lo ao pedido. Tampouco pode ser endossada a divisão ou multiplicação do conceito do *Streitgegenstand*, como nas formulações de Blomeyer,<sup>1484</sup> Baumgärtel,<sup>1485</sup> dentre outros,<sup>1486</sup> que o separaram em objeto “do processo” e objeto “da sentença”; ou ainda, como fez Kashiwagi no Japão, dividindo o objeto do processo em objeto “conceitual” e objeto “funcional”, este último relacionado à coisa julgada,<sup>1487</sup> e tampouco a tentativa refinada de Andrés de la Oliva, que também reparte o objeto do processo em dois: o objeto “necessário” (as alegações fáticas e jurídicas do autor) e o objeto “contingente”, que corresponderia às alegações da contrapretensão do réu e que, embora sendo acessório, seria incluído na estabilidade.<sup>1488</sup>

Todas estas teses seguiram o caminho contrário, de procurar encurtar e espremer o conceito de objeto do processo para buscar sua definição. O problema é que ao fazê-lo, partiam da premissa de que havia necessidade de um elemento estático, posto, dado, um “*ob + ictum*”. Se pensamos no debate como uma *interação*, devemos trilhar a direção oposta, de *união e associação entre conteúdos* para compreendê-los na sua dinâmica inteireza.

Então, não basta olhar apenas os fatos históricos, somente a questão jurídica abstrata, tampouco o “estado de fato”, a *causa petendi* ou qualquer outro conteúdo isolado. Impende analisar os esquemas argumentativos no conjunto dos fundamentos dos atos que formam da cadeia de vínculos. É este exame que permite verificar a existência de reprodução de conteúdo, a atrair, seja a aplicação do princípio da unicidade, seja a dependência lógico-substancial, que pedem, respectivamente, os efeitos negativo e positivo das estabilidades.

<sup>1483</sup> Como nota STARCK, B. *Preuve de la nationalité française et autorité absolue de la chose jugée. Revue Critique de Droit International Privé*, XXXVIII, n.3, jul-set, 1949, p.460.

<sup>1484</sup> BLOMEYER, Arwed. *Zum Urteilsgegenstand im Leistungsprozeß*, in ROSENBERG, Leo e SCHWAB, Karl Heinz (Orgs.). *Festschrift für Friedrich Lent zum 75. Geburtstag*. München: C.H.Beck, 1957, p.43 e ss; *Idem*, *Zivilproßrecht. Erkenntnisverfahren. Op.cit.*, p.479 e ss.

<sup>1485</sup> BAUMGÄRTEL, Gottfried. *Zur Lehre vom Streitgegenstand. Op.cit.*, p.72 e ss. A rejeição tem o apoio de HABSCHIED, Walter J. *L'oggetto del processo nel diritto processuale civile tedesco. Op.cit.*, p.455. O próprio Schwab criticou a divisão entre objeto do processo e objeto do julgamento de Blomeyer. SCHWAB, Karl Heinz. *Die Bedeutung der Entscheidungsgründe. Op.cit.*, p.330. Mas tampouco o isolamento do pedido contribui para a solução de problemas práticos.

<sup>1486</sup> STROHMAYER, Peter. *Urteilswirkungen. Op.cit.*, p.43.

<sup>1487</sup> Cf. KOSHIYAMA, Kazuhiro. *Rechtskraftwirkungen und Urteilsanerkennung nach amerikanischem, deutschem und japanischem Recht. Op.cit.*, p.64.

<sup>1488</sup> OLIVA SANTOS, Andrés de la. *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil. Op.cit.*, p.36.

Claro que esta análise é mais operosa, reclamando métodos mais rigorosos para que seja bem sucedida; e os seus critérios aplicativos somente poderão ser verificados à luz dos elementos de cada caso concreto, o que também dificulta seu estudo puramente teórico. Porém, como vimos no Cap.4, a técnica da segurança-continuidade também é casuística e, portanto, a fusão dos elementos do debate no conjunto dos esquemas argumentativos da cadeia é adequada ao formato mais atual da segurança jurídica.

Além disso, as técnicas de procedimentalização, se bem aplicadas, podem ser importantes ao sistema por aumentar seu grau de racionalidade e testabilidade. De fato, a necessidade de um procedimento argumentativo aplicativo desloca o eixo de análise para a *controlabilidade* das decisões sobre estabilidade, um requisito essencial no Estado de Direito contemporâneo. Trata-se de uma resposta à objeção comum dos opositores da tese da relativização da coisa julgada, que seria arbitrária e sem critérios dogmáticos transparentes.<sup>1489</sup> A segurança-continuidade, pelo formato procedimental de sua aplicação, negando o fetiche de delimitação de conteúdos predeterminados (o pedido, o objeto do processo), passa a exigir o teste racional das soluções possíveis.<sup>1490</sup> Não é mais uma “segurança de resultado”, mas um método em que a relevância está na higidez do procedimento, o esclarecimento discursivo e dialético no qual os argumentos de todos sejam considerados e onde o órgão decisor exponha fundamentadamente seu convencimento.<sup>1491</sup>

### 8.3.1.3.2 Defesas do réu e efeito preclusivo

Historicamente, o formato europeu-continental de coisa julgada excluía dos seus limites objetivos as defesas e exceções levantadas pelo réu: *reus in excipiendo non fit actor*. Se o demandado somente postula uma negação ao pedido do autor, suas defesas só poderiam adquirir

<sup>1489</sup> STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Op.cit.*, Band I, p.783, 792-796, 842 e ss.

<sup>1490</sup> ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica no direito tributário. Op.cit.*, p.145, 161, 163, 182, 184-186, 275, 360.

<sup>1491</sup> A coerência neste processo é garantida pelas regras argumentativas de fundamentação e universalização. A coerência, com sua ligação estreita com a fundamentação, permite um controle e planejamento maior das condutas juridicamente relevantes, bem como uma maior legitimidade das normas produzidas, reforçando a consistência sistêmica. Cf. ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. Frankfurt am Main: Surhkamp Taschenbuch, 1983, p.242 e ss, 261 e ss; MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Clarendon, reimpressão, 2003, p.272-274; PECZENIK, Alexander. *Certainty or coherence?*. *Op.cit.*, p.169. O modelo procedimental de segurança, focado neste trabalho, não é a única acepção da segurança jurídica. Porém, dentro das possibilidades de implementação da segurança pelo Judiciário e pelo processo, seria natural que este aspecto ressaltasse em nossa abordagem. Sobre os demais sentidos do termo e suas dimensões, Cf. ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica no direito tributário. Op.cit.*, p.135 ss.

vinculatividade se o réu utilizasse mecanismos para veicular uma pretensão própria, tais como a reconvenção, o pedido contraposto, etc.<sup>1492</sup>

O argumento mais comum para excluir as defesas do réu da estabilidade é sua suposta falta de autonomia. P.ex., a prescrição, alegada como defesa, poderia até levar o réu à vitória, mas ele nunca poderia ir a juízo pleiteá-la como “meio de ataque” ou “em formato ofensivo” porque não há, para ele, um “direito subjetivo à prescrição”.<sup>1493</sup> Observa-se, desde logo, um aprisionamento a conceitos pandectísticos (sobretudo o direito subjetivo), e uma visão privatista e individualista do contraditório, completamente alheia a inúmeras características do processo contemporâneo.

É verdade que, por vezes, o réu só pretende o fracasso do autor, e então sua postulação carece de autonomia, podendo ser denominada de “contrapretensão”. Mas esta contrapretensão é ainda assim importante no contexto do contraditório-influência pelos argumentos que a embasam, pelo *input* comunicativo que os fundamentos alegados pelo réu emprestam ao conjunto do debate. E esses argumentos serão ainda mais relevantes para o sistema de estabilidades quando a resposta do réu não se limitar a negar os argumentos do autor, mas apresentar alegações novas, fáticas ou jurídicas, que farão incidir outras normas em seu favor.<sup>1494</sup> O debate em contraditório não só deverá considerar esta linha argumentativa, mas também haverá repercussões nas estabilidades, pois os demais sujeitos manifestar-se-ão a respeito, poderá haver atividade probatória sobre este novo conteúdo e o juiz deverá apreciar estas alegações em suas decisões.

No mais, se é a “intensidade do debate” que determina *se e em que medida* os litigantes tiveram uma justa oportunidade de discutir um tema, é evidente que devem ser considerados os dois pólos em confronto, os dois protagonistas da lide, autor e réu. Com efeito, o processo e o *decisum*, porque decorrentes de um conflito, pressupõem postulações antagônicas e posições jurídicas heterólogas, bem como alternativas de solução incompatíveis, não só para a determinação de cada uma das questões controversas, mas também para a avaliação das condutas pretéritas dos sujeitos envolvidos e para a compreensão da extensão de sua vinculação. Como afirma Takeshita, a *exaustividade do debate* (e com ela o vínculo assumido no processo) *percebe-se não só pelas razões da sentença, mas também pelas alegações e contra-argumentos das*

<sup>1492</sup> Por todos, MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Questões prejudiciais e coisa julgada*. *Op.cit.*, p.226.

<sup>1493</sup> CALAZA LÓPEZ, Sonia. *La cosa juzgada*. *Op.cit.*, p.128-130.

<sup>1494</sup> Sobre essa importância, Cf. OLIVA SANTOS, Andrés de la. *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*. *Op.cit.*, p.32 e ss; CASTILLEJO MANZANARES, Raquel. *Hechos nuevos o de nueva noticia en el proceso civil de la LEC*. *Op.cit.*, p.38-40.

*partes*. Assim, são importantes as exceções, as objeções, as alegações em réplica, como também a ênfase da atuação de ambas as partes no requerimento e produção de prova.<sup>1495</sup>

Expressão e consideração, dois importantes braços do contraditório contemporâneo, devem, portanto, ser extraídas dessa dialeticidade, com as conseqüentes repercussões no campo das vinculações assumidas pelos sujeitos.<sup>1496</sup>

### 8.3.1.3.3 A vinculatividade das defesas e a ausência de lei a respeito

Outro argumento contrário à vinculatividade das defesas é a ausência de norma legal que permita extrair esta estabilidade. A legislação processual brasileira não possui regra positivada, como muitas existentes no direito comparado, expressamente permitindo que a coisa julgada atinja as exceções alegadas pelo réu, ou pelo menos que *algumas* defesas possam gerar este efeito. Assim ocorrem nos ordenamentos de tradição germânica, p.ex., com a exceção de compensação.<sup>1497</sup>

Ora, em nosso sentir, a ausência de regra específica que autorize a abrangência da coisa julgada sobre as defesas não impede o tratamento da questão no campo das preclusões, forte nos deveres do contraditório (de consideração e atenção) e nos princípios da boa-fé e cooperação, até porque a preclusão não tem regramento positivado. Note-se que o art.469 do CPC apenas afirma que *a coisa julgada* não pode alcançar as razões e fundamentos *da sentença*. Porém, nada se afirma a respeito da *preclusão por exaustão do debate*. Aliás, como visto no Cap.4, a forma geral das estabilidades é a preclusão, não a coisa julgada ou qualquer outra espécie setorial.

E foi justamente a preclusão da repetição desnecessária de um mesmo debate a razão histórica para alguns ordenamentos europeus considerarem a compensação abrangida pela coisa julgada. O objetivo era evitar que o credor tivesse que discutir duas vezes seu crédito: a primeira vez, alegando a compensação como exceção num processo em que fosse réu; e a segunda em outro processo, no qual atuasse como autor para obter a condenação do devedor. Permitir a

<sup>1495</sup> Citado por KOSHIYAMA, Kazuhiro. *Rechtskraftwirkungen und Urteilsanerkennung nach amerikanischem, deutschem und japanischem Recht*. *Op.cit.*, p.75-77. Cabe destacar que, pela limitação de tempo e espaço neste trabalho, não dispensaremos atenção à discussão doutrinária sobre o conceito processual de exceção.

<sup>1496</sup> Assim, a jurisprudência espanhola mais recente, embora ainda não tenha admitido a nova ideologia da LEC em toda a sua amplitude. Cf. TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel. *La cosa juzgada (Estudio de jurisprudência civil)*. *Op.cit.*, p.102 ss, 180 ss.

<sup>1497</sup> Não obstante, no direito alemão, a questão da compensação só adquire a estabilidade da coisa julgada se for expressamente decidida. Confira-se GRUNSKY, Wolfgang. *Zivilprozessrecht*. *Op.cit.*, p.237; ADOLPHSEN, Jens. *Zivilprozessrecht*. *Op.cit.*, p.246; POHLMANN, Petra. *Zivilprozessrecht*, *Op.cit.*, p.282.



rediscussão do mesmo crédito duas vezes não faria o menor sentido,<sup>1498</sup> além de poder levar a decisões contraditórias. Ora, a mesma *ratio* deve-se aplicar nos dias de hoje.

Nesse sentido, algumas legislações recentes, como a *Ley de Enjuiciamiento Civil* da Espanha, têm dispositivos que admitem que algumas alegações da contrapretensão do demandado, formuladas como defesa em contestação (não apenas em reconvenção), possam ser consideradas na determinação do objeto do processo, e portanto possam adquirir estabilidade.<sup>1499</sup> Ainda que a previsão espanhola seja uma opção ainda presa ao conceito de objeto do processo, vê-se um evidente avanço em admitir que as alegações de defesa sejam parte relevante para a definição dinâmica do conteúdo estável do debate.

#### 8.3.1.4 O papel da configuração abstrata dos argumentos

Como vimos ao longo do trabalho, várias legislações estrangeiras, assim como muitas teses – tanto atuais como aquelas de importância meramente histórica – basearam-se na formatação isolada e abstrata dos argumentos e dos direitos disputados para a definição do objeto do processo, e depois transposta para os limites objetivos da coisa julgada. Retomemos brevemente o tema para que possamos concluir qual o papel contemporâneo da configuração estática das questões, alegações e argumentos utilizados no processo.

##### 8.3.1.4.1 A insuficiência dos critérios da “natureza” e da “essencialidade” das questões

Muitas destas teses, derivadas da incansável obsessão em definir o objeto do processo, fundavam-se nos desdobramentos da teoria da *fattispecie* (como na Itália) ou na aplicação da técnica do oposto incompatível (jurisprudência alemã). Ou ainda numa tentativa de *classificar* as questões debatidas, como na tradicional ruptura entre questões de fato e de direito ou na divisão de fatos principais e acessórios. Algumas propostas giravam também na busca por definir quais seriam os “pressupostos necessários” da decisão ou por *qualificar* os pontos controversos de acordo com sua relevância: questões “essenciais”, “principais” ou “decisivas” para a conclusão do juiz; é o que pôde ser observado na doutrina e jurisprudência japonesa, e na mais recente

<sup>1498</sup> OLIVA SANTOS, Andrés de la. *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*. *Op.cit.*, p.228 ss.

<sup>1499</sup> Vejam-se os arts.408 e 412.1 da LEC espanhola. Há autores que ampliam a vinculatividade para qualquer exceção, mesmo na ausência de previsão expressa da lei. Assim, além da obra de De la Oliva, citada na nota anterior, Cf. TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel. *La cosa juzgada (Estudio de jurisprudência civil)*. *Op.cit.*, p.99-101.

tendência pretoriana na Áustria. De fato, foi essa linha de pensamento que levou às considerações sobre a estabilidade das questões prejudiciais quando uma relação jurídica “dependesse” tipicamente ou constituísse “pressuposto necessário” da configuração de outra.<sup>1500</sup>

A mesma ideia perpassa as discussões – mais afetas ao *common law* mas também presentes entre nós no campo da jurisdição constitucional (em razão do *efeito vinculante* das decisões de controle abstrato da constitucionalidade) – sobre os conceitos de *ratio decidendi* e *obiter dictum* de uma decisão judicial.<sup>1501</sup> Para estabelecer esta diferenciação, foram tentados métodos formais (como de Wambaugh<sup>1502</sup> e Goodhart<sup>1503</sup>), mas hoje se entende que estes conteúdos podem ser extraídos de uma interpretação do julgamento.<sup>1504</sup> Consagrou-se a concepção de que a *ratio decidendi* seria todo ponto vinculativo da argumentação jurídica decisória,<sup>1505</sup> isto é, parcelas necessárias, indispensáveis à sentença, enquanto que os *obiter dicta* seriam “ditos laterais”<sup>1506</sup> ou argumentos de reforço, que não representam uma tomada de posição acerca da questão *sub judice* e portanto seriam até úteis para a fundamentação, mas dispensáveis.<sup>1507</sup> Assim, diz-se que a *ratio decidendi* estaria relacionada com a vinculatividade, enquanto que o *obiter dictum* não adquire efeitos preclusivos.<sup>1508</sup>

Trata-se de mais uma concepção sobre a “essencialidade” dos fundamentos, segundo a qual só deveriam tornar-se vinculativas e estáveis as considerações sobre os pontos centrais e indispensáveis da controvérsia; já os motivos “indiretos” ou “laterais”, que não “fazem falta” para que se chegue à conclusão judicial, não mereceriam qualquer forma de estabilidade.

<sup>1500</sup> Sobre o conceito, expondo suas críticas à concepção tradicional de Allorio, Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Questões prejudiciais e coisa julgada*. *Op.cit.*, p.179 ss.

<sup>1501</sup> SCHLÜTER, Wilfried. *Das Obiter Dictum*. *Op.cit.*, p.77 ss.

<sup>1502</sup> WAMBAUGH, Eugene. *Study of cases*. Boston: Little, Brown & Co., vol.1, 1891, p.8, 16 ss.

<sup>1503</sup> GOODHART, Arthur L. *Determining the ratio decidendi of a case*. *The Yale Law Journal*, vol.40, n.2, dez. 1930, p.169, 174 e ss.

<sup>1504</sup> Sem métodos formais, como sustenta LANGENBUCHER, Katja. *Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht*. *Op.cit.*, p.75-88.

<sup>1505</sup> BODENHEIMER, Edgar. *Präjudizverwertung und Gesetzesauslegung im amerikanischen Staat*. *Archiv für die civilistische Praxis*, ano 160, 1961, p.4.

<sup>1506</sup> De acordo com a Suprema Corte norte-americana, no caso *Crawford Fitting Co. v. Gibbons, Inc.*, 482 U. S.443, *obiter dictum* é “*something mentioned in passing, which is not in any way necessary to the decision of the issue before the court*”. (Tradução: “algo mencionado de passagem, que não é em nenhuma maneira necessário para a decisão da questão posta diante da corte”).

<sup>1507</sup> WAMBAUGH, Eugene. *Study of cases*. *Op.cit.*, p.6-7; BÉCHILLON, Denys de. *L'identification de la chose jugée dans la jurisprudence du Conseil d'État*. *Op.cit.*, p.1822; RIEZLER, Erwin. *Ratio decidendi und obiter dictum im Urteil*. *Op.cit.*, p.162-163.

<sup>1508</sup> SCHLÜTER, Wilfried. *Das Obiter Dictum*. *Op.cit.*, p.81; BODENHEIMER, Edgar. *Präjudizverwertung und Gesetzesauslegung im amerikanischen Staat*. *Op.cit.*, p.4-16; RIEZLER, Erwin. *Ratio decidendi und obiter dictum im Urteil*. *Op.cit.*, p.161-162; ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança...**Op.cit.*, p.201; CASAD, Robert C.; CLERMONT, Kevin M. *Res Judicata...**Op.cit.*, p.14-15; SILGUERO ESTAGNAN, Joaquín. *La preclusión de alegaciones en el proceso civil*. *Op.cit.*, p.114-116.

O problema é que, se tais parcelas da motivação da decisão não são relevantes para a conclusão, isto é, se não correspondem ao “cerne” da sentença, poderiam facilmente não ser compreendidos sequer como “fundamento” do *decisum*.<sup>1509</sup> Então, a discussão não seria tanto referente à qualificação dos motivos, mas passaria a girar em torno do conceito de “fundamento” da decisão, se este compreende qualquer argumento lançado ou apenas aqueles essenciais.

De qualquer maneira, observe-se que todas estas tentativas teóricas de conceituar a essencialidade das questões consideravam a sua *configuração estática*. Com efeito, todas estas formulações possuem um aspecto em comum, que é a procura por uma comparação estática e direta dos conteúdos (pedido, *Streitgegenstand*), tendo sempre sido baseadas na decisão como fruto de um raciocínio subsuntivo. Por isso, utilizavam-se dos conceitos de “pressuposto lógico”, “elemento necessário”, “dependência típica” e outros congêneres.

Por um lado, pode-se objetar que estes modelos eram fruto de um ranço pandectístico que buscava definir e classificar, quase que à moda das ciências naturais, todos os conceitos do processo, ávidos para afirmar seu caráter científico. Mesmo o menor dos fenômenos deveria ser “matematicamente” separado dos demais. Ora, não se tinha a consciência de que as ciências humanas não trabalham com precisão cartesiana; tampouco se compreendia que conteúdos argumentativos complexos e entrelaçados como estes não poderiam sofrer rupturas e segregações uns dos outros. O fracasso histórico na divisão entre questões de fato e de direito, entre fatos principais e acessórios, entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*, é prova disso. Não obstante, mantivemo-nos fiéis àquela tradição até hoje na teoria da coisa julgada.

#### 8.3.1.4.2 *Ratio*: evitar vinculações não previsíveis

Todavia, de outra parte, podemos enxergar uma vantagem nestas teses. À base de todas elas estava a subjacente (e razoável) justificativa de que a concentração e atenção das partes normalmente estão voltadas para estes aspectos “essenciais” ou “mais importantes” do debate. Então, se a estabilidade deve estar ligada ao contraditório, para que não haja um vínculo inesperado pelos litigantes, as preclusões deveriam ficar restritas a estas questões primordiais.

Destaque-se que esta justificativa é mais mencionada nos ordenamentos do *common law* e raramente referida pelos autores de tradição romano-germânica, que se baseiam na ligação

<sup>1509</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Questões prejudiciais e coisa julgada*. *Op.cit.*, p.235.

necessária e insuprimível com o objeto do processo “atomizado” (o pedido) com a coisa julgada partindo de outros fundamentos (a vontade do Estado, o conteúdo declaratório, etc). De qualquer maneira, é um fundamento digno de nota.

De fato, se, na maioria dos casos, o foco do debate tende a estar nestes pressupostos lógicos ou necessários para a decisão, a limitação da estabilidade somente a estes “extratos” refletiria uma *garantia de não-surpresa*, para que a vinculação decorrente do processo fosse *previsível* para os litigantes, não se estabelecendo sobre elementos secundários ou considerados pelas partes como irrelevantes. Trata-se da faceta garantista de um sistema de estabilidade processual, que deve ser sem dúvida preservada e atuada.

Porém, mesmo que seja uma preocupação acertada, esta análise estática é um viés demasiadamente curto para a correta definição dos limites e extensão da estabilidade. Entendemos que outro exame possa ser implementado, protegendo estes interesses e atingindo as mesmas finalidades com maior precisão e eficiência, e sem os males da restrição objetiva nos moldes clássicos.

A compreensão do contraditório como influência, acompanhada de deveres de cooperação e boa-fé, veda vinculações-surpresa e reduz a imprevisão das prognoses, resgatando a proteção contra estabilidades não decorrentes de expectativas legítimas dos litigantes, contra qualquer vínculo que pudesse ser extraído de esquemas argumentativos em que o debate processual não tenha oportunizado amplas possibilidades discursivas aos sujeitos.

Assim, a previsibilidade do vínculo, no viés da boa-fé e do contraditório, revela-se um requisito importante não só porque destaca a ligação lógica interprocessual, mas também porque desprende o exame das estabilidades de conceitos estáticos como a “essencialidade” da questão ou o caráter “principal” do “ponto controvertido”.<sup>1510</sup>

Bom, ficou assentado que a formação abstrata das alegações não pode ser o único conteúdo a ser considerado no exame dos limites objetivos. Cabe ver agora se ainda existe algum papel destes conceitos estáticos para a definição dos limites objetivos das estabilidades.

#### 8.3.1.4.3 A importância atual do *Streitgegenstand* e dos exames estáticos do conteúdo do debate

<sup>1510</sup> Assim destacou, no Japão, Yoshimura, citado por YOSHINO, Shozaburo. *Zur Lehre der Rechtskrafteerstreckung. Op.cit.*, p.127.

Anteriormente, afirmamos que qualquer processo deve ter uma referência externa, até porque não existe em si mesmo. E ressaltamos a importância dos pedidos e das alegações das partes para precisar os limites objetivos. Nossas objeções diziam respeito ao *exame isolado* destes elementos.

Neste tópico, queremos fazer um contraponto: se por um lado, o *Streitgegenstand* ou a *fattispecie* não podem ser o conceito central de um sistema de preclusões, também não podem ser desprezados ou subvalorizados.<sup>1511</sup>

De fato, mesmo em sua acepção estática, a identificação mais simples de conteúdos “postos” – devemos admitir – possui certas vantagens. Dentre elas, já destacamos que a rápida identificação de algum conteúdo “pronto” presta para evitar situações desfavoráveis, como p.ex., uma parte ser surpreendida ao ver o resultado do processo abranger elementos até então não abertamente expostos ou debatidos.<sup>1512</sup> E, ao abrigo do processo equitativo, é razoável defender que a vinculatividade estenda-se somente a conteúdos efetivamente discutidos, ou, ao menos, cuja vinculação fosse previsível.

Além disso, podemos referir que a vinculação da estabilidade ao pedido fortalece o papel das partes na definição do debate, um relevante limite a qualquer intromissão no princípio dispositivo fundada apenas no interesse público.<sup>1513</sup>

A definição simplificada e rápida de um “objeto” pressiona também por uma ordenação do procedimento, forçando os sujeitos do processo a precisar suas alegações. Isto contribui para organizar o trabalho de todos de maneira que o debate se centre sobre um conteúdo mais claramente definido e caminhe, sem sobressaltos e custos desnecessários, para uma tranquila e ordenada solução final.<sup>1514</sup>

Qualquer modelo de estabilidades mais simples reduz também os custos, o tempo e a energia que são despendidos *litigando-se a respeito da própria estabilidade* (processos e mais processos, incidentes e mais exceções para definir se há ou não coisa julgada, preclusão, litispendência, etc).<sup>1515</sup> Como já reconhecido em outros estudos comparados, o sistema do

<sup>1511</sup> OTTO, Hansjörg. *Die Präklusion*. *Op.cit.*, p.104-110.

<sup>1512</sup> OLIVA SANTOS, Andrés de la. *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*. *Op.cit.*, p.67; TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel. *La cosa juzgada (Estudio de jurisprudência civil)*. *Op.cit.*, p.68.

<sup>1513</sup> YOSHINO, Shozaburo. *Zur Lehre der Rechtskrafterstreckung*. *Op.cit.*, p.129-130; GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. *Op.cit.*, p.208-209.

<sup>1514</sup> YOSHIMURA, Tokushige. *Die Bindungswirkung der Entscheidungsgründe – aus der Sicht des collateral estoppel*. *Op.cit.*, p.275 -276.

<sup>1515</sup> Litigar sobre se é possível relitigar tem um custo em si mesmo, e por conta destes gastos já se disse que os prejudicados pela coisa julgada frequentemente se perguntam “se não estaríamos melhor sem ela”. Cf.CASAD, Robert C.; CLERMONT, Kevin M.

*common law*, onde há mais repercussão (inclusive interprocessual) da dinâmica dos atos praticados na determinação das preclusões, é também um formato de maiores percalços e gastos mais elevados para estabelecer os limites da estabilidade.<sup>1516</sup>

Então, diante dessas vantagens, devemos reconhecer que a precisa delimitação dos pedidos, *causa petendi* e *causa defensionis* colabora, em certa medida, para a identificação dos esquemas argumentativos.

Porém, como pôde ser visto acima, o exame estático das alegações, além de ser teoricamente incompatível com uma série de importantes premissas do direito processual contemporâneo, desconsidera a diferença entre os argumentos em si e o uso que deles se faz. Assim, pensamos que o “objeto do processo”, a *claim*, o *Streitgegenstand*, a *fattispecie*, podem até ser *bons começos* para a definição do conteúdo da estabilidade, mas não podem ser o ponto de chegada deste exame.

### 8.3.2 Exame dinâmico. Da conformação abstrata dos argumentos ao uso concreto dos esquemas de agir

#### 8.3.2.1 Alegações e o “uso” que se faz dos argumentos: a dimensão das questões debatidas

Comparando-se apenas a configuração estática das alegações, da *fattispecie*, do *Streitgegenstand*, analisa-se somente um *quid* isolado, desconsiderando o emprego que se faz destas linhas argumentativas. Não apenas o que foi pedido ou decidido, mas também “como”, “para quê”, “em que medida”, “com que profundidade de análise”, “com que esforço e empenho em debater”, são todas considerações que podem ser relevantes para determinar os esquemas argumentativos debatidos e então autorizar uma conclusão sobre a vinculatividade.<sup>1517</sup> E estes dados só podem ser percebidos no contexto concreto da discussão processual.<sup>1518</sup>

De fato, uma alegação vista apenas estaticamente na configuração inicial da demanda, tal como formulada pelos litigantes na fase postulatória, pode esconder a sua real importância para aquele debate. Ademais, se introduzimos neste exame um formato interprocessual como aquele

---

*Res Judicata...Op.cit.*, p.5, 34.

<sup>1516</sup> MILLAR, Robert Wyness. *The premises of the judgement as res iudicata in continental and anglo-american Law* (segunda parte). *Op.cit.*, p.238.

<sup>1517</sup> Ainda que em outra abordagem, defende concepção em linha similar NIEVA FENOLL, Jordi. *La cosa juzgada. Op.cit.*, p.116.

<sup>1518</sup> SILGUERO ESTAGNAN, Joaquín. *La preclusión de alegaciones en el proceso civil. Op.cit.*, p.112-114.

aqui pretendido, vemos que uma mesma questão pode ter *dimensões* diversas em contextos argumentativos diferentes.<sup>1519</sup>

Alguns exemplos são esclarecedores. O debate sobre a negligência de uma conduta pode ter uma importância relativamente baixa num processo em que sejam pleiteados danos materiais de pequena monta, ao passo que assume uma relevância crucial num outro processo em que pedida vultosa quantia de indenização pela morte de uma pessoa. Um réu, demandado pela devolução de uma coisa, não tendo mais interesse em permanecer com o bem, pode não se empenhar muito em discutir a posse ou a propriedade, vindo a ser condenado no primeiro processo; posteriormente, a questão prejudicial referente à posse ou à propriedade poderia assumir uma proporção muito maior se o mesmo autor demandar indenização por danos supostamente causados pelo réu ao bem.<sup>1520</sup> Uma mesma questão não muda sua configuração “estática” pelo tão só fato de que, num primeiro processo, foi arguida contra um indivíduo simpático ou contra um idoso enfermo, e agora está sendo envergada contra o governo ou uma corporação industrial com poucos escrúpulos pelo meio ambiente.<sup>1521</sup> A diferença em todos estes exemplos só é compreendida se observarmos o *uso dos argumentos*, o *emprego concreto da alegação*.

Com efeito, estes e outros fatores importam sim na dinâmica do debate para sabermos o esforço empreendido pelos litigantes na discussão sobre uma ou mais questões, e só então aferir se é justificada a atribuição de efeitos preclusivos.

### 8.3.2.2 A dimensão das questões e os critérios para sua verificação

A ideia subjacente à diferenciação da “dimensão” das questões debatidas remete-nos a importantes braços do contraditório moderno: o direito de consideração e os deveres de atenção próprios da influência reflexiva, bem assim os deveres de boa-fé e cooperação decorrentes desta intersubjetividade. Trata-se da compreensão da conduta do *alter* como elemento para a definição do próprio comportamento, que pressiona pela autorresponsabilidade em enxergar que as nossas condutas condicionam os atos praticados pelos demais.

<sup>1519</sup> Aliás, já pudemos observar no terceiro capítulo, que, nos EUA, ao discutir-se sobre a identidade de conteúdo de uma questão, importa indagar acerca da “dimensão” que a questão assume. Por isso, não podemos, no ponto, concordar com a abordagem de SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. *Op.cit.*, p.202, que temos por demasiadamente estática.

<sup>1520</sup> RIMMELSPACHER, Bruno. *Materiellrechtlicher Anspruch und Streitgegenstandsprobleme im Zivilprozess*. *Op.cit.*, p.191-192.

<sup>1521</sup> CASAD, Robert C.; CLERMONT, Kevin M. *Res Judicata...* *Op.cit.*, p.117-118.

Nesse contexto, se a prática de atos processuais importa em autovinculação, não podemos buscar a dimensão das questões debatidas em qualquer comparação estática, como aquelas que pretendem verificar a “identidade de interesses materiais”. Pelo contrário, deve-se comparar a *dimensão da questão em cada contexto argumentativo*, como já salientado, p.ex., na doutrina japonesa e na jurisprudência espanhola.

Nos próximos itens, tentaremos precisar alguns conceitos e critérios que podem ser úteis para esta análise.

#### 8.3.2.2.1 Os escopos dos litigantes: expectativa e previsibilidade

O primeiro elemento que pode ser comparado para aferir se estamos diante de questões debatidas na mesma dimensão é o *escopo* que os litigantes pretendem com a discussão daquele tema. Trata-se de um exame dinâmico e argumentativo acerca da superposição total ou parcial dos *escopos performativos*<sup>1522</sup> do ato praticado com a *esfera regulativa* estabilizada, isto é, um cotejo entre a estabilidade formada no primeiro processo e as consequências pretendidas no segundo.

Sua importância é que as finalidades desejadas pelos litigantes podem revelar zonas de coincidência quando o *posterius actus* puder interferir no espaço de estabilidade criado pela cadeia de vínculos anterior. Segundo largamente professado, deve-se empreender uma análise funcional-teleológica do ato processual, que não se baseia na intenção psíquica do sujeito que o pratica. Nesse cenário, a identificação de condutas humanas em *interferência recíproca* permite aproximar-nos da correta solução.<sup>1523</sup>

A comparação dos propósitos pretendidos nos dois processos sempre foi uma preocupação histórica do sistema da *res iudicata* e do *estoppel* nos ordenamentos do *common law*,<sup>1524</sup> embora modernamente não se apresente como um requisito autônomo, mas fundido em

<sup>1522</sup> Zeuner, p.ex., ensaia entendimento a esse respeito, utilizando, aqui e ali, o termo “conteúdo regulativo” (*Ordnungsgehalt*). ZEUNER, Albrecht. *Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge*. *Op.cit.*, p.54. Aqui optamos por expressões mais amplas para abranger qualquer cadeia de vínculos, mesmo não regulativa. Além disso, preferimos o termo “escopos performativos” para designar o segundo ato ou segundo processo, porque estes objetivos são apenas “pretendidos” pelos litigantes. Com essa opção terminológica, evitamos que o raciocínio trabalhasse com expressões idênticas: a esfera regulativa estável e a esfera regulativa *pretendida*.

<sup>1523</sup> Um dos critérios propostos por Nieva Fenoll é a “perturbação” na estabilidade anterior causada por futuros processos. Cf. NIEVA FENOLL, Jordi. *La cosa juzgada*. *Op.cit.*, p.198, 208, 233. Sobre o tema, confira-se o texto de PETERS, Egbert. *Zur Rechtskraftlehre Zeuners*. *Op.cit.*, p.229 ss.

<sup>1524</sup> MILLAR, Robert Wyness. *The premises of the judgement as res iudicata in continental and anglo-american Law* (segunda parte). *Op.cit.*, p.253.



outras exigências. Nos ordenamentos de tradição romano-germânica, pela estreita ligação do *Streitgegenstand* com a teoria da coisa julgada, esta abordagem teve menor repercussão, só tendo sido observada em algumas das teses extensivas da *res iudicata* à fundamentação da sentença.

Com efeito, a doutrina tradicional partia sempre de pesquisas estáticas e rígidas quando analisava o tema da interferência da discussão no segundo processo na estabilidade já formada. Ao invés de trabalhar a superposição de finalidades, pensava-se na comparação da estrutura típica dos direitos: p.ex., vindicação da propriedade envolveria sempre o usufruto sobre o mesmo bem; a sentença que conhece de toda a herança conheceria necessariamente de cada um dos seus quinhões; a sentença que delibera sobre o todo conhece de uma parte ou característica “essencial”;<sup>1525</sup> a *actio redhibitoria* e a *quanti minoris* sobre o mesmo fato consumiriam uma a outra.<sup>1526</sup>

Como já afirmado à sociedade, mais importante e sintomático do que indagar “qual” é o pedido ou comparar a estrutura típica de direitos, talvez seja voltar-se para as interações argumentativas e perquirir os escopos dos litigantes com seus atos processuais. E como analisá-los na prática?

No tráfego jurídico, a conduta interferente originária (o comportamento do réu, que o autor alega penetrar ou perturbar sua esfera jurídica), deve estar ligada à consequência pretendida pelo demandante, num entrecruzamento ou interseção que se observa no fluxo de relações jurídicas. Se os objetivos desejados no segundo processo coincidem em tentar desfazer a alegada interferência, poderíamos concluir que ambos os debates podem estar sendo travados na mesma dimensão. Por exemplo, imaginemos que um mesmo ato lesiona um contrato e um direito absoluto, culminando numa disputa no Judiciário. A primeira demanda judicial, fundada apenas na responsabilidade extracontratual, é rejeitada e a sentença passa em julgado. Poderia ser ajuizada uma segunda demanda para o mesmo fim (ressarcimento), baseada agora na violação do contrato? Para Schwander, a segunda demanda estaria preclusa porque o “comportamento interferente” do réu (*Störungshandlung*) já foi colocado para julgamento na primeira demanda.<sup>1527</sup>

De fato, a ideia de interferência é altamente importante porque destaca a ligação interprocessual e lógica entre as pretensões, emprestando à análise preclusiva um caráter

<sup>1525</sup> ENDEMANN, Wilhelm. *Das Prinzip der Rechtskraft*. *Op.cit.*, p.47-49.

<sup>1526</sup> *Ibidem*, p.92.

<sup>1527</sup> SCHWANDER, Daniel. *Die objektive Reichweite der materiellen Rechtskraft...Op.cit.*, p.151, 158-159.

dinâmico e casuístico, deixando de expressar apenas conceitos estáticos como a “essencialidade” da questão, a “dependência típica” ou o caráter “principal” do “ponto controvertido”.<sup>1528</sup>

Além disso, os escopos dos litigantes são relevantes para a abordagem argumentativa das estabilidades porque é o *modo* como a cadeia de vínculos foi produzida, englobando as razões dos atos processuais que a compõem, que permitirá verificar se o conteúdo do ato ou processo posterior poderá interferir no espaço de estabilidade criado.

Böhm tentou incorporar ao sistema de estabilidades o exame dos escopos dos litigantes, mas ainda assim limitou sua proposta porque, segundo ele, dentro do conceito de *Rechtsschutzziel*, finalidades idênticas no campo do direito substancial levariam necessariamente ao mesmo escopo da tutela.<sup>1529</sup> Veja-se que se manteve apegado, por assim dizer, à estrutura abstrata do direito material.

Para evitar esta restrição, somos favoráveis a que a coincidência entre os escopos performativos do segundo processo e a esfera regulativa estabilizada seja verificada analisando-se o *curso concreto* do processo anterior, comparando-o com as finalidades do ato ou procedimento posterior (percebida pela motivação).<sup>1530</sup>

Então, a presença de zonas de coincidência entre a estabilidade formada e os atos processuais posteriores revela que as condutas podem ser interferentes, apontando *indiciariamente*, para a mesma dimensão da discussão (o mesmo contexto argumentativo). Observada esta situação, os efeitos preclusivos impedem que os atos posteriores possam produzir os efeitos pretendidos.

Não obstante, a interferência de condutas, verificada pelos escopos, às vezes necessitará de outros fatores adicionais para que se possa concluir tratar-se da mesma dimensão argumentativa. Sigamos, portanto.

Além das finalidades dos sujeitos do processo na prática dos atos posteriores para a verificação do contexto argumentativo e aferição da dimensão das questões, vários autores mencionam o valor pretendido nos dois processos como um fator importante nessa comparação.

<sup>1528</sup> Assim destacou, no Japão, Yoshimura, como relata YOSHINO, Shozaburo. *Zur Lehre der Rechtskrafteerstreckung*. *Op.cit.*, p.127.

<sup>1529</sup> BÖHM, Peter. *Die Ausrichtung des Streitgegenstands am Rechtsschutzziel*. *Op.cit.*, p.115-116; RECHBERGER, Walther H.; SIMOTTA, Daphne-Ariane. *Zivilprozessrecht*. *Op.cit.*, p.196-198.

<sup>1530</sup> E não apenas estabelecer relação entre as consequências do primeiro processo e as pretendidas no segundo, como faz Zeuner. Por exemplo, se nas ações concorrentes geralmente há escopo convergente, pode ser que, em determinado caso, isso não se verifique. Cf. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Azioni concorrenti*, in *Studi in memoria di Umberto Ratti*. Milano: Giuffrè, 1934, p.671.

Assim, p.ex., a obra de Shindo trabalha o valor da causa como um dos critérios para a verificação dos pontos controvertidos. E outro autor que se baseou em grande medida no *quantum* postulado foi Wolfram Henckel, a cuja tese dedicaremos algumas linhas.

Henckel parte da premissa de que o legislador teria limitado a coisa julgada ao *Streitgegenstand* para garantir a correção do julgamento. Porém, a conclusão do processo não depende apenas da existência ou inexistência dos direitos, mas também da atividade das partes, que podem determinar o resultado de vitória ou derrota pelo desempenho de suas condutas processuais: se uma testemunha foi arrolada, se um prazo foi cumprido, se certos fatos foram alegados, etc. Então, a vinculatividade da coisa julgada dependeria de como a conformação processual do debate leva à correção da conclusão estampada na sentença.<sup>1531</sup>

Nesse sentido, a coisa julgada também pressionaria as partes ao reconhecimento de sua responsabilidade na condução do processo (exercício de posições processuais), pois é da sua efetiva participação e engajamento que deve ser extraída a medida de sua vinculação.<sup>1532</sup> Para o autor, participação e responsabilidade em precisar o conteúdo da sentença são relacionadas com o princípio dispositivo porque os atos comissivos e omissivos externam objetos de disposição em sintonia com a vontade dos litigantes.<sup>1533</sup> Isso depende, na visão de Henckel, da contribuição dos litigantes para a correta determinação das premissas fáticas e jurídicas que embasam a decisão. Por isso, é a “intensidade de condução do processo” (*Intensität der Prozeßführung*), ou o esforço de influenciar seu resultado final, demonstrado pelas partes, que justifica a estabilidade que a decisão pode adquirir.<sup>1534</sup>

E uma das medidas para verificar a intensidade dessa atuação seria o *valor econômico comparado* das duas demandas, do qual pode-se ter um *indício* sobre se a mesma questão era *igualmente relevante* nos dois processos. Para Henckel, é através do específico conteúdo financeiro que se percebe a dimensão que a litigância possui para as partes, e então é pelo valor discutido que se poderia aferir, em sua completude, a extensão que a atuação dispositiva dos litigantes desejara assumir vinculações.

<sup>1531</sup> HENCKEL, Wolfram. *Prozessrecht und materielles Recht*. Op.cit., p.149 ss.

<sup>1532</sup> *Ibidem*, p.44, 61 ss, 155, 172.

<sup>1533</sup> *Ibidem*, p.173 ss.

<sup>1534</sup> *Ibidem*, p.173: “Deshalb hängt auch die Intensität, mit der die Parteien den Prozeß führen und auf sein Ergebnis Einfluß nehmen, davon ab, was für sie mit dem streitigen Anspruchsinhalt auf dem Spiel steht.” (Tradução: “Então, a intensidade com que as partes conduzem o processo e influenciam o seu resultado depende também do que para elas está em jogo com o conteúdo litigioso da pretensão”). Assim, o processo deve estar atento ao *exercício* das faculdades processuais e, nessa linha, haveria extensão da estabilidade às razões da sentença na medida em que a fundamentação do primeiro processo permitisse compreender a exatidão do conteúdo do debate. HENCKEL, Wolfram. *Prozessrecht und materielles Recht*. Op.cit., p.155-156.

A ideia de Henckel é muito sugestiva, e aqui tem nossa adesão parcial pois, de fato, o *quantum* monetário postulado revela um indício sobre a importância da questão debatida, especialmente se comparamos dois processos e, portanto, dois valores. Acrescente-se que, à luz do direito brasileiro, a exigência de apontar um valor da causa (art.282, V do CPC) tornaria ainda mais simples este exame.

Todavia, o contraponto que devemos fazer é a evidente constatação de que nem sempre o valor da causa corresponde *exatamente* ao conteúdo econômico da pretensão, ainda que a lei assim o exija (art.258 do CPC). Nos casos de pretensões que recaem sobre bens imateriais, pode haver alguma discrepância.

Este foi o centro da crítica que Bruno Rimmelspacher fez ao relevo que Henckel atribuíra ao valor da causa. Rimmelspacher procurou dividir a pretensão material em dois componentes. O primeiro deles seria a *posição jurídica (Rechtsposition)*, que corresponderia à expectativa de uma prestação. Para o exercício da posição jurídica, e para concretizar a expectativa, o sujeito precisa de instrumentos jurídicos, tanto processuais como extraprocessuais.<sup>1535</sup> Entra em cena o segundo componente da pretensão, que seria a *proteção jurídica (Rechtsbehelf)*, ou seja, a possibilidade de exigir a satisfação da expectativa.<sup>1536</sup> A partir desta divisão, Rimmelspacher diz que a identidade de posição jurídica, decorrente da igualdade de valor na expectativa da prestação, conduziria a uma pretensão material única; porém, essa igualdade de valor na posição jurídica compreenderia fatores diversos não apenas ligados ao valor da causa.

Afirma o professor de Munique que as posições jurídicas de vantagem atribuem um direito cujo valor nem sempre é econômico, podendo ser também normativo,<sup>1537</sup> especialmente num quadro de despatrimonialização das pretensões disputadas judicialmente pelos mecanismos do processo civil.

Em suma, ainda que sua formulação também parta de uma abstração de conceitos, e não da concretude argumentativa que propomos, a crítica de Rimmelspacher é importante para percebermos que a comparação do valor da causa nos dois processos pode ser útil para definir a dimensão das questões debatidas, mas em alguns casos pode não se mostrar, por si só, decisiva ou suficiente, devendo ser complementada por outros critérios.

<sup>1535</sup> RIMMELSPACHER, Bruno. *Materiellrechtlicher Anspruch und Streitgegenstandsprobleme im Zivilprozess. Op.cit.*, p.113.

<sup>1536</sup> *Ibidem*, p.78 ss, 107, 168-173.

<sup>1537</sup> *Ibidem*, p.193.

#### 8.3.2.2.2 Insuficiência da “similitude fática”. Mesmos fatos e normas diversas: o exemplo da culpa na responsabilidade civil do Estado

Além do escopo dos litigantes, que pode ser aferido pelo valor da causa comparado e também pela interferência recíproca das condutas na esfera regulativa estável, outro indício que se poderia levar em conta para aquilatar a dimensão das questões debatidas é a proximidade, similitude ou coincidência entre os fatos a serem apreciados com aqueles que geraram a estabilidade. São casos em que, pela proximidade dos fatos nos dois contextos, poder-se-ia pensar que se trata da mesma discussão.

No entanto, esta ilação pode demonstrar uma constatação apenas aparente porque nem sempre quando estivermos diante de fatos idênticos ou próximos haverá o mesmo esquema argumentativo.

Com efeito, quando circunstâncias fáticas iguais forem subsumidas a normas diversas, pode ser que assumam características diferentes que modifiquem o seu papel na discussão, e assim possam reduzir ou reforçar a intensidade com que os litigantes se empenham em debatê-las.

O caso mais comum na prática brasileira talvez seja a questão da responsabilidade civil do servidor público. Numa primeira demanda ajuizada pelo lesado contra o Estado, imagine-se que tenha sido discutida a questão da culpa do servidor. Ora, como a responsabilidade civil do Estado é objetiva (independentemente de culpa), pode-se razoavelmente pensar que não tenha sido dada grande relevância ao debate daquela questão no primeiro processo. Se a culpa não atraiu o foco da discussão, ainda que o causador do fato danoso tenha sido considerado culpado, a questão não pode ter qualquer efeito preclusivo em posterior demanda ajuizada pelo Estado para exercer o regresso contra o servidor público. Neste segundo processo, fundado já em responsabilidade subjetiva, a análise da culpa, ainda que debatida e decidida no primeiro processo, assume dimensão e importância muito maior, impedindo que se considere preclusa sua rediscussão.

Portanto, vê-se que a similitude fática ou mesmo a conexão pela causa de pedir não autorizam a conclusão pela existência de preclusão. A idêntica dimensão das questões debatidas deve ser aferida, cabe frisar novamente, por uma conjugação de fatores a ser verificada no exercício do contraditório.

#### 8.3.2.2.3 Os níveis de detalhamento do debate sobre cada questão

Nesta análise, também devem ser considerados os diferentes *níveis de detalhamento* em que certa questão tenha sido arguída e debatida. Por exemplo, uma mesma qualificação jurídica pode derivar de diversos fatos; ao imputar a *negligência* de um motorista causador de um acidente de trânsito, podem ser alegados vários comportamentos concretos que levem àquela configuração: pode-se afirmar que o motorista não limpou o para-brisa do veículo (e portanto não tinha adequada visão do outro carro envolvido no acidente), ou que não realizara manutenção nos freios, e por isso não tenha conseguido frenagem suficiente para evitar a colisão, ou ainda ambas as circunstâncias. E sobre cada um destes aspectos pode ser ampliada a argumentação das partes e produzidas provas a respeito.

Então, em se verificando que o litigante optou por argumentar alegando várias condutas concretas que poderiam conformar-se ao conceito de negligência, torna-se mais claro que aquela determinada questão (a negligência) foi debatida com exaustão. Assim, outras condutas concretas não alegadas no processo deverão ser considerados argumentos preclusos, pois se o sujeito desejasse alegar outro aspecto da negligência do motorista, certamente o teria feito no curso da primeira litigância.

#### 8.3.2.2.4 Dimensão das questões e pluralidade de fundamentos para a improcedência

A estrutura do esquema argumentativo que é suficiente para levar a um juízo de improcedência é diverso daquela presente nas conclusões pelo acolhimento da pretensão autoral. Tomemos o exemplo da ação reivindicatória: para que a demanda seja julgada procedente, devem estar preenchidos dois pressupostos “positivos” para a configuração do direito alegado: a propriedade do autor e a posse do réu; e ainda devem ser rejeitadas as defesas do demandado. Na petição de herança, os pressupostos positivos são: a condição de herdeiro do autor; a posse do réu sobre coisas determinadas; que tais coisas estejam contidas no acervo da herança. Se faltar um destes requisitos, ou ainda se for acolhida qualquer defesa do réu, poderá ser rejeitada a demanda.

Por outro lado, para a improcedência, basta que o juiz entenda pela ausência de um dos pressupostos para a configuração do direito do autor ou se convença por acolher uma das defesas do réu. Esta particularidade nos leva a refletir, ainda que brevemente, sobre esta diferença.

O problema da estabilidade das sentenças de improcedência encontra-se em dois aspectos: o primeiro está na limitação histórica da estabilidade à conclusão (o dispositivo), excluindo os fundamentos; o segundo aspecto é o isolamento da estabilidade da sentença de todos os demais atos anteriores (comissivos e omissivos) que condicionaram o resultado.

Essa equação, de um lado, influenciou parte da doutrina a afirmar que, no caso de sentença de improcedência de pedido condenatório, a decisão afastaria indiscriminadamente qualquer ponto de vista jurídico que poderia conduzir à conclusão final favorável ao demandante.<sup>1538</sup> De outro lado, levou muitos autores a limitar a abrangência da coisa julgada aos casos em que houvesse um único motivo na fundamentação.

Henckel fornece dois exemplos a partir de uma mesma hipótese. Primeiro exemplo: imaginemos um processo em que o autor pleiteia pagamento baseado num contrato de compra e venda e sob a alegação de que o réu está em mora. O réu, mesmo possuindo prazo para pagar, não impugna a suposta inexigibilidade da prestação, e alega apenas a invalidade contratual. A demanda é julgada improcedente com base no único argumento de defesa: a nulidade do contrato. Num segundo processo, o autor renova a pretensão, postulando a mesma prestação, sob o argumento de que, posteriormente ao primeiro processo, a dívida tornou-se exigível com o fim do prazo para pagamento. Haveria coisa julgada? Outro exemplo com a mesma demanda: no primeiro processo, o réu alega em defesa não só a nulidade do contrato como também a inexigibilidade da dívida, porque ele ainda teria prazo para pagamento. O autor, vendo que assiste razão ao réu no que tange ao vencimento da dívida, não controverte com grande vigor esta alegação. A demanda é rejeitada com fundamento na nulidade do contrato. Num segundo processo, o autor renova a pretensão, com a alegação de que agora a dívida está vencida e é exigível.

Em ambos os exemplos, a teoria tradicional afirma não haver estabilidade, utilizando dois argumentos. Em primeiro lugar, pela impossibilidade de estender a vinculatividade à fundamentação da sentença. De outro lado, também pelos limites temporais: havendo fato posterior (o vencimento da dívida) seria permitida a renovação da pretensão.<sup>1539</sup> Para Henckel,

---

<sup>1538</sup> Cf. HEIDERHOFF, Bettina. *Der entschiedene Lebenssachverhalt und die Rechtskraftsperrre bei Klageabweisenden Urteilen*. *Op.cit.*, p.186.

<sup>1539</sup> Este caso de improcedência por não haver vencimento da dívida é exemplo clássico na doutrina. Nos EUA, esta situação origina uma decisão terminativa de natureza processual denominada *dismissal for prematurity in bringing action* (Tradução: “extinção por ajuizamento prematuro da demanda”), que não impede a repositura da demanda, desde que diante de fatos novos. Cf. CASAD, Robert C.; CLERMONT, Kevin M. *Res Judicata...Op.cit.*, p.91-92; KOSHIYAMA, Kazuhiro. *Rechtskraftwirkungen und Urteilsanerkennung nach amerikanischem, deutschem und japanischem Recht*. *Op.cit.*, p.9.

contudo, há coisa julgada no primeiro exemplo e não no segundo. Segundo ele, deve haver uma diferenciação entre as sentenças de procedência e improcedência porque, nas sentenças de rejeição da pretensão, os fundamentos da decisão só seriam vinculantes quando forem os únicos debatidos, pois só assim se saberia que os litigantes focaram sua atuação naquele debate. Já no caso de *fundamentação alternativa da improcedência*, isto é, pluralidade de fundamentos, não poderia haver estabilidade porque não seria possível aferir se todas as questões foram debatidas com a intensidade exigível para que se observasse essa vinculação.<sup>1540</sup>

Na concepção aqui defendida, de incorporação dos atos em cadeia no esquema argumentativo da estabilidade (por força do contraditório-influência), é claro que se pode pensar em vinculações mesmo em face de uma pluralidade de motivos para a rejeição da pretensão.

Com efeito, no parâmetro desta tese, mesmo nas cadeias regulativas que contenham sentença de improcedência, também é a intensidade do debate e a boa-fé dos litigantes que devem ser os vetores de análise. Nesse cenário, não resolve olhar apenas para a sentença, como faz Henckel, mas também para as ações e omissões dos sujeitos do processo durante toda a cadeia de vínculos, e diante destes atos perquirir se houve empenho dos litigantes em debater cada questão. E nada muda na análise da improcedência, que deve ser compreendida dentro do conjunto de argumentações em reflexividade que levaram à conclusão judicial. É nesse complexo de argumentos que poderá ser verificada a vinculação.

No mesmo sentido aqui sustentado, e também para os julgamentos de improcedência, a doutrina e a jurisprudência já se manifestaram, no direito estrangeiro, pela necessidade de verificar as razões do julgamento anterior, analisando se a decisão deixou, em qualquer dos fundamentos debatidos, “uma porta aberta” para uma segunda demanda.<sup>1541</sup> Assim, se uma outra fundamentação puder levar ao reconhecimento da existência da pretensão,<sup>1542</sup> sem que represente uma reprodução do mesmo esquema de agir comunicativo do processo anterior, não há preclusão, podendo ser renovada a discussão, mesmo na pluralidade de argumentos para a improcedência.

<sup>1540</sup> HENCKEL, Wolfram. *Prozessrecht und materielles Recht. Op.cit.*, p.150 ss, 158, 160, 163 ss, 174. Contra, defendendo que o importante é a consideração destes pontos na decisão, e não a quantidade ou alternatividade deles, é a posição de Shindo, na doutrina japonesa. Cf. KOSHIYAMA, Kazuhiro. *Rechtskraftwirkungen und Urteilsanerkennung nach amerikanischem, deutschem und japanischem Recht. Op.cit.*, p.73, 78. Sobre o tema, Cf. REUSCHLE, Fabian. *Das Nacheinander von Entscheidungen. Op.cit.*, p.33 e ss.

<sup>1541</sup> HEIDERHOFF, Bettina. *Der entschiedene Lebenssachverhalt und die Rechtskraftsperrre bei Klageabweisenden Urteilen. Op.cit.*, p.193.

<sup>1542</sup> RIMMELSPACHER, Bruno. *Materiellrechtlicher Anspruch und Streitgegenstandsprobleme im Zivilprozess. Op.cit.*, p.255 ss; RECHBERGER, Walther H.; SIMOTTA, Daphne-Ariane. *Zivilprozessrecht. Op.cit.*, p.472.



### 8.3.2.3 Restrições aos direitos de consideração e expressão que levam a menores estabilidades: déficits cognitivo-probatórios no primeiro processo

Se o direito de consideração é importante parcela do “direito de ser ouvido”, devemos atentar se existem restrições a este braço do contraditório contemporâneo que impeçam que certas matérias sejam levadas à apreciação dos demais participantes do debate. Aqui são relevantes, de um lado, restrições das prerrogativas das partes de alegar e do poder judicial de exercer cognição. E, de outro lado, também as limitações probatórias que impedem que a parte possa desempenhar em toda sua amplitude suas faculdades processuais no campo do direito à prova.

Trata-se de restrições comuns em processos de cognição limitada ou sumária, ou ainda naqueles em que se observe uma grande concentração de atos com supressão de certas fases, procedimentos acelerados (*fast-track*) como os juizados especiais, com estrutura encurtada e sem efeitos preclusivos acentuados nos atos intermédios.<sup>1543</sup>

Nestes casos, podem existir limitações à cognição judicial ou restrições de alegação ou probatórias que não permitam um exaustivo conhecimento da matéria porque nem todos os elementos de convicção podem ser trazidos aos autos. Vejamos com detalhe o efeito que estas restrições podem trazer às preclusões.

#### 8.3.2.3.1 As reduções cognitivas e restrições assertivas ou probatórias e sua relação com as estabilidades

Podemos conceituar cognição judicial, com Kazuo Watanabe, como a atividade intelectual do juiz através da qual o magistrado enfrenta os pontos e questões postos ao juízo, solucionando-os como itinerário lógico para a conclusão sobre o objeto do processo.<sup>1544</sup>

E a cognição pode ser estudada em dois planos: vertical e horizontal.<sup>1545</sup> No plano horizontal, identificamos qual ou quais as questões que podem ser analisadas pelo juiz, e que estarão incluídas ou excluídas da atividade cognitiva. Neste plano, a cognição pode ser

<sup>1543</sup> Para exemplos destas hipóteses no direito italiano, Cf. ANDOLINA, Italo Augusto. *New perspectives for provisional measures*. *Revista de Processo*, ano 29, n.117, set/out. 2004, p.204-205.

<sup>1544</sup> WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*, 2ªed. Campinas: Bookseller, 2000, p.58-59. Segundo Dias, a cognição judicial “é um processo de conhecimento de um objeto produzido por um pensamento de natureza abstrata aliado a uma série de representações que serão produzidas pela mente do juiz no curso do processo”. Cf. DIAS, Jean Carlos. *Reflexões acerca da teoria da cognição no processo*. *Op.cit.*, p.208.

<sup>1545</sup> Por todos, WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. *Op.cit.*, p.111 e ss.

classificada em plena (ou ampla) e limitada (ou parcial). A cognição plena é aquela em que qualquer questão pode ser submetida à cognição judicial. Nos procedimentos de cognição limitada, observam-se restrições que subtraem certas questões da apreciação judicial. Os procedimentos de cognição plena são caracterizados pela ampla predeterminação legal das formas e dos prazos, e também pela elástica possibilidade de exercício de poderes processuais pelas partes, sobretudo no que se refere às alegações, exceções e às faculdades de produção de prova.<sup>1546</sup>

Já no plano vertical, a classificação não diz respeito a quais questões são submetidas ou retiradas da apreciação judicial, mas toca a *profundidade* da atividade cognitiva, ou seja, a *intensidade de aprofundamento* da análise judicial sobre cada uma das questões. Aqui se classifica a cognição em *sumária* ou *exauriente*.

A cognição sumária é aquela em que não se permite ao juiz uma análise aprofundada em função de restrições de tempo ou de natureza probatória. Seja porque existe premência temporal (ex. medidas de urgência), seja porque nem todos os meios de prova estão à disposição do julgador (ex. mandado de segurança), a cognição exercida não atinge grande detalhamento. Esta superficialidade do conhecimento do juiz é a razão pela qual não se admite que as decisões baseadas em cognição sumária tendam à definitividade ou permanência, excluindo-se-as da autoridade de coisa julgada.<sup>1547</sup>

A cognição exauriente, por outro lado, é aquela em que essas restrições não se observam: não há necessidade de decidir em tempo acelerado e estão à disposição do convencimento judicial todos os meios de prova. Aqui, poderá o magistrado debruçar-se com maior tranquilidade sobre o material cognitivo apresentado. Trata-se da cognição típica da sentença final no procedimento comum ordinário. A cognição exauriente seria aquela capaz de fornecer solução definitiva ao conflito, e o exercício irrestrito das garantias do *due process of law* permite a formação da coisa julgada material.<sup>1548</sup>

Note-se que as classificações não são excludentes, mas complementares. Assim, existe cognição plena e exauriente (sentença final no procedimento comum ordinário), plena e sumária

<sup>1546</sup> PISANI, Andrea Proto. *Verso la residualità del processo a cognizione piena?* *Revista de Processo*, n.131, janeiro de 2006, p.239.

<sup>1547</sup> NIEVA FENOLL, Jordi. *La cosa juzgada*. *Op.cit.*, p.155-164; WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. *Op.cit.*, p.124 e ss. Pode haver, no plano horizontal, cognição limitada e exauriente. As decisões proferidas adquirirão a coisa julgada material nos limites do “corte” horizontal da cognição. Cf. TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. *Op.cit.*, p.57-58.

<sup>1548</sup> PISANI, Andrea Proto. *Verso la residualità....* *Op.cit.*, p.239-240.

(medidas de urgência no procedimento comum ordinário), limitada e exauriente (sentença final na ação de desapropriação), etc.<sup>1549</sup>

### 8.3.2.3.2 A profundidade da cognição e a estabilidade reduzida das decisões proferidas em cognição sumária

Ao verificarmos as restrições impostas à cognição judicial, seja no plano horizontal como no plano vertical, caberia indagar as razões que levam o legislador a sumarizar ou limitar a atuação judicial. Por quê a lei impede o conhecimento de certos temas ou restringe a imutabilidade e indiscutibilidade das decisões de acordo com a profundidade de sua análise?

De fato, o legislador limita a cognição no plano horizontal ou sumariza a atividade cognitiva no plano vertical objetivando atingir celeridade no procedimento ou proteger certos interesses em jogo. Evidente que a própria natureza dos processos de cognição plena e exauriente faz necessária uma duração maior do iter processual para viabilizar o exercício das garantias das partes. Quando preciso e relevante assegurar o provimento veloz, uma das técnicas legislativas possíveis é a consagração de procedimentos de cognição sumária ou limitada.<sup>1550</sup>

O surgimento e o desenvolvimento de procedimentos com limitações cognitivas e probatórias decorreu historicamente da degradação do procedimento ordinário. Com a progressiva complexidade das sociedades modernas, faziam-se necessários mecanismos de *tutela diferenciada* que procurassem adaptar os instrumentos judiciais às especificidades dos direitos e interesses que se apresentavam em certas ocasiões. Com efeito, a ordinarização do procedimento, própria da era das codificações, visava a conferir-lhe segurança jurídica, assegurando a todos os litígios amplas possibilidades de exercício de direitos processuais, com cognição plena e exauriente. O paradigma da cognição sumária era desprestigiado, confundido com a sumariedade

<sup>1549</sup> Cabe notar que a redução do iter processual, ou seja, a simplificação do procedimento, com a supressão ou concentração de atos processuais, não implica necessariamente em restrições à cognição. Notem-se os procedimentos comum sumário e sumaríssimo (juizados especiais), nos quais, embora num procedimento mais curto e célere, ainda assim a cognição será exauriente, capaz de tornar-se imutável pela coisa julgada. Cf. WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. *Op.cit.*, p.115.

<sup>1550</sup> Relevante salientar que a cognição limitada não ofende princípios constitucionais como o devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório, o acesso à Justiça e a inafastabilidade do controle jurisdicional. Isto porque o impedimento de discutir certas questões em um dado procedimento (a ação de desapropriação, p.ex., onde a lei só admite a cognição sobre o preço e vícios formais do procedimento expropriatório), não inviabiliza a arguição da matéria, mas apenas remete as alegações ali vedadas para outra demanda, outro procedimento, onde permitidas (a “ação própria” na dicção legal). As normas referem-se comumente a “ação própria”, como nos arts.34 e 36, ou ainda a “ação direta”, como no art.20 do Decreto-Lei 3.365/41: “A contestação só poderá versar sobre vício do processo judicial ou impugnação do preço; qualquer outra questão deverá ser decidida por ação direta”.

dos ritos ou então reservado exclusivamente à tutela cautelar. Hoje em dia, existem muitos procedimentos de cognição limitada ou sumária, e os prognósticos indicam até mesmo um futuro em que tais procedimentos possam passar a ser a regra no direito processual.<sup>1551</sup>

Para limitar a cognição no plano vertical, o legislador às vezes se vale da técnica de reduzir o campo das alegações do autor (*ius assertionis*), ou as de defesa (*ius defensionis*), retirando certos argumentos do objeto cognoscível;<sup>1552</sup> ou então tolhe diretamente do magistrado a possibilidade de conhecer de algumas questões, ainda que suscitadas pelas partes e mesmo que influenciem a decisão final. Exemplos desses procedimentos no direito brasileiro são as ações de desapropriação, de consignação em pagamento, os embargos de terceiro, dentre outras.

Diante de novas técnicas de restrição cognitiva e probatória, fortaleceu-se a necessidade de discussão mais detalhada sobre o grau de estabilidade adequado para estes processos. Sem embargo, o juiz é chamado a emitir juízos de abrangência maior ou menor sobre o objeto cognoscível em cada processo, a depender das condições que o debate permite o aprofundamento e extensão cognitivos.

E, como visto no item anterior, a concepção que se consagrou para a coisa julgada relaciona o grau de estabilidade com a profundidade da cognição exercida.<sup>1553</sup> Poderá haver estabilidade forte quando a cognição for exauriente, isto é, quando houver amplo contraditório, tempo para exercício da defesa e para a consideração do julgador sobre as alegações das partes, vastas possibilidades de apresentação de provas, enfim, quando o transcurso do debate judicial ofertar aos litigantes oportunidades de intensificar suas atividades argumentativas.

Em nosso entendimento, o primeiro vetor interpretativo do sistema de estabilidades, ligado à intensidade do contraditório, exige que uma estabilidade como a coisa julgada esteja intrinsecamente relacionada a procedimentos sem restrições ao complexo de direitos componente

<sup>1551</sup> É o que indica, desde logo, o título do trabalho de PISANI, Andrea Proto. *Verso la residualità... Op.cit., passim*. No mesmo sentido, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada. Op.cit.*, p.88 ss.

<sup>1552</sup> Na verdade, as possibilidades são mais ricas. Como afirma Sérgio Gilberto Porto, “a técnica de sumarização de uma demanda qualquer pode utilizar-se de um dos seguintes expedientes: a) permite-se que o juiz decida com base em cognição apenas superficial sobre todas as questões da lide, como (...) as decisões liminares; b) permite-se que o juiz decida com base em cognição exauriente, (...) mas veda-se que ele investigue e decida fundado em determinadas questões controvertidas previamente excluídas da área litigiosa a ela pertencente”. Ex.: ações cambiárias e possessórias; “c) sumariza-se, também, impedindo que o juiz se valha de certa espécie de prova, como acontece nos chamados processos documentais (...); d) (...) sumarização, ao estilo dos antigos processos sumários, com verdadeira ‘reserva de exceções’”. Cf. PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa Julgada Civil. Op.cit.*, p.97-98. No entanto, para os estreitos limites deste estudo, pode-se resumir às duas grande hipóteses referidas no texto.

<sup>1553</sup> CUNHA, Alcides Munhoz da. Correlação lógica entre cognição, preclusão e coisa julgada. *Revista de Processo*, ano 33, n.163, set, 2008, p.362; DIAS, Jean Carlos. *Reflexões acerca da teoria da cognição no processo. Op.cit.*, p.212-213; SILGUERO ESTAGNAN, Joaquín. *La preclusión de alegaciones en el proceso civil. Op.cit.*, p.124-125.

do devido processo legal.<sup>1554</sup> Como vimos, é essa intensidade que medirá a potencial estabilidade da cadeia de vínculos (baseada na força *prima facie* da continuidade jurídica), que só poderá surgir num ambiente de exercício pleno das garantias do processo e onde o resultado, por ter sido fruto de uma discussão exaustiva, tenda à permanência e gere uma segurança jurídica maior.<sup>1555</sup>

Já quando a cognição é sumária, por previsão de técnicas de aceleração ou privilégio a certos interesses, os provimentos podem ser proferidos sem que os direitos fundamentais processuais sejam observados na mesma extensão, e assim o conjunto das interações não autorizará um grau acentuado de estabilidade.

Veja-se que estes procedimentos por vezes são executivos e mesmo satisfativos, podendo até certificar direitos com base em probabilidades, como na antecipação de tutela. Porém, o déficit no exercício das garantias processuais exige uma compensação: a estabilidade desses provimentos é menor pois são reversíveis (art.273 §4º e 807, ambos do CPC).<sup>1556</sup> Vale dizer, os processos sumários não apresentam cadeias de vínculo com continuidade jurídica (permanência tendencial). Portanto, em tendo havido decisão baseada em cognição sumária sobre uma questão, nada impede que seja reproduzido ou retomando o debate em outro momento, desde que a nova discussão permita um aprofundamento cognitivo, como, por exemplo, se no segundo procedimento houver possibilidade de produção de meios de prova não autorizados no primeiro processo,<sup>1557</sup> ou quando num processo plenário puder haver uma análise cognitiva mais detalhada.

Trata-se de *racionalizar o problema da dúvida no processo, relacionando-a com as estabilidades processuais*,<sup>1558</sup> o que é muito comum nos ordenamentos anglo-americanos, onde uma das hipóteses em que se excepciona a ocorrência de *issue preclusion* é justamente esta de reduções cognitivas no processo anterior. Nos sistemas de *civil law*, no entanto, vige como regra a tradição consuetudinária de que “a *res iudicata* não pode ser condicionada”, ou seja, não poderia haver coisa julgada *secundum eventum litis* sem expressa previsão legal.<sup>1559</sup> Diz-se que

<sup>1554</sup> Para Talamini, haveria uma “vinculação constitucional” da coisa julgada à cognição exauriente. TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. *Op.cit.*, p.30, 54-55.

<sup>1555</sup> Assim, falando da coisa julgada, CUNHA, Alcides Munhoz da. *Correlação lógica entre cognição, preclusão e coisa julgada*. *Op.cit.*, p.366.

<sup>1556</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada*. *Op.cit.*, p.93.

<sup>1557</sup> REIS, Sérgio Cabral dos. É possível a formação de coisa julgada material na etapa de cumprimento da sentença? *Revista Trabalhista Direito e Processo*, n.27, 2008, p.126; LOBÃO, Manoel de Almeida e Sousa de. *Segundas linhas sobre o processo civil*. *Op.cit.*, p.713.

<sup>1558</sup> Como sugere a análise de STROHMAYER, Peter. *Urteilswirkungen*. *Op.cit.*, p.55. Confira-se também TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel. *La cosa juzgada (Estudio de jurisprudência civil)*. *Op.cit.*, p.37.

<sup>1559</sup> Cf. OLIVA SANTOS, Andrés de la. *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*. *Op.cit.*, p.177.

um tal condicionamento significaria abrir mão da segurança para balanceá-la com o direito de defesa,<sup>1560</sup> ou que subtrair a sentença da incidência da coisa julgada não poderia ser “tarefa do juiz”.<sup>1561</sup> Algumas linhas sobre estas objeções merecem nossa atenção.

Temos que é equivocado pensar que não possa haver condicionamentos às estabilidades. Note-se que algo muito parecido justifica a redução da estabilidade das medidas urgentes. Com efeito, a tutela de urgência é exemplo de privilégio, no processo, da efetividade em relação à segurança. As medidas cautelares não são concedidas em cognição exauriente, mas decorrem de juízos de cognição sumária, juízos de probabilidade que indicam a possibilidade de haver decisão posterior em sentido contrário.<sup>1562</sup> A compensação que o sistema processual encontra para esta queda no grau de certeza e previsibilidade é não conferir a estas decisões uma estabilidade forte (como a coisa julgada), permitindo sua revisão com pressupostos menos rígidos. A redução da estabilidade, portanto, é natural diante da cognição deste tipo de decisão.<sup>1563</sup> Ainda uma vez vemos a relação entre a intensidade do contraditório e a força da estabilidade que pode se formar nas cadeias de vínculo processuais.

Além disso, não seria propriamente o juiz que estaria “subtraindo” certas decisões da coisa julgada. É o próprio sistema processual, pelo déficit de contraditório, que impõe a redução de estabilidade.

No mais, o condicionamento das estabilidades à existência de condições ideais de exercício de garantias processuais equilibra, no sistema das estabilidades, os direitos fundamentais das partes com a coerência e efetividade (importantes para o ordenamento processual e para a consistência do tráfego jurídico). De um lado, o garantismo não permite que haja estabilidade sem quaisquer considerações sobre a extensão possível do exercício dos direitos dos litigantes. De outra parte, como afirma Hazard Jr., não se pode acenar com procedimentos

<sup>1560</sup> NIEVA FENOLL, Jordi. *La cosa juzgada*. *Op.cit.*, p.211.

<sup>1561</sup> THEODORO JR., Humberto. Prova – Princípio da verdade real – Poderes do juiz – Ônus da prova e sua eventual inversão – Provas ilícitas – Prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (DNA). *Revista de Direito Privado*, ano 5, n.17, jan-mar, 2004, p.24.

<sup>1562</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Sobre a subsistência de ações cautelares típicas*. *Op.cit.*, p.316. Tampouco a vinculação das questões prejudiciais pode ser sustentada em casos de cognição sumária, pois o debate no processo anterior não fora concludente a ponto de exigir a manutenção da conclusão no tráfego jurídico. Assim já falava WINDSCHEID, Bernhard. *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 5. ed. *Op.cit.*, p.395-396, nota 21.

<sup>1563</sup> ANDOLINA, Italo Augusto. *New perspectives for provisional measures*. *Op.cit.*, p.203; *Idem*. *Crisis of res iudicata and new techniques for dispute resolution: (self-standing anticipatory) provisional measures on the merits*. *Op.cit.*, p.20; OLIVA SANTOS, Andrés de la. *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*. *Op.cit.*, p.132 e ss; PORTO, Sérgio Gilberto. *Cosa Julgada Civil*. *Op.cit.*, p.99-100: “As demandas que sofrem limitação em torno da profundidade da cognição não são aptas a atingir o estado de coisa julgada material, pois, em face da superficialidade do conhecimento, se constituem em mero juízo de probabilidade, (...) sendo passíveis de revisão futura”.

expeditos e “eficientes”, e em seguida permitir a reabertura generalizada da mesma discussão.<sup>1564</sup> É necessária alguma medida de estabilidade e segurança.

Assim, vê-se que permitir a reprodução do debate *se e quando* uma cognição mais aprofundada for possível não é algo infenso à sistemática das estabilidades no Brasil, e denota ilação facilmente sustentada à luz do direito vigente. Observe-se ainda que, se não há norma expressa que estabeleça o condicionamento da coisa julgada, também *não há regra proibitiva desta conclusão*; a sistemática do ordenamento processual brasileiro autoriza esta interpretação pois existe evidente ligação do fenômeno das estabilidades com a cognição judicial,<sup>1565</sup> com o exercício do contraditório e dos demais direitos e garantias que compõem o devido processo legal.

Não obstante defendamos o condicionamento das estabilidades, não se deve pensar que as medidas de urgência (cautelares, antecipatórias de tutela) não possam ou não devam adquirir qualquer espécie de estabilidade. Como visto no Cap.4, é um erro imaginar, na esteira da tradicional associação da coisa julgada com os provimentos do processo de conhecimento, que nenhuma outra decisão ou questão em outro tipo de processo possa adquirir estabilidade. Temos que também as decisões cautelares ou antecipatórias são estáveis, mas sua estabilidade é reduzida ou mitigada.<sup>1566</sup>

De um lado, esta redução decorre da possibilidade de modificação ínsita a tais medidas. A probabilidade (*fumus boni iuris*, verossimilhança), utilizada como parâmetro cognitivo, pode ser infirmada no curso do processo, revelando equivocada a conclusão anterior e justificando a revisão.

Além disso, o objeto da estabilidade é diverso, pois as medidas de urgência só produzem efeitos preclusivos *nos termos da cognição exercida*, excluindo a propositura de outras demandas *de mesma natureza e baseada nas mesmas circunstâncias*.<sup>1567</sup>

<sup>1564</sup> HAZARD JR., Geoffrey. *Preclusions as to issues of Law: the legal systems interest*. *Op.cit.*, p.81: “no doubt efficiency considerations are vitally important in the rules of *res judicata*. However, it might well be more expedient to try most types of cases by a ‘quick and dirty’ procedure and then liberally permit motions for retrial on the basis of surprise, newly obtained evidence, or serious doubt as to veracity of key witnesses. In fact, procedure in trial courts of limited jurisdiction previously followed such a model”. (Tradução: “não há dúvida que considerações de eficiência são vitalmente importantes para as regras da coisa julgada. Porém, talvez fosse melhor processar a maior parte dos casos por um procedimento ‘rápido e sujo’ e então liberalmente permitir requerimentos para rejuízo baseados na surpresa, provas novas obtidas posteriormente, ou sérias dúvidas sobre a veracidade de testemunhas-chave. De fato, o procedimento nas cortes de jurisdição limitada seguiam este modelo anteriormente”).

<sup>1565</sup> DIDIER JR., Fredie. *Cognição, construção de procedimentos e coisa julgada: os regimes de formação da coisa julgada no direito processual civil brasileiro*. *Op.cit.*, p.1-2.

<sup>1566</sup> CALAZA LÓPEZ, Sonia. *La cosa juzgada*. *Op.cit.*, p.31, 109 ss.

<sup>1567</sup> Note-se bem que a revogação da antecipação de tutela não é livre, mas depende de elementos novos. ROCHA, Raquel Heck

Portanto, a menor profundidade da cognição exercida pode levar à formação de uma estabilidade reduzida, sem incidência da continuidade, sem permanência tendencial e modificável pelo próprio órgão prolator.<sup>1568</sup>

#### 8.3.2.3.3 O direito à prova e as diferenças do ônus probatório exigido em cada procedimento

Neste ponto, queremos ressaltar uma hipótese comum em que deve haver redução da estabilidade pelo déficit da prova produzida. Trata-se de discussão espinhosa, mas cuja solução pensamos ser de clareza meridiana. Os ordenamentos processuais contemporâneos vedam o *non liquet* e determinam que, passada a fase instrutória, o juiz deve decidir mesmo que num quadro de incerteza. Historicamente foram criadas, para este fim, regras de ônus da prova, transferindo o risco de erro da decisão judicial com menor probabilidade de certeza para as partes que tivessem que produzir prova a respeito dos fatos incertos. Então, a decisão, mesmo diante da dúvida, será proferida atribuindo-se a derrota a quem deveria ter apresentado prova dos fatos de ocorrência duvidosa.

Mas qual seria o grau de estabilidade que este tipo de decisão poderia produzir? Haveria coisa julgada, p.ex., em uma pronúncia judicial fundada em regras distributivas de ônus da prova, em que o juiz não afirme que se convenceu das alegações do autor ou do réu, mas tão somente que decide daquela maneira porque não houve prova suficiente sobre certos pontos?

O tema não é estranho ao direito comparado. A *Ley de Enjuiciamiento Civil* espanhola prevê casos de redução de coisa julgada por ausência de prova (arts.447 e 827.3). No Cap.3, vimos ainda que, nos EUA, se a parte que teria ficado vinculada tiver um ônus da prova significativamente mais leve no segundo processo, não se aplica a *issue preclusion*.<sup>1569</sup> No Brasil, existe alguma resistência a um modelo deste tipo, sob o argumento de que condicionar a estabilidade (geralmente se faz referência à coisa julgada) de acordo com a prova traria

---

Mariano da. *Preclusão no Processo Civil. Op.cit.*, p.156. Assim é também a jurisprudência espanhola, citada em CALAZA LÓPEZ, Sonia. *La cosa juzgada. Op.cit.*, p.31, 117 ss. Em Portugal, LOBÃO, Manoel de Almeida e Sousa de. *Segundas linhas sobre o processo civil. Op.cit.*, p.714-715. No Brasil, SOUZA, Gelson Amaro de. *Coisa julgada no processo cautelar. Op.cit.*, p.707.

<sup>1568</sup>E aplicada a mesma ideia, outros exemplos podem ser lembrados. A jurisprudência tem admitido em diversas hipóteses ação rescisória contra sentenças ou acórdãos terminativos, afirmando ter havido formação de coisa julgada quando estas decisões analisam o mérito com certa profundidade que não permitam a propositura de uma demanda idêntica. Assim, referindo-se à jurisprudência do STJ, ALVIM, José Manuel de Arruda. *O art.268 do CPC, a ilegitimidade e a ocorrência de coisa julgada: critérios de interpretação. Op.cit.*, p.41.

<sup>1569</sup> SHAPIRO, David L. *Civil Procedure: Preclusion in Civil Actions. Op.cit.*, p.58.



insegurança. Afinal, a sentença de improcedência por falta de provas seria um julgamento de mérito como qualquer outro.

O condicionamento às estabilidades, que entendemos cabível, já foi abordado nos itens anteriores. Aqui queremos fazer outra consideração: será que a segurança é preservada quando sabemos que há regras de ônus da prova que viabilizam decisões com pouca base de certeza?<sup>1570</sup> Que segurança deve ser garantida, a “segurança do provável”?

Em nossa opinião, o modelo de condicionamento das estabilidades à suficiência probatória não seria incompatível com o direito brasileiro.<sup>1571</sup> Primeiramente, porque este formato já é previsto expressamente nos procedimentos em que a formação da coisa julgada é condicionada pelo resultado da prova (*secundum eventum probationis*),<sup>1572</sup> como no mandado de segurança e nas ações coletivas.<sup>1573</sup> Além destes, a técnica também é usada pelo legislador quando reduz a cognição em determinados procedimentos, remetendo a outros processos uma amplo exercício de poderes processuais, com a correspondente e justificável estabilidade em maior grau.

Por outro lado, certos procedimentos não admitem a produção de prova técnica de maior complexidade, como ocorre nos Juizados Especiais Cíveis (arts.3º e 32 da Lei 9.099/95) e no procedimento sumário (art.277, §5º do CPC).<sup>1574</sup> É também o caso do inventário e partilha (arts.984; 1000 parágrafo único; 1016 §2º, todos do CPC), nos quais não pode ser apreciada uma “questão de alta indagação”,<sup>1575</sup> que só poderá ser conhecida se a prova correspondente não for complexa a ponto de tumultuar o procedimento.<sup>1576</sup> Em todos estes casos, parece-nos evidente que deva haver uma restrição na estabilidade pela limitação probatória nos autos do específico

<sup>1570</sup> É a reflexão de CAMBI, Eduardo. *Coisa julgada e cognição secundum eventum probationis*. *Revista de Processo*, ano 28, n.109, jan-mar, 2003, p.76.

<sup>1571</sup> *Ibidem*, p.72. Alguns autores concordam com o modelo apenas *de lege ferenda*, sustentando a necessidade de previsão legal. Assim, por todos, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada*. *Op.cit.*, p.194 ss.

<sup>1572</sup> CAMBI, Eduardo. *Coisa julgada e cognição secundum eventum probationis*. *Op.cit.*, p.74.

<sup>1573</sup> Sobre a coisa julgada no mandado de segurança, Cf.ARAÚJO, José Henrique Mouta. Aspectos envolvendo o direito líquido e certo, a decadência e a coisa julgada no mandado de segurança. *Revista Dialética de Direito Processual*, n.16, jul. 2004, p.86 e ss. Veja-se ainda Súmula 304 do STF, explicitada no voto do Min.Xavier de Albuquerque no RE nº 76.371-GB, quando afirmou que não havia necessidade de alterar a redação da súmula para explicitar o seu real significado porque vários acórdãos da Corte Suprema já tinham sido claros a este respeito: “Não fazendo coisa julgada’ não significa que não faça nunca: significa, apenas, ‘quando não faça’, isto é, quando o mérito não tiver sido apreciado de tal jeito que o reconhecimento do direito haja sido negado de vez”. No mesmo sentido, BUENO, Cássio Scarpinella. *Coisa julgada e sentença ‘denegatória’ em mandado de segurança*. *Op.cit.*, p.230.

<sup>1574</sup> CAMBI, Eduardo. *Coisa julgada e cognição secundum eventum probationis*. *Op.cit.*, p.77.

<sup>1575</sup> São questões alegadas em causas de deserdação, invalidação de documentos públicos, para habilitação de herdeiros no inventário, admissão de herdeiro que dependa de investigação de paternidade, anulação de testamento, ação de sonegados, colações, etc.

<sup>1576</sup> Assim, se for possível provar as alegações apenas por prova documental, não se trata de uma questão de alta indagação. Confira-se STJ – REsp n.4.625-SP, Rel.Min. Salvo de Figueiredo Teixeira, j.16.04.1991.

procedimento em que a cadeia de vínculos transcorreu, permitindo-se a rediscussão em outros procedimentos onde não haja semelhante obstáculo. Trata-se de reduzir a estabilidade porque o exercício do contraditório não foi amplamente permitido.

Esta ideia já levou alguns autores a sustentar a aplicação da coisa julgada *secundum eventum probationis* a certos tipos de demanda como as ações de investigação de paternidade. Cambi, p.ex., afirma que a presunção *iuris tantum* decorrente da negativa do pai em realizar o exame poderia ser desfeita em outro processo com provas que forneçam maior certeza.<sup>1577</sup>

E a própria jurisprudência nacional já sufragou o entendimento de que haveria uma estabilidade *secundum eventum probationis* nestes casos, e inclusive para a *res iudicata*. Com efeito, o Supremo Tribunal Federal recentemente superou a coisa julgada em casos de improcedência por insuficiência de provas, adotando como fundamento também a questão do déficit cognitivo-probatório no processo em que formada a estabilidade.<sup>1578</sup> Também o STJ admitiu a quebra da coisa julgada, com a repositura da demanda, quando o primeiro processo não resolver “definitivamente” a questão da paternidade, o que ocorreria quando se tratasse de uma decisão de improcedência por falta de provas. Além disso, foi salientada a não existência, à época do primeiro processo, de um meio de prova idôneo a permitir, com algum grau de probabilidade confiável, uma convicção suficiente.<sup>1579</sup>

De nossa parte, pensamos que a questão não deve ser restrita a uma espécie de demanda ou ficar dependente de um específico tipo de prova técnica como o exame de DNA. Além de tornar o DNA uma “prova absoluta”, fulminando o sistema da persuasão racional na apreciação do material probatório, hoje em dia se entende que, no campo da prova científica, não podemos valorar apenas o resultado das perícias, mas também e sobretudo o procedimento de sua confecção, discutindo as técnicas utilizadas, sua aceitação na comunidade científica, a margem de erro, etc. Afinal de contas, o exame de DNA pode ter sido produzido sem os cuidados devidos e seu resultado pode, sim, estar errado.<sup>1580</sup> O correto é que, para qualquer contexto probatório (e não apenas o exame de DNA), se a evolução ou alteração do quadro probante revelar possível

<sup>1577</sup> CAMBI, Eduardo. *Causa de pedir, prova e coisa julgada na ação de investigação de paternidade*. *Op.cit.*, p.65-67.

<sup>1578</sup> Confira-se o voto do Min.Luiz Fux no RE nº 363.889-DF, Rel.Min.Dias Toffoli, j.07.04.2011.

<sup>1579</sup> REsp 226.436-PR, Rel.Min. Salvo de Figueiredo Teixeira, j.04.02.2002; REsp n.826.698-MS, Rel.Min. Nancy Andrichi, j.06.05.2008. Existe inclusive súmula do Superior Tribunal de Justiça (verbete nº 301), que afirma que a recusa a submeter-se a exame de DNA gera presunção *iuris tantum*, e que, portanto, pode ser infirmada.

<sup>1580</sup> Cambi afirma que a probabilidade de encontrar-se alguém com DNA preponderantemente igual ao DNA de outra pessoa é menor do que uma em 6 bilhões, que é a população da Terra. Cf.CAMBI, Eduardo. *Causa de pedir, prova e coisa julgada na ação de investigação de paternidade*. *Op.cit.*, p.68. A estatística não impressiona porque avalia o exame em seu resultado final, sem considerações acerca do procedimento de sua produção. Mais próximo de nossa opinião é o entendimento de WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada*. *Op.cit.*, p.188 ss.

uma nova conclusão, que seja permitido o rejuízo.

Por fim, queremos chamar atenção de outro ponto. A discussão anterior, a respeito da estabilidade condicionada pela prova, costuma girar em torno do efeito negativo, ou seja, a vedação de rediscussão, que poderia ser flexibilizada em razão de redução probatória. Outra questão interessante remete ao efeito positivo, vale dizer, à vinculação de juízos posteriores às conclusões do primeiro processo, e se haveria vinculação positiva *na medida da restrição probatória*.

Se, por um lado, juízos fundados em fatos duvidosos (p.ex., por falta de prova) ou com cognição reduzida (p.ex. sumária), não podem ser vinculativos a fim de impedir a rediscussão (efeito negativo), cabe aqui indagar se estes mesmos juízos deveriam ser, por força do efeito positivo, *admitidos como duvidosos* em outros processos posteriores. Entendemos que não, até porque, caso a incorporação ocorresse nestes termos, poder-se-ia estar negando o direito da parte à prova ou à cognição em um processo plenário.<sup>1581</sup>

#### 8.3.2.4 Omissões, previsibilidade e expectativas

Aqueles que consideram que a motivação dos atos (as razões) podem entrar na disciplina dos limites objetivos geralmente se apegam à ideia de um contraditório “efetivo”, baseado em atos comissivos.<sup>1582</sup> Trata-se de um aprisionamento à concepção disseminada historicamente no sentido de que as omissões não podem gerar posições processuais estáveis.<sup>1583</sup>

Todavia, lidar apenas com os atos efetivamente praticados reflete uma visão parcial do fenômeno das estabilidades.<sup>1584</sup> Se a inatividade, desde que represente uma omissão conclusiva a respeito da conduta, também está incluída no espectro da influência, devemos pensar no condicionamento do *contraditório potencial*. Note-se que, à luz do direito positivo, nem sempre o contraditório efetivo é o critério para a formação de uma estabilidade, mas sim o contraditório meramente *possível*. Se assim não fosse, as sentenças proferidas em hipótese de revelia nunca poderiam ser acobertadas pela coisa julgada.<sup>1585</sup>

<sup>1581</sup> OLIVA SANTOS, Andrés de la. *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*. *Op.cit.*, p.238-240.

<sup>1582</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. *Op.cit.*, p.39; PLANCK, Julius Wilhelm. *Lehrbuch des Deutschen Civilprozessrechts*. *Op.cit.*, p.259, 264.

<sup>1583</sup> GARBAGNATI, Edoardo. *Preclusione ‘pro iudicato’ e titolo ingiuntivo*. *Op.cit.*, p.303.

<sup>1584</sup> Percebe o problema CASAD, Robert C.; CLERMONT, Kevin M. *Res Judicata...* *Op.cit.*, p.30.

<sup>1585</sup> Como notou GARBAGNATI, Edoardo. *Preclusione ‘pro iudicato’ e titolo ingiuntivo*. *Op.cit.*, p.310.

De fato, vemos casos muito comuns na prática forense que envolvem as estabilidades e os efeitos preclusivos dos atos omissivos. Por exemplo, a omissão do réu em apresentar uma alegação de defesa no processo para cobrança da primeira parcela de um contrato geraria preclusão para que ele alegue essa matéria num processo posterior em que se exija a segunda prestação do mesmo contrato? Todas as sentenças proferidas em casos de revelia tornam-se imutáveis?<sup>1586</sup>

Em nossa opinião, a discussão sobre o contraditório potencial passa pela *possibilidade de atuar argumentativamente* e pela *previsibilidade do vínculo* a ser assumido: para o sujeito que se omite, devemos indagar acerca da possibilidade e previsibilidade da prática do ato; para os demais sujeitos, é relevante perquirir as expectativas que a omissão possa ter gerado e as repercussões nas condutas por estes praticadas. Estes aspectos correspondem às duas faces da preclusão no âmbito das condutas omissivas: a preclusão por omissão e a omissão geradora de expectativa.<sup>1587</sup>

A indevida atenção dispensada historicamente às omissões processuais levou a doutrina a admitir a reprodução de debate sobre alegações não utilizadas mas que já eram previsíveis ao litigante. Na Itália, p.ex., Calvosa sustentou que, se uma parte não recorreu de uma sentença que não abordara certo tema, não se observaria qualquer efeito preclusivo daquela omissão, podendo haver a repositura da demanda.<sup>1588</sup> No Brasil, já se admitiu também a renovação da discussão no seguinte caso: o autor A ajuíza contra R ação de imissão na posse. O réu, pelo princípio da eventualidade, alega todas as questões que poderia usar em defesa para repelir a alegada obrigação de prestar a posse ao autor, omitindo-se, todavia, em relação à exceção do direito de retenção de benfeitorias necessárias que realizou no imóvel (art.1219 CC). A demanda é julgada procedente e adquire coisa julgada. Observe-se que, apesar de não ter sido sequer alegada, e muito menos discutida a questão das benfeitorias no primeiro procedimento, entendeu-se que não haveria efeito preclusivo da omissão, e o réu poderia ajuizar os embargos de retenção em sede executiva (atual art.745, IV CPC).<sup>1589</sup>

---

<sup>1586</sup> A doutrina responde afirmativamente à questão sobre a revelia, normalmente sob o argumento de que a sentença é proferida com cognição exauriente mesmo em casos de revelia. Cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada*. *Op.cit.*, p.124-125.

<sup>1587</sup> Em sentido similar, assim nos manifestamos em CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, influência e validade prima facie dos atos processuais*. *Op.cit.*, p.325 ss.

<sup>1588</sup> CALVOSA, Carlo. *Omissione di pronuncia e cosa giudicata*, in *Scritti Giuridici in onore di Francesco Carnelutti*. Padova: Cedam, vol.II, 1950, p.544.

<sup>1589</sup> Cf. ASSIS, Araken de. *Reflexões sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada*. *Op.cit.*, p.27.

A par destes equívocos históricos, há alguns anos podem ser observadas novas luzes sobre esta questão, senão vejamos.

#### 8.3.2.4.1 Preclusão por omissão e o lado do sujeito omitente. Possibilidade de agir e previsibilidade do vínculo

No item anterior, vimos que o cerne da discussão sobre as omissões processuais está na ligação entre a *possibilidade de agir* e a *previsibilidade das consequências* da conduta em termos de assunção de vínculos. Não basta a possibilidade de alegar; impõe-se que, para o sujeito que se omitiu, a vinculação decorrente da conduta omissiva fosse ao menos previsível.

Assim, é incorreto analisar o efeito negativo, no campo das omissões, fora do contexto da boa-fé e do contraditório cooperativo. Se pensarmos apenas na ideia de que uma “primeira discussão” seria sempre autorizada, a preclusão decorrente das omissões seria regida pelo critério da “primeira aparição do argumento”. Vale dizer, restringir a análise à *unicidade* da discussão significaria a possibilidade de discutir tudo que não fora expressamente debatido pelo menos uma vez.

Porém, para autorizar as alegações *novas*, não basta que seja a primeira vez que tais argumentos sejam trazidos à apreciação judicial. O importante é ver se o litigante *poderia ter alegado* e apresentado tais asserções no primeiro processo.<sup>1590</sup>

Sem embargo, compreender as estabilidades como decorrentes de vinculações intersubjetivas, derivadas do contraditório em influência e boa-fé, também nos mostra que existe uma ligação argumentativa entre os atos que formam a estabilidade que impede que as partes possam ser surpreendidas com uma vinculação imprevisível ou imprecisa.<sup>1591</sup> Mais uma vez cabe frisar: deve-se aliar a possibilidade de alegação e previsibilidade do vínculo.

De fato, como vimos no Cap.5, para poderem significar efetivo exercício de influência, as omissões devem ser *conclusivas*, isto é, devem ser fruto de uma opção livre e planejada, assumindo inclusive as consequências referentes à estabilização dos vínculos. Nesse cenário, e tendo como pano de fundo estas premissas, vê-se que a *previsibilidade é um critério que filtra a inércia involuntária daqueles atos que claramente refletem condutas desejadas pelo sujeito*. A

<sup>1590</sup> Neste sentido, HEIDERHOFF, Bettina. *Der entschiedene Lebenssachverhalt und die Rechtskraftsperre bei Klageabweisenden Urteilen*. *Op.cit.*, p.187.

<sup>1591</sup> STROHMAYER, Peter. *Urteilswirkungen*. *Op.cit.*, p.15, 23.

inatividade da parte em praticar um ato, em trazer ao debate determinada alegação, deve ser fruto de uma opção consciente e de uma avaliação que considere as alternativas do debate e as dimensões que aquele ponto omitido podem ter em outros processos. O vetor da previsibilidade permite, portanto, separar o que não foi debatido (e decidido) porque as partes voluntariamente não desejaram, daquilo que por conduta não culposa o litigante deixou, por engano, de incluir na discussão judicial.<sup>1592</sup>

No direito estrangeiro, o requisito da previsibilidade encontra variadas formulações e, independentemente de seu formato, está presente em muitas teorias e é constantemente aplicado pela jurisprudência. Na Áustria, p.ex., o OGH o utiliza para relacionar os escopos pretendidos nos dois processos. Para outros autores, quando se menciona a questão do valor postulado nos dois processos como medida da intensidade do debate, considera-se que a omissão em debater questões, num processo de conteúdo econômico irrisório, decorre de um planejamento estratégico que projeta as consequências da derrota em função do valor que se pode perder, não outro. São prognósticos realizados dentro do que era previsível esperar pela omissão.

E não se trata de apenas de omissões nas alegações de fato, mas também da inércia em trazer à discussão argumentos e questões de direito, como a qualificação jurídica. Pode-se inferir, a partir dos argumentos fáticos e jurídicos lançados pela parte, se outras qualificações jurídicas eram por ela previsíveis, ou seja, pode-se projetar quais eram as consequências que as partes pretendiam extrair de suas alegações para, então, verificando a previsibilidade de outro enquadramento, concluir pela preclusão desta alegação em outro processo.

Assim ocorre também com as omissões na obtenção de provas. Não basta afirmar que aquele elemento de prova não foi utilizado no processo anterior em que formada a estabilidade. Como se sustenta em outros ordenamentos jurídicos (p.ex, a Escócia), se a prova não foi trazida porque o litigante não atuou com razoável diligência para obtê-la, consideram-se estes elementos previsíveis pois estavam ao alcance da parte, não podendo servir de fundamento para a superação da estabilidade.

Esta ideia central da previsibilidade deve também ser aplicada no Brasil. E casos interessantes são aqueles de aplicação da Súmula nº 514 do Supremo Tribunal Federal. De acordo com o enunciado sumular, caberia ação rescisória mesmo que o litigante não tivesse alegado o vício durante o processo. Em nosso entendimento, existe clara contradição em alegar apenas na

---

<sup>1592</sup> CALAZA LÓPEZ, Sonia. *La cosa juzgada*. *Op.cit.*, p.198.

ação rescisória vício sobre o qual o recorrente anteriormente havia se resignado.<sup>1593</sup> Assim, só será possível a alegação se esta não fosse possível ou previsível quando das instâncias recursais. Se, p.ex., era possível, pelo uso da diligência média, saber e alegar a incompetência (ainda que absoluta) do juízo, a omissão reiterada desta alegação, tanto na primeira instância quanto em grau de recurso, importa na inadmissibilidade do ajuizamento de rescisória por este mesmo fundamento. Verifica-se a preclusão lógica por ser um ato incompatível com a omissão anterior. Portanto, só deve ser aplicável a Súmula nº 514 quando não houver indícios de má-fé ou de violação às expectativas criadas pelo contraditório.

As considerações anteriores nos levam a outras indagações sobre como verificar a previsibilidade e como atuar praticamente para evitar qualquer vinculação-surpresa.

A melhor referência comparada a respeito do tema das omissões tem sido encontrada na literatura espanhola. Com efeito, os arts.222 e 400 da LEC (*Ley de Enjuiciamiento Civil*) alteraram o panorama legal anterior e estabeleceram forte preclusão decorrente das omissões da parte em alegar fatos e fundamentos jurídicos,<sup>1594</sup> num formato diverso e mais abrangente do que aquele da eficácia preclusiva da coisa julgada no Brasil (art.474 do CPC).

Com efeito, no ordenamento brasileiro, quando alterada a causa de pedir, não incide a eficácia preclusiva; ou seja, em se tratando de outros fatos, a mudança da *causa petendi* faria cair o exame da tríplice identidade, não se aplicando a proibição de alegar o que poderia ter sido argumentado no primeiro processo. Na Espanha, ao revés, a preclusão atinge quaisquer fatos que poderiam ter sido alegados a respeito da pretensão (ou um “mesmo bem”), ainda que, na segunda litigância, a causa de pedir seja diversa.<sup>1595</sup> Tem-se falado, em doutrina, de um “objeto implícito”, que compreenderia as questões que poderiam ter sido alegadas.<sup>1596</sup>

Ainda que não concordemos com a concepção de um “objeto implícito”, o fato é que passou a existir no processo espanhol um *ônus de alegação mais rigoroso* para as partes, o qual, não sendo exercido, torna preclusos os fundamentos que os litigantes poderiam ter utilizado a respeito de uma questão. As alegações que escapam a este ônus e que, portanto, não se submetem

<sup>1593</sup> Já nos manifestamos contrariamente à aplicação irrestrita do enunciado sumular em CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, influência e validade prima facie dos atos processuais*. *Op.cit.*, p.310-311. A favor da súmula, com a doutrina majoritária, por todos, TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. *Op.cit.*, p.142.

<sup>1594</sup> BANACLOCHE PALAO, Julio. *El ámbito de aplicación de la regla de la preclusión del artículo 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*. *Op.cit.*, p.58 ss.

<sup>1595</sup> GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. *Op.cit.*, p.209; THEODORO JR., Humberto. *Redimensionamento da coisa julgada*. *Op.cit.*, p.15-16.

<sup>1596</sup> Confira-se a crítica de VÁZQUEZ SOTELO, José Luis. ‘Objeto actual’ y ‘objeto virtual’ en el proceso civil español. *Revista de Derecho Procesal*, 2009, p.1020 ss, 1042-1043. No Brasil, vejam-se os comentários de THEODORO JR., Humberto. *Redimensionamento da coisa julgada*. *Op.cit.*, p.14.

à preclusão, são apenas aquelas que não eram potencialmente argúveis pela parte, tanto porque surgiram posteriormente, como também porque foram de posterior conhecimento dos litigantes.<sup>1597</sup>

A solução espanhola parece-nos muito adequada. Em primeiro lugar, desvincula-se a preclusão do conceito de objeto do processo. Trata-se de uma aproximação ao modelo aqui proposto dos esquemas argumentativos, buscando conteúdos mais fluidos e dinâmicos para identificar o teor do debate, e não soluções simplistas e arbitrárias que frequentemente rompem com a realidade, presumindo que as demais alegações estivessem compreendidas na linha argumentativa do requerente no primeiro processo.<sup>1598</sup>

Todavia, os lineamentos esboçados na Espanha ainda não encontraram um nível de detalhamento teórico satisfatório. Cabe-nos propor alguns outros parâmetros.

Não é qualquer inércia que pode significar preclusão, até porque a inação pode ser devida à ausência de informação.<sup>1599</sup>

No campo das omissões, a exigência de informação a respeito das potenciais escolhas reflete a constatação de que qualquer conduta omissiva, para que seja considerada uma inatividade programada, livre e consciente, deve ser extraída de um quadro comportamental em que havia para o sujeito uma *real possibilidade de agir*.<sup>1600</sup> E, se os participantes do processo não têm ciência de suas opções e atuam num ambiente de assimetria informacional, vemos dificuldade em interpretar a inércia como indicativa de um comportamento consciente.

Como a informação é um essencial aspecto do contraditório, imprescindível para que os sujeitos do processo possam avaliar suas alternativas de conduta, é lógico que a lei exclua a preclusão sobre elementos (fatos, p.ex.) desconhecidos das partes.<sup>1601</sup>

<sup>1597</sup> Correto SILGUERO ESTAGNAN, Joaquín. *La preclusión de alegaciones en el proceso civil*. *Op.cit.*, p.133 ss, 181-183. A jurisprudência espanhola ainda tem vacilado a respeito do tema, em algumas vezes adotando posicionamentos restritivos. Cf. VAZQUEZ SOTELO, José Luis. '*Objeto actual*' y '*objeto virtual*' en el proceso civil español. *Op.cit.*, p.1030 ss.

<sup>1598</sup> Como fez, dentre outros, ENDEMANN, Wilhelm. *Das Prinzip der Rechtskraft*. *Op.cit.*, p.46.

<sup>1599</sup> Certo, no ponto, GARBAGNATI, Edoardo. *Preclusione 'pro iudicato' e titolo ingiuntivo*. *Op.cit.*, p.305. Rosenberg já afirmava que a ciência pela parte da alegação omitida não importa para o exame da eficácia preclusiva da coisa julgada. Seria apenas relevante verificar, objetivamente, se os fatos podiam ter sido alegados no processo anterior. ROSENBERG, Leo. *Die Präklusionswirkung von Urteilen*. *Op.cit.*, p.314. Não chegamos a este ponto. A voluntariedade e possibilidade são importantes, mas a informação também.

<sup>1600</sup> A possibilidade de debate já foi critério utilizado na doutrina espanhola antes da nova LEC de 2000, nos casos de ausência de réplica. Hoje, a legislação espanhola (art.426 da LEC) prevê as alegações complementares, que são oportunidades para controverter fora da fase postulatória, e então a omissão anterior em réplica não importa em tantas preclusões. Sobre o tema, TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. 3. ed., São Paulo: RT, 2009, p.146-148; CASTILLEJO MANZANARES, Raquel. *Hechos nuevos o de nueva noticia en el proceso civil de la LEC*. *Op.cit.*, p.56 e ss, 226.

<sup>1601</sup> OLIVA SANTOS, Andrés de la. *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*. *Op.cit.*, p.65-66, 79.



Por exemplo, após a contestação, havendo alegações de fatos novos, existe alternativa de que o autor traga argumentos em réplica. Ora, a ausência de réplica só poderá levar à conclusão de que o demandante não deseja influenciar a sentença se a oportunidade de replicar lhe fora franqueada. Para tanto, o juiz deverá despachar e impulsionar o processo “em réplica”, e mais importante ainda, comunicar o autor deste despacho. Só então a omissão em apresentar a manifestação pode ser considerada conclusiva de uma conduta voluntária.

Outra característica que se deve buscar para aferir a possibilidade da vinculação é a voluntariedade da omissão.

Tradicionalmente, o exame da voluntariedade resumia-se na análise da culpa. Na Alemanha, o instituto similar à ação rescisória também se pauta por critérios aplicativos do direito privado. De fato, como vimos, o §582 da ZPO condiciona a propositura da *Wiederaufnahme des Verfahrens* à verificação de que a parte deixou de alegar o fundamento para a rescisão no processo em virtude de conduta não culposa. O mesmo se observa na restituição de prazo como mecanismo de superação das preclusões temporais, a única sede onde se coloca a questão do ato omissivo gerador de estabilidade na tradição europeia. Se o juiz verificasse não ter havido culpa da parte, poderia devolver o prazo para praticar a conduta, desfazendo a preclusão.<sup>1602</sup>

Atualmente, entende-se que a culpa é importante, mas não pode ser o único critério. Vejam-se os parâmetros da *rimessione in termini* no direito italiano (referidos no Cap.1), que têm procurado afastar-se do privatismo civilista – baseado na culpa, no caso fortuito e na força maior – buscando um *fundamento normativo na imputabilidade* ao sujeito de algum motivo ao qual possa ser atribuída a omissão.

Neste sentido, existem várias regras na legislação processual brasileira. A previsão mais genérica é a parte final do art.183 do CPC, que relaciona a devolução da oportunidade de prática de uma conduta processual à comprovação de que a parte tinha uma “justa causa” para não ter atuado. Este também é o norte que orienta a interpretação do “legítimo impedimento” previsto no parágrafo único do art.245 do CPC. O “justo obstáculo”, que evita a preclusão, limita-se às omissões *involuntárias*, isto é, aquelas em que a prática do ato não ocorreu apenas porque não era

<sup>1602</sup> KLEIN, Franz. *Die schuldhaftige Parteihandlung. Op.cit.*, p.147 ss; POHLMANN, Petra. *Zivilprozessrecht. Op.cit.*, p.103-104. Na Áustria, RECHBERGER, Walther H.; SIMOTTA, Daphne-Ariane. *Zivilprozessrecht. Op.cit.*, p.474. Assim decidiu o BGH alemão, no sentido de que os fatos que a parte poderia ter alegado e não alegou são preclusos. Os que sem culpa deixou de alegar escapam da preclusão e sua alegação é admissível. Cf.BGHZ 45, 329. Veja-se o comentário de SCHWAB, Karl-Heinz. *Die Bedeutung der Entscheidungsgründe. Op.cit.*, p.326-328.

possível à parte, salvaguardando da preclusão estes casos em que a inatividade foi criada por uma circunstância não desejada pelo sujeito, que se omitiu apenas porque não pôde, e não porque não quis. O CPC permite também que o juiz releve a sanção de deserção, admitindo o recurso quando houver justificativa para que o preparo tenha sido realizado parcialmente (arts.511 e 519).

Esta imputação normativa da impossibilidade de praticar o ato processual pode ser inferida de alguns dados que, se não forem completamente decisivos, poderão ao menos ser indiciários da ausência de voluntariedade na omissão. Um deles é a *complexidade* dos atos a serem praticados se comparada com a extensão do prazo previsto para esta prática, que pode se mostrar exíguo. Com efeito, a compreensão contemporânea do papel das formalidades processuais as retrata como um “modelo padrão”, adaptável concretamente de acordo com a complexidade dos atos a serem praticados. Assim, pode ser flexibilizada a preclusão temporal quando as dificuldades que os envolvam demandarem maior espaço de tempo e reflexão para as partes programarem suas condutas.<sup>1603</sup>

Esta concepção não só deriva da boa-fé objetiva aplicada ao processo, que prescinde da análise da intenção para uso do princípio, mas também pode ser inferida de outros pontos do sistema processual. Com efeito, se relacionamos a preclusão sobre as alegações omitidas com o princípio da eventualidade, vemos que ambos os institutos possuem uma ligação de complementariedade e falam em nome da concentração, tornando aceitável uma abordagem mais forte das preclusões.<sup>1604</sup>

No que se refere ao demandante, a análise fica ainda mais fácil em prol da preclusão porque, como é ele quem tem a iniciativa do processo, pode-se pressupor que o autor teve tempo suficiente para preparar sua inicial, pesquisando a situação fática, valorando os argumentos jurídicos, buscando provas, etc.<sup>1605</sup> E assim todas as suas omissões em alegar puderam ser fruto de uma atividade programada.

Os julgamentos à revelia merecem um tópico à parte. O entendimento dominante prega que a sentença proferida em casos de revelia é um julgamento de mérito e não uma decisão puramente processual.<sup>1606</sup> Porém, alguns ordenamentos jurídicos simplesmente excluem qualquer

<sup>1603</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. Op.cit., p.146; FERRAND, Frédérique. *Le principe contradictoire et l'expertise en droit comparé européen*. Op.cit., p.357.

<sup>1604</sup> SCHWANDER, Daniel. *Die objektive Reichweite der materiellen Rechtskraft...* Op.cit., p.153.

<sup>1605</sup> HABSCHIED, Walther J. *Die Präklusionswirkung des rechtskräftigen Urteils*. Op.cit., p.169, 176.

<sup>1606</sup> Assim também na jurisprudência alemã: BGHZ 153, 239 e ss; BGHZ 35, 338 e ss. No sentido de tratar-se de um julgamento processual, Cf.STAMM, Jürgen. *Zum Umfang der Sperrwirkung des rechtskräftigen Versäumnisurteils gegen den Kläger und gegen den Berufungskläger im Anschluss an die ZPO-Reform*. Op.cit., p.406.

estabilidade processual deste tipo de decisão, tal como se observa no *common law*. Em outros, como naqueles de tradição germânica, a sentença proferida quando há revelia (*Versäumnisurteil*) é acobertada por uma “estabilidade fraca”, menos graduada e com mais amplos mecanismos de revisão (como a *Einspruch*). Neste formato, se comparado com a sentença “normal”, o julgamento à revelia parece um *minus* porque baseado na ausência da parte, o que justificaria menor força da estabilidade a ele conferida.<sup>1607</sup>

O que justificaria um tratamento diverso? Os pressupostos que subjazem a tais modelos devem ser transpostos para o Brasil?

Cabe, inicialmente, refletir sobre se seria conveniente endossar um critério similar àquele da “efetiva litigância”, existente nos ordenamentos do *common law* para as preclusões e que exclui da abrangência da *issue preclusion* a matéria “deduzível”, cobrindo apenas as questões que tenham sido efetivamente discutidas. Naqueles sistemas, entende-se que não há estabilidade nos julgamentos à revelia, assim como nas decisões baseadas em confissão ou em acordos entre as partes.

O requisito americano da “efetiva decisão” para que haja preclusão justifica-se na ideia de que a estabilidade representa um efeito *do julgamento*; a preclusão não decorreria da conduta das partes, como nos casos da aplicação da proibição de *venire contra factum proprium* ou do princípio da unicidade.<sup>1608</sup> Porém, se pensamos nas cadeias de vínculo e na inter-relação entre os atos encadeados como origem da estabilidade, esta não deriva de um efeito apenas do julgamento, mas sim do conjunto de vinculações operadas pelo exercício do contraditório.

No que se refere à redução de estabilidade nas decisões baseadas em revelia, temos que o formato da “efetiva litigância” é inadequado por desconsiderar os parâmetros e vetores anteriormente sustentados: boa-fé, autovinculação, influência, cadeias de vínculo, intensidade do debate, etc.

A omissão em discutir, que gera a revelia, é fruto de uma opção legítima que pode significar uma escolha voluntária em não participar do processo, sinalizando para os demais sujeitos como um padrão estável de conduta. Veja-se que, mesmo nos ordenamentos do *common law*, já se admitiu o vínculo em hipóteses de revelia nos casos em que permitir a rediscussão pudesse prejudicar terceiros que confiaram na manutenção da estabilidade; ou ainda quando o réu

<sup>1607</sup> STAMM, Jürgen. *Zum Umfang der Sperrwirkung des rechtskräftigen Versäumnisurteils gegen den Kläger und gegen den Berufungskläger im Anschluss an die ZPO-Reform*. *Op.cit.*, p.404-406.

<sup>1608</sup> Assim também percebeu Yoshino, ao comentar a tese de Shindo. Cf. YOSHINO, Shozaburo. *Zur Lehre der Rechtskrafterstreckung*. *Op.cit.*, p.97.

praticou algum ato que indicasse ter tido notícia do processo ou que considerava o julgamento válido.<sup>1609</sup>

Portanto, deve haver preclusão das questões alegadas pelo autor e que condicionaram as conclusões da sentença condenatória, mesmo em casos de revelia do réu. Não havendo diferença desta hipótese para outras, tampouco o mecanismo utilizado deverá ser diverso. Os meios cabíveis para o desfazimento ou superação da estabilidade em casos de revelia serão os mesmos de qualquer outra estabilidade.

Não obstante, no caso de julgamento à revelia, como não há um contraditório efetivo, e portanto contraposição de argumentos, é de fato mais difícil estabelecer a abrangência objetiva da estabilidade, especialmente sua extensão às alegações dos sujeitos do processo. Por esse motivo, instalou-se um debate sobre qual conteúdo tornar-se-ia estável quando houvesse contumácia.<sup>1610</sup>

Certos autores afirmam que a revelia significaria uma espécie de “concordância geral” do réu com todos os argumentos do autor. Para chegarem a esta conclusão, fazem um paralelo da revelia com o reconhecimento do pedido, como se, pela sua ausência, o litigante omisso estivesse dispondo de seu direito. Geralmente são usados, para justificar esta linha de pensamento, argumentos baseados no caráter “sancionador” da contumácia, que importaria numa visão mais rígida da estabilidade decorrente da sentença neste caso.

Porém, este entendimento talvez não seja o mais acertado. Em primeiro lugar, a revelia gera uma “confissão ficta” *da matéria de fato*, não sendo cabível a analogia com o reconhecimento do pedido porque, ao contrário da confissão, o reconhecimento do pedido independe das circunstâncias fáticas.

Em nossa opinião, a estabilidade aqui fica igualmente limitada aos esquemas argumentativos e à relação de influência recíproca entre as alegações dos sujeitos envolvidos na cadeia de atos que determina sua abrangência objetiva. Portanto, cabe também projetar a dimensão possível que as questões e argumentos do autor poderiam assumir quando antevistas pelo réu ao optar por não litigar.

Como vimos, a omissão só gera estabilidade *se a vinculação era previsível*. Esta consideração é muito importante na revelia porque esta, mesmo sendo uma opção voluntária, reflete uma escolha que leva em conta prognósticos e riscos avaliados com o que consta da demanda, e é este o prejuízo potencial assumido pelo réu. Assim, p.ex., se os elementos do

<sup>1609</sup> SHAPIRO, David L. *Civil Procedure: Preclusion in Civil Actions*. Op.cit., p.28.

<sup>1610</sup> Cf. PETERS, Egbert. *Zur Rechtskraftlehre Zeuners*. Op.cit., p.233-234.

debate, os escopos performativos, o valor da causa, ou outros dados forem diferentes em outro litígio posterior a ponto de sugerirem uma outra dimensão daquela questão, não há que se reconhecer qualquer efeito preclusivo da omissão anterior do revel.<sup>1611</sup>

Outra diferença relevante, e que outra vez não recomenda a comparação com o reconhecimento do pedido, é que a revelia não leva à vitória automática do autor. A omissão do réu em participar não pode levar à derrota só por este motivo. Impende haver um exame sobre a plausibilidade das alegações do demandante.<sup>1612</sup>

Então, merece alguma atenção a pergunta sobre qual seria a estabilidade que a sentença de improcedência poderia gerar nos casos de revelia, já que o réu também deveria ser protegido, em um segundo processo, de ter que relitigar questões alegadas pelo autor e afastadas pelo juízo. Argumentos favoráveis a esta estabilidade baseiam-se tanto na intenção de prestigiar a tática processual, como nos interesses em jogo,<sup>1613</sup> e não só o interesse das partes, mas também o interesse público na economia processual.<sup>1614</sup>

Para alguns, numa concepção mais ampla, dever-se-ia considerar que a decisão de improcedência rejeita qualquer aspecto da pretensão, e portanto qualquer alegação do autor seria afastada e ficaria preclusa. Outros, falando sobre a coisa julgada, defendem a limitação da estabilidade pelas “razões hipotéticas” (*hypothetische Gründe*) de rejeição da demanda, ou seja, os fundamentos que poderiam ser levados em consideração pelo juiz.<sup>1615</sup>

Nem tanto ao mar e nem tanto à terra. Novamente retornamos à ideia de que a formação do vínculo depende da análise argumentativa da relação entre os atos da cadeia. Ainda que o revel tenha-se mantido inerte, trata-se de perquirir as alegações efetivamente lançadas pelo autor, bem como seu condicionamento à decisão final (os argumentos a que o juiz deu efetiva atenção e consideração na sentença), permeados do exame sobre a dimensão das questões e previsibilidade do vínculo.

---

<sup>1611</sup> Em outra perspectiva, diz-se que quando o *Streitgegenstand* fosse diverso, teríamos que partir do pressuposto (quase uma presunção) de que as partes não queriam que tais questões fossem decididas no processo anterior, e que nem o juiz, de fato, as teria decidido. ENDEMANN, Wilhelm. *Das Prinzip der Rechtskraft*. *Op.cit.*, p.46. A *ratio* que perpassa o argumento é interessante, e pode até se alinhar com nossa ideia externada no corpo do texto. Porém, ainda é muito presa ao exame estático do objeto do processo, e não a análise mais dinâmica da dimensão das questões discutidas.

<sup>1612</sup> HEIDERHOFF, Bettina. *Der entschiedene Lebenssachverhalt und die Rechtskraftsperre bei Klageabweisenden Urteilen*. *Op.cit.*, p.197.

<sup>1613</sup> Confirmam-se os comentários a uma decisão do BGH em HAU, Wolfgang. *Zur Rechtskraftwirkung des klageabweisenden Versäumnisurteils – BGH, NJW 2003, 1044. Juristische Schulung*, ano 43, n.12, dez. 2003, p.1157-1158.

<sup>1614</sup> HEIDERHOFF, Bettina. *Der entschiedene Lebenssachverhalt und die Rechtskraftsperre bei Klageabweisenden Urteilen*. *Op.cit.*, p.197-198 e 204.

<sup>1615</sup> Sobre críticas de outra parte da doutrina. Cf. HEIDERHOFF, Bettina. *Der entschiedene Lebenssachverhalt und die Rechtskraftsperre bei Klageabweisenden Urteilen*. *Op.cit.*, p.196-197.

Outra pergunta relevante para aferir a previsibilidade da vinculação pela omissão é a possibilidade, sustentada na doutrina clássica, de que o juiz conhecesse de ofício de certas matérias. A literatura tradicional, que ligava a disciplina da coisa julgada à vontade das partes, tinha dificuldade de justificar como então haveria possibilidade de vinculação sobre questões não alegadas e que não tinham sido debatidas, mas mesmo assim apreciadas na sentença de ofício.<sup>1616</sup>

A existência de um grupo de questões cognoscíveis *ex officio* levou autores como Habscheid a relacionarem a preclusão com a liberdade das partes de condução do processo.<sup>1617</sup> De acordo com este aspecto do princípio dispositivo, haveria um ônus para as partes apresentarem seus argumentos e, não o fazendo, observar-se-iam efeitos preclusivos. Já no processo de caráter inquisitório, alegações não debatidas só se tornam preclusas se pertencessem ao mesmo contexto das narrativas. A diferença subsistiria porque, nestes tipos de procedimento, para além das prerrogativas das partes de apresentarem alegações, também o juízo teria poderes de produção probatória e cognição de ofício que alargam o espectro das questões a serem consideradas. Assim ocorre no processo penal e no processo civil de interesses públicos, como na maioria das causas em que o Estado é parte.

Em nosso entendimento, o critério não pode focar-se na ultrapassada divisão entre processo inquisitivo e dispositivo.

A preocupação é até válida porque deve ser evitada a surpresa para as partes; e o protagonismo do juiz no campo probatório, com seus poderes irrestritos de cognição *ex officio*, poderia levar ao debate e à decisão pontos não desejados pelas partes, surpreendendo-as com vinculações inesperadas.

Mas a tendência contemporânea, tanto no estrangeiro como no Brasil, é exigir o contraditório mesmo nas questões cognoscíveis de ofício. Os deveres do contraditório-influência, sobretudo as obrigações de engajar-se no debate e considerar os argumentos de todos, impõem uma postura cooperativa do juiz contra o isolacionismo arrogante que o permite ignorar as partes e atuar de ofício mesmo quanto todo o debate era alheio àquela questão. Portanto, não se pode derivar preclusões apenas dos maiores poderes do juiz em certo tipo de procedimento.<sup>1618</sup>

No mais, a posição de Habscheid foi externada num contexto histórico e cultural diverso do cenário nacional. Por aqui, ao contrário da Alemanha, há muito tempo se admite que o juiz

<sup>1616</sup> Confira-se esta dificuldade em BETTI, Emilio. *Cosa giudicata e ragione fatta valere*. *Op.cit.*, p.561.

<sup>1617</sup> HABSCHIED, Walter J. *Der Streitgegenstand im Zivilprozess*. *Op.cit.*, p.291 e ss, 306 e ss.

<sup>1618</sup> Segundo Otto, este exame deve abranger também uma análise sistêmica para verificar se, no caso, há interesses públicos de manutenção da estabilidade. OTTO, Hansjörg. *Die Präklusion*. *Op.cit.*, p.99-104.

deva ter poderes probatórios, mesmo no processo civil. À toda evidência, portanto, a *summa divisio* entre processo civil e processo penal, processo inquisitório e dispositivo, não retrata mais critério seguro para delimitar o campo de aplicação de outros institutos processuais no sistema brasileiro.

#### 8.3.2.4.2 O lado dos demais sujeitos de boa-fé: a omissão geradora de expectativas

A reflexividade do contraditório-influência nos remete à incorporação da alteridade no planejamento dos atos do processo. Assim, as omissões também se colocam no contexto da sinalização de um padrão estável de conduta pelo sujeito omitente, criando uma expectativa de que o comportamento inicial se mantenha. A expectativa criada pela inércia repercute no comportamento dos demais sujeitos, que passam a programar-se e a praticar condutas com base na confiança gerada. E, como afirmado em doutrina, a base da confiança também pode ser decorrente de condutas passivas, por inatividade.<sup>1619</sup>

Esta ideia traz importantes consequências para o sistema das estabilidades, especialmente na inadmissibilidade de condutas logicamente incompatíveis com o padrão de comportamento anterior. Neste sentido, alguns ordenamentos do *common law* desenvolveram institutos como o *promissory estoppel*, e a jurisprudência japonesa, cujo sistema de estabilidades é fundado na boa-fé e na proteção da confiança, forjou requisitos de incompatibilidade lógica de condutas recorrentemente aplicados no cotidiano forense nipônico.

Destaque-se que, no campo das omissões geradoras de expectativas, o fator tempo é essencial. As expectativas são criadas pela *evolução* de um *fato complexo* que, enquanto não se aperfeiçoa, somente pode ser definido como uma incerteza pendente, pois não se sabe se o fato completar-se-á. Todavia, quanto mais se caminha na direção de formar-se a expectativa, e portanto a proibição de contradição lógica com o comportamento anterior, mais este estado acumulativo de circunstâncias vai criando uma situação de vantagem que atribui ao adversário o direito de não ser surpreendido com um ato incompatível com o padrão de conduta estabilizado.<sup>1620</sup>

---

<sup>1619</sup> ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica no direito tributário*. Op.cit., p.398.

<sup>1620</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, influência e validade prima facie dos atos processuais*. Op.cit., p.323.

E a doutrina afirma que, *quanto maior for a permanência da base da confiança, maior deve ser a proteção*, e isso se aplica tanto para os atos comissivos quanto para as omissões. Trata-se da “duração do fundamento da confiança”,<sup>1621</sup> e quanto maior for este espaço de tempo será presumível, *a priori*, que os demais indivíduos possam ter tomado condutas com base naquela expectativa.

#### 8.3.2.4.3 Corresponsabilidade: prognoses e gestão compartilhada do risco processual

Na esteira do vetor de boa-fé e corresponsabilidade, que inclui no sistema das estabilidades as considerações sobre a cooperação dos sujeitos do processo e a honestidade de suas condutas, vemos que se reforçam as linhas externadas nos itens anteriores a respeito da busca de fundamentos normativos para determinar a voluntariedade da conduta.

Pois bem, a inserção das ideias éticas no processo já pôde trazer à baila o tema das interações cooperativas, para as quais a culpa sempre fora o critério, e vimos que hoje se desenvolvem parâmetros normativos com abordagem reflexiva e com consideração do *alter*. É que, num ambiente plurissubjetivo como o processo, as prognoses de um sujeito devem tomar em consideração as expectativas e os comportamentos dos demais. Portanto, também aqui nas omissões, mais uma vez não cabe uma análise isolada da conduta do sujeito que permaneceu inerte, buscando verificar tão somente se *ele* deu causa culposamente ou não à omissão. Pode ser que outros sujeitos do processo tenham sinalizado com um padrão de conduta que levou a parte a omitir-se. Nesta linha, certos autores têm sustentado a necessidade de uma análise que considere também a coparticipação de outros sujeitos.<sup>1622</sup> E, neste caso, a inatividade não será imputável apenas a um sujeito.

O critério da previsibilidade, ligado à boa-fé, ao contraditório cooperativo e à proteção da confiança, exige o conhecimento de cada sujeito da situação que é base para a formação da expectativa.<sup>1623</sup> Não obstante, deve ser frisado que, num cenário de interação cooperativa, deve haver uma divisão de responsabilidades. Na avaliação das condutas dos demais, deve ser exigida a diligência meridiana de todos os sujeitos do processo: não basta pensarmos que só os outros têm deveres. O indivíduo responsável e que tiver capacidade de discernimento, atuando

<sup>1621</sup> Em sentido similar, WEBER-DÜRLER, Beatrice. *Vertrauensschutz im öffentlichen Recht*. *Op.cit.*, p.161.

<sup>1622</sup> Assim, para a preclusão temporal, tem-se trabalhado o tema à luz do princípio da duração razoável, analisando a participação de todos no atraso do processo. Cf. PAULUS, Christoph G. *Zivilprozessrecht*. *Op.cit.*, p.91-92.

<sup>1623</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*. *Op.cit.*, p.507-510.



diligentemente durante o processo, não pode afirmar-se surpreendido porque sempre deve avaliar cuidadosamente os comportamentos dos outros, inclusive questionando e debatendo quando as condutas dos demais não forem transparentes a respeito de seus escopos processuais. Assim, a *diligência nas avaliações* mostra-nos que a questão não é apenas se o sujeito confiou ou podia confiar, mas também se *deveria ter confiado*.<sup>1624</sup>

Esta discussão traz o debate sobre as omissões geradoras de expectativa um nível adiante na seara das espécies de corresponsabilidade criados pela confiança. No processo contemporâneo, permeado por condicionamentos difusos e reflexivos, importam também os formatos de interação ligados à proteção do tráfego e que seguem o princípio do risco (*Risikoprinzip*).<sup>1625</sup>

A avaliação diligente dos comportamentos processuais deve ser empreendida não apenas em relação às próprias condutas e o impacto que possam ter no outro, mas também perpassam a formulação de prognoses sérias e responsáveis que não sejam fruto de divagações, mas sim resultado de um planejamento seguro e embasado em dados justificáveis. Dessa maneira, o litigante reduz o risco da errônea compreensão da conduta do *alter* e reforça as ideias globais do modelo preclusivo neste pano de fundo da corresponsabilidade e de uma gestão compartilhada da incerteza.

Neste ponto, alguns critérios da cláusula *rebus sic stantibus* poderiam ser aplicados por analogia aos limites das estabilidades processuais. Trata-se de unir a previsibilidade à ideia de risco, e admitirmos então como sendo abrangido pela estabilidade qualquer *risco que fosse previsível* ao litigante.<sup>1626</sup>

<sup>1624</sup> ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica no direito tributário*. *Op.cit.*, p.414-415.

<sup>1625</sup> Cf.WERDER, Alexander. *Dispositionsschutz bei der Änderung von Steuergesetzen.... Op.cit.*, p.107.

<sup>1626</sup> Ao aplicar a cláusula *rebus sic stantibus* na esfera contratual, afirmam os civilistas que todo contrato contém uma ideia de segurança, e admitir a sua revisão sempre que se apresente uma situação imprevista seria tirar ao contrato a sua utilidade mesma, que consiste em estabelecer garantias para o credor em relação aos comportamentos futuros. Na interpretação dos critérios da teoria da imprevisão, muitos simplesmente negam a aplicabilidade da cláusula *rebus sic stantibus* para os contratos aleatórios, nos quais o risco seria inerente e a cláusula inaplicável. A imprevisibilidade, essencial à utilização da cláusula, só existiria nos contratos comutativos, nos quais as partes têm plena noção do que vão ganhar e do que vão perder. Outra corrente, em nosso entendimento com razão, procura diferenciar as espécies de contratos para distinguir as áleas previsíveis das imprevisíveis, os riscos normalmente distinguidos no contrato dos riscos que, em face de cada caso concreto, podem-se caracterizar como incomuns ou supervenientes. Assim, não seria possível excluir pura e simplesmente dos efeitos da cláusula os pactos de natureza aleatória, sendo necessário distinguir os riscos comuns dos riscos incertos e imprevisíveis. Segundo Othon Sidou, Soriano defende quanto aos contratos aleatórios que “a responsabilidade alcança, apenas, aos riscos que estão naturalmente vinculados à álea, consoante a comum inteligência dos fatos. Há, nos casos normais, uma relação direta assumida entre o risco assumido e o fato incerto e previsto. A previsão, porém, é para que o evento se produza em condições ordinárias, consoante a normal contingência das coisas e dos fatos. Desde que algum acontecimento extraordinário venha turbar o ritmo do risco assumido, certo que refoge àquela relação direta.” Cf.SIDOU, José Maria Othon. *A cláusula “rebus sic stantibus” no direito brasileiro*. *Op.cit.*, p. 78.

Claro que não se exige um total conhecimento por parte do sujeito de tudo que, em tese, pode vir a ocorrer, até porque uma tal onisciência divina seria impossível.<sup>1627</sup> No mais, se o acontecimento não fosse apenas previsível, mas de ocorrência certa, não estaríamos diante de uma “confiança” a ser protegida. Com razão, Luhmann afirma que a confiança é uma “mistura de conhecimento e não-conhecimento”,<sup>1628</sup> o que significa que ela está no meio entre a certeza e o desconhecimento total.

Não obstante, apesar de sempre trabalharmos com um quadro de parcial incerteza nas interações humanas, é fora de dúvida que um dos critérios adequados às omissões geradoras de expectativa é saber se o vínculo era razoavelmente previsível pela parte que se omitiu.

Impende lembrar também que o dever decorrente do contraditório, e que obriga o juiz a dialogar com as partes, esclarecendo as alternativas processuais que se lhes apresentam, reduz qualquer receio de que a inclusão das omissões no sistema das estabilidades pudesse gerar surpresas aos litigantes. O magistrado pode aclarar para as partes as possibilidades de vinculação que suas ações e omissões podem gerar, explicando e precisando o que foi debatido e o que foi omitido, deixando evidenciado que as consequências do debate foram totalmente previstas e avaliadas, inclusive em termos de vinculações futuras.<sup>1629</sup>

#### 8.3.2.4.4 Espaços estratégicos em que não há preclusão lógica

Não obstante todas as considerações anteriores, existem alguns campos em que a inércia, mesmo programada, consciente e voluntária, não pode ser compreendida como geradora de expectativas, o que ocorre em dois grupos de casos.

O primeiro grupo é o de alternativas procedimentais, previstas no ordenamento, que apresentam às partes opções legítimas de contradições com omissões anteriores. Se esta incompatibilidade for sistemicamente permitida, não há confiança ou expectativa a ser tutelada. Nestes casos, o sistema autoriza e até incentiva a omissão.

Exemplo é a irrecorribilidade das decisões interlocutórias nos procedimentos sumaríssimos, como ocorre nos juizados especiais e no processo do trabalho. As impugnações

<sup>1627</sup> Com efeito, a segurança jurídica não pode ser total também porque os atos jurídicos, estatais ou não, sempre terão alguma margem de imprevisibilidade. Confira-se, em sentido similar, SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica...* *Op.cit.*, p.13.

<sup>1628</sup> LUHMANN, Niklas. *Vertrauen: Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität*. *Op.cit.*, p.26.

<sup>1629</sup> YOSHINO, Shozaburo. *Zur Lehre der Rechtskrafteerstreckung*. *Op.cit.*, p.172.

aos defeitos intermédios são concentradas na apelação, juntamente com as razões de irresignação contra a sentença. Assim, a omissão em recorrer ou manifestar desconformidade contra a decisão não impede posterior recurso de apelação sobre o tema, abrangendo também as razões recursais contra as interlocutórias. Note-se que o mesmo não ocorre no procedimento comum, o que se vê na disciplina do agravo retido, onde a lei exige a interposição do recurso de agravo e, posteriormente, a reiteração em apelação, sob pena de inadmissibilidade (art.523 §1º do CPC).

Outra hipótese interessante é a do recurso adesivo. O recurso adesivo permite a omissão em recorrer num primeiro momento: em havendo sucumbência parcial, e podendo ambas as partes recorrer, a previsão do recurso adesivo pode dissuadir o litigante de recorrer caso estivesse tendente a aceitar o resultado. Porém, apesar da inatividade inicial, se houver recurso da parte contrária, o sujeito que inicialmente se manteve inerte poderá agir e interpor seu recurso adesivo sem que nenhuma preclusão lógica possa ser observada.

Cabe referir também as hipóteses de reexame necessário. Quando a lei prevê o duplo grau de jurisdição obrigatório (art.475 do CPC), vê-se que, apesar da omissão das partes em alegar, não se forma a coisa julgada. Vale dizer, o sistema impede a formação da estabilidade, “neutralizando” as vinculações que as partes poderiam ter desejado.

O segundo grupo de casos, que reflete um cenário também importante, é aquele em que, mesmo não havendo um incentivo ou fomento sistêmico expresso, a parte se omite no espaço de liberdade a ela permitido, com a finalidade de fracionar o debate.

Com efeito, os litigantes podem ter bons motivos para não alegar tudo o que lhes é possível ou não formular todos os pedidos de uma só vez. Dentre estas razões estão os custos que o processo pode assumir ou as incertezas probatórias sobre aquele ponto específico.<sup>1630</sup> Como lembra Barbosa Moreira, a parte pode estar despreparada para o debate exaustivo sobre um tema por não ter conseguido colher provas a respeito, e ao mesmo tempo se encontrar numa situação mais favorável para discutir outras questões.

Então, numa rápida aproximação, a vontade do litigante parece imprescindível na definição do que representa uma omissão geradora de preclusão, já que o sujeito pode formular pedidos declaratórios (principal ou incidental) quando, p.ex., desejar incluir a questão prejudicial no espectro da estabilidade.<sup>1631</sup>

---

<sup>1630</sup> Cf.SAKAMOTO, Keizo. *Rechtskräftige Entscheidung und Nachforderung...Op.cit.*, p.77-82.

<sup>1631</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Questões prejudiciais e coisa julgada. Op.cit.*, p.227-228.

Temos que está correta a assertiva no que se refere à relevância das opções estratégicas das partes. Porém, para que haja limitação da estabilidade, não basta pensar que a omissão é autorizada, a fim de fracionar a discussão, pelo tão só fato de que seria possível a ação declaratória incidental. Para restringir objetivamente as estabilidades, retirando do debate certas questões, o sujeito deve externar suas razões para tanto, incluindo no esquema argumentativo esta limitação e evitando que sua omissão gere qualquer expectativa. Em outras palavras, não é suficiente verificar a ausência de *pedido*. Para subtrair da abrangência objetiva da estabilidade uma determinada questão, deve-se analisar a fundamentação, pois o litigante deve expressamente referir que não a deseja incluir no debate.

#### 8.3.2.5 Critérios específicos para as cadeias de vínculo regulativas

Nos itens subsequentes, queremos trazer alguns critérios específicos para as cadeias de vínculo regulativas. O propósito de realçar aspectos destas cadeias é o fato de que, para elas, aplica-se o efeito positivo das estabilidades, com a conformação do conteúdo estável nos atos jurídicos posteriores.

##### 8.3.2.5.1 Da decisão “de mérito” aos escopos interferentes

Tradicionalmente, os sistemas de estabilização, utilizando a coisa julgada e as preclusões, de alguma maneira exigiam a presença de uma “regra de conduta” no conteúdo do ato processual (normalmente a sentença) como sendo um dos critérios para o surgimento de uma estabilidade forte. Em muitos ordenamentos, tanto do *common law* como de tradição romano-germânica, vê-se que, para observância da coisa julgada, a decisão tem que ser “de mérito” (Cap.3).

Na proposta deste estudo, vimos que o critério para a vinculação dos esquemas argumentativos é a *intensidade do debate*, isto é, a *justa e exaustiva oportunidade de litigar uma única vez sobre determinada questão*, sem limitações cognitivas ou defensivas. Então, as estabilidades, no modelo preclusivo aqui proposto, abrangem também a discussão sobre questões processuais e, nesse cenário, pode haver uma cadeia regulativa com o estabelecimento de regras *de natureza processual*, as quais sejam determinantes para o comportamento futuro dos litigantes em outros processos.

Todavia, a doutrina tradicional não admite a extensão da estabilidade às razões de decidir sobre matéria estritamente procedimental sob o argumento de que as questões processuais “consumam-se” no próprio processo, não possuindo repercussão externa. Por isso, a resolução destas questões não projetaria vinculação para outros juízes, e nem mesmo o próprio juiz do processo em que decididas.<sup>1632</sup> Mas há aqueles que, com razão, afirmam a necessidade de que também as decisões de caráter puramente processual tenham estabilidade, salientando ainda que a estabilidade deve estar ligada à fundamentação.<sup>1633</sup> Estamos com este setor da doutrina.

E o cerne para compreender a pertinência da conformação deste conteúdo estável nos atos posteriores também será extraído das ideias expostas anteriormente de interferência recíproca entre as questões, compreendidas no conjunto das argumentações dos sujeitos do processo, inclusive as exceções do réu.<sup>1634</sup>

Esta interferência será percebida, p.ex., pela coincidência de *escopos performativos* do segundo processo e a *esfera regulativa* da questão processual estabilizada. Isso porque a cadeia de vínculo regulativa tem uma esfera de resolução de questões que pode ser afetada pelos objetivos pretendidos pelas partes no segundo processo.

P.ex., quando uma decisão a respeito da competência de um juízo importar consequentemente na competência de outro juízo, pode-se perceber uma ligação entre a consequência jurídica da decisão estabilizada e a esfera de regulação pretendida no segundo processo. Se isso ocorre, a conclusão anterior sobre a competência deve compreender-se como vinculativa na lide seguinte.<sup>1635</sup> Veja-se outro exemplo: num processo, é levantada uma exceção de contrato arbitral, cujo acolhimento leva à rejeição da demanda. No processo posterior de execução da sentença arbitral, não pode a mesma parte alegar que não havia entre as partes um contrato válido de arbitragem.<sup>1636</sup> Neste caso, o mérito do primeiro processo não era a questão da competência, que só foi trazida à cognição por meio de uma objeção processual do réu. Não obstante, as consequências jurídicas dessa pronúncia sobre a incompetência do juízo e o

<sup>1632</sup> Neste sentido, CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*. Op.cit., p.326.

<sup>1633</sup> JAUERNIG, Othmar. *Warum keine Verbindung von Prozeß- und Sachabweisung*. *Juristen Zeitung*, ano 10, nº8, abr. 1955, p.235-236.

<sup>1634</sup> Neste sentido, Bötticher sustentava que, no exame da competência, também as exceções levantadas pelo réu deveriam ser consideradas pelo tribunal. Sobre o tema, Cf.SCHWAB, Karl-Heinz. *Zum Sachzusammenhang bei Rechtsweg- und Zuständigkeitsentscheidung*, in *Festschrift für Albrecht Zeuner zum siebzigsten Geburtstag*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1994, p.500-501. Concordando com Bötticher, ZEUNER, Albrecht. *Fragen der prozessualen Erfassung materiellrechtlicher Rechtslagen im Hinblick auf die Stellung des Beklagten*, in *Festschrift für Eduard Bötticher zum 70.Geburtstag am 29. Dezember 1969*. Berlin: Duncker & Humblot, p.405 e ss.

<sup>1635</sup> ZEUNER, Albrecht. *Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge*. Op.cit., p.47-50.

<sup>1636</sup> *Ibidem*, p.3 e 72-74. Assim já decidiu o *Reichsgericht* (Tribunal do Reich). RGZ 40, 401.

cabimento do juízo arbitral importam necessariamente na competência do tribunal arbitral. Portanto, existe uma zona de coincidência entre as duas questões que faz com que a resolução de uma interfira diretamente na análise posterior da outra. E mesmo que não sejam questões de mérito.

Assim, para além dos requisitos de conteúdo sobre o mérito, é mais importante focar na *zona de interferência entre a esfera regulativa estabilizada e os escopos performativos (a esfera regulativa pretendida) no segundo processo.*

#### 8.3.2.5.2 O efeito positivo da estabilidade: a incorporação de conteúdo estável nos atos posteriores

Como afirmado anteriormente, a abordagem clássica do efeito positivo da coisa julgada partia da premissa da prejudicialidade. Só haveria incorporação ou inclusão do conteúdo estável da primeira sentença na segunda se, comparando-se os processos, uma questão efetivamente decidida (*principaliter*) no primeiro processo fosse uma questão prejudicial no segundo. Quando a mesma questão, identicamente formulada, fosse questão prejudicial nos dois processos, não incidiria o efeito positivo, podendo o segundo juízo concluir livremente a respeito de seu conteúdo, ainda que em patente e inconcebível contradição lógica com as ilações do primeiro processo.

No modelo aqui sugerido, a pressão por coerência sistêmica da continuidade jurídica exige a conformação do conteúdo estável dos esquemas argumentativos nos atos posteriores, e mesmo das questões prejudiciais no primeiro processo, desde que tenham composto o conjunto de fundamentações que, em influência reflexiva, foram condicionantes dos atos que formaram a cadeia de vínculos (Cap.7).

Pois bem, como neste tópico falamos das cadeias regulativas, trata-se aqui não da superposição de conteúdos idênticos, mas de interseções ou zonas de coincidência em que se verifique uma relação de *dependência lógica* (não típica!) entre os esquemas argumentativos.

E, por estarmos diante de cadeias continentais de regras de conduta produzidas no curso do processo, devemos atentar para a coincidência, total ou parcial, entre a esfera regulativa estável e os efeitos pretendidos no segundo processo, um exame comparativo “hipotético” ou “potencial” entre a regulação estável e a esfera regulativa postulada na segunda cadeia de vínculo (os escopos

performativos). Em se verificando a interferência dos âmbitos de regulação desta segunda cadeia com a estabilidade formada anteriormente, podemos razoavelmente concluir pela coincidência dos escopos dos litigantes, a recomendar a aplicação do efeito positivo.

Mais à frente, veremos alguns desdobramentos dessa constatação. Por ora, vale lembrar que estamos diante de soluções também comuns no direito comparado. Sem embargo, no mesmo sentido, a jurisprudência japonesa, suíça e espanhola têm decidido pela conveniência de acomodação no tráfego do conteúdo estabilizado no primeiro processo, toda vez que houver uma proximidade e dependência lógica entre as relações materiais disputadas.

#### 8.3.2.5.3 Questões debatidas e poderes dos sujeitos do processo. Competência em razão da matéria para o *iudicium prius*. Capacidade para a prática de atos determinantes regulativos

A peculiaridade das cadeias regulativas é a necessidade de acomodação do conteúdo estável, a ser incorporado a atos e processos subsequentes (efeito positivo). Nesse contexto, ao aderirmos à premissa de vinculatividade da argumentação dos litigantes, é preciso um filtro subjetivo referente aos poderes dos sujeitos do processo para a prática dos atos determinantes que contêm a regra de conduta a ser inserida no tráfego.

Isso porque, caso desconsiderássemos este ponto, um indivíduo sem poderes para praticar um ato determinante a respeito de um certo tema poderia conseguir ver aquele mesmo conteúdo ser incorporado ao teor de outros atos processuais pelo tão só fato de que tal questão fora discutida na argumentação utilizada no esquema de agir que gerou a estabilidade.

Como os atos determinantes mais sensíveis e importantes são as decisões e os acordos, revela-se essencial pensarmos na *competência do juízo* e na *capacidade das partes*. Temos que, para que se observe o efeito positivo da estabilidade de um ponto da argumentação, impende que o juízo seja competente para decidir também sobre a questão estável,<sup>1637</sup> ou, em caso de acordos, que as partes pudessem deliberar a respeito daquele conteúdo.

Observe-se que, se a questão prejudicial pudesse sempre ser incluída no conteúdo de atos posteriores sem qualquer consideração acerca da competência para a decisão, poderia haver casos em que a questão se tornasse vinculativa mesmo que a cognição a seu respeito tenha sido

<sup>1637</sup> TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel. *La cosa juzgada (Estudio de jurisprudência civil)*. *Op.cit.*, p.173-174.

exercida por um juízo que não seria competente para julgá-la *principaliter*.<sup>1638</sup> Por este motivo, desde os primeiros autores a sustentar a vinculação das razões – aqueles que como Savigny e Windscheid eram adeptos das teorias materiais – já se ressaltava que a motivação da sentença não seria vinculativa em casos de incompetência do juiz para decidir o tema como questão principal.<sup>1639</sup>

Na mesma linha, em grande parte da Europa, onde há jurisdição administrativa especializada, já se sustentou que, se o juízo cível depende de uma questão a ser julgada na jurisdição administrativa, só poderia valorá-la livremente se não houvesse processo no juízo competente *ratione materiae*. Se a demanda já tiver sido ajuizada na jurisdição especializada, o magistrado do processo civil poderia somente suspender o processo e aguardar. E, como a manifestação do Estado, seja no processo civil, seja no administrativo, deve ser vinculativa e unitária, o juízo cível fica vinculado à pronúncia administrativa já existente sobre a questão prévia.<sup>1640</sup> No campo das *issues preclusions*, essa também é a opinião prevalente nos modelos de *common law*.

Pensamos que a competência para o julgamento da questão em caráter principal é um inafastável requisito para a vinculação positiva das prejudiciais em juízos futuros. Com efeito, ainda que um sistema de preclusões extraprocessuais tenha que partir da premissa de que todas as cortes são igualmente capazes para decidir qualquer tipo de questão com estabilidade, às vezes não é o que ocorre à luz do direito positivo, especialmente nos casos de repartição de competência em razão da matéria.<sup>1641</sup> Cabe, nestas hipóteses, observar o requisito da competência ou capacidade para que exista preclusão.

Como mecanismo para preservar competência material para a apreciação de questões prévias que poderão tornar-se vinculativas, poder-se-ia imaginar uma suspensão do processo por prejudicial externa,<sup>1642</sup> evitando questionamentos futuros sobre a existência da estabilidade.

#### 8.3.2.5.4 A vinculação por dependência lógico-substancial e o exercício do contraditório. Zonas de coincidência entre os escopos regulativos

<sup>1638</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Questões prejudiciais e coisa julgada*. *Op.cit.*, p.229-230.

<sup>1639</sup> Dizia-se, em consonância com a tese da época, que aí não haveria como afirmar que a questão tivesse sido “pressuposto necessário” para sua conclusão. Cf. WINDSCHEID, Bernhard. *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 5. ed. *Op.cit.*, p.395-396, nota 21.

<sup>1640</sup> RECHBERGER, Walther H.; SIMOTTA, Daphne-Ariane. *Zivilprozessrecht*. *Op.cit.*, p.476 ss.

<sup>1641</sup> CASAD, Robert C.; CLERMONT, Kevin M. *Res Judicata...Op.cit.*, p.113-114.

<sup>1642</sup> KRALIK, Winfried. *Die Vorfrage im Verfahrensrecht*. *Op.cit.*, p.18-20.



Fundamental ponto na análise da interseção entre cadeias de vínculo e na coincidência entre a esfera regulativa estável e os escopos performativos do segundo processo é o exercício do contraditório. É o complexo de interações comunicativas entre os sujeitos do processo (a influência exercida no primeiro processo, bem como os condicionamentos já empreendidos ou apenas potenciais que terão lugar no segundo processo) que pode definir, de fato, se os atos jurídicos cuja admissibilidade está sendo examinada interferem nas cadeias de vínculo anteriores. Se isso ficar demonstrado, o ato incompatível deve ser inadmitido. Assim, preserva-se o espaço de estabilidade. Observe-se que as zonas de coincidência não decorrem apenas de uma “dependência típica” – como na teoria da *fattispecie* ou na técnica do oposto incompatível – mas sobretudo de uma ordem ou prioridade lógica de subordinação ou interferência entre as questões.<sup>1643</sup>

Não obstante sabermos que somente a análise casuística permitirá um exame completo destes condicionamentos, procuraremos, nos próximos itens, elencar *hipóteses-tipo* dentro das quais seja mais possível que haja um entrecruzamento entre as cadeias de vínculo.

Este inventário é mais importante no efeito positivo das cadeias regulativas porque estas assumem relevância para a acomodação da regra produzida no tráfego. De fato, uma relação de inclusão ou incorporação normativa, de caráter preclusivo interprocessual, pede um exame entre os diversos tipos de demanda que, ligadas pelo direito substancial, possam ter pontos de contato que justifiquem a aplicação do efeito positivo da estabilidade, com a absorção do conteúdo estável nos processos posteriores.<sup>1644</sup>

Portanto, o estabelecimento de grupos de casos é essencial para que possamos descer da teoria à *praxis* e melhor entender quando haverá uma ligação entre dois ou mais processos que permita pensar nas posições jurídicas contidas em um ou outro como pertencentes à mesma cadeia de vínculos, atuando as funções maiores do modelo de estabilidades, que são evitar a repetição de juízos e atos processuais e promover harmonia sistêmica.

Devemos ressaltar, desde logo, que o elenco a seguir não tem qualquer pretensão de completude, mas apenas a finalidade de, a um só tempo, exemplificar alguns casos concretos em

---

<sup>1643</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Questões prejudiciais e coisa julgada*. *Op.cit.*, p.158. Como afirma Nieva Fenoll, a questão é mais importante não quando os objetos do processo são idênticos, mas sim quando embora diferentes, são similares. Neste sentido, NIEVA FENOLL, Jordi. *La cosa juzgada*. *Op.cit.*, p.203.

<sup>1644</sup> Já se sustentou poder haver preclusão em decorrência da proximidade material entre duas posições jurídicas. Neste sentido, STROHMAYER, Peter. *Urteilswirkungen*. *Op.cit.*, p.63, 74. Aqui vamos além, também no que se refere ao efeito positivo.

que poderá haver o uso prático da tese aqui defendida, e simplificar sua aplicação quotidiana para os operadores do direito.

#### 8.3.4 Identificando as hipóteses-tipo de incidência da eficácia positiva. Grupos de casos de aplicação da tese

Dentre demandas que aqui reunimos, algumas são referidas por autores que pretendem a extensão da coisa julgada a elementos da fundamentação, ainda que para cá tenham sido transpostos em outra abordagem e com outros contornos. Outros grupos de casos foram acrescentados e ampliados, tendo sido separados pela relação interprocessual entre duas demandas que estejam sob análise de maneira a identificar se existe qualquer relação de lógica dependência entre suas esferas regulativas e o conteúdo e finalidades de seus esquemas argumentativos.

As hipóteses-tipo selecionadas podem ser agrupadas da seguinte forma:

- 1) Demandas *adicionais* ou *complementares* do efeito obtido no primeiro julgado;
- 2) Demandas *sancionadoras* da regulamentação fixada no primeiro julgado;
- 3) Demandas entre as quais existam *elementos de equilíbrio* ou *ajuste* no intercâmbio do tráfego jurídico;
- 4) Demandas que busquem incidir sobre a *mesma esfera de regulamentação* do primeiro julgamento;
- 5) Demandas *auxiliares* ou de *litigância secundária*;

Em todos estes casos, provavelmente terá havido interferência de alguns atos jurídicos no espaço de estabilidade anterior e, assim, devem ser considerados vinculativos os debates sobre questões de fato e de direito, estabilizadas no processo prévio, e que sejam condicionantes para a configuração dos esquemas argumentativos da pretensão subsequente.

##### 8.3.4.1 Primeiro grupo de casos: demandas *adicionais* ou *complementares* do efeito obtido no primeiro julgado

O primeiro grupo de hipóteses-tipo compreende as demandas em que o escopo pretendido no segundo julgamento revela uma adição ou complementação do efeito obtido no primeiro julgado. Nestes casos, a segunda pretensão poderia ser descrita como uma “pretensão adicional”, e o nexó substancial entre os dois processos mostra que deve ser considerada a estabilidade do primeiro julgado.

Pensemos na ação para pagamento do principal e posterior demanda para cobrança da cláusula penal prevista no mesmo contrato. A conclusão judicial sobre a validade do contrato, no primeiro processo, deve ser vinculante para a pretensão que busque o pagamento da cláusula penal decorrente da mesma obrigação.

Também é o caso de demanda reivindicatória ou possessória, julgada procedente, seguida de sucessiva demanda para obter compensações pelo enriquecimento ilícito em virtude da ocupação abusiva do mesmo bem até a data da sentença.<sup>1645</sup> As considerações do primeiro processo sobre o direito de propriedade ou posse do autor, assim como as conclusões sobre a injustiça da posse do réu, devem ser vinculantes no segundo procedimento.<sup>1646</sup> Porém, deve-se atentar para a independência entre as discussões possessória e petitoria. Como regra, a decisão de uma questão referente à posse não obsta a análise de posterior demanda petitoria<sup>1647</sup> porque ambas permitem, à luz do direito material, a construção de esquemas de argumentação independentes e logicamente compatíveis, isto é, sem interferência recíproca.

Outro exemplo de vinculação neste primeiro grupo seria o seguinte caso de locação: num primeiro processo, o autor A, proprietário de um imóvel, pretende o despejo do locatário R, alegando ter expirado o prazo contratual. A demanda é julgada improcedente em razão do acolhimento da defesa do réu no sentido da existência de contrato de locação vigente por um período mais longo. Num segundo processo, em que o mesmo proprietário A promova contra R demanda para pagamento da cláusula penal decorrente do mesmo contrato, ou para atualização do valor da prestação, a questão prejudicial da validade do contrato deve ser tomada como vinculante. Observe-se que as esferas regulativas dos dois processos coincidem parcialmente no que tange à existência de um contrato de locação válido e eficaz.

<sup>1645</sup> Evidentemente, se não houver cumulação de pedidos, como permitido pelos arts.921, I, e 922, ambos do CPC.

<sup>1646</sup> ZEUNER, Albrecht. *Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge*. *Op.cit.*, p.67- 68.

<sup>1647</sup> ENDEMANN, Wilhelm. *Das Prinzip der Rechtskraft*. *Op.cit.*, p.93; SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen Römischen Rechts*, vol. VI. *Op.cit.*, p.420.

Pertencem a este grupo ainda todos os casos de fracionamento do mérito.<sup>1648</sup> Veja-se o exemplo das ações coletivas para a proteção de direitos individuais homogêneos. Nelas, é comum que uma parcela da controvérsia (uma questão de fato ou de direito) já tenha sido definida no processo coletivo. Posteriormente, em outro procedimento de “litigância complementar”, que os ordenamentos normalmente preveem para a individualização dos danos e valores de cada indivíduo lesado, outras questões podem ser livremente discutidas, mas a ilicitude da conduta do réu já foi definida no processo coletivo e será vinculativa às liquidações de sentença individuais.<sup>1649</sup>

Como se viu no campo das omissões, é importante que, nos casos de fracionamento do mérito, as partes expressamente limitem o debate, informando, num *fair play* típico do ambiente de cooperação e boa-fé em que se desenvolve o processo, que “reservam” a discussão sobre outra parcela para um processo futuro. Caso não o façam, e tendo sido exercido o contraditório com a observância de todos os seus aspectos essenciais, haverá dificuldade de enxergar que as alegações não eram previsíveis e que não puderam ser feitas à época do primeiro processo, ocasionando, portanto, sua preclusão para outros procedimentos futuros.

#### 8.3.4.2 Segundo grupo de casos: demandas *sancionadoras* da regulamentação fixada no primeiro julgado

O segundo grupo de hipóteses-tipo de vinculação positiva de questões prejudiciais compreende as causas em que a demanda no segundo processo pretende “sancionar” a regulamentação fixada no primeiro julgado. Nestes casos, foi determinada uma conduta a ser observada pelo réu na primeira lide, e, após seu desrespeito, é ajuizada uma segunda demanda relacionada ao descumprimento do que fixado na cadeia regulativa da litigância anterior.

<sup>1648</sup> No exterior, especialmente nos ordenamentos onde são admitidas pacificamente as sentenças parciais, já se qualificou a estabilidade (preclusão) de parcelas do pedido decididas em julgamentos parciais de “vertical”, enquanto a preclusão das prejudiciais poder-se-ia dizer “horizontal”. Termos de Kleinknecht, usados e citados por OTTO, Hansjörg. *Die Präklusion. Op.cit.*, p.51 e nota 98, para diferenciar as preclusões das sentenças parciais e incidentais.

<sup>1649</sup> No entanto, muitos resistem em admitir que se trata de uma preclusão projetada para outro processo por vários motivos, um deles a rejeição de que uma “questão”, isto é, uma parcela de uma relação material ou *Vorfrage*, possa ser objeto do processo. Assim, no direito italiano, no campo da possível “adesão” dos indivíduos à ação ressarcitória coletiva, identifica efeitos preclusivos similares a de uma *issue preclusion* DALFINO, Domenico. *Oggetto del processo e del giudicato (e altri profili connessi). Il Foro Italiano*, V, 180 (estratto), jun. 2008, p.18-19, o que induz o leitor à tendência de aceitação de efeitos preclusivos desta natureza. No entanto, em seguida, p.21-22, observa que segundo a legislação italiana, não poderiam ser objeto do processo meras questões. Ou seja, novamente se confunde o conceito de pré-questão (lembro que o autor não remete à doutrina alemã das *Vorfragen*) e o efeito preclusivo das questões com o objeto do processo.

Pensemos, p.ex., numa ação inibitória ou de obrigação de não fazer, julgada procedente, determinando a omissão de uma conduta; e uma segunda demanda para ressarcimento do dano resultante da prática daquela conduta cuja omissão fora determinada na primeira sentença.<sup>1650</sup>

Nestes casos, em que a interferência é clara, a segunda demanda pretende sancionar o descumprimento da esfera de regulamentação fixada na primeira, havendo entre as pretensões um nexo teleológico-jurídico que as remete à mesma cadeia de vinculações (ambas tratam de determinações acerca de perturbações nas prestações fixadas na sentença anterior), impondo que as conclusões do primeiro julgamento, sobre existência do dever de abstenção, vinculem análises futuras.<sup>1651</sup>

#### 8.3.4.3 Terceiro grupo de casos: posições jurídicas em equilíbrio ou sinalagmáticas

O terceiro conjunto de hipóteses-modelo abrange as causas em que certas questões dos dois processos possuam elementos de equilíbrio ou ajuste no intercâmbio do tráfego jurídico.<sup>1652</sup> Nestes casos, a relação interprocessual entre os conteúdos do debate (entre seus esquemas argumentativos) revela uma *unidade material* que exige, em nome da coerência sistêmica, a incorporação de alguns elementos estabilizados no primeiro debate para o conteúdo do segundo processo.

Trata-se, outra vez, de zonas de coincidência ou *interseção parcial de esferas regulativas* dos processos em exame. Quando estas zonas puderem ser observadas, a separação meramente processual das pretensões não pode negligenciar que, na vida social, tais processos compõem uma mesma lide, um só conflito no contexto do direito material.<sup>1653</sup>

A hipótese mais facilmente imaginável é aquela das relações sinalagmáticas, casos em que existe uma indissociável ligação entre prestação e contraprestação: tendo havido, no primeiro processo, condenação de uma parte ao cumprimento da própria prestação, a conclusão acerca da validade do contrato deve ser vinculante na demanda pela condenação à contraprestação. Note-se

<sup>1650</sup> ZEUNER, Albrecht. *Zur Rechtskraftwirkung des Unterlassungsurteils für den nachfolgenden Schadensersatzprozeß – BGHZ 42, 340. Juristische Schulung*, n.4, 1966, p.147 e ss; *Idem. Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge. Op.cit.*, p. 58 e ss.

<sup>1651</sup> A doutrina e jurisprudência majoritárias são contrárias a esta ideia. Numa abordagem puramente formal, admitem que o juiz do segunda demanda condenatória pelo ressarcimento poderia reexaminar a existência do direito que embasava a pretensão anterior e também a própria conduta lesiva, mesmo que tenham sido decididas anteriormente.

<sup>1652</sup> Em sentido semelhante, TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel. *La cosa juzgada (Estudio de jurisprudência civil). Op.cit.*, p.155.

<sup>1653</sup> Em sentido similar é a análise de Shindo. Cf. YOSHINO, Shozaburo. *Zur Lehre der Rechtskrafterstreckung. Op.cit.*, p.110.

que a força vinculante do julgamento estender-se-ia a toda a relação contratual, caso contrário o processo romperia o sinalagma pretendido pelo direito material.<sup>1654</sup>

Casos comuns na litigância civil são também aqueles em que os sujeitos se encontram em posições substanciais *correlatas*, nas quais uma prestação, para uma das partes, é apenas um meio, enquanto para a outra é a própria finalidade do contrato. Em contratos de prestação correspectiva,<sup>1655</sup> podemos imaginar que se verifique esta aproximação lógica entre prestação e contraprestação.<sup>1656</sup> Veja-se o exemplo da exceção de contrato não cumprido: um réu, cobrado ao adimplemento da própria prestação, invoca, por via de exceção, a mora do autor. No caso, como o autor deve provar o seu adimplemento, a própria prestação do autor seria também inserida no contexto do debate, e por conseguinte analisada pela sentença final, vinculando processos futuros<sup>1657</sup> por fazer parte de uma unidade teleológico-material entre os esquemas argumentativos dos dois processos, mesmo que tenha sido alegada como defesa apenas em um deles.

#### 8.3.4.4 Quarto grupo de hipóteses-tipo: incidência na esfera de regulamentação do primeiro processo

Este grupo de casos versa sobre as hipóteses em que a segunda demanda incide sobre o mesmo campo de regulamentação do primeiro julgamento, ainda que os procedimentos tenham formatos e estruturas diversas. Trata-se, mais uma vez, da interferência dos escopos performativos do ato ou processo subsequente na esfera regulativa estabilizada.

Assim, quando é ajuizada execução fiscal na pendência da ação de conhecimento movida pelo contribuinte, haveria uma relação de dependência entre os processos, revelada pela zona de coincidência entre seus escopos regulativos.<sup>1658</sup>

<sup>1654</sup> ZEUNER, Albrecht. *Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge*. *Op.cit.*, p. 75-76; STROHMAYER, Peter. *Urteilswirkungen*. *Op.cit.*, p.61. Sobre o tema, há fortes restrições da extensão da vinculatividade na jurisprudência alemã, que nega a vinculação no caso dos contratos sinalagmáticos, em processos posteriores. BGH, 29 de março de 1984, in NJW, 1991, p. 17: a improcedência da demanda condenatória à devolução de parte do preço pelo adquirente, sob a alegação da inexistência do contrato de compra e venda, não vincula uma segunda demanda condenatória ajuizada pelo vendedor para o pagamento do restante do preço.

<sup>1655</sup> ZEUNER, Albrecht. *Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge*. *Op.cit.*, p. 21, 75 e ss., onde fala que nestes casos de contratos de sinalagma, ao mesmo tempo a questão é base do interesse material próprio e objeto da contraprestação. Cf. LEIPOLD, Dieter. *Teilklagen und Rechtskraft*. *Op.cit.*, p.433.

<sup>1656</sup> MARTENS, Joachim. *Rechtskraft und materielles Recht*. *Op.cit.*, p.443-444.

<sup>1657</sup> Na Suíça, em caso similar, já se admitiu que a exceção de mora viraria uma “reconvenção não independente” (*unselbstständige Widerklage*) com analogia à exceção de compensação, que pode fazer coisa julgada no direito suíço. De qualquer forma, trata-se de um nexó teleológico, mesmo que aplicado por analogia. Cf. BGE, 123, III, p.16.

<sup>1658</sup> ASSIS, Araken de. *Litispendência e coisa julgada no processo de execução*. *Op.cit.*, p.17. Neste sentido, já se decidiu no estrangeiro que, tendo sido reconhecido inexistente o direito ao recebimento de alimentos, porque declarada judicialmente a pré-

Outro exemplo: um tribunal pronuncia a revogação de um testamento (dispositivo) por constatar a ingratidão do legatário (motivação), e a decisão adquire a coisa julgada. Posteriormente, descobre-se um segundo testamento que contempla o mesmo legatário, e a questão vem novamente debatida em juízo. A prejudicial deve ser vinculante porque o escopo pretendido no segundo processo, baseado argumentativamente no direito do legatário de receber o bem, interfere de maneira incompatível na questão da ingratidão do mesmo legatário, que já tinha sido afirmada na primeira sentença e estabilizada na cadeia anterior.<sup>1659</sup>

Ainda poderíamos imaginar outra hipótese prática: uma ação para anulação de um ato administrativo ilegal, julgada procedente, e outra posterior demanda para responsabilização do Estado pelo mesmo ato. A conclusão sobre a existência do vício no ato administrativo, estabilizada no primeiro processo, deve ser vinculativa no segundo. O mesmo se diga dos casos de sentenças mandamentais seguidas da posterior análise da responsabilização do servidor que deixou de cumprir a ordem contida na sentença.<sup>1660</sup>

São também os casos de ações de retificação de registro imobiliário ou demandas reivindicatórias, de um lado, e posteriores demandas que possuam como objeto a propriedade sobre o mesmo bem. Outro exemplo: o autor A ajuíza contra o réu R ação declaratória alegando a sua propriedade sobre o terreno X, e consegue um julgamento favorável que declara o autor como sendo proprietário do imóvel. Posteriormente, R ajuíza uma ação contra A sob a alegação de *ser ele R* o proprietário do bem. Existe incompatibilidade lógica? Há que se reconhecer que a existência ou inexistência da “propriedade de A sobre o imóvel” não compõe a *fattispecie* da “propriedade de R sobre o mesmo imóvel”. Jauernig, com parte da doutrina tedesca, afirma que, apesar de ser o mesmo bem, o direito de propriedade invocado seria diverso,<sup>1661</sup> e então não se poderia aplicar a tese do oposto incompatível. O mesmo ocorreria se, p.ex., a primeira demanda de A contra R fosse rejeitada: não se poderia concluir, por causa da improcedência, que ficasse “afirmada” a propriedade do réu. Para tanto, o réu R deveria formular pedido próprio em reconvenção.<sup>1662</sup>

---

existência de um título executivo não renunciado pelo autor, tal conclusão teria efeito vinculante em processo sucessivo em que se discuta a validade deste mesmo título. Seria inaceitável que se chegasse a julgamentos contraditórios por se tratar da mesma esfera de regulação. Áustria: OGH, 18 de maio de 1982, 4 Ob 538/82.

<sup>1659</sup> Exemplo retirado da jurisprudência francesa. Cf. STARCK, B. *Preuve de la nationalité française et autorité absolue de la chose jugée*. *Op.cit.*, p.460.

<sup>1660</sup> Ressalvado os casos em que houver cognição reduzida no primeiro processo.

<sup>1661</sup> JAUERNIG, Othmar. *Zivilprozessrecht*. *Op.cit.*, p.201-202.

<sup>1662</sup> ZEUNER, Albrecht. *Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge*. *Op.cit.*, p.11-12.

Não podemos concordar. Em nosso sentir, há evidente incompatibilidade lógica e interferência dos escopos regulativos. A discordância de Jauernig parecer ser fruto de uma concepção excessivamente formalista, bem como do apego à ideia de “dependência típica” própria do formato das *fattispecie*.<sup>1663</sup> Nestas demandas, ainda que nem sempre possam, na lógica tradicional da subsunção, ser excluídos logicamente resultados divergentes – porque pelo uso do conceito de *fattispecie* ou da técnica do oposto incompatível não haveria como chegar a essa conclusão –, podemos certamente afirmar que a esfera de regulamentação e os escopos pretendidos nestas ações seriam os mesmos: a fixação de *quem é* o proprietário sobre o *mesmo terreno*. Assim, havendo uma zona de interferência, a solução desta questão no primeiro processo deve ser vinculante nas demandas posteriores.<sup>1664</sup>

Na linha do que aqui sustentamos, vem a tendência da jurisprudência comparada. Em alguns casos referentes a direitos reais, o OGH austríaco já afirmou a força vinculante da discussão sobre o direito de propriedade em causas posteriores referentes ao registro do mesmo bem.<sup>1665</sup> Decidiu ainda que a sentença que acolhe a obrigação de tolerar o exercício de uma servidão de passagem, com *fundamento* na *existência* do direito de servidão, é vinculante nos processos sucessivos entre as mesmas partes (ainda que em posições invertidas), em que seja pedida a inibição da passagem.<sup>1666</sup> Trata-se da estabilização do debate sobre um direito absoluto em outros processos em que os efeitos daquele direito sofram interferência das finalidades pretendidas nesta segunda demanda.<sup>1667</sup> O critério deve ser a coincidência de escopos regulativos, como já afirmou Böhm,<sup>1668</sup> e não a tradicional aceção de serem direitos autodeterminados, que também era uma abordagem relacionada à *fattispecie* e à *causa petendi*.<sup>1669</sup>

<sup>1663</sup> O que se percebe também na argumentação de MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Questões prejudiciais e coisa julgada*. *Op. cit.*, p.219.

<sup>1664</sup> ZEUNER, Albrecht. *Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge*. *Op. cit.*, p.136, 139. Na p.145-146 e 151, afirma que o direito à restituição do bem na ação reivindicatória teria natureza petitoria (não possessória), e compreenderia em alguma medida o direito de posse, entendido como o direito de possuir o bem na condição de seu proprietário. Ora, a regulamentação final pretendida seria na decisão acerca do direito de propriedade do autor.

<sup>1665</sup> OGH, 25 de fevereiro de 1970, 5 Ob 16/70.

<sup>1666</sup> OGH, 11 de novembro de 1997, 7 Ob 334/97m; OGH, 10 de novembro de 1998, 4 Ob 132/98k.

<sup>1667</sup> OGH, 11 de novembro de 1997, 7 Ob 334/97m. Diz o tribunal que “*eine Bindung an das Ergebnis im Vorprozeß über die Servitutsfrage ist hier schon aus dem Grund gegeben, daß diese zur Gänze den Gegenstand in beiden Verfahren bildete. Die Kläger können diese Frage demnach nicht wieder aufrollen*”. (Tradução: “uma vinculação ao resultado do processo anterior sobre a questão da servidão baseia-se aqui no fundamento de que esta representa a integralidade do objeto da discussão nos dois processos. Os autores não podem debater novamente esta questão”).

<sup>1668</sup> Para Böhm, duas demandas reivindicatórias teriam o mesmo escopo se versarem sobre o mesmo bem, ainda que baseadas em fatos diversos ou títulos diferentes. BÖHM, Peter. *Die Ausrichtung des Streitgegenstands am Rechtsschutzziel*. *Op. cit.*, p.116.

<sup>1669</sup> A doutrina estrangeira faz a diferença entre direitos autodeterminados e heterodeterminados, ligando-os à *fattispecie* constitutiva que os origina. Nos direitos autodeterminados, individuados pelos efeitos jurídicos pleiteados, a alteração fática não determinaria uma mutação da demanda, e então ainda subsistiria a eficácia preclusiva da coisa julgada. Nas causas referentes ao *status*, ou a direitos absolutos em geral, parte-se da premissa de que o juiz decide a questão independente dos fatos alegados pelas



Incluir-se-iam também neste quarto grupo as ações autônomas de impugnação de atos processuais, ou seja, ações especialmente destinadas a buscar a ineficácia de atos praticados em outro processo. São exemplos destas demandas, no Brasil, o mandado de segurança contra ato judicial, as ações anulatórias, os embargos do executado, etc., que são processos que, por vezes, veiculam pretensões que poderiam ser usadas como defesas.

Trata-se de admitir o uso “passivo” e “ativo” da alegação de estabilidade, tão comum nos ordenamentos do *common law*. E também nos sistemas de tradição europeia-continental deve-se concluir pela vinculatividade das exceções e objeções, tanto quando apresentadas como defesa no primeiro processo, como se veiculadas como pretensão autônoma (reconvenção ou ação impugnativa).

Claro que, na esteira do contraditório e dos esquemas argumentativos, a alegação defensiva só será atingida pelo efeito positivo da estabilidade *se e na medida em que* influenciar o conteúdo da decisão.<sup>1670</sup> Veja-se o seguinte exemplo: numa primeira ação de despejo, o juízo rejeita a demanda com base na validade do contrato e no correto exercício da posse indireta pelo locatário. Num segundo processo, o locador pretende indenização pelo uso da coisa para finalidade distinta daquela prevista no contrato. Pode-se entender que a análise prévia de que a posse tem um fundamento jurídico ou título justo impediria uma conclusão sobre enriquecimento ilícito. Observe-se que, se pensarmos apenas no *Streitgegenstand*, não haverá qualquer preclusão porque os processos têm objetos diversos. Então, mais uma vez fica comprovado que devemos incluir a fundamentação dos atos processuais na análise da estabilidade: é só da motivação dos

---

partes, com base apenas no direito postulado. Trata-se de uma separação que vem desde o direito romano, na célebre diferença das ações *in rem* e *in personam* no que se refere ao conteúdo individualizador da demanda. Cf. PUCHTA, Georg Friedrich. *Pandekten. Op.cit.*, p.146; KELLER, Friedrich Ludwig von. *Ueber Litis Contestation und Urtheil nach classischem Römischem Recht. Op.cit.*, p.284-291. Na doutrina mais recente, PETRELLA, Virginia. *Note problematiche sul giudicato in punto di fatto alla luce dei principi del giusto processo civile. Op.cit.*, p.428-429; BLOMEYER, Arwed. *Rechtskrafterstreckung infolge zivilrechtlicher Abhängigkeit. Op.cit.*, p.11 e ss; CASTILLEJO MANZANARES, Raquel. *Hechos nuevos o de nueva noticia en el proceso civil de la LEC. Op.cit.*, p.269-274. No Brasil, a diferenciação teve menor eco, e a doutrina continua pregando que, mesmo em casos de direitos absolutos, a causa de pedir se funda na exposição do fato de que se origina o direito, e a alegação de novos fatos que pudessem levar à existência do mesmo direito significariam nova demanda, escapando dos limites da coisa julgada. Cf. TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil. Op.cit.*, p.260-272. Talamini apoia esta posição, afirmando que, se por um lado, não se pode ser várias vezes e simultaneamente proprietário de um mesmo bem, são imagináveis fundamentos independentes e simultâneos para a propriedade. Ademais, a limitação à causa de pedir favoreceria o direito de defesa do réu. TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão. Op.cit.*, p.73-75. Contra a diferença entre as ações *in rem* e *in personam*, afirma Nieva Fenoll que a associação dos direitos autodeterminados e heterodeterminados com a coisa julgada revela a inadequação do “objeto do processo” para resolver questões da vinculação da *res iudicata*. Cf. NIEVA FENOLL, Jordi. *La cosa juzgada. Op.cit.*, p.169-170.

<sup>1670</sup> HELLOWIG, Konrad. *System des deutschen Zivilprozeßrechts. Op.cit.*, p.796.

atos que poderemos ver se os fundamentos condicionaram a conclusão e se infundem alguma interferência lógica na esfera regulativa estável.<sup>1671</sup>

#### 8.3.4.5 Quinto grupo de casos: demandas auxiliares ou de “litigância secundária”

Neste último grupo de casos, a peculiaridade é que existe uma *demanda auxiliar* em relação à ação principal. Em tais hipóteses, se a primeira ação for rejeitada por causa de um motivo que esteja *na origem das duas demandas*, a conclusão deve ser vinculante para o segundo processo.<sup>1672</sup> Como exemplos, podem ser nomeadas as ações principal e cautelar, quando uma delas é extinta por prescrição, e então a conclusão deve ser vinculativa na outra; ou as demandas para apresentação de documentos ou prestação de contas, em que a conclusão sobre a culpa do litigante, fixada na ação principal, deve ser vinculante na demanda auxiliar.

A diferença deste caso para aquele das demandas complementares (primeiro grupo de hipóteses-tipo), é que a ligação entre as demandas auxiliar e principal, p.ex., existe não só nos fatos que dão origem aos dois processos, mas também na *finalidade* pretendida pelas partes, o que não ocorre, p.ex., no caso de cobranças separadas do capital e da cláusula penal.

No primeiro grupo, portanto, a comparação deve ser feita entre a esfera regulativa do processo anterior e os escopos performativos (a regulação *pretendida*) do segundo processo. Neste quinto grupo de casos, as finalidades pretendidas pelos litigantes em ambos os processos coincidem.

---

<sup>1671</sup> Sobre esta necessidade, Cf.LAKKIS, Panajotta. *Präklusion von Einwendungen aus zivilrechtlichen Ausgleichsansprüchen analog §767 III ZPO?*. *Op.cit.*, p.444-445.

<sup>1672</sup> ZEUNER, Albrecht. *Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge*. *Op.cit.*, p.157 e ss.

## 9 LIMITES TEMPORAIS DAS ESTABILIDADES

### 9.1 As várias acepções possíveis do tempo jurídico: tempo no antecedente e tempo no consequente

Para corretamente compreendermos as relações entre tempo e direito, assim como suas repercussões no sistema de estabilidades, devemos precisar o significado que o estudo pode assumir. Na interligação entre o tempo e o ordenamento jurídico, deve-se diferenciar o “direito no tempo”, que é uma abordagem na qual o tempo é um *meio* para a existência e ocorrência de institutos jurídicos (um intervalo temporal no qual os eventos jurídicos transcorrem), do “tempo no direito”, que lida com o tempo como *conteúdo* das prescrições jurídicas.<sup>1673</sup> Ao estudarmos os limites temporais das estabilidades, estaremos tomando o tempo em ambas as acepções.

De fato, o exame dos limites temporais deverá revelar *quando* se tornam estáveis as posições jurídicas e *enquanto* assim devem permanecer (ou, na nomenclatura usada neste trabalho, qual a *abrangência temporal do espaço de estabilidade*). Além disso, quando houver regras de transição na superação das estabilidades, estas regras podem conter alguma limitação temporal, e então teremos que determinar seu período de duração.

O corte epistemológico seguinte é investigar se estamos analisando o tempo no antecedente ou no consequente, vale dizer, se estamos diante dos pressupostos para a formação da estabilidade ou dos efeitos por ela produzidos. O antecedente, aqui, deve ser compreendido como a cadeia de vínculos geradora da posição estável; e o consequente deve ser entendido como o espaço de estabilidade, o complexo de posições jurídicas estabilizadas ou atingidas pelos seus efeitos negativo e positivo.

Quando pensamos no *tempo no antecedente*, podemos desdobrar a análise em duas perspectivas. De um lado, pode-se falar em *tempo de referência*,<sup>1674</sup> que diz respeito ao *intervalo factual* que era conteúdo dos esquemas argumentativos, ou seja, a delimitação temporal do debate formador da cadeia. No processo, estes esquemas abrangem o conjunto de fatos compreendidos na causa de pedir e os fatos novos trazidos pelo réu, um complexo que, somado aos atos processuais praticados na própria cadeia (e ressalvados os fatos supervenientes), normalmente é

<sup>1673</sup> Cf. MARÍN, Rafael Hernández. *Recht und Zeit*, in GARZÓN-VALDÉS, Ernesto (Ed.). *Spanische Studien zur Rechtstheorie und Rechtsphilosophie*. Berlin: Duncker & Humblot, 1990, p.87.

<sup>1674</sup> *Ibidem*, p.87-89.

anterior ao processo e à estabilidade que se forma durante a litigância. Nestas primeiras linhas, deve-se desde logo fazer uma ressalva. Como a delimitação dos esquemas de agir deve ser buscada a partir das interações intersubjetivas do contraditório, o exame do tempo de referência das cadeias de vínculo remete à argumentação e à influência reflexiva, isto é, não apenas à causa de pedir, mas também a diversos fatores ocorridos *no curso da lide*, tais como aqueles referentes ao grau de cognição exercido, as restrições probatórias ou a abrangência das condições ideais do contraditório. Não basta comparar apenas os fatos anteriores ao processo, na tradição do único “momento originante” da estabilidade, que separa marcadamente o “antes” e o “depois” e que considera apenas os “fatos novos” como os elementos capazes de excepcionar os limites temporais. Outros dados do desenvolvimento judicial do litígio também são importantes e poderão determinar a necessidade de mudança do conteúdo estável. Feita esta observação, sigamos.

A *extensão do tempo de referência* dependerá da *mudança* das circunstâncias que contribuíram para a formação do vínculo. Em certa medida, essa é a *ratio* do art.471 do CPC (e seus análogos no direito comparado), ao submeter as relações continuativas à possibilidade de alteração do conteúdo da sentença. Observe-se bem: não se pode confundir a decisão, compreendida como ato jurídico, com a eficácia da disposição nela contida, ou, em outras palavras, a diferença entre a declaração em si (que a sentença representa) e a coisa declarada ou o teor da decisão. Isso porque o conteúdo da sentença às vezes tem uma limitação temporal *intrínseca*,<sup>1675</sup> esta sim determinada pelo tempo de referência. Como, nestes casos, os fatos que formam o antecedente são mutáveis, alteráveis por natureza, o conteúdo será temporalmente variável de acordo com a manutenção dos elementos que justificaram a decisão.

O segundo aspecto do tempo no antecedente, ao lado do tempo de referência, é o *tempo de vigência*. O tempo de vigência é o período previsto para incidência da posição estável, precisando em qual intervalo temporal esta poderá ser aplicada. As regras que não determinam seu próprio tempo de vigência estão abertas à interpretação e definição deste elemento,<sup>1676</sup> o que, no campo das leis, pode ser verificado pelo próprio aplicador ao analisar, na sucessão de diplomas normativos, qual norma é aquela que incide no caso (geral-especial, anterior-posterior). Em função da durabilidade tendencial ínsita às leis, comprovada até mesmo por sua forma de abrogação (são vigentes até que outra em sentido contrário as revogue), o seu tempo de vigência

<sup>1675</sup> CRISTOFOLINI, Giovanni. *Efficacia della sentenza nel tempo*. *Op.cit.*, p.296-297.

<sup>1676</sup> MARÍN, Rafael Hernández. *Recht und Zeit*. *Op.cit.*, p.90.

*tende ao infinito*. No processo, normalmente não são produzidas regras que possuam vigência limitada pois não se costuma inserir nas decisões qualquer restrição temporal para sua aplicação.<sup>1677</sup> Pode ocorrer que sua *eficácia* seja restrita, mas então já estaremos falando do tempo no conseqüente da norma. Passemos então a este outro desdobramento do raciocínio.

O *tempo no conseqüente* significa verificar a limitação temporal dos *efeitos* produzidos pela cadeia de vínculos. Aqui entra em cena o *tempo de eficácia*, que indica a restrição temporal dos espaços de estabilidade. Toda vez que a cadeia de vínculos não prevê expressamente seu tempo de eficácia, este variará conforme *novas ocorrências de conteúdos constantes* dos esquemas argumentativos em cadeia.<sup>1678</sup>

Para as regras abstratas, como aquelas do ato legislativo, este tempo de eficácia também tende ao infinito porque as normas são abertas em relação os fatos subsumíveis à sua regra de incidência (por isso são abstratas); mas é um tempo de eficácia *alterável* pela possibilidade de revogação das leis. Já nas normas concretas, como aquela da sentença transitada em julgado, o tempo de eficácia é totalmente diverso.<sup>1679</sup>

De fato, como se trata de regra concreta, aplicável a situações casuísticas “fechadas” e determinadas, tradicionalmente o tempo de eficácia dos atos processuais era inalterável indefinidamente. *Os limites temporais, restritos às “novas circunstâncias fáticas”, remetiam a uma mudança apenas no tempo de referência*; porém, uma vez produzida a estabilidade, p.ex., a coisa julgada, o tempo de eficácia da regra concreta, santificado pela imutabilidade inerente à *res iudicata*, projetava-se de maneira indeterminada para o futuro, reforçado ainda mais pelo fim do prazo dos mecanismos rescisórios típicos (coisa “soberanamente julgada”).

Vale dizer, o formato clássico da *res iudicata* restringia o estudo dos limites temporais ao tempo de referência. No modelo proposto neste trabalho, como a continuidade da regra é apenas *prima facie*, a alteração do conteúdo do *decisum* é possível, e portanto revive a importância do estudo dos limites temporais na vertente do tempo de eficácia.

<sup>1677</sup> Na doutrina clássica, afirma-se que o juiz não pode influir no limite temporal de sua decisão pois essa limitação decorreria do ordenamento. Assim, CRISTOFOLINI, Giovanni. *Efficacia della sentenza nel tempo*. *Op.cit.*, p.297-298. Não podemos concordar totalmente com esta afirmação, que parece não mais adequada ao processo moderno, e tampouco no quadro global do direito público.

<sup>1678</sup> O mesmo ocorre com as leis: quando a regra não informa sobre o tempo de eficácia, este deverá ser aferido pela própria ocorrência dos diversos fatos previstos no tipo. Cf. MARÍN, Rafael Hernández. *Recht und Zeit*. *Op.cit.*, p.91-92.

<sup>1679</sup> Primeiramente, a diferença reside em possuir a sentença, como *lex specialis*, referência a fatos específicos já ocorridos, remetendo a um tempo de referência por assim dizer “relativamente fechado”, somente sujeito a alterações no caso de fatos supervenientes ocorridos durante a litigância e cognoscíveis antes da decisão final.

## 9.2 Estabilidade a partir de quando e estabilidade até quando? Intervalo temporal e a evolução da cadeia de vínculo

Para prosseguirmos, devemos tentar precisar o momento a partir do qual podemos falar de um espaço de estabilidade. Trata-se de responder à pergunta sobre “quando” a cadeia de vínculos (implicação recíproca entre vários atos) assume efeitos vinculantes positivo e negativo que pressionem para a manutenção ou incorporação do conteúdo dos atos anteriores aos atos posteriores.

Como visto anteriormente, uma das críticas que merece o modelo tradicional, e que o torna estático, é a descrição das estabilidades como sendo oriundas de um único “momento originante”. Se descrevemos a estabilidade como decorrente de uma cadeia de vínculos, não pode haver um único instante criador da estabilidade. Existem, em verdade, “vários momentos originantes”, observados na sucessão de atos processuais e que correspondem à formação dos vínculos. Cada um desses momentos revela a prática de uma conduta vinculativa que se relaciona com as demais reflexivamente e, assim, os vínculos se retroalimentam e se reforçam.

Portanto, pensando numa estrutura conjunta de vinculações, devemos imaginar um *espaço temporal* de análise, caso contrário não haveria como visualizar as cadeias. Este intervalo temporal de observação está circunscrito por uma situação jurídica inicial e uma situação jurídica final; porém, o ponto derradeiro do exame não encerra definitivamente a cadeia (que é aberta para que atos interferentes e incompatíveis sejam inadmitidos), nem impede que possam ser formuladas prognoses sobre como as situações jurídicas vinculativas poder-se-ão desenvolver no futuro (pela criação de expectativas).<sup>1680</sup>

Além disso, como visto no Cap.6, que a compreensão das estabilidades como atos encadeados representa um fenômeno dinâmico que possibilita que uma cadeia, observada em um momento temporal, seja diferente (maior, menor, compreendendo mais atos, com diversos efeitos) do que a mesma cadeia em outro momento. Se as estabilidades podem ser revistas (ainda que sob pressupostos rígidos para o controle da quebra), então em um instante podemos verificar um espaço de estabilidade que venha a desfazer-se, total ou parcialmente, em outro ponto temporal futuro.<sup>1681</sup> As estabilidades processuais são tendencialmente contínuas, não eternas.

<sup>1680</sup> LEISNER, Anna. *Kontinuität als Verfassungsprinzip.... Op.cit.*, p.187.

<sup>1681</sup> Sobre o tema, confira-se o Cap.6.

Portanto, as estabilidades são criadas e alteradas pela *evolução das cadeias de vínculos*, ou seja, com o decurso do tempo ou a sucessão de atos, mais e mais este estado acumulativo vai criando uma situação que atribui àqueles vínculos a condição de permanência tendencial (continuidade). Esta construção progressiva gera uma grande dificuldade de apontar, previamente, quais seriam os extremos temporais da estabilidade.

Por outro lado, a resposta à pergunta sobre “quando” se forma a estabilidade deve ser complementada por outra que atenda à indagação no outro extremo do espaço de estabilidade: *até quando* perdura uma posição estável? De fato, a continuidade jurídica pede uma coesão dentro de um determinado *período*, numa *janela temporal* entre dois momentos,<sup>1682</sup> e assim mais uma vez somos convencidos que as estabilidades devem ser analisadas em cadeia e estudadas dentro de um *intervalo* de tempo.

Porém, ao procurarmos delimitar o seu espaço temporal, precisando seus pontos formativo e extintivo, observa-se que, no âmbito do contraditório-influência, se os vínculos são fruto de recíprocos condicionamentos e de expectativas criadas, não será sempre possível definir cartesianamente os momentos a partir dos quais uma posição jurídica tornou-se estável. Vejamos mais detalhadamente o porquê dessa imprecisão no tópico seguinte.

### 9.3 A descoincidência com a dimensão temporal

Já ficou assentado que, na concepção elíptica dos espaços de estabilidade, contraposta à linearidade característica do formato clássico, o sistema ganha mobilidade na escala temporal: nem tudo que precede a formação da cadeia é abrangido pelo espaço de estabilidade, e nem tudo que ocorre depois do último ato da cadeia está excluído de seus efeitos vinculativos, pela possibilidade de incorporação de outros atos.

Descolando as estabilidades da dimensão temporal, permite-se pensar que o período de permanência da posição estável seja *descoincidente* dos instantes temporais referentes à prática dos atos que correspondem aos dois extremos (inicial e final) do intervalo de análise da cadeia de vínculos, ou seja, os termos inicial e final da estabilidade podem não ser alinhados ao primeiro e último de seus atos formadores. Além disso, os limites do espaço de estabilidade podem ser temporalmente diversos da soma dos momentos que formam os vínculos da cadeia.

<sup>1682</sup> LEISNER, Anna. *Kontinuität als Verfassungsprinzip...* Op.cit., p.13, 349.

Portanto, é muito difícil empreender uma determinação matemática. É que, como já afirmado anteriormente, o contraditório-influência permite uma diversa compreensão do tempo no direito processual: ao remeter para os condicionamentos de conduta recíprocos entre os sujeitos, o tempo do processo se afigura como um *tempo intersubjetivo*, experimentado por meio do *sentido atribuído às interações comunicativas* e expressado no *significado* que a sua duração assume no esquema argumentativo.<sup>1683</sup> Se reduzimos as estabilidades ao cumprimento de prazos, como na concepção germânica de preclusão, pensamos no tempo apenas como unidade de medida (*Kronos*), esquecendo o tempo “existencial”, compreendido como “momento apropriado” (*Kairos*) e que viabiliza variar a intensidade e a incidência da preclusão a depender da atividade dos litigantes.<sup>1684</sup>

Pensemos nas expectativas geradas por omissões reiteradas. É o acúmulo de circunstâncias que vai progressivamente construindo uma situação em que a estabilidade fique consolidada pela sinalização comunicativa de um padrão de comportamento, impedindo condutas incompatíveis. Em casos como estes, é muito complicado, senão impossível, apontar aprioristicamente *quando* a cadeia passa a produzir efeitos negativos.

Por todo o exposto, e diante da dificuldade de precisar, *a priori*, os extremos do intervalo de análise, ou mesmo da estabilidade em si, pensamos ser melhor fixar critérios gerais<sup>1685</sup> que facilitem o exame no cotidiano forense.

#### 9.4 Tempo de referência e o conteúdo do esquema argumentativo

Tratemos por ora do tempo de referência. Como demonstrado pelo formato não linear dos espaços de estabilidade, nem todos os atos e fatos anteriores à estabilidade tornam-se indiscutíveis, mas somente aqueles que tenham ligação de recíproco condicionamento no debate formativo da cadeia de vínculos. Então, para a determinação dos limites temporais, isto é, para a definição de qual será o tempo de referência em sua projeção prospectiva e retrospectiva, a resposta é de ser extraída do esquema argumentativo que constituiu a cadeia de vínculos.

<sup>1683</sup> No processo, o tempo não está totalmente nas mãos dos litigantes porque depende de fatores estranhos aos seus próprios atos e relacionados aos condicionamentos que todos recebem dos atos dos demais sujeitos. Cf. KERAMEUS, Konstantinos D. *Relevance and Computation of Time in Civil Procedure*, in BALLON, Oskar e HAGEN, Johann (Ed.). *Verfahrensgarantien im nationalen und internationalen Prozeßrecht. Festschrift für Franz Matscher zum 65. Geburtstag*. Wien: Manz, 1993, p.241-242; ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica no direito tributário*. *Op.cit.*, p.318.

<sup>1684</sup> SILGUERO ESTAGNAN, Joaquín. *La preclusión de alegaciones en el proceso civil*. *Op.cit.*, p.72-73.

<sup>1685</sup> NIEVA FENOLL, Jordi. *La cosa juzgada*. *Op.cit.*, p.255, 261.



Sem embargo, o vínculo refere-se a um *contexto* e a uma *discussão específica* (com certas características próprias, como os meios de prova disponíveis, o grau de cognição possível, dentre outras) e remete ao conflito tal como desenvolvido neste cenário. É lá, portanto, que deve ser buscado o *referencial circunstancial* ao qual o debate diz respeito: o conjunto de fatos alegados e discutidos, o contraditório exercido, sua manutenção no tempo, etc.

Este conjunto de elementos, delimitado em sua ocorrência temporal, poderá servir também para verificar, quando da necessidade da quebra, se os “novos” elementos, indicados como aptos a autorizar a ruptura da estabilidade, estavam ou não contidos (ou pelo menos previstos) nos esquemas argumentativos da cadeia estabilizada.

Alterados os elementos do tempo de referência – outro contrato, outros fatos, outro conflito, possibilidade de cognição em outra profundidade, apresentação de novas provas, etc – poderá justificar-se a ruptura da estabilidade.

#### 9.4.1 Critério: a constância e resistência temporal do esquema de agir e a previsibilidade do vínculo

No estudo dos limites objetivos da estabilidade (Cap.8), vimos que o conteúdo que devemos analisar para saber o que se torna estável são os esquemas de agir argumentativos e suas relações reflexivas em contraditório. Ora, no que tange à limitação do tempo de referência, o critério é a *resistência temporal do esquema de agir* debatido na cadeia de vínculos.<sup>1686</sup> Essa constatação é consentânea com a perspectiva que separa a análise do tempo no antecedente e no consequente: o tempo de referência, quando não expressamente determinado, depende da *transitividade* dos elementos que argumentativamente determinaram aquela posição estável.

De fato, há posições substanciais cuja existência, duração ou quantificação podem depender de elementos transitivos. Exemplos destas hipóteses são, dentre outros, as indenizações em que os danos causados possam-se agravar; ou as quantificações que dependam de taxas de juros governamentais futuras, essencialmente mutáveis; ou mesmo as sentenças sobre prestações únicas, mas que estejam relacionadas a situações de risco ou incerteza.

---

<sup>1686</sup> Isso porque é diferente a conduta em si e o desenrolar de seu resultado, sua corporificação da ação: o instrumento de um contrato, a documentação de uma sentença, todos têm uma temporalidade diferente da ação em si (diversa do contrato ou da sentença), vez que o instrumento tem maior estabilidade temporal.

Por outro lado, cabe frisar que uma condenação a uma prestação única geralmente não se estrutura desta maneira porque o esquema argumentativo no qual se embasa não tende a mudar no futuro. Assim, por exemplo, são as situações materiais que se exauriram num momento temporal anterior. E mesmo nos casos em que existam prestações futuras, se estas foram estabelecidas prévia e estaticamente em contrato, não há projeção transitiva do debate na linha temporal. É o que ocorre com taxas de juros prefixadas.<sup>1687</sup>

Vejam os outros exemplos de questões que podem ser resolvidas num processo e que, não sendo alteradas, devem ser vinculativas em processos futuros: se o primeiro processo reconhece a capacidade de estar em juízo (capacidade de fato) de uma determinada pessoa; se afirma que uma empresa deve ser incluída no Simples, reconhecendo judicialmente as condições legais que a incluem neste modelo de tributação; se houve conclusão de que se trata de sociedade empresária ou não; em todos estes casos, seria adequado, *ceteris paribus*, permitir a reapreciação da matéria? Claro que não.<sup>1688</sup>

Evidentemente que tais considerações estabilizadas devem ser vinculativas apenas se mantidas as condições que levaram à conclusão anterior. Se houver variabilidade periódica, tanto do regramento legal (como em certos tributos: as despesas dedutíveis do imposto de renda, p.ex., alteram-se de ano a ano), como dos fatos que embasam a aplicação normativa, a tendência é não haver tanta resistência temporal do esquema argumentativo pretérito pela possibilidade de alteração de curto prazo das circunstâncias relevantes para o debate, elementos que poderiam mudar os comportamentos, as alegações e as conclusões das partes e do juiz.<sup>1689</sup>

Outra observação relevante é que a evolução não previsível de uma situação narrada num processo não pode tornar-se preclusa. Por exemplo, imagine-se um conjunto de fatos alegado num processo em que se pedia indenização em virtude de danos causados pelo réu ao autor. A sentença acolhe a demanda, sendo acobertada pela coisa julgada. Se houver um *agravamento* ou *evolução não previsível* da situação narrada anteriormente, pode haver renovação da demanda, mesmo em se tratando de processo em que se discuta uma indenização por danos já sofridos, e portanto estejamos diante de uma questão pretérita, que não se enquadraria, sob nenhum aspecto,

<sup>1687</sup> Exemplos de ROSENBERG, Leo. *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts. Op.cit.*, p.702.

<sup>1688</sup> Por óbvio que, em havendo fundada alegação de doença mental agravada, com potencial alteração da capacidade de estar em juízo, a rediscussão poderia ser admitida. Porém, nestes casos não haveria constância do esquema argumentativo. Confira-se a jurisprudência espanhola, amplamente majoritária neste sentido, em TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel. *La cosa juzgada (Estudio de jurisprudência civil)*. *Op.cit.*, p.28 ss.

<sup>1689</sup> Em sentido similar, decidiu recentemente a Cassação italiana que não se aplica o efeito preclusivo extraprocessual se as pretensões baseiam-se em títulos diversos e em períodos diversos de incidência do tributo. Cass.sez.trib., 13 de setembro de 2010, n.19493.

dentro da denominação de “relação continuativa”. Não há estabilidade porque não se observa previsibilidade do vínculo no processo anterior.

No entanto, se o desenvolvimento dos fatos previstos no esquema de agir for constante ou repetido, podemos razoavelmente imaginar que aquela discussão já foi travada, e então a reiteração ou sucessão de consequências naturais ao esquema argumentativo eram previsíveis pelos litigantes. Nestes casos, as ocorrências posteriores podem ser consideradas como compreendidas no debate anterior e a estabilidade impõe a conformação da regra de conduta produzida no conteúdo dos atos posteriores, até porque havia previsibilidade da vinculação.

Deve-se, portanto, buscar elementos que caracterizem, de um lado, *a permanência e constância do esquema discursivo estável*, ou então a *projeção temporal cambiante* dos elementos que levaram à formação da estabilidade.

Não obstante este critério e os exemplos apresentados, ainda uma vez devemos lembrar que a análise casuística dos atos processuais e sua fundamentação (isto é, o exame *in concreto* dos esquemas argumentativos) é imprescindível para verificarmos se aquela cadeia de vínculos impede rediscussões futuras. Assim, se o autor limitar o debate apenas a um determinado exercício fiscal, ou somente em relação a uma operação financeira, todos os demais atos da cadeia (a defesa do réu, o pronunciamento judicial, etc.) limitam-se àquele intervalo porque influenciados por este *input* argumentativo inicial. Nestes casos, portanto, não haverá vinculatividade posterior da conclusão do primeiro processo porque a projeção no tempo não se depreendia do esquema argumentativo debatido. Por outro lado, se a discussão não limitar a abrangência temporal da cadeia de vínculos e do espaço de estabilidade dela resultante, *enquanto permanecerem constantes* as condições e circunstâncias fáticas e normativas, mantém-se também o *decisum*, que será vinculante para outros processos.<sup>1690</sup>

#### 9.4.1.1 Elementos permanentes ou cambiantes: o exemplo da coisa julgada em matéria tributária

Como visto, as situações da vida, debatidas no esquema argumentativo do processo anterior e estabilizadas *prima facie*, deverão ser incorporadas a debates posteriores *se e enquanto que* houver resistência temporal das interações vinculativas.<sup>1691</sup>

<sup>1690</sup> TALAMINI, Eduardo. *A coisa julgada no tempo: os “limites temporais” da coisa julgada*. *Op.cit.*, p.22; *Idem*. *Coisa julgada e sua revisão*. *Op.cit.*, p.92-94.

<sup>1691</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Coisa julgada em matéria constitucional: eficácia das sentenças nas relações jurídicas de trato*

Assim, por exemplo, se há uma discussão exaustiva e pronúncia conclusiva sobre a competência do juízo, não pode haver rediscussão em processo posterior no qual os dados do debate mantenham-se constantes,<sup>1692</sup> sem alteração das variáveis envolvidas (p.ex, em se tratando de ações reais imobiliárias – art.95 do CPC –, sem que tenham mudado os critérios para fixação de competência: seja o mesmo local do fato, igual tipo de demanda, etc). Prestações vincendas, apenas submetidas a termo, normalmente assumem perfis constantes; mas prestações alimentícias têm sua estabilidade condicionada à permanência da relação tal qual exposto na sentença, e se houver alteração dos elementos do debate que levaram à conclusão, pode haver mudança de conteúdo.<sup>1693</sup>

E a verificação da resistência temporal do esquema argumentativo encontra bons paradigmas de análise na compreensão atual da coisa julgada em matéria tributária, tanto no Brasil, quanto na tendência jurisprudencial no direito comparado (vide a concepção pretoriana da “capacidade expansiva” das preclusões no processo tributário italiano). Um critério simples, mas excelente para operar este exame na *praxis*, é procurar elementos *permanentes* ou, de outro lado, elementos *temporários* ou *cambiantes* no debate estabilizado.<sup>1694</sup>

#### 9.4.1.2 A instabilidade dos bens tutelados (o pedido mediato)

Outro excelente exame prático, indiciário do caráter mutável dos esquemas argumentativos, consiste em identificar a *instabilidade dos bens* envolvidos (o pedido mediato).

Como sustentado em alguns países do *common law*, se contextos estáticos geram uma espécie de “presunção” em favor da preclusão, cenários de instabilidade falam em nome da mutabilidade dos esquemas argumentativos e, por conseguinte, contra a estabilidade *prima facie* nestes casos.

Exemplo que mais ressalta no cotidiano forense atual é o meio ambiente: questionado em juízo um procedimento de licenciamento ambiental, discute-se se uma atividade industrial é poluente ou infringe alguma regra da legislação protetiva do meio ambiente. Afirmando a primeira sentença que a atividade empresarial não é potencialmente poluente, e havendo coisa

---

*continuado. Op.cit.*, p.20.

<sup>1692</sup> Com razão, no ponto, CALAZA LÓPEZ, Sonia. *La cosa juzgada. Op.cit.*, p.26-27, 145 e ss.

<sup>1693</sup> ARAGÃO, Paulo Cezar. *Reflexões sobre as sentenças determinativas Op.cit.*, p.164.

<sup>1694</sup> Cf.FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Coisa julgada em matéria fiscal (identidade de objeto). Op.cit.*, p.73; MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional. Op.cit.*, p.145-146.

julgada da decisão que concedeu a licença de operação, a norma concreta da sentença não pode ser caracterizada como tendencialmente contínua porque o meio ambiente é um bem essencialmente instável, sujeito a alterações no tempo decorrentes de um sem número de variáveis. No momento de prolação da sentença, pode até ser que a conduta não fosse impactante, mas no futuro a mesma atividade poder-se-á revelar potencialmente poluidora por alterações climáticas, de pressão, umidade, etc.<sup>1695</sup> Além disso, a situação não se torna totalmente estável nem mesmo à luz dos fatos observados no momento da sentença, pois pode surgir novo tipo de tecnologia que permita descobrir que, à época da cognição no primeiro processo, já havia risco ambiental, embora não tivesse sido possível, com as técnicas de então, prová-lo.<sup>1696</sup>

Esta instabilidade também se observa nas posições estáveis no campo do direito econômico, onde deve haver uma maior flexibilidade das decisões estatais para que possam adaptar-se às mudanças sociais e do mercado,<sup>1697</sup> que compreende fenômenos dinâmicos e rapidamente alteráveis.

Mais à frente, quando falarmos sobre o procedimento de análise da quebra da estabilidade, retornaremos ao tema, buscando trabalhar mais detidamente as qualidades que devem possuir os elementos modificadores do esquema argumentativo para que possamos afirmar serem suficientes para permitir a alteração. Por ora, mantenhamo-nos na diferenciação entre o tempo no antecedente e o tempo no consequente.

### 9.5 Tempo de eficácia: diferenças nas cadeias regulativas e não regulativas

O exame do tempo no consequente impõe a análise sobre o tempo de eficácia, vale dizer, a extensão temporal do espaço de estabilidade. Em outras palavras, trata-se da investigação sobre quais atos ou processos posteriores poderão ser *atingidos* pela estabilidade formada.

<sup>1695</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Reflexos do direito material do ambiente sobre o instituto da coisa julgada in utilibus, limitação territorial, eficácia preclusiva da coisa julgada e coisa julgada rebus sic stantibus*. *Op.cit.*, p.27.

<sup>1696</sup> ARMELIN, Donald. *Flexibilização da coisa julgada*. *Op.cit.*, p.159. Outros interesses difusos e coletivos também poderiam ser agrupados neste critério. Veja-se o seguinte exemplo, referente ao patrimônio paisagístico, que nos trouxe Heitor Sica. É julgada procedente uma demanda em que se postulava obrigação de não fazer contra a União Federal, o Estado e o Município para impedir o poder público de demolir um viaduto, baseando-se a decisão na utilidade do viaduto para o tráfego de veículos e também no seu valor paisagístico. Transcorridos mais de 20 anos, o viaduto está degradado, não é útil para o trânsito e do ponto de vista da paisagem urbana é um desastre. Poderia qualquer dos réus condenados pleitear a revisão da decisão que o proibia de demolir a obra?

<sup>1697</sup> ROTH, Günther. *Das Problem der Rechtsprognose*. *Op.cit.*, p.833-834.

Essa análise da abrangência temporal futura dar-se-á não apenas para impedir a reprodução de um debate estável (efeito negativo), mas também para incorporar o conteúdo estável (p.ex., prejudiciais) nos atos posteriores (efeito positivo).

#### 9.5.1 Cadeias não regulativas

Pois bem, vejamos então as diferenças entre as espécies de cadeias de vínculos, e primeiramente as cadeias de vínculo não regulativas. Como visto no Cap.6, como nelas não há produção de norma de conduta, estas cadeias só se relacionam com outros atos jurídicos a partir de arranjos de exclusão, e então a estabilidade delas decorrente só produz efeito vinculativo negativo. Portanto, nas cadeias não regulativas, o tempo de eficácia é prospectivo, formando o espaço de estabilidade apenas para o futuro. Porque não possuem qualquer norma de comportamento produzida no próprio procedimento (e que seja conteúdo daquele esquema argumentativo), o seu tempo de eficácia remete a espaços de estabilidades posicionados adiante no tempo, isto é, sua eficácia vinculativa negativa é projetada temporalmente para os atos que ainda ocorrerão, atuando no sentido de tornar anuláveis ou inadmissíveis comportamentos cujos efeitos pretendidos sejam interferentes ou contrários à estabilidade formada.

Assim ocorre nas relações de exclusão como aquelas observadas na preclusão consumativa. Como só se pode pensar na inadmissibilidade da repetição de uma conduta processual depois de já ter sido praticada (a partir do preciso instante da prática do ato, com o exaurimento da posição processual de vantagem que a permitia), o espaço de estabilidade inicia-se a partir deste momento. Imagine-se, p.ex., que tenha sido apresentada, no prazo, petição recursal a título de apelação contra a sentença. A partir deste momento, inicia-se o espaço de estabilidade que impede, pela preclusão consumativa, que outra apelação seja ofertada.

Algo similar se observa nos casos em que está sob análise a inadmissibilidade do ato por ter sido praticado após o termo *ad quem* (preclusão temporal). Nestas hipóteses, como a omissão do sujeito, até o fim do prazo, não pode gerar confiança, até então não haverá qualquer efeito preclusivo. Porém, com o decurso do prazo recursal *in albis*, forma-se o espaço de estabilidade a partir deste momento: qualquer recurso apresentado posteriormente deverá ser inadmitido por intempestividade.

Vê-se, portanto, que, nas cadeias não regulativas, por haver apenas arranjos de exclusão que decorrem do efeito negativo, o tempo de eficácia é de mais simples escrutínio porque a estabilidade dessas cadeias (efeito negativo) será sempre *ultratativa*.

Para fins de precisar os limites temporais da estabilidade por elas criada, o que é verdadeiramente importante analisar é o tempo de referência dos esquemas argumentativos utilizados, vale dizer, o intervalo temporal do conteúdo argumentativo do debate, dentro do qual as alegações fáticas dos litigantes e os atos praticados se situaram. Como é em relação ao tempo de referência que são vedadas condutas posteriores, restará mais facilitado o estudo de seu tempo de eficácia.

### 9.5.2 Cadeias regulativas

Já no caso das cadeias de vínculo regulativas, porque nelas são produzidas regras concretas de comportamento, não só o tempo de referência será relevante. De fato, o tempo de eficácia das normas produzidas na cadeia, bem como sua resistência no tempo, também serão importantes fatores para a delimitação temporal do espaço de estabilidade.

Essa dupla análise decorre da característica principal deste tipo de cadeia de vínculo, que é possuir em seu conteúdo norma de comportamento produzida no curso do próprio procedimento. A presença destas normas atrai não só a produção do efeito vinculativo negativo, mas também o efeito vinculativo positivo, pressionando pela incorporação e acomodação das regras estáveis ao fluxo do tráfego jurídico. Assim, como as relações interprocessuais não se restringem a arranjos de exclusão, mas também de inclusão, os limites temporais assumem maior complexidade, não apenas no antecedente da norma (tempo de referência), mas também no consequente (tempo de eficácia).

#### 9.5.2.1 Ultratividade da vinculação

As cadeias regulativas projetam seus efeitos em maneira prospectiva e interprocessual, atingindo os atos posteriores se estes pretenderem nova regulação inadmissível da posição estável (interferência e coincidência de esferas regulativas). Assim, os espaços de estabilidade podem compreender tempos futuros.

Sem embargo, por causa do seu formato em cadeia, é possível imaginar que atos futuros possam interferir no esquema argumentativo pretérito e assim poderíamos falar em uma ultratividade da vinculação. Como visto, isso ocorrerá quando a estabilidade produzida for relacionada a esquemas argumentativos com projeção futura, o que, no processo, resumir-se-á basicamente a dois casos: *regulações prospectivas* ou *ocorrências sucessivas de esquemas de mesmo gênero*.

Dentre os casos de regulação prospectiva estão as sentenças condicionais ou condenatórias para o futuro. Para a literatura majoritária, ambas são proibidas pela legislação processual brasileira (arts.460, parágrafo único e 572, ambos do CPC), ainda que sejam admitidas em outros sistemas.<sup>1698</sup>

Entretanto, no modelo proposto neste trabalho, a ultratividade é imaginável também no caso de ocorrências sucessivas de esquemas argumentativos de mesmo gênero. Trata-se de consequência natural da abordagem prospectiva das cadeias de vínculo ultrapassantes aqui propagada, que assume interessante campo de aplicação na incorporação aos processos anteriores das prejudiciais debatidas exaustivamente.

Com efeito, as relações jurídicas podem ser divididas, no que tange à sua projeção temporal, em instantâneas, permanentes (ou continuativas), e sucessivas. Instantâneas são as relações jurídicas que decorrem de incidência normativa que se esgota em um só momento ou que, ainda que resultantes de fatos desdobrados no tempo, a incidência dependa da formação integral da *fattispecie* para a aplicação da norma (como alguns aspectos das relações previdenciárias).

Já a relação permanente ou continuativa pressupõe a incidência contínua e ininterrupta da norma, como ocorre no caso das prestações alimentícias e em muitas nuances das relações previdenciárias e trabalhistas.

Por fim, as relações sucessivas nascem de fatos instantâneos, mas que repercutem no tempo de maneira uniforme e repetida. São relações *homogêneas* ou *reiteradas*, decorrentes de *comportamentos de mesmo gênero*, quando a *conduta-padrão* tenha sido decidida no primeiro processo. Aqui, não se trata de regulação condicional ou para o futuro (que seriam vedadas), mas

---

<sup>1698</sup> As sentenças condenatórias para o futuro teriam previsão, segundo alguns autores, no ordenamento brasileiro, e abrangeriam os danos que fossem desenvolvimento da lesão original. Segundo PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa Julgada Civil. Op.cit.*, p.82. “(...) as chamadas condenações para o futuro, onde a decisão consolida sua eficácia não para regular situação jurídica pretérita, mas sim, projetando sua eficácia para além do imediato, disciplina previamente as consequências de eventual comportamento futuro.” Confira-se ainda ARAGÃO, Paulo Cezar. *Reflexões sobre as sentenças determinativas. Op.cit.*, p.163.



da *repetição* da incidência normativa pela *sucessão de condutas diversas, mas padronizadas*.<sup>1699</sup> Nestas relações sucessivas, impõe-se a incorporação do conteúdo estável para a proteção da harmonia entre os julgamentos e a coerência sistêmica.

As relações continuativas são demasiadamente tratadas na doutrina, e sua aplicação prática é bem resolvida no dia-a-dia forense. Concentraremos nossa atenção nas relações sucessivas.

#### 9.5.2.2 Hipótese-padrão: poderes reiteráveis e relações sucessivas

Dentre os casos típicos de aplicação da ultratividade encontram-se as demandas em que se exerçam poderes reiteráveis e aquelas referentes a relações sucessivas. Quando forem observadas estas hipóteses, haverá projeção da estabilidade para momentos posteriores pela reiteração do esquema argumentativo estável.

Por exemplo, quando uma decisão concede a uma das partes o direito de alterar unilateralmente os juros do contrato, cada arbitramento é um ato próprio, único e singular, mas o esquema de agir definido (e tornado estável pela coisa julgada) é o mesmo.<sup>1700</sup>

Na hipótese das ações para anulação de atos pelo exercício de poderes reiteráveis,<sup>1701</sup> o perfil caracterizante destas demandas não é apenas a desconstituição daquele ato impugnado na primeira demanda, como imaginara a doutrina clássica,<sup>1702</sup> mas também a constituição de uma regulamentação prospectiva, voltada aos atos potencialmente exercitáveis no futuro. Assim, o espaço de estabilidade resultante destas sentenças tem a força de *evitar a reiteração* do ato anulado. Se novos atos de mesma natureza e forma forem impugnados, o segundo juízo estará vinculado pela anterior sentença desconstitutiva.<sup>1703</sup>

Note-se que não se trata de sentença condicional ou com efeitos “normativos”, mas da reiteração de esquemas argumentativos idênticos para relações submetidas a fatos do mesmo

<sup>1699</sup> Sobre esta categoria, Cf.ZAVASCKI, Teori Albino. *Coisa julgada em matéria constitucional: eficácia das sentenças nas relações jurídicas de trato continuado*. *Op.cit.*, p.13-14.

<sup>1700</sup> Em sentido similar, FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Coisa julgada em matéria fiscal (identidade de objeto)*. *Op.cit.*, p.79.

<sup>1701</sup> ZEUNER, Albrecht. *Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge*. *Op.cit.*, p. 116 ss, especialmente p.133.

<sup>1702</sup> CRISTOFOLINI, Giovanni. *Efficacia della sentenza nel tempo*. *Op.cit.*, p.318.

<sup>1703</sup> ZEUNER, Albrecht. *Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge*. *Op.cit.*, p. 120; MACHADO, Hugo de Brito. *Coisa julgada e relação jurídica continuativa tributária*. *Revista dos Tribunais*, ano 78, n.642, abr. 1989, p.33.

gênero.<sup>1704</sup> Veja-se outro exemplo do direito societário: depois de anulada uma deliberação de assembleia por conta de um vício, na discussão judicial sobre uma segunda deliberação de mesmo conteúdo haveria vinculação da conclusão anterior sobre a ilegalidade.<sup>1705</sup>

A solução da jurisprudência tributária italiana para os casos de “expansão” do julgado adequa-se bem ao que propomos neste grupo de casos: um ato típico, uma vez anulado, não deveria novamente ser praticado,<sup>1706</sup> tornando-se inadmissível por força da estabilidade anterior. Vale dizer, a estabilização da primeira anulação de um ato projeta a sua força *prima facie* para práticas reiteradas, compreendendo então um conteúdo “negatório” que teria como efeito anular todos os atos futuros que representem repetição da violação, tanto no processo para causas cíveis,<sup>1707</sup> quanto nas causas envolvendo poderes administrativos.<sup>1708</sup>

É o caso típico de aplicação da coisa julgada no campo do direito tributário. Se estivermos diante dos mesmos fatos e das mesmas regras, “os fatos futuros que se inserirem na cadeia do relacionamento deduzido em juízo” estarão protegidos pela estabilidade.<sup>1709</sup>

E o mesmo pode ser percebido também fora das causas tributárias. Veja-se que, numa relação de trato sucessivo, como a locação, idêntica solução poderia ser sustentada. Imaginemos uma ação de cobrança de alugueres atrasados, ou de ajuste do valor do aluguel mensal, julgadas favoravelmente ao locador, condenando o locatário ao pagamento de certa quantia referente a um determinado período, tendo sido concluído como questão prejudicial que o contrato era válido. Se houver processo posterior, pleiteando reajustes *para outros períodos*, o tempo de eficácia da prejudicial, no que se refere à validade do contrato ou à definição do índice de reajuste, atinge também esta segunda discussão, pela manutenção do esquema argumentativo anterior.<sup>1710</sup>

<sup>1704</sup> MACHADO, Hugo de Brito. *Coisa julgada e relação jurídica continuativa tributária*. *Op.cit.*, p.35-36.

<sup>1705</sup> O BGH alemão julgou caso parecido, e fundamentou a impossibilidade de outra maneira, com base numa nulidade *ipso iure* da segunda deliberação. Não obstante, afirmou o tribunal a necessidade de evitar um segundo processo desconstitutivo, que traria mais custos e atividade processual desnecessária. Cf.BGH, in NJW 1956, 1753.

<sup>1706</sup> Observe-se que a identidade de escopo dos dois processos, segundo a Cassação italiana, não seria pressuposto necessário. Cf.Cass.24 de outubro de 1978, n.4807; Cass.sez.trib., 13 de setembro de 2010, n.19493.

<sup>1707</sup> Sobre este “*negatorischer Gehalt*” (conteúdo negatório), ZEUNER, Albrecht. *Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge*. *Op.cit.*, p.120.

<sup>1708</sup> Vejam-se também as relações entre as ações de anulação, inibitórias e ressarcitórias, em relação ao processo administrativo, no texto clássico de BACHOF, Otto. *Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1951, p.86 e ss. E ainda em BETTERMANN, Karl August. *Wesen und Streitgegenstand der verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsklage*. *Deutsches Verwaltungsblatt*, ano 68, nº6, mar. 1953, p.164.

<sup>1709</sup> BOZZA, Fábio Piovesan; PENARIOL, Rachel Lima. A sucessão empresarial e os limites da coisa julgada em matéria tributária. *Revista Dialética de Direito Processual*, nº65, ago. 2008, p.30; MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional*. *Op.cit.*, p.149 ss.

<sup>1710</sup> Contra, Zeuner sustenta que a validade do contrato de locação, acertada no primeiro processo, só vincularia discussões posteriores para o mesmo período temporal a que limitada a primeira pretensão. Se houvesse nova discussão entre as mesmas partes, sobre outro período, poderia haver reconhecimento de que o contrato é inválido. ZEUNER, Albrecht. *Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge*. *Op.cit.*, p.88.

### 9.5.2.3 Retroatividade dos efeitos da vinculação

Normalmente, na acepção clássica, vimos que o tempo abrangido pela estabilidade da discussão judicial, no caso da sentença de mérito, remete aos fatos efetivamente alegados, bem como aos fatos voluntariamente não alegados mas incluídos na eficácia preclusiva das omissões. Esta constatação revela que o tempo de referência compreende elementos do passado. As cadeias de vínculo remetem ao conflito e aos fatos anteriores ao processo, vale dizer, a um *tempo de referência retrospectivo*.

Por outro lado, na tese aqui sustentada, as cadeias de vínculo são abertas ao futuro. Então, nem todos os atos posteriores passam ao largo da cadeia, como se imersos em um ambiente de instabilidade. A projeção temporal de qualquer procedimento faz com que as condutas praticadas possam ser vinculantes em pontos posteriores.<sup>1711</sup> Em suma, se o tempo de referência é quase sempre retrospectivo, o tempo de eficácia é normalmente ultrativo.

Porém, é possível que o tempo de eficácia seja retroativo? Podemos analisar não apenas a ultratividade da estabilidade (os efeitos vinculativos atingindo elementos posteriores àqueles que compuseram os esquemas argumentativos), mas também a sua retroatividade?

As possibilidades do modelo proposto nesta tese são muitas e permitem responder afirmativamente a esta questão. Isso ocorre porque, depois de produzida a regra estável nas cadeias regulativas, e pela necessidade de sua acomodação no tráfego, pode ser discutida a necessidade de incorporação do conteúdo estável a fatos que ocorreram em outro momento temporal. Geralmente este contexto situacional será *posterior* à formação da estabilidade.

Neste tópico, queremos trabalhar um problema diverso. É que o *tempo de eficácia* da cadeia de vínculo *regulativa* pode atingir, no futuro, um ato ou processo em que se pretenda a incorporação da posição estável para resolver esquemas argumentativos cujo *tempo de referência* é não apenas pretérito, como normalmente ocorre, *mas também anterior ao tempo de referência que formou o próprio esquema de agir estabilizado*. Poderíamos falar, neste hipótese, em uma *retroação do espaço de estabilidade*, senão vejamos.

---

<sup>1711</sup> LUHMANN, Niklas. *Legitimation durch Verfahren*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1983, p.45 e ss, 70-71.

### 9.5.2.3.1 Retroatividade como essência da atividade jurisdicional?

Comumente se sustenta que a retroatividade é da natureza da jurisdição por causa de seu caráter declaratório de direitos pré-existentes: se a atividade jurisdicional diz respeito a fatos pretéritos, a decisão final deveria valer a partir de tais fatos.<sup>1712</sup> Trata-se da concepção de que a jurisdição não inova na ordem jurídica e então não poderia nunca surpreender ninguém (porque o direito já existia antes e foi apenas revelado pelo juiz). Assim, as decisões deveriam produzir efeitos naturalmente retroativos.<sup>1713</sup> Pois bem, temos que é equivocado afirmar que a retroatividade é da essência da jurisprudência.

Na verdade, a retroatividade normativa é um problema de aplicação posterior de uma norma a uma conduta que se deu no passado, quando a norma não havia sido produzida e então não era aplicável.<sup>1714</sup> Portanto, quando a norma retroage, põe-se em discussão a falta de cognoscibilidade a respeito do conteúdo do ordenamento jurídico, o desconhecimento da “regra do jogo”, tão relevante para as opções do agir humano. O indivíduo, ao adotar aquele comportamento, não poderia ter feito uma escolha totalmente livre porque, se a norma não existia, aquela alternativa não se apresentava à época.

Afirmar que a decisão judicial é essencialmente retroativa é confundir a retroação de uma norma com a eficácia declaratória da decisão.<sup>1715</sup> De fato, como geralmente leva em conta fatos já ocorridos, a decisão remete a um contexto anterior, e portanto a eficácia declaratória fará com que as conclusões da sentença regulem uma situação pretérita. Porém, as normas objetivas já

<sup>1712</sup> Cf. KISCH, Wilhelm. *Beiträge zur Urteilslehre*. *Op.cit.*, p. 97, com ressalva às sentenças constitutivas. No Brasil, ZAVASCKI, Teori Albino. *Coisa julgada em matéria constitucional: eficácia das sentenças nas relações jurídicas de trato continuado*. *Op.cit.*, p.16. Na Itália, CRISTOFOLINI, Giovanni. *Efficacia della sentenza nel tempo*. *Op.cit.*, p.314.

<sup>1713</sup> ROUBIER, Paul. *Le droit transitoire (conflits des lois dans le temps)*. *Op.cit.*, p.24-25, afirma: “C’est en effet une règle certaine de notre droit français qu’il ne peut y avoir de conflit entre des jurisprudences successives: une jurisprudence nouvelle s’applique toujours dans tous les procès nouveaux, sans que l’on prenne en considération la date à laquelle les faits du procès se sont produits, et quand bien même ces faits seraient antérieurs au changement de jurisprudence”. (Tradução: “Com efeito, é uma regra consolidada do nosso direito francês que não pode haver conflito entre duas jurisprudências sucessivas: uma jurisprudência nova se aplica sempre a todos os processos novos, sem que se tome em consideração a data à qual os fatos do processo tenham sido produzidos, e mesmo quando esses fatos sejam anteriores à mudança de jurisprudência”). Esta linha foi seguida pelos mais modernos. Cf. MALLETT, Estêvão. A jurisprudência sempre deve ser aplicada retroativamente? *Revista de Processo*, ano 31, n.133, mar. 2006, p.70. Além disso, as decisões judiciais valem apenas *inter partes*, e então seria normal admitir que fossem retroativas porque seu efeito sistêmico não seria prejudicial senão àqueles envolvidos no litígio, e consequentemente que participaram dos fatos em causa. Essa perspectiva fez com que o tema da retroação da jurisprudência fosse menos estudado no *civil law*. Cf. PROBST, Thomas. *Die Änderung der Rechtsprechung*. *Op.cit.*, p.439-441. As exceções sempre foram as sentenças constitutivas. Muitos autores já entenderam que estas não teriam caráter declaratório, valendo *ex nunc*. Por todos, Cf. KISCH, Wilhelm. *Beiträge zur Urteilslehre*. *Op.cit.*, p.76.

<sup>1714</sup> HESS, Burkhard. *Intertemporales Privatrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1998, p.52 ss; HABSCHIED, Walther J. *Urteilswirkungen und Gesetzesänderungen. Eine rechtsvergleichende Studie*. *Zeitschrift für Zivilprozeß*, ano 78, n.6, 1965, p.413; HELLWIG, Konrad. *Grenzen der Rückwirkung*. *Op.cit.*, p.5.

<sup>1715</sup> Com razão, ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica no direito tributário*. *Op.cit.*, p.521-525.

existiam à época e os indivíduos, conhecendo-as, puderam sim determinar-se de acordo com as alternativas de conduta que se lhes apresentavam à luz do ordenamento. Por conseguinte, quando falamos em sentença declaratória, não estamos propriamente diante de retroação de normas. O fenômeno aqui é diverso, como veremos no tópico seguinte.

#### 9.5.2.3.2 Retroação da estabilidade abrangendo fatos anteriores ao tempo de referência

Anteriormente, ficou assentado que a retroação do espaço de estabilidade depende da análise do tempo de referência dos esquemas de agir argumentativos. Estes esquemas, como visto no Cap.8, compreendem não só o que foi efetivamente discutido, mas também outros elementos não expressamente externados (omissões), por força do efeito preclusivo das alegações que *poderiam* ter composto o contraditório. Caso estes argumentos sejam *posteriormente* trazidos ao Judiciário, a pretexto de permitir a reabertura da discussão sobre o mesmo esquema de agir, o efeito negativo (*ne bis in idem*) pressiona pela sua inadmissibilidade.

Mas, de qualquer forma, aquele tempo de referência, o qual ou foi expressamente alegado e debatido, ou foi omitido voluntariamente (com previsibilidade da vinculação decorrente da inatividade) dizia respeito ao contexto fático precisado pelas partes. Seria possível, por outro lado, pensar que uma cadeia de vinculação produza efeitos retroativos para atingir *fatos anteriores àqueles alegados no esquema argumentativo*? Vale dizer, é possível uma vinculação retroagir a um *tempo de eficácia anterior* à própria alegação e debate de pretensão e defesa? Como lembramos linhas atrás, a estabilidade pode atingir, já no futuro, um ato ou processo em que se pretenda a incorporação da posição estável para resolver conflitos cujo *tempo de referência* seja não apenas pretérito, *mas também anterior ao tempo de referência que formou o próprio esquema de agir estável*.

Tomemos, para facilitar a compreensão e situar o problema, os seguintes exemplos: em uma primeira demanda com pedido de obrigação de não fazer, a ação pretende evitar que o réu ingresse num bem imóvel, vindo a ser julgada procedente sob o argumento de existir direito de propriedade do autor e que haveria violação a tal direito se o demandado descumprisse o *non facere*. A sentença é coberta pela coisa julgada. Posteriormente, descobre-se que o réu havia causado danos no imóvel em *data anterior* ao tempo de referência da discussão no primeiro processo. Nesta hipótese, o fato dos danos precede a declaração judicial transitada em julgado

sobre o dever de abstenção, assim como as conclusões sobre o domínio, constantes da fundamentação. Então, o tempo de referência da cadeia de vínculos que gerou a estabilidade é posterior aos danos. Pergunta-se: a estabilidade do debate sobre as questões referentes à propriedade do bem podem ser usadas na segunda demanda em que se pleiteie indenização pelos prejuízos produzidos em data mais remota?

Outro exemplo: procedente uma demanda reivindicatória, reconhece-se o direito ao reembolso das benfeitorias *posteriores* à citação, e a sentença adquire coisa julgada. No processo seguinte, caso sejam exigidas as benfeitorias realizadas no bem *em momento anterior à litispendência* no primeiro processo, haveria vinculatividade do reconhecimento do domínio, um conteúdo estável da primeira sentença? Ou poderiam ser todas as questões novamente discutidas, inclusive a prova da propriedade?

Vejamos ainda este caso: é ajuizada ação de usucapião cumulada com indenizatória para obtenção do ressarcimento por danos causados pelo réu, atual morador do imóvel. Além dos prejuízos, as partes disputam e discutem se o autor teria adquirido propriedade por conta da posse mansa e pacífica por um determinado tempo, antes do réu ocupar o bem. A demanda é julgada procedente. Após o trânsito em julgado, são revelados outros danos que o réu também tinha causado à coisa *em data anterior aos prejuízos alegados no primeiro processo*. Perguntamos: é possível que a solução da questão da propriedade vincule processo seguinte em que se postule nova indenização?

A questão é polêmica na doutrina. Alguns autores defendem que um julgamento condenatório ou declaratório pode estender sua vinculatividade sobre um tempo pretérito, *mesmo anterior àquele delimitado pelas alegações que geraram a primeira estabilidade*. Outros setores vão contra esta retroação, ao argumento de que a parte poderia ser surpreendida: uma questão que imaginava servir apenas para um determinado objetivo, assume vinculatividade mais ampla e lhe poderá ser oposta com referência a outras parcelas e valores maiores.<sup>1716</sup> Trata-se de argumentação interessante e que impressiona à primeira vista. De fato, se soubesse da possibilidade de que a regra produzida no processo retroagisse vinculando fatos anteriores aos aduzidos, talvez a própria parte os tivesse alegado ou debatido com maior intensidade. A retroatividade sempre reclama tratamento delicado porque toca os direitos de liberdade: o ser humano, que já adotou um comportamento, posteriormente vê uma norma ser aplicada àquela

<sup>1716</sup> RIMMELSPACHER, Bruno. *Materiellrechtlicher Anspruch und Streitgegenstandsprobleme im Zivilprozess*. Op.cit., p.187-193, 214-216.

conduta quando as alternativas de agir já não mais se lhe colocam. Assim, a retroação surpresa reduz ao nada a autonomia individual.

Por outro lado, existem os interesses sistêmicos de coerência nos processos futuros e economia processual, que também devem ser levados em conta. Note-se que, mesmo que os fatos alegados no segundo processo sejam anteriores ao tempo de referência estabilizado, o *próprio segundo processo é posterior* e, portanto, ressaltam também aqui os escopos de preservar a harmonia e coerência nos atos processuais futuros. Então, a questão que se põe parece não girar tanto em torno da possibilidade de retroação, mas da *potencial retroatividade de maneira não esperada ou não previsível*. Neste diapasão, pensamos que os critérios que devem nortear o efeito retroativo são a *vontade externada* dos litigantes ao solicitar a providência judicial e a ausência de vinculações-surpresa para as partes.

#### 9.5.2.4 Critérios para retroação: vontade das partes e impossibilidade de vinculações-surpresa. A cláusula *rebus sic stantibus* ao inverso

A primeira restrição que entendemos cabível à hipótese é a expressa *vontade dos litigantes* em determinar, no que tange ao tempo de referência, a norma a ser produzida.

Esta delimitação pode ficar clara a partir de uma leitura da argumentação jurídica dos litigantes, e neste caso não apresentará maiores dificuldades: toda vez que puder ser prontamente extraída, do conteúdo das alegações, a vontade dos litigantes de restringir a vinculação apenas a um determinado período, não haverá qualquer retroação a tempos de referência anteriores.

E a expressa manifestação para delimitar temporalmente o debate e a vinculação a ser produzida ficará ainda *mais evidenciada* se estiver *expressamente contida no pedido*, o que denota a vontade do autor não apenas de argumentar em torno daquele tempo de referência, mas também no sentido de que a estabilidade se restrinja a um período preciso. Isso ocorre quando o autor pede para que o juiz fixe juros “desde de tal data”, ou quando são postuladas verbas rescisórias ou atualização de uma prestação a partir de certo momento. Se o autor formular pedido “a contar da petição inicial”, p.ex., a litispendência será o limite de retroação em respeito à vontade externada. Cabe frisar que a limitação não precisa necessariamente constar do pedido, podendo ser inferida da argumentação. Porém, o pedido expresso torna mais indubitosa a vontade da parte.

Do lado do réu, também é sua vontade expressamente externada que delimitará a estabilidade. Todavia, nem sempre o réu formula pedido em sentido técnico, o que se restringe à reconvenção, ação declaratória incidental e as hipóteses de pedido contraposto ou ações dúplices. Bom, como sustentamos a inserção das defesas do réu (objeções e exceções) nos esquemas argumentativos, desde que sejam condicionantes do debate, devemos concluir que a vontade do demandado em restringir os limites temporais da estabilidade a um tempo de referência determinado poderá ser extraída também da motivação de seus atos, e se as exceções e objeções do réu referem-se apenas a um intervalo temporal preciso (p.ex., juro apenas para um período), não impedirão discussões posteriores em relação a outros períodos.<sup>1717</sup>

Porém, se não se observar qualquer limitação à retroatividade do esquema argumentativo decorrente da vontade da parte, vale dizer, se nada for mencionado (se as partes se omitem a este respeito), como ocorre na maioria dos casos, de regra poderia haver retroação a tempos de referência anteriores, pois entram em cena outras considerações publicistas não ofensivas ao princípio dispositivo. Sem embargo, no espaço em que os litigantes se omitem em delimitar a atuação judicial, não há violação à condução do processo dentro dos cânones de eficiência, harmonia entre julgamentos, duração razoável, economia processual, e toda a principiologia do processo contemporâneo.

Então, a preocupação que resta, para que não haja ofensa ao contraditório, é que as partes não sejam surpreendidas. De fato, violaria o direito de consideração, próprio da influência reflexiva (que leva em conta os argumentos dos demais sujeitos), sustentar que o espaço de estabilidade pudesse atingir períodos anteriores não debatidos ou cuja abrangência não fosse previsível para os litigantes.

Como visto, essa imprevisibilidade pode ser extraída, para a ultratividade, quando houver um desenvolvimento ou evolução não esperados dos elementos debatidos no esquema de agir estabilizado. Todavia, se houver uma constância na projeção temporal do esquema argumentativo, admite-se ter sido previsível para os litigantes que a estabilidade pudesse abranger outros períodos.

No caso ora examinado, de *projeção retrospectiva a tempo de eficácia pretérito*, se as partes puderam debater amplamente também aquela janela temporal, então as ocorrências anteriores podem ser consideradas como compreendidas no mesmo esquema argumentativo.

---

<sup>1717</sup> SCHWANDER, Daniel. *Die objektive Reichweite der materiellen Rechtskraft...Op.cit.*, p.126.



Neste sentido, alguns sustentam, com razão, que para não haver surpresa para as partes, um bom critério norteador seria aplicar a cláusula *rebus sic stantibus* “ao inverso”: ao projetar a conclusão da decisão retrospectivamente na linha temporal, o efeito positivo da estabilidade poderia retroagir para abranger eventos anteriores àqueles expressamente alegados e discutidos *se e enquanto que* se mantiver aquela configuração fática e jurídica do esquema argumentativo estabilizado.<sup>1718</sup>

Desta maneira, ao mesmo tempo em que não haveria decisões de “terceira via” ou vinculações-surpresa sem consideração do debate, de outro lado não estaríamos ligando totalmente os limites temporais das estabilidades ao *Streitgegenstand* (o pedido). Mantêm-se as premissas aqui defendidas, de que devem ser considerados também aspectos sistêmicos no interesse público.

#### **9.6 O outro extremo do tempo no consequente: tempo de eficácia até quando? A quebra ou revisão da estabilidade**

Falemos agora do outro extremo do intervalo de permanência: estabilidade até quando? Aqui devemos pensar na questão da *necessidade de superação da estabilidade*.

A abertura do Estado à inovação, e com ela a releitura das funções jurisdicionais, dependem da reformulação de seus instrumentos decisórios, para que o Poder Judiciário possa resolver os conflitos em um contexto no qual alterações de posições jurídicas estáveis se demonstrem necessárias.<sup>1719</sup>

De fato, com a mudança do paradigma da segurança jurídica dos atos processuais, que deixa de ser baseada na imutabilidade e passa a girar em torno do conceito de continuidade, os tribunais devem buscar mecanismos preventivos e compensatórios não só para assegurar o controle da continuidade tendencial, como também para atenuar os prejuízos da mudança caso a quebra de estabilidade revele-se a solução adequada.

Como vimos anteriormente, a continuidade jurídica pretende manter a duração das cadeias de vínculos de forma a preservar a estabilidade e emprestar uma relativa previsibilidade ao tráfego jurídico; o dinamismo do modelo aqui proposto, partindo da segurança-continuidade,

<sup>1718</sup> HACKSPIEL, Sabine. *Die Wirkung der Rechtskraft in die Vergangenheit*. *Op.cit.*, p.1149-1150. Confira-se também SCHWANDER, Daniel. *Die objektive Reichweite der materiellen Rechtskraft...**Op.cit.*, p.124-125.

<sup>1719</sup> É a acertada conclusão de HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. *Ermöglichung von Flexibilität und Innovationsoffenheit im Verwaltungsrecht*. *Op.cit.*, p.13-14.

fomenta a coerência e a constância sistêmica no tempo. Não obstante, com o transcurso da vida, novos dados, novos elementos, novos conhecimentos sobre circunstâncias anteriores vão sendo obtidos e devem ser de alguma maneira acomodados no sistema. Estes novos elementos por vezes introduzem alguma medida de inconsistência ou incoerência, sobretudo quando são interferentes em posições estáveis. Portanto, o sistema deve possuir instrumentos para oferecer espaço para essa acomodação, fomentando mudanças cujo impacto seja o menor possível.<sup>1720</sup>

Todavia, nesse cenário, seria errado pensar que, ao utilizarmos a continuidade, estaríamos abdicando da segurança jurídica. A continuidade deve *refinar* o pensamento das estabilidades, não “facilitar” ou reduzir a segurança.<sup>1721</sup> Bom, então como atuar a segurança, através do princípio da continuidade, se este não impede a mudança?

No contexto da continuidade, a segurança é garantida em dois momentos. Primeiramente, no exame da *necessidade de modificação regulativa*, pela imposição de um *ônus de argumentação* maior para a quebra de estabilidade; e posteriormente, caso a força *prima facie* da permanência seja rompida, a continuidade atua para *eliminar* ou *reduzir* o impacto da alteração.

Destes dois aspectos trataremos nos tópicos seguintes. Dividiremos o exame em admissibilidade e mérito no pedido atípico de quebra da estabilidade, uma divisão que torna mais racional e controlável o procedimento. Além disso, os tradicionais mecanismos de quebra ou superação das estabilidades, como a ação rescisória em relação à coisa julgada, historicamente também compreendem duas grandes fases de apreciação, a admissibilidade e mérito do pedido revisional.<sup>1722</sup> E este também é um formato defendido por todos aqueles que sustentam a existência de uma ação genérica de desconsideração ou revogação da estabilidade.<sup>1723</sup>

E assim também deve ser a análise no campo da segurança-continuidade, seja por instrumentos revisionais típicos ou atípicos.

## 9.6.1 Admissibilidade

### 9.6.1.1 Mecanismos processuais possíveis

<sup>1720</sup> Sobre o conservativismo epistemológico e seu papel na coerência sistêmica, Cf. PECZENIK, Alexander. *Certainty or coherence?* *Op.cit.*, p.162-163.

<sup>1721</sup> LEISNER, Anna. *Kontinuität als Verfassungsprinzip...*, *Op.cit.*, p.645: “*verfeinen, nicht vereinfachen*”.

<sup>1722</sup> Neste sentido, KAPPEL, Christian. *Die Klageabweisung ‘zur Zeit’*. *Op.cit.*, p.41 ss.

<sup>1723</sup> Assim, por todos, confira-se o raciocínio de COUTURE, Eduardo J. *La acción revocatoria de la cosa juzgada fraudulenta*. *Op.cit.*, p.112.

Pelo que ficou assentado no Cap.1, quando então realizamos uma descrição dos principais mecanismos de revisão da coisa julgada e das preclusões, ficou assentado que estes instrumentos podem ser típicos ou atípicos.

Ao pensarmos num modelo de estabilidades mais amplo e baseado na segurança-continuidade, deve-se mencionar, ainda que brevemente, os meios de superação da força *prima facie* da estabilidade, quando sua alteração for necessária pela incorporação de novos conteúdos suficientes para justificar a modificação do esquema argumentativo estabilizado.

No Brasil, alguns autores tentam pregar uma ampliação dos mecanismos revisionais. No entanto, ainda estão parcialmente apegados à tipicidade da rescisória, e assim buscam alargar suas hipóteses legais de cabimento por raciocínios analógicos ou interpretação extensiva da lei.<sup>1724</sup> De fato, não obstante o seu caráter excepcional e a proibição de ampliação analógica, parte da doutrina admite interpretação extensiva dos incisos ao art.485 do CPC para dar-lhes o correto alcance teleológico.<sup>1725</sup>

É frequente também a proposta de uma diversa maneira de compreender o termo *a quo* do prazo decadencial para ajuizamento da ação rescisória. Este prazo na legislação brasileira é de dois anos a contar do trânsito em julgado, considerado curto por muitos autores, que sugerem a possibilidade de uma diversa compreensão do seu termo *a quo*, o qual, como em institutos similares no direito comparado, poderia ser a *ciência* do elemento novo.<sup>1726</sup> Sustenta-se também que só se poderia contar o prazo a partir de um momento posterior ao trânsito em julgado porque somente neste momento o litigante *poderia* ter ajuizado a demanda. Trata-se de critério respaldado no art.183 do CPC, que relaciona o descumprimento de prazos à vontade da parte.<sup>1727</sup>

Portanto, já se via o embrião da discussão sobre se seria cabível estender o campo de aplicação da ação rescisória para outras hipóteses, dentro da mesma moldura legal, através de soluções interpretativas.<sup>1728</sup> Porém, na atualidade, e esta talvez seja a maior virtude da tese da “relativização da coisa julgada”, a questão mais debatida em torno do tema é em que medida seria

<sup>1724</sup> LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Coisa julgada. Conteúdo e efeitos da sentença. Sentença inconstitucional e embargos à execução contra a Fazenda Pública. Op.cit.*, p.47.

<sup>1725</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil. Op.cit.*, p.155.

<sup>1726</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo. Op.cit.*, p.53-54. DANTAS, Marcelo Buzaglo. *Relativizar ou não relativizar (a coisa julgada material)? eis a questão. Op.cit.*, p.201. Confirma-se o voto do Min.Luiz Fux no RE nº 363.889-DF, Rel.Min.Dias Toffoli, j.07.04.2011.

<sup>1727</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada. Op.cit.*, p.204 ss. Não se trata apenas de uma aspiração doutrinária. Também no Congresso Nacional tramitam projetos de lei no sentido de flexibilizar e ampliar a rescisória. Confirmam-se os PL n.7111/10, do Dep.Carlos Bezerra (PMDB-MT), e PL n.203/07, Dep.Sandes Junior (PP-GO).

<sup>1728</sup> TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão. Op.cit.*, p.143.

possível *dispensar a rescisória* em certos casos, autorizando uma *quebra atípica* das estabilidades.<sup>1729</sup>

Com efeito, no Brasil, a evolução histórica de mecanismos atípicos, e a quantidade de instrumentos que esta caminhada produziu (mesmo em caráter excepcional), sugerem uma maior suscetibilidade a admitir, em nosso sistema, uma *ação autônoma de revisão das estabilidades*, ao lado da ação rescisória.<sup>1730</sup> Ademais, se pensamos ser a preclusão o formato geral das estabilidades, e sendo a quebra da preclusão atípica, não vemos qualquer problema em admitir instrumentos não expressos para superação de posições estáveis. Aliás, como vimos no Cap.4, há muitos autores que sustentam, com razão, que os mecanismos de quebra da coisa julgada e da preclusão podem ser fundidos ou ao menos operar de maneira conjunta.

Assim, temos que a ação rescisória não é e nem pode ser o único instrumento de superação de estabilidade, e portanto a discussão sobre quais seriam os mecanismos rescisórios perde grande parte de sua relevância. No modelo aqui proposto, mais importante nos parece fornecer critérios e métodos para implementar a quebra e proteger a segurança jurídica do que debater a tipicidade dos meios admissíveis.

#### 9.6.1.2 A questão da competência

Ainda que se admita uma ação revisional atípica para superação da estabilidade, qual seria o órgão competente para processo e julgamento desta demanda?

No que tange à competência, uma de duas soluções terá que ser adotada. A primeira delas é atribuir competência ao juízo de primeiro grau, com os inconvenientes naturais observados quando a decisão transitada em julgado for de tribunal de instância superior (o que ocorre p.ex. na oposição à coisa julgada em execução).<sup>1731</sup> Nestes casos, um juízo de primeiro grau poderá desfazer a estabilidade adquirida por um acórdão dos tribunais superiores.<sup>1732</sup>

<sup>1729</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material)*. *Op.cit.*, p.15.

<sup>1730</sup> Como salienta TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. *Op.cit.*, p.276-277.

<sup>1731</sup> Contra a possibilidade de oposição à coisa julgada em execução, Cf.GÓES, Gisele Santos Fernandes. *A 'relativização' da coisa julgada: exame crítico (exposição de um ponto de vista contrário)*. *Op.cit.*, p.258. Assim decidiu o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, em decisão muito dividida, no julgamento da Petição nº 2004.02.01.011770-3, Rel. Juiz Federal Convocado Marcelo Pereira, j.05.03.2009.

<sup>1732</sup> Já houve época em que, na nossa legislação processual, existia a figura dos “embargos remetidos” (como nos arts. 577 e 583 do Regulamento n.737/1850, bem como na fase dos Códigos Estaduais): os embargos tinham algumas hipóteses de clara função rescisória, e nestes casos, o juiz dos embargos remetia-os para julgamento no órgão superior onde havia sido proferido o julgamento que gerou o título impugnado. Tal solução, conquanto engenhosa e teoricamente perfeita, tem tido sua aplicação

A segunda possibilidade é conferir competência a órgãos de instância superior para a apreciação destas demandas revisionais atípicas. Nesta alternativa, poder-se-ia argumentar que estaríamos ampliando a competência originária dos tribunais, o que poderia afrontar inclusive a Constituição da República quando estivermos diante de competência originária dos tribunais superiores, sabidamente *numerus clausus*. Talamini defende, em nosso entender com razão, que não se trata de alargar a competência dos tribunais, mas tão somente *reconhecer o caráter rescisório da demanda revisional*, e portanto *preservar* a competência daqueles tribunais. Neste sentido, a previsão legal expressa de uma regra de competência para a rescisória abrangeria a atribuição para apreciar quaisquer demandas que pretendam rever decisões daqueles tribunais acobertadas pela coisa julgada.<sup>1733</sup> Este formato resolveria também o problema de competência não apenas para a rescisão, mas para o juízo de rejuízo (*iudicium rescissorium*).

Em suma, o que aqui queremos sustentar é que, quando houver no sistema regra de competência que sugira a exigência do legislador de que a revisão de estabilidades seja processada por juízos especializados ou de instâncias superiores, esta competência deve ser preservada. Apenas quando nada estiver expresso na lei, a demanda revisional pode ser ajuizada na primeira instância.<sup>1734</sup> No Brasil, como existem diversas normas, inclusive constitucionais, que preveem a competência originária para a rescisória, a ação revisional genérica, com efeitos análogos à rescisória, tem que respeitar estas regras.

#### 9.6.1.3 Inexistência de comportamento causalmente relevante da parte que pleiteia a revisão

Outro filtro que deve ser verificado no juízo de admissibilidade é a inexistência de condutas praticadas pelo próprio requerente logicamente incompatíveis com a revisão da estabilidade pleiteada.

Assim ocorre na interpretação do inciso VII do art.485 do CPC. Para poder propor ação rescisória com base na descoberta de documento novo, a parte tem que demonstrar que não foi possível a apresentação daquele elemento de prova no processo em que produzida a sentença rescindenda, por razões alheias à sua vontade.

---

rechaçada na doutrina por ausência de previsão legislativa no ordenamento atual. Cf.TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. *Op.cit.*, p.469.

<sup>1733</sup> *Ibidem*, p.639.

<sup>1734</sup> Em sentido semelhante, pela imprescindibilidade da rescisória, PORTO, Sérgio Gilberto. *Cidadania processual e relativização da coisa julgada*. *Op.cit.*, p.30.

O mesmo já sustentamos no que tange à Sum.514 do STF. Quando baseada em fundamento que pudesse ter sido alegado na esfera recursal (antes do trânsito em julgado), a rescisão só será cabível se observada a boa-fé, como p.ex. se a alegação não era conhecida ou não era previsível para o litigante.

Trata-se de concepção que pode ser para cá transposta, até porque consentânea com o vetor de boa-fé, e presente também em outros institutos referentes à mudança de posições jurídicas estáveis.<sup>1735</sup>

#### 9.6.1.4 Aplicando a continuidade jurídica: técnicas e métodos

Em razão da pressão apriorística que a continuidade exerce para a manutenção da estabilidade, é natural pensarmos em *barreiras à revisão*, já que mesmo este formato mais fluido de segurança jurídica exige alguma forma de permanência do *status quo*.

Com efeito, mesmo na perspectiva tradicional da coisa julgada, sempre se compreendeu a superação da *res iudicata* como uma exceção. Até os defensores da tese da “relativização”, mais liberais em relação à segurança, afirmam o caráter excepcional de tal flexibilização.<sup>1736</sup>

E aqui não seria diferente. Ainda que propondo um modelo de alterabilidade potencial das estabilidades, o aspecto objetivo da previsibilidade (que é um componente da continuidade) impõe a *duração* dos atos jurídicos estáveis, uma permanência tendencial que aponta para a sua força *prima facie*. Essa prevalência evidentemente não é intransponível, até porque a continuidade, como alternativa dinâmica à imutabilidade, não impede as modificações normativas. No entanto, para que seja superada a força *prima facie* da estabilidade, critérios rigorosos devem ser estabelecidos *para que não seja banalizada a alteração*, que deve sempre ser concebida no sistema como uma medida extraordinária.<sup>1737</sup>

<sup>1735</sup> De fato, no campo da cláusula *rebus sic stantibus*, também se entende que é um requisito para sua aplicação a inexistência de conduta culposa, por parte do contratante que a invoca, na alteração do ambiente objetivo existente ao tempo da formação do contrato.

<sup>1736</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Relativizar a coisa julgada material*. *Op.cit.*, p.23 e 32; CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Desconsideração da coisa julgada. Sentença inconstitucional*. *Op.cit.*, p.234-235; THEODORO JR., Humberto e FARIA, Juliana Cordeiro de. *O tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passada em julgado*. *Op.cit.*, p.19-20; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Bens sujeitos à proteção do Direito Processual Constitucional*, *Op.cit.*, p.286.-287.

<sup>1737</sup> Até porque o próprio STF já declarou inconstitucionais, por ofensa ao devido processo legal, decisões que subvertem ou afrontam a ordem dos procedimentos a ponto de reduzir a zero ou ferir garantias processuais fundamentais. RE n° 154.159-PR, Rel.Min. Marco Aurélio, j.10.06.1996; RE n° 252.245-PR, Rel.Min. Carlos Velloso, j.14.11.2000; RE n° 242.064-SC, Rel.Min. Marco Aurélio, j.14.11.2000

E o controle da quebra de estabilidade, incorporando o formato contemporâneo da segurança jurídica,<sup>1738</sup> pode ser baseado em técnicas variadas, algumas de viés procedimental e outras de caráter material.

#### 9.6.1.4.1 Controle do procedimento da continuidade: permanência tendencial e ônus argumentativo

Como vimos no Cap.4, a continuidade, ao contrário do princípio da proteção da confiança, não impõe a manutenção eterna de posições jurídicas estáveis. Ao contrário, a continuidade jurídica é conciliável com a mudança.

Assim, a permanência decorrente da continuidade é meramente tendencial, consistindo em uma força *prima facie* em favor de sua manutenção; e a inversão desta força só será possível por um empuxo em sentido contrário.

Com efeito, a continuidade *prima facie* inflige algum tipo de constrangimento ou resistência natural à sua superação. E o que define o grau necessário para a quebra é o modo de sua aplicação, o procedimento.<sup>1739</sup> Então, o desfazimento de um ato estável deve ser precedido de um exame cauteloso da *necessidade da alteração*.<sup>1740</sup>

Nesse contexto, a aplicação da segurança-continuidade pode ser operada por requisitos procedimentais que aumentem a racionalidade e controlabilidade concreta do modelo. E o filtro que entendemos ser adequado para implementar este controle é o *ônus argumentativo* (*Argumentationslast*).

Trata-se de uma *pressão de fundamentação para inverter a preferência normativa sistêmica pela estabilidade*. Sem embargo, no contexto da continuidade, a permanência da posição estável é apenas apriorística ou *prima facie*, ou seja, não há estabilidades absolutas ou inalteráveis, podendo ser invertidas no caso concreto. Todavia, posto que não definitivas, as estabilidades têm o efeito de impor um peso argumentativo em prol de sua manutenção. Aquele que pretender infirmar ou desfazer a prioridade *prima facie* terá sobre ele um fardo que o obriga a

<sup>1738</sup> SCHWEIZER, Rainer J. *Die Prüfung der Notwendigkeit neuer Erlasse*, in KLUG, U., RAMM, Th., RITTNER, F.; SCHMIEDEL, B. (Eds.). *Gesetzgebungstheorie, Juristische Logik, Zivil- und Prozessrecht. Gedächtnisschrift für Jürgen Rüdig*. Berlin: Springer, 1978, p.69-70.

<sup>1739</sup> Cf.ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica no direito tributário*. *Op.cit.*, p.660 e ss.

<sup>1740</sup> No campo da atividade legislativa, já se fala num requisito de necessidade para edição de novas normas ou alteração das regras existentes. Por razões de economia e segurança, uma atividade normativa desnecessária deveria ser evitada. Cf.SCHWEIZER, Rainer J. *Die Prüfung der Notwendigkeit neuer Erlasse*. *Op.cit.*, p.66 e ss.

um esforço de justificação mais acentuado, a formulação de “razões mais fortes” para inverter, no caso concreto, o fluxo direcional da continuidade.<sup>1741</sup>

A exigência de ônus argumentativo para romper a estabilidade é consequência de um aspecto anteriormente salientado, referente à controlabilidade e racionalidade do procedimento decisório, onde o formato aplicativo da continuidade jurídica é muito mais adequado que outras maneiras estáticas de proteção da segurança (como os direitos adquiridos ou a coisa julgada). E o meio procedimental que implementa a segurança na definição da necessidade da quebra da estabilidade é a fundamentação,<sup>1742</sup> porque a argumentação reduz o campo da discricionariedade e, conseqüentemente, o risco de arbítrio na superação de posições estáveis. De fato, o ônus argumentativo permite *testar as conclusões judiciais* num controle operado pela motivação dos atos do processo, primacial para assegurar o exame crítico da racionalidade das escolhas e vinculações assumidas pelos litigantes e pelo juízo.

Trata-se de uma clara vantagem dogmática, tanto sobre o raciocínio clássico da imutabilidade (que desprezava a argumentação, o dinamismo do debate), quanto sobre a tese da relativização da coisa julgada (onde a quebra se fundamenta com baixo grau de densidade teórica e sem cientificidade de critérios).

Além disso, por ser uma técnica procedimental, vemos que o ônus argumentativo faz com que o raciocínio para a superação da estabilidade dependa não apenas dos princípios e valores envolvidos, mas também do *grau de racionalidade da própria argumentação da quebra*.<sup>1743</sup> A prioridade *prima facie* das estabilidades se une à força das razões judiciais do procedimento de revisão. O ônus argumentativo, portanto, cai como uma luva no apelo casuístico da continuidade jurídica e na concreção que os esquemas argumentativos exigem, evitando as generalizações do *Streitgegenstand* que desconsideram as particularidades do debate processual, único e singular em cada hipótese.

Por outro lado, a pressão por uma maior fundamentação, por sua propensão ao convencimento dos litigantes, diminui o sentimento de frustração e injustiça, legitimando a

<sup>1741</sup> Ao inverso, quando se pretende manter a estabilidade, existe um relaxamento em favor do sujeito que argumenta. Em sentido similar, vimos no Cap.3 que, no processo russo, entende-se que a estabilidade processual gera uma desnecessidade de prova sobre as prejudiciais em processos posteriores. Cf. ALEXY, Robert. *Individuelle Rechte und kollektive Güter, in Recht, Vernunft, Diskurs*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, p.260-261; *Idem*. On balancing and subsumption. A structural comparison. *Ratio Juris*, vol. 16, nº 4, p. 437, dez. 2003; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios...* *Op. cit.*, p. 73-76 e 119-120.

<sup>1742</sup> LÜCKE, Jörg. *Begründungszwang und Verfassung*. *Op.cit.*, p.92-94.

<sup>1743</sup> LEISNER, Anna. *Kontinuität als Verfassungsprinzip...*, *Op.cit.*, p.176.



ruptura da estabilidade e conseguindo, em alguma medida, conciliar praticamente justiça e segurança.<sup>1744</sup>

Uma importante consequência deste método do ônus argumentativo é que a quebra de estabilidade deve ser *requerida e justificada especificadamente*. Neste sentido, ainda que não partam das premissas adotadas nesta tese, certos autores estrangeiros têm exigido um ônus de alegação *também para as partes* quando estas requererem a superação da estabilidade: há que se argumentar de forma *mais acentuada* em torno da necessidade da quebra e da inversão da força *prima facie* da continuidade.<sup>1745</sup> Vale dizer, não é possível nem que o juiz implemente uma superação de estabilidade *ope iudicis*, nem tampouco se lhe autoriza cognição de ofício sobre os motivos que possam levar à quebra. A impossibilidade de conhecimento *ex officio* deriva da força *prima facie* da estabilidade e da excepcionalidade do meio revisório. De outro lado, caso a parte não se tenha desincumbido do ônus argumentativo, vale dizer, se o requerimento de superação da estabilidade não contiver uma reforçada fundamentação a respeito da necessidade de rompimento da posição estável, o juiz pode rejeitá-lo liminarmente.

Veja-se que, ao exigirmos força argumentativa também dos requerentes (não apenas do juiz), fomenta-se a utilização correta dos instrumentos rescisórios e se visualiza melhor o uso abusivo das possibilidades de revisão, algo essencial para a sanção ao comportamento antiético e que terá efeitos dissuasivos importantes num sistema processual baseado na segurança-continuidade.

O ônus argumentativo, porém, deve ser aferido não apenas do pedido de revisão, como também da fundamentação de *todos os atos do procedimento de quebra*. A excepcionalidade do meio e as demais justificativas para a superação devem ser detalhadamente expressas no pedido do requerente, e assim serão introduzidas no debate, podendo ser confrontadas pelo réu e apreciadas na decisão judicial sobre a superação da estabilidade, *projetando o ônus de fundamentação* para todas as demais manifestações dos sujeitos do processo. Dessa maneira, o ônus argumentativo assegura a participação inclusiva das partes e do juiz não apenas na formação da estabilidade, mas também no procedimento para sua superação. Esta fundamentação maior deve ser observada no esquema argumentativo do próprio procedimento de quebra, ou seja, não é uma justificação mais acentuada apenas de um dos atos processuais (como a sentença ou o pedido de superação), mas do seu conjunto.

<sup>1744</sup> ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança...* Op.cit., p.217-220.

<sup>1745</sup> CONDE, João Correia. *O 'mito do caso julgado' e a revisão propter nova*. Op.cit., p.375 e ss, 604, 609-611.

Por conseguinte, a exigência de maior justificativa une-se também à concepção contemporânea de contraditório como influência, mesclando expressão e consideração, o eu e o outro, todos agregados ao debate como sujeitos coprodutores da estabilidade e corresponsáveis por sua superação.

#### 9.6.1.4.2 Empate argumentativo: *in dubio pro continuitate*? A plausibilidade das alegações e a projeção de êxito do procedimento de quebra

Alguns autores, baseados no conservativismo, sugerem haver uma regra *in dubio pro status quo* ou ainda *in dubio pro continuitate*: a continuidade prevaleceria em casos neutros de valores,<sup>1746</sup> ou em casos em que houvesse um “empate argumentativo”. Na igualdade de razões a favor e contra a superação, deveria ser mantida a posição estável.<sup>1747</sup> Outros, em sentido contrário, afirmam que tal precedência ou prevalência não existiria no direito contemporâneo porque o ordenamento estatal deve estar sempre aberto às inovações. O que o Estado de Direito e a segurança jurídica exigem é a transição suave para a nova posição estável.<sup>1748</sup>

Em nossa opinião, não há um princípio de manutenção do *status quo* até porque a aplicação da continuidade jurídica não impede a mudança da posição estável, podendo seguir-se medidas de transição. Com efeito, quando se concluir no sentido de que está autorizada a revisão ou alteração da posição estável, a continuidade atuará de maneira a reduzir o impacto que a ruptura da constância poderia causar. Trata-se de construir “pontes” de continuidade entre os dois regimentos, atuando os objetivos de consistência e suavidade nas alterações de estabilidade.

Portanto, mesmo que haja um empate ou predominância mínima das razões a favor e contra a alteração, não se segue um resultado automático de manutenção do *status quo*: a argumentação concreta permitirá decidir pela quebra ou manutenção da posição estável, desde que justificadamente.

Talvez o exame do *in dubio pro continuitate* esteja melhor posicionado nas discussões sobre o *grau de probabilidade* da aptidão do *novum* para a alteração da posição estável requerida.

<sup>1746</sup> G.REINICKE e D.REINICKE. *Zum Vertrauensschutz auf eine ständige Rechtsprechung*. *Op.cit.*, p.325.

<sup>1747</sup> O Tribunal Superior do Trabalho alemão (*Bundesarbeitsgericht*) já afirmou existir um princípio *in dubio pro continuitate*. Confira-se o que ficou assentado em BAGE 12, 278, (284): “*Wenn in einer Rechtsfrage für die eine wie für die andere Antwort gute Gründe spechen, so soll ein oberes Bundesgericht, das die Frage bereits in einer früheren Entscheidung in dem Sinne beantwortet hat, von seiner Rechtsprechung nicht abweichen.*” (Tradução: “Quando em uma questão jurídica existirem boas razões a favor de uma ou outra resposta, um Tribunal Federal que tenha se manifestado sobre a questão em uma decisão anterior não deve afastar-se de sua jurisprudência”).

<sup>1748</sup> PIEROTH, Bodo. *Rückwirkung und Übergangsrecht*. *Op.cit.*, p.151.

Interpreta-se favoravelmente à constância ou em favor da mudança? Alguns autores exigem alta probabilidade de que os elementos novos possam levar a um conteúdo diferente daquele estabilizado; outros dizem que uma mera possibilidade ou aptidão seriam suficientes, pois os objetivos sistêmicos da regra *in dubio pro continuitate* seriam *evitar liminarmente as postulações sem qualquer chance de êxito*, mas não limitar a revisão às hipóteses de alta probabilidade de sucesso.<sup>1749</sup>

Em consonância com a pressão *prima facie* que a continuidade jurídica exerce para a mudança, ficamos com a primeira opção: os elementos novos devem ofertar um grau de probabilidade qualificado, algo além de uma mera possibilidade de alteração do conteúdo estável. Para que o procedimento revisional seja admitido, deve-se observar a *plausibilidade de êxito*.

#### 9.6.1.4.3 Alguns critérios: intensidade estrutural e temporal da mudança

Ainda que o exame da superação só possa ser casuístico, algumas palavras podem ser esboçadas, à guisa de critério, para mostrar quando a quebra de estabilidade deva ser mais justificada.

Deve-se buscar, em linhas gerais, um equilíbrio entre as razões para a mudança e a intensidade da alteração exigida.<sup>1750</sup> Em regra, quanto mais se pretender afastar da posição estável, mais cresce a força que deve ter a fundamentação da superação.<sup>1751</sup>

Porém, a mudança da estabilidade pode ser muito drástica ou de pequena dimensão; e a grandeza com que será implementada poderá ser graduada estrutural e temporalmente. De fato, pode haver uma pequena mudança estrutural mas operada abruptamente, assim como pode ocorrer alteração aguda no conteúdo estável que venha a ser executada no compasso ideal para permitir adaptações. Assim, devemos ter em conta não apenas a *configuração morfológica* ou *estrutural* da mudança, mas também seu *ritmo*; são duas constatações diversas mas relacionadas, sendo certo que a intensidade de uma pode compensar a da outra, autorizando a modificação: quanto maior o ritmo da mudança, menor deve ser a alteração estrutural, e vice-versa.<sup>1752</sup>

<sup>1749</sup> CONDE, João Correia. *O 'mito do caso julgado' e a revisão propter nova*. *Op.cit.*, p.368-373, e mesmo no processo penal, o que demonstra que a questão independe dos interesses em jogo.

<sup>1750</sup> LEISNER, Anna. *Kontinuität als Verfassungsprinzip....* *Op.cit.*, p.348.

<sup>1751</sup> ASCHKE, Manfred. *Übergangsregelungen als verfassungsrechtliches Problem*. *Op.cit.*, p.84; LEISNER-EGENSPERGER, Anna. *Kontinuitätsgewähr in der Finanzrechtsprechung*. *Op.cit.*, p.207.

<sup>1752</sup> LEISNER, Anna. *Kontinuität als Verfassungsprinzip....* *Op.cit.*, p.426.

Além disso, outro norte que pode ser esboçado para a aplicação do ônus argumentativo é o progressivo aumento na exigência de fundamentação diretamente proporcional ao período de tempo em que a estabilidade perdura. É que a questão temporal é muito importante para a segurança-continuidade: se a posição está há muito tempo estabilizada, a duração é um fator em si mesmo a presumir a desnecessidade da mudança.<sup>1753</sup> Trata-se do mesmo problema da relação entre costume e lei: o tempo tem uma *força legitimante* porque uma prática exercitada por longos períodos tem uma *pressão de conformidade*, tendendo a ser mais facilmente aceita ou não contestada do que uma inovação.<sup>1754</sup>

Neste sentido, também é relevante tomar o fator tempo na preservação das expectativas: quanto maior fora a afetação aos planos de longo prazo, maior o grau de racionalidade exigido na avaliação de sua revisão. Isso porque, quanto mais tempo decorre do momento de consolidação da estabilidade até a sua alteração, mais prolongada se revela a estabilidade, fortalecida não só pela confiança depositada pelos indivíduos na sua permanência, como também pelo reforço do tráfego jurídico naquele ponto, pois os planejamentos e as atividades humanas são baseados há mais tempo naquele específico contexto estabilizado.<sup>1755</sup>

## 9.6.2 Mérito do pedido revisional

### 9.6.2.1 O problema da recondução a debates constitucionais: contra critérios fundados na dignidade humana ou no interesse público

Outra preocupação que se insere nas primeiras reflexões sobre os critérios a desenvolver diz respeito à recondução do debate a princípios constitucionais. Como visto nas teorias sobre a “relativização da coisa julgada”, parte da doutrina infere uma colisão de valores ou princípios previstos na Constituição da República: de um lado, a segurança jurídica e a cláusula do Estado de Direito; de outro, princípios ou direitos de igual hierarquia normativa, como a moralidade administrativa, a probidade, a dignidade da pessoa humana.

Somos frontalmente contrários à utilização destes critérios constitucionais. Em primeiro lugar, se todas as matérias tendem a encontrar, numa constituição analítica como a nossa, alguma

<sup>1753</sup> *Ibidem*, p.633-634.

<sup>1754</sup> WÜRTEMBERGER, Thomas. *Zeitgeist und Recht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1987, p.205-206.

<sup>1755</sup> COING, Helmut. *Grundzüge der Rechtsphilosophie. Op.cit.*, p.149; SOBOTA, Katharina. *Das Prinzip Rechtsstaat. Op.cit.*, p.165.

matriz constitucional, ao fim e ao cabo seriam limites muito tênues que definiriam, talvez com arbítrio e sujeitos às paixões, quando a estabilidade deveria ser mantida ou rompida. Ademais, deve-se ter em conta que, num ambiente constitucional pleno de cláusulas gerais, e dada a “textura aberta” de muitas das normas da Constituição de 1988, reconduzir a questão ao patamar constitucional poderia levar à conclusão de uma fluidez de parâmetros. É o que ocorre com o “interesse público” (como nas ações de desapropriação) e a “dignidade da pessoa humana” (como na hipótese clássica do DNA). Vejamos cada um deles.

Comumente, e desde o direito romano, o fundamento da coisa julgada é justificado no interesse público.<sup>1756</sup> Talvez por este motivo, muitos dos defensores das teses da “relativização da coisa julgada” sustentam que também sua resistência temporal deveria levar em consideração o interesse público.

Temos que o conceito de interesse público é impreciso e, além de permitir inserções ideológicas, é demasiadamente aberto para abarcar qualquer justificativa para a quebra de estabilidade. Como exposto no Cap.3, nos sistemas processuais socialistas, a grande permeabilidade para a revisão da sentença estável decorre do amplo sentido atribuído ao interesse público, por vezes autoritariamente confundido com o interesse do Estado. Aliás, episódios históricos desastrosos desautorizam que, na atualidade, seja pugnada uma superação da coisa julgada com base em critérios tão fluidos e relacionados às finalidades do regime estatal.<sup>1757</sup>

No mais, a continuidade jurídica não atua sempre em favor do indivíduo (como a proteção da confiança), nem sempre a favor do Estado. Por conseguinte, não basta, pela complexidade do tema, uma abordagem baseada somente no “interesse público”. É preciso buscar critérios mais seguros e transparentes.<sup>1758</sup>

Contemporaneamente, ao lado do interesse público, os defensores da tese da relativização da coisa julgada fundam-se, com frequência, no princípio da dignidade da pessoa humana como critério para a superação da coisa julgada.<sup>1759</sup> Outros autores, como Moniz de Aragão e Galeno

<sup>1756</sup> Nas fontes romanas, frequentemente a utilidade pública era usada para justificar a coisa julgada: *interest rei publicae ut sit litium finis*. Cf. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. *Op.cit.*, p.37. Veja-se ainda a seguinte passagem: *rescissio rerum iudicatarum argumentum est reuentis reipublicae; utilitas publica anteponenda est privatae*, citada por MENDELSSOHN-BARTHOLDY, Albrecht. *Die Grenzen der Rechtskraft*. *Op.cit.*, p.5 e nota 2.

<sup>1757</sup> Como bem lembra GÓES, Gisele Santos Fernandes. A “relativização” da coisa julgada: *exame crítico (exposição de um ponto de vista contrário)*. *Op.cit.*, p.257, Adolf Hitler assinou, em 15.07.1941, a Lei para Intervenção do Ministério Público no Processo Civil, dando poderes ao *parquet* para dizer se a sentença era justa ou não, se atendia aos fundamentos do *Reich* e aos “anseios do povo alemão”. E a “injustiça” da sentença era uma das causas de ajuizamento da rescisória no modelo nazista.

<sup>1758</sup> MUSIELAK, Hans-Joachim. *Der rechtskräftige entschiedene Lebenssachverhalt...* *Op.cit.*, p.3595.

<sup>1759</sup> CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Desconsideração da coisa julgada. Sentença inconstitucional*. *Op.cit.*, p.239-240.

Lacerda, veem no art.471 uma norma de “transcendência do valor humano” que permitiria a alteração do *iudicatum* em certas causas especiais, onde estivessem em jogo valores mais caros ao ordenamento, como as ações de alimentos, guarda, etc. Com todas as vênias, temos que também este não deve ser o fundamento da disciplina da coisa julgada.

Não se trata aqui de dividir os bens jurídicos pretendidos numa escala de relevância, baseando-se numa pauta axiológica que os apontasse como “mais importantes” ou superiores a outros, sobretudo àqueles de cunho meramente pecuniário. Ora, de um lado, o art.471 do CPC também é aplicável a relações jurídicas puramente patrimoniais; além disso, existem causas referentes à dignidade humana que não se submetem a alterações dinâmicas.<sup>1760</sup>

Pois bem, ninguém duvida que a dignidade humana é um princípio de vital importância no ordenamento brasileiro, e que também exige a formação de “pontes” para reparar eventuais quebras de continuidade. Como visto, a continuidade tem importante dimensão no campo dos direitos de liberdade, sobretudo nos seus aspectos de previsibilidade e calculabilidade, e neste sentido se liga à dignidade humana.<sup>1761</sup> Porém, o âmbito de proteção (*Schutzbereich*) da dignidade humana não pode ser “trocado em moedas de pequeno valor”, isto é, o princípio não pode ser utilizado como cláusula geral aplicável para todos os casos porque, devido à sua fundamentalidade no sistema constitucional, não pode ter sua eficácia normativa indiscriminadamente inflacionada, devendo reservar-se para ofensas substanciais ou existenciais do valor humano, para que à garantia seja assegurado seu real *status* e – permita-se o trocadilho – sua verdadeira “dignidade”.<sup>1762</sup>

Por exemplo, se uma decisão judicial aplica a regra de vocação sucessória, deferindo a herança ao filho do falecido, poderia haver rescisão da sentença sob o argumento de que o ascendente teria mais necessidade por ser mais pobre? Poderia ser rescindida uma sentença que pronunciou o despejo sob o argumento de que surgiram novas provas de que o locatário era paupérrimo, e portanto merecia permanecer no imóvel? Caberia rescisão de uma sentença que eximiu um grande agente econômico do pagamento de milhões em tributo, baseando-se na alegação de que milhares de pessoas miseráveis poderiam ser beneficiadas com políticas públicas de saneamento, educação e saúde a serem implementadas com aquele dinheiro?

<sup>1760</sup> TALAMINI, Eduardo. *A coisa julgada no tempo: os ‘limites temporais’ da coisa julgada*. *Op.cit.*, p.19.

<sup>1761</sup> LEISNER, Anna. *Kontinuität als Verfassungsprinzip...* *Op.cit.*, p.249 e ss, especialmente p.259-260.

<sup>1762</sup> STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. Band IV/1. München: C.H.Beck, 2006, p.17, 60.

Ressalte-se que somos favoráveis à tutela da dignidade humana, assim como concordamos com sua consagração como valor maior do ordenamento jurídico. Só não podemos assentir com a asserção de que o princípio da dignidade humana, aplicado ao processo, permitiria *sempre* uma superação das estabilidades. Aliás, como visto no Cap.2, a própria afirmação de que a dignidade humana permite invariavelmente a quebra da coisa julgada rejeita a técnica da ponderação de princípios porque o resultado já é determinado previamente em favor de um dos princípios colidentes.<sup>1763</sup>

Portanto, em vista do exposto, ainda que a continuidade ofereça uma alternativa à imutabilidade numa formulação mais moderna que a defendida pela tese da “relativização da coisa julgada”, a tão só utilização de largas cláusulas constitucionais não pode servir como parâmetro. Nesse sentido, tentamos professar o controle da alteração não apenas por critérios constitucionais, mas também retirados donexo teleológico-material entre atos e demandas,<sup>1764</sup> como empreendido no Cap.8. Além disso, buscamos definir balizamentos não apenas substanciais (referentes ao conteúdo das posições jurídicas em jogo), mas também procedimentais (que dizem respeito à maneira de verificar a necessidade da quebra e permitir, se for o caso, a transição abrandada a uma nova posição estável).

#### 9.6.2.2 A novidade dos elementos alegados se comparados ao tempo de referência anterior

Como já afirmado, a estabilidade decorrente das cadeias de vínculo refere-se a um contexto e a uma discussão específica (com certas características próprias, como os meios de prova disponíveis, o grau de cognição possível, dentre outras), e normalmente remete ao conflito tal como desenvolvido naquele debate casuístico.

Deixamos assentado ainda que é neste conjunto de elementos, delimitado também em sua ocorrência temporal (no seu tempo de referência), que deverá ser verificada, quando da necessidade da quebra, se os “novos” elementos, indicados como aptos a admitir uma ruptura da estabilidade, estavam ou não previstos nos esquemas argumentativos estabilizados. O debate empreendido *no próprio procedimento de superação da estabilidade* deverá *absorver os*

<sup>1763</sup> Além disso, se é verdadeiro que as garantias processuais têm alguma relação com a dignidade humana, esta ligação é mediada através de outros princípios como o contraditório, a ampla defesa. Assim, STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. Band IV/1. *Op.cit.*, p.84-85.

<sup>1764</sup> A ligação que a coisa julgada deve ter com o direito material já foi sustentada por CAMBI, Eduardo. *Coisa julgada e cognição secundum eventum probationis*, *Op.cit.*, p.72.

*elementos novos*, até porque estes devem ser *conjugados e entremeados* ao esquema argumentativo da cadeia de vínculo estabilizada para que se possa aferir sua aptidão e suficiência para operar a mudança pleiteada.

Pois bem, em alguma medida, o requisito da novidade dos elementos justificadores da quebra é previsto em vários ordenamentos jurídicos ao redor do planeta. É o que se constata nas preclusões, especialmente as espécies lógica e consumativa, seja nas suas formulações mais antigas, seja nas versões mais recentes, como a do princípio da unicidade. O que as preclusões proíbem é a duplicação da atividade processual sem propósito, isto é, sem que tenha havido acréscimo de informações e condicionamentos, e portanto estejamos diante de um mesmo contexto situacional.<sup>1765</sup> No entanto, a superveniência de circunstâncias que alterem os fundamentos da decisão proferida poderá excluir o novo contexto dos efeitos preclusivos anteriores, permitindo o reexame.<sup>1766</sup> Porém, neste caso, não se trata da reprodução do mesmo esquema argumentativo, mas de outro completamente diverso, baseado em elementos diferentes.<sup>1767</sup>

Algo similar é observável na quebra de coisa julgada, tanto nos limites temporais (os fatos “novos” compreendidos como fatos “posteriores”), quanto nos limites objetivos, já que quase todos os sistemas processuais são previdentes das clássicas hipóteses de descoberta de novas provas, aptas a permitir a revisão da decisão estável. Veja-se o nosso art.485, incisos VI e VII do CPC.

Apesar de sua positivação, estes casos são por demais limitados, deixando de lado muitas hipóteses em que elementos novos poderiam justificar a rescisão.

No Brasil, p.ex., o curto prazo decadencial de dois anos da ação rescisória, contado do trânsito em julgado da sentença, pode ser apontado como o maior limitador. Tem sido frequente, na prática forense, hipóteses em que as partes encontram provas novas após o prazo da rescisória, não lhes sendo mais autorizado pleitear a revisão.

Ademais, ainda que dentro do prazo decadencial, as restrições ao manejo da rescisória continuam. Como veremos nos tópicos seguintes, de acordo com a legislação brasileira, existem limitações em relação ao *quid* cuja novidade pode justificar a alteração da sentença estável, e

<sup>1765</sup> SAUER, Wilhelm. *Grundlagen des Prozessrechts*. *Op.cit.*, p.483.

<sup>1766</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. *Op.cit.*, p.53; GOMES, Luiz Flávio. *Preclusão: efeitos da preclusão pro iudicato no processo penal*. *Op.cit.*, p.18.

<sup>1767</sup> SAUER, Wilhelm. *Grundlagen des Prozessrechts*. *Op.cit.*, p.477 e 485-489; SILVA, Paula Costa e. *Acto e processo...* *Op.cit.*, p.627 e ss.



também uma grande controvérsia sobre o conceito de “novo” para os fins de permitir a revisão da sentença estável.

### 9.6.2.3 O modelo brasileiro atual

#### 9.6.2.3.1 Que pode ser considerado como elemento novo?

Em primeiro lugar, temos que analisar a limitação que faz a doutrina brasileira em relação a *quais* elementos podem fundamentar um pedido numa ação rescisória. Fatos novos? Provas novas? Normas novas?

#### 9.6.2.3.2 Fatos novos como fatos supervenientes

Ninguém discute que fatos novos, ou seja, fatos supervenientes, aqueles ocorridos posteriormente à formação da coisa julgada (*nova producta*), poderão modificar o conteúdo da decisão.

Porém, como visto, a superveniência de fatos não é muito problemática. Primeiramente, porque prevista na própria legislação a possibilidade de cognição a respeito (arts.303 e 462 do CPC). Ademais, como visto no Cap.6, entende-se que fatos novos autorizariam a possibilidade de reexame seja porque escapam aos limites objetivos (*nova causa de pedir*), seja porque fora dos limites temporais (art.471 do CPC). Sem embargo, os fatos supervenientes à formação da coisa julgada fogem dos limites da coisa julgada, seja porque compõem uma causa de pedir diversa, seja porque temporalmente ocorridos após o “momento originante” da *res iudicata*. Assim, não faria sequer sentido ajuizar ação rescisória para “modificar” um *decisum* pela ocorrência de fatos novos, até porque faltaria interesse de agir na rescisória: basta simplesmente ajuizar a nova pretensão.

Entretanto, e se os elementos novos, trazidos aos autos, forem fatos “antigos”, isto é, e se as partes alegarem fatos *anteriores* à formação da estabilidade, já ocorridos à época do esquema argumentativo? A doutrina e a jurisprudência costumam negar a possibilidade de rescisão, fortes na ideia de preclusão das alegações fáticas. Aos litigantes que se omitiram em argumentar em

torno de uma questão de fato não seria permitido pleitear a revisão da estabilidade. Aliás, para evitar isso é que existiria a eficácia preclusiva da coisa julgada (art.474 do CPC).

#### 9.6.2.3.3 Impossibilidade de rescisão em razão de mudanças normativas

No item anterior, vimos que os fatos ocorridos posteriormente (supervenientes) podem levar a novos juízos porque escapam da coisa julgada. Já as alegações sobre fatos antigos precluem. Agora queremos indagar se a superveniência de normas poderia levar à rescisão.

Para a doutrina clássica, as alterações normativas não poderiam ser motivo de rescisória. Pela concepção de que a coisa julgada “faz lei nos limites da lide e das questões decididas” (art.468 do CPC), entende-se que novas normas poderiam até produzir novas relações jurídicas, mas também não poderiam modificar o conteúdo decidido pela sentença (*lex specialis*). A própria Constituição da República protege a coisa julgada das mudanças no direito objetivo.

#### 9.6.2.3.4 Prova “nova” como documento “não apresentado na pendência do processo anterior”

Após mencionar o estado atual da doutrina sobre os fatos novos e as normas novas, finalmente chegamos às novas provas. Neste ponto, a restrição da doutrina tem como base o direito positivo. O inciso VII do art.485 do CPC brasileiro prevê como hipótese de cabimento da ação rescisória a descoberta de um “documento novo”, ou seja, limita-se a rescisão à prova documental.

Entende-se tradicionalmente que documento “novo” não é uma prova *produzida* após o processo, e então não equivale a documento “posterior”. Documento novo é aquele que *já existia à época do primeiro processo* e que, se tivesse sido apresentado, poderia ter sido valorado pelo juiz na decisão rescindenda.<sup>1768</sup>

Como constantemente lembrado pela doutrina e pela jurisprudência, ao contrário dos “fatos novos”, a “novidade” do documento está, portanto, na *apresentação* ou *utilização* do elemento de prova, e não na sua formação.<sup>1769</sup> Neste sentido, a jurisprudência afirma que a produção de novas ou melhores provas não é suficiente para a revisão da coisa julgada.<sup>1770</sup>

<sup>1768</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Op.cit., p.137-139; GRUNSKY, Wolfgang. *Zivilprozessrecht*. Op.cit., p.242.

<sup>1769</sup> TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. Op.cit., p.179; STJ REsp n.15.007-RJ, Rel.Min. Sálvio de Figueiredo

Quanto ao momento de obtenção do documento, a lei fala em “após a sentença”, mas devemos considerar também momentos anteriores à sentença em que já não era possível apresentar novos elementos de prova, pois então o documento não mais poderia ter sido levado em consideração pelo juízo no processo anterior.<sup>1771</sup>

#### 9.6.2.3.5 Propostas ampliativas da doutrina. Avaliação e perspectivas

Do que ficou exposto nos itens anteriores, vê-se que a interpretação que se dá ao conceito de documento novo limita a aplicação da rescisória, excluindo a revisão da coisa julgada em casos de novas perícias, novos argumentos, dentre outros elementos que poderiam ser considerados “novos”.

Contra esta estreita limitação, alguns autores tentaram conferir ao modelo da rescisória uma interpretação extensiva. Luiz Guilherme Marinoni propõe uma interpretação ampliativa de “documento novo” a fim de considerar a prova pericial nova (p.ex., o exame de DNA posterior), como sendo motivo para a utilização do art.485, VII do CPC.<sup>1772</sup>

No mesmo sentido, o STJ já admitiu uma certa flexibilidade do conceito de documento novo para fins de rescisória.<sup>1773</sup> Também o TJ/RS julgou ser possível a revisão da coisa julgada por iniciativa da parte beneficiada pela sentença, considerando que a autora, após procedência na investigação de paternidade, tendo descoberto que o réu de fato não era seu pai (após exame DNA posterior ao processo), tinha direito à rescisão. O argumento utilizado também foi a ampliação do conceito de documento novo.<sup>1774</sup>

A maior objeção a esta interpretação extensiva talvez não esteja nem no conceito de “documento”, mas sim na ideia de “novidade”. Em nosso sentir, não há como tratar o regime probatório posterior (p.ex., pericial) como sendo documento novo porque estes meios de prova

Teixeira, DJ 17.12.1992.

<sup>1770</sup> STJ – REsp 330.172-RJ, Rel.Min. Salvo de Figueiredo Teixeira, j.18.12.2001.

<sup>1771</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Op.cit., p.140.

<sup>1772</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material)*. Op.cit., p.26; *Idem*, *Coisa julgada inconstitucional*. Op.cit., p.192 ss. Em sentido similar, porém *de lege ferenda*, MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material*. Op.cit., p.61.

<sup>1773</sup> STJ – REsp n° 300.084-GO, Rel.Min.Humberto Gomes de Barros, j.28.04.2004.

<sup>1774</sup> TJ/RS – Ação Rescisória n° 598508794, Rel.Des.Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j.12.03.1999: Ação Rescisória. Investigação de paternidade. Erro de fato demonstrado por documento novo. A autora pretendia o reconhecimento forçado pelo seu pai, que supunha erradamente fosse o réu (...). Tendo a autora, sua mãe e o réu se submetido, depois do julgamento, a exame pelo método do DNA, que não foi realizado no processo, e tendo o laudo pericial apontado a exclusão da paternidade, procede a pretensão da autora de ver rescindido o acórdão, pois inexistente o liame biológico, havendo claro erro de fato que foi demonstrado pelo documento novo. Ação procedente”.

são produzidos depois do trânsito em julgado, e portanto não eram “existentes à época do processo”,<sup>1775</sup> tal como se exige classicamente para o conceito de documento novo. Note-se que também não se poderia fundamentar a rescisória no “erro de fato” (art.485, IX e §§1º e 2º do CPC): no caso do DNA, p.ex., o que ocorre é que surge um elemento novo que *revela* o equívoco da conclusão sentença. Contudo, a decisão rescindenda, tal qual proferida originalmente, não continha nenhum erro porque, à época, o elemento novo não estava nos autos.

Talvez por essa razão, outros autores afirmem que a melhor solução para esta hipótese de nova prova seria compreender a prova anterior (utilizada na sentença rescindenda) como prova falsa, enquadrando o caso no inciso VI do art.485 do CPC.<sup>1776</sup> Todavia, trata-se de um formato escamoteado com uma artificial transposição da novidade para da revisão *propter falsa* (baseada na falsidade da prova).

Por vezes, as tentativas da doutrina para operar a acomodação do *novum* na moldura típica da rescisória passam ainda pelo recurso a outros incisos do art.485 do CPC. Fredie Didier Jr., p.ex., justifica a possibilidade de revisão quando há obtenção de provas novas com base no art.485, V do CPC, a rescisória por violação a literal disposição de lei. Diz o professor baiano que, neste caso, haveria violação ao art.130 do CPC, que impõe a busca da verdade real, justificando a revisão da *res iudicata*.<sup>1777</sup>

Em suma, em todas estas alternativas, vemos o apego aos mecanismos típicos de revisão da coisa julgada como sendo os únicos possíveis para implementar a alteração da posição estável.

#### 9.6.2.4 Nossa proposta: a novidade dos esquemas de agir e o grau de ultrapassagem argumentativa

Nossa sugestão é que o conceito de novidade não seja também ele atomizado, podendo ser inferido no contexto dos esquemas argumentativos.<sup>1778</sup> O elemento supostamente novo, que o requerente da quebra afirma ser apto a permitir a alteração da posição estável e que deve ser

<sup>1775</sup> THEODORO JR., Humberto. *Prova – Princípio da verdade real – Poderes do juiz – Ônus da prova e sua eventual inversão – Provas ilícitas – Prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (DNA)*. *Op.cit.*, p.25.

<sup>1776</sup> THEODORO JR., Humberto. *Prova – Princípio da verdade real – Poderes do juiz – Ônus da prova e sua eventual inversão – Provas ilícitas – Prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (DNA)*. *Op.cit.*, p.26.

<sup>1777</sup> DIDIER JR., Fredie. *Cognição, construção de procedimentos e coisa julgada: os regimes de formação da coisa julgada no direito processual civil brasileiro*. *Op.cit.*, p.16, 19.

<sup>1778</sup> Ensaio uma ampliação do objeto de comparação CASTILLEJO MANZANARES, Raquel. *Hechos nuevos o de nueva noticia en el proceso civil de la LEC*. *Op.cit.*, p.257, 335.

introduzido no esquema argumentativo estabilizado para se verificar se ele seria realmente adequado a operar a mudança pleiteada, não precisa ser uma peça documental.

Sem embargo, pretendemos aqui algo similar ao que se aplica na revisão das sentenças canônicas estáveis (ainda que sem coisa julgada): no direito canônico, considera-se que os elementos que embasam o pleito revisional não precisam dizer respeito a fatos ou documentos novos; é admissível que versem sobre fatos antigos, que não tenham sido considerados ou que não tenham sido suficientemente provados. Podem também ser provas novas ou apenas novas alegações, um novo enfoque argumentativo até mesmo de aspectos puramente jurídicos.

E mesmo fora do processo canônico, já se relata, no direito comparado, uma tendência de admitir como fundamento para a revisão tanto novos fatos, como também novas provas de fatos pretéritos.<sup>1779</sup>

O vetor geral para a novidade do esquema de agir é o *avanço* ou *ultrapassagem argumentativa* que será observada na comparação do esquema estabilizado em relação ao mesmo esquema se visualizado com a inserção do elemento novo. Em sentido semelhante, já se defendeu na Escócia que não basta, para autorizar a revisão, a mera novidade de *uma* alegação, mas da linha argumentativa como um todo. Também na Espanha, depois das alterações da LEC, encontram-se posicionamentos doutrinários neste sentido.<sup>1780</sup>

Neste cenário, podem ser motivos para uma revisão da estabilidade elementos *produzidos* posteriormente, aqueles denominados *noviter producta* (p.ex., provas elaboradas após a formação da estabilidade); elementos anteriores mas ignorados pelo litigante, tendo sido *descobertos* posteriormente (*noviter reperta*).<sup>1781</sup> Mas sobretudo, são importantes os elementos *noviter cognita*, isto é, que não tenham sido valorados pelo juiz,<sup>1782</sup> os quais, se inseridos no esquema argumentativo, sejam capazes de contrastar o conteúdo estável com o resultado do contraditório ora incrementado pelo elemento novo do debate. Não tendo sido parte do esquema argumentativo anterior, estes elementos não infundiram condicionamentos, e portanto a reabertura da discussão permitiria um conjunto de fundamentação baseado num diverso exercício do contraditório-influência.

<sup>1779</sup> Assim em Portugal, Itália e Alemanha. Cf. CONDE, João Correia. *O 'mito do caso julgado' e a revisão propter nova*. *Op.cit.*, p.290 ss, 559 ss, 593.

<sup>1780</sup> Cf. CASTILLEJO MANZANARES, Raquel. *Hechos nuevos o de nueva noticia en el proceso civil de la LEC*. *Op.cit.*, p.68.

<sup>1781</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. *Op.cit.*, p.185 ss.

<sup>1782</sup> CONDE, João Correia. *O 'mito do caso julgado' e a revisão propter nova*. *Op.cit.*, p.134, 354, 593, 602 ss.

Com essa ampliação, recupera-se o valor gnoseológico dos elementos não trazidos ao processo por impossibilidade ou imprevisibilidade, e cujo *potencial de influência* não foi exaurido.

Porém, devemos admitir que uma concepção muito ampla da revisão *propter nova* poderia incluir todos os elementos capazes de alterar a decisão estável, e então o Judiciário teria que suportar o fardo de rever seus argumentos indefinidamente. Nesse paradigma, a ultrarrestritiva imutabilidade daria lugar a uma ilimitada permissividade da revisão, o que também não seria salutar.<sup>1783</sup> Não é o que aqui defendemos. Não pode haver uma abertura irrestrita para os elementos novos apenas para pugnar uma simples reavaliação de provas, o que transformaria a ação revisional numa outra apelação, em evidente burla à preclusão dos mecanismos recursais.<sup>1784</sup>

Trazendo o debate para os critérios vistos no Cap.8, na esteira do vetor de boa-fé e do critério da previsibilidade de atuação, temos que devam ser admitidas, como fundamento para a revisão, as alegações de fatos anteriores desde que a parte que pleiteia a superação da estabilidade não tivesse notícia daquelas ocorrências à época em que lhe cabia alegá-las. É semelhante ao que se verifica na devolução de prazo na preclusão temporal: não sendo imputável à parte aquela inatividade, pode-se considerar que o ato não foi praticado pela simples impossibilidade de fazê-lo.

#### 9.6.2.4.1 A evolução ou desenvolvimento não previsível de um fato anterior

De acordo com o que vimos sustentando, às vezes poderá haver pedido de revisão de um conteúdo estável que seja embasado em fatos ocorridos anteriormente à formação da estabilidade, e que fizeram parte, portanto, do tempo de referência da discussão.

É que, em algumas hipóteses, poderá haver uma evolução ou desenvolvimento daquele complexo de fatos que altere substancialmente as condições do debate, justificando-se a retomada do esquema argumentativo para verificar se, pela incorporação dos novos elementos, as interações vinculativas apresentariam uma conclusão diversa. Nestes casos, deve estar aberta a possibilidade de revisão. Com efeito, o fator tempo, e com ele o desenvolvimento de certas circunstâncias relevantes para o debate, como o agravamento de um dano ambiental, p.ex., não

<sup>1783</sup> *Ibidem*, p.288.

<sup>1784</sup> TALAMINI, Eduardo. *Eficácia e autoridade da sentença canônica*. *Op.cit.*, p.42-43.

pode mais ser resolvido por marcos teóricos estáticos se o processo é hoje compreendido como um fenômeno vivo e cambiante.<sup>1785</sup>

Ademais, à luz do nosso direito positivo, não seria suficiente invocar o art.474 do CPC a estes casos de imprevisibilidade da alteração fática porque não se trata de argumentos que seriam, à época, “dedutíveis”, porque, quando da primeira demanda, não se poderia supor sua evolução fática.<sup>1786</sup> No mesmo sentido aqui defendido, já se pôde observar a doutrina e jurisprudência no direito comparado, sob a alegação de ser um caso em que não se poderia ter feito uma prognose correta à época da sentença.<sup>1787</sup>

Além desta hipótese, vejamos no próximo item os chamados “elementos de nova notícia”.

#### 9.6.2.4.2 *Res noviter veniens ad notitiam*: os elementos de nova notícia

Vimos que a tradição brasileira, reproduzida em grande medida no direito estrangeiro, é de que a “novidade” dos fatos apta a gerar a revisão da coisa julgada equivalha à sua aparição posterior: fato novo é fato superveniente à formação da *res iudicata*.

Somos contrários a esta assertiva porque “novidade” não pode significar sempre “superveniência”, sob pena de retornarmos ao “momento originante” do modelo ortodoxo, por nós já rechaçado no Cap.6.

Sem embargo, há hoje diversas manifestações favoráveis à ampliação do conceito de “novos fatos”, que teria assumido sentido jurídico maior que aquele tradicionalmente atribuído à expressão.<sup>1788</sup> E neste cenário, vemos importantes avanços na legislação comparada. A LEC espanhola menciona não só os fatos novos (supervenientes) como motivo para a alteração da coisa julgada, mas também os fatos de “nova notícia”.<sup>1789</sup>

<sup>1785</sup> BERIZONCE, Roberto O. *El objeto de la decisión y cuestiones que integraron la litis (Flexibilización del principio de preclusión)*. *Revista de Derecho Procesal*, n.2, 2007, p.91.

<sup>1786</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Reflexos do direito material do ambiente sobre o instituto da coisa julgada (in utilibus, limitação territorial, eficácia preclusiva da coisa julgada e coisa julgada rebus sic stantibus)*. *Op.cit.*, p.28.

<sup>1787</sup> Na Alemanha, POHLMANN, Petra. *Zivilprozessrecht*, *Op.cit.*, p.289. Na jurisprudência tedesca, BGH in NJW-RR, 2006, p.712-715.

<sup>1788</sup> Fala-se que “fatos novos” não seriam apenas os fatos que são objeto de prova, abrangendo hoje em dia as realidades naturais e humanas, eventos processuais (fatos e atos do processo) ou mesmo realidades normativas (os chamados fatos jurídicos). Por exemplo, a posterior verificação da inexistência de um pressuposto processual poderia fundamentar a revisão de uma posição estável. Cf.CONDE, João Correia. *O ‘mito do caso julgado’ e a revisão propter nova*. *Op.cit.*, p.430-432, 570 ss.

<sup>1789</sup> BANACLOCHE PALAO, Julio. *El ámbito de aplicación de la regla de la preclusión del artículo 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*. *Op.cit.*, p.59.

Os *atos de nova notícia* são aqueles que chegaram ao conhecimento das partes posteriormente ao momento preclusivo no processo anterior, ainda que fossem fatos ocorridos anteriormente.<sup>1790</sup>

Alguns setores doutrinários, na Espanha, fiéis à tradição de que os fatos anteriores não podem mais ser revistos, dizem ter havido um “erro do legislador”.<sup>1791</sup> Porém, a doutrina mais abalizada, percebendo a ampliação legal, vem sustentando estar amparada a revisão baseada em fatos ocorridos anteriormente, mas desconhecidos pelo litigante omissor.<sup>1792</sup> E o próprio Tribunal Supremo espanhol também já decidiu desta maneira.<sup>1793</sup>

Com efeito, a lei espanhola é peremptória, em seus arts.286 e 400, em afirmar a possibilidade de alegação dos fatos de nova notícia, deixando claro ainda que a estes fatos não se aplica a eficácia preclusiva da coisa julgada.<sup>1794</sup> A norma também adota o critério da “possibilidade de alegação” no processo anterior como norte para aferir a admissibilidade da nova linha argumentativa.<sup>1795</sup>

Se os fatos de nova notícia são fatos anteriormente ignorados e só agora descobertos

<sup>1790</sup> CASTILLEJO MANZANARES, Raquel. *Hechos nuevos o de nueva noticia en el proceso civil de la LEC. Op.cit.*, p.62 ss; SILGUERO ESTAGNAN, Joaquín. *La preclusión de alegaciones en el proceso civil. Op.cit.*, p.151 ss.

<sup>1791</sup> Cf.CALAZA LÓPEZ, Sonia. *La cosa juzgada. Op.cit.*, p.209-217, e notas 336 e 337 da página 209.

<sup>1792</sup> BANACLOCHE PALAO, Julio. *El ámbito de aplicación de la regla de la preclusión del artículo 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Op.cit.*, p.63-64.

<sup>1793</sup> CASTILLEJO MANZANARES, Raquel. *Hechos nuevos o de nueva noticia en el proceso civil de la LEC. Op.cit.*, p.66-67.

<sup>1794</sup> Dizem os artigos da LEC: “Artículo 286. *Hechos nuevos o de nueva noticia. Prueba. 1. Si precluidos los actos de alegación previstos en esta Ley y antes de comenzar a transcurrir el plazo para dictar sentencia, ocurriese o se conociese algún hecho de relevancia para la decisión del pleito, las partes podrán hacer valer ese hecho, alegándolo de inmediato por medio de escrito, que se llamará de ampliación de hechos, salvo que la alegación pudiera hacerse en el acto del juicio o vista. En tal caso, se llevará a cabo en dichos actos cuanto se prevé en los apartados siguientes. 2. Del escrito de ampliación de hechos el Secretario judicial dará traslado a la parte contraria, para que, dentro del quinto día, manifieste si reconoce como cierto el hecho alegado o lo niega. En este caso, podrá aducir cuanto aclare o desvirtúe el hecho que se afirme en el escrito de ampliación. 3. Si el hecho nuevo o de nueva noticia no fuese reconocido como cierto, se propondrá y se practicará la prueba pertinente y útil del modo previsto en esta Ley según la clase de procedimiento cuando fuere posible por el estado de las actuaciones. En otro caso, en el juicio ordinario, se estará a lo dispuesto sobre las diligencias finales. 4. El tribunal rechazará, mediante providencia, la alegación de hecho acaecido con posterioridad a los actos de alegación si esta circunstancia no se acreditase cumplidamente al tiempo de formular la alegación. Y cuando se alegase un hecho una vez precluidos aquellos actos pretendiendo haberlo conocido con posterioridad, el tribunal podrá acordar, mediante providencia, la improcedencia de tomarlo en consideración si, a la vista de las circunstancias y de las alegaciones de las demás partes, no apareciese justificado que el hecho no se pudo alegar en los momentos procesales ordinariamente previstos. En este último caso, si el tribunal apreciare ánimo dilatorio o mala fe procesal en la alegación, podrá imponer al responsable una multa de veinte mil a cien mil pesetas”. (...) Artículo 400. *Preclusión de la alegación de hechos y fundamentos jurídicos. 1. Cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior. La carga de la alegación a que se refiere el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de las alegaciones complementarias o de hechos nuevos o de nueva noticia permitidas en esta Ley en momentos posteriores a la demanda y a la contestación. 2. De conformidad con lo dispuesto en el apartado anterior, a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en este”.**

<sup>1795</sup> Veja-se o art.400.2, transcrito na nota anterior. Sobre o tema, Cf. BANACLOCHE PALAO, Julio. *El ámbito de aplicación de la regla de la preclusión del artículo 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Op.cit.*, p.64-65. A mesma *ratio* se verifica na aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* no direito privado. Entende-se que, se houver circunstância pré-existente, esta não poderá ser tida como causa superveniente porque era anterior à formação do contrato, e, portanto, passível de ser considerada pelas partes no momento da celebração da avença.



(*nova reperta*), ainda que não sejam propriamente de ocorrência contemporânea, são realmente fatos novos *para a parte que os alega*, porque antes os desconhecia.

A exigência natural desta abertura aos fatos de nova notícia é que a parte tem que alegar e provar que não tinha conhecimento dos fatos, justificando sua boa-fé e a impossibilidade-imprevisibilidade de alegação no processo anterior.<sup>1796</sup>

E este requisito da possibilidade de alegação já é sustentado pela doutrina brasileira no que se refere à rescisória ajuizada com base em documento novo. Afirma-se que a não utilização anterior do documento deve ser justificada em motivo não atribuível à parte.<sup>1797</sup> E aqui unimos, pelo vetor da boa-fé e do contraditório cooperativo, a questão da previsibilidade. Sem embargo, se os fatos eram previsíveis, não cabe o pedido revisional com base neles. Com efeito, se a parte projetava a possibilidade de alegação, mesmo que não tivesse provas a seu respeito, deveria ter atuado com a diligência necessária para obter maiores informações e elementos probatórios. Em não o fazendo, é vedado postular o desfazimento da preclusão.

#### 9.6.2.4.3 Elementos probatórios novos: a prova *noviter cognita*

A hipótese tratada neste tópico é diversa. Não há fatos novos ou mesmo fatos de nova notícia. Aqui estamos diante de novas provas sobre fatos anteriormente conhecidos pelos litigantes e até mesmo que tenham sido alegados e debatidos no primeiro processo.

Tradicionalmente, vimos que a doutrina e a jurisprudência brasileiras não admitem que a reunião de melhores provas ou elementos de maior credibilidade pudesse servir de motivo para a rescisão da coisa julgada. E esta também é a tendência no exterior. O Tribunal Supremo espanhol, ainda que tenha sufragado a aptidão dos fatos de nova notícia, nega as novas provas como sendo aptas a permitir a revisão.<sup>1798</sup>

Dentro a ideia geral de que uma ultrapassagem argumentativa pode passar pela modificação do esquema debatido à luz de novas provas, temos que ser favoráveis, numa primeira aproximação, a que elementos probatórios produzidos posteriormente à formação da estabilidade possam também configurar um *quid* que embase o pedido revisional. Entretanto, devemos ter sempre em mente que o tema merece cuidado para que, em se adotando uma

<sup>1796</sup> CASTILLEJO MANZANARES, Raquel. *Hechos nuevos o de nueva noticia en el proceso civil de la LEC*. *Op.cit.*, p.64-65.

<sup>1797</sup> Ainda que, para muitos autores, seja ainda um requisito ligado à questão da culpa. Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. *Op.cit.*, p.139.

<sup>1798</sup> SSTS, 26 de junho de 1999.

concepção muito ampla do que seriam “novas provas”, não possamos levar à perda da excepcionalidade do meio rescisório no sistema aqui proposto.<sup>1799</sup> O problema de admitir revisões diante de novas provas periciais, p.ex., é a jurisdição ficar refém dos avanços tecnológicos, sujeitando-a a novos juízos, reavaliações e atualizações constantes.

Não obstante, temos que a questão da prova nova não pode ficar restrita nem à prova pericial nem a documentos que já tivessem sido produzidos na época da prolação da sentença rescindenda. Aqui queremos sustentar que qualquer meio de prova (testemunhal, pericial, etc) deve servir, em tese, para fundamentar o pedido de revisão.<sup>1800</sup>

No que se refere à prova pericial, por exemplo, entendemos que a novidade poderá ser admitida não apenas nos casos em que *não havia qualquer perícia no processo que gerou a estabilidade*, mas também: a) pela utilização de um *novo método científico* não existente ou cujo requerimento *não era previsível* no primeiro processo; b) pela *superior autoridade do perito* que elaborou o novo exame; c) quando uma nova perícia, realizada até pelo mesmo perito e pelo mesmo método, incida sobre uma *base factual diferente e até então não analisada*.<sup>1801</sup>

A filtragem para a proteção do caráter excepcional da rescisão passa não só pela *credibilidade* do novo elemento probatório, mas também pelos métodos de controle do procedimento de quebra (o ônus argumentativo, a exigência de um grau qualificado de probabilidade de êxito, dentre outros).

Além disso, de acordo com o vetor do exercício do contraditório, apto a gerar a estabilidade, deve-se perquirir se o elemento de prova cujo debate pretende-se retomar exauriu, no processo anterior, seu potencial de influência. O importante é o exercício do contraditório a respeito da prova colhida, comparando-o com a alegada ultrapassagem argumentativa que poderia ser observada caso o “novo” elemento fosse incorporado à discussão.

Critério importante, e que também presta para evitar que o procedimento de superação da estabilidade se transformasse numa outra apelação para uma mera revisão da prova, é a previsibilidade, por parte do litigante, de apresentação aquele elemento probatório no primeiro processo. Os sujeitos devem atuar diligentemente na busca dos meios de prova que possam sustentar suas alegações. Trata-se de unir o vetor da previsibilidade com a responsabilidade

---

<sup>1799</sup> CONDE, João Correia. *O ‘mito do caso julgado’ e a revisão propter nova*. *Op.cit.*, p.318.

<sup>1800</sup> Tendente a adotar este posicionamento é MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional*. *Op.cit.*, p.195 ss. O Projeto de Novo Código de Processo Civil manteve a restrição apenas ao “documento novo” (art.884, VII). Porém, com razão, o substitutivo aprovado no Senado Federal ampliou o dispositivo para os casos de obtenção de qualquer “prova nova” (art.919, VII).

<sup>1801</sup> CONDE, João Correia. *O ‘mito do caso julgado’ e a revisão propter nova*. *Op.cit.*, p.324 ss, 579-581.

decorrente da boa-fé: se a prova entrou na esfera de disponibilidade do litigante e voluntariamente não foi utilizada, sua omissão anterior impede a postulação da revisão com base naquela prova.<sup>1802</sup>

Nesse cenário, só serão novas provas: aquelas que não existam porque não foram produzidas; e as que, embora existentes, não eram conhecidas da parte; e aquelas que, ainda que existentes e conhecidas, não puderam ser utilizadas por motivo não imputável à parte.<sup>1803</sup>

#### 9.6.2.4.4 A mudança no direito aplicável

Outra questão relevante para ser estudada é da alteração das normas abstratas, ou seja, a mudança no direito objetivo (na lei) e sua repercussão para a superação da estabilidade da regra da sentença.

A doutrina clássica, partindo das teses que concebiam a sentença como *lex specialis*, pugnava a impossibilidade de consideração das alterações legais para a quebra da coisa julgada. Trata-se da tradicional limitação da superação da coisa julgada aos erros de fato e aos fatos supervenientes, reduzindo a possibilidade de rescisão para outros elementos normativos. Esta restrição decorreu, historicamente, da separação estanque entre as questões de fato e as questões de direito, assim como a crença na suficiência dos mecanismos ordinários recursais para corrigir e aprimorar as discussões jurídicas. Era um dos frutos do cientificismo positivista, que enalteceu o momento interpretativo do direito, desmerecendo seu momento aplicativo (mais próximo dos fatos).<sup>1804</sup> E até hoje se observa uma resistência em admitir que a alteração da situação jurídica material possa levar à revisão.<sup>1805</sup>

Em nosso entendimento, a questão não é de tão simples solução. Concordamos com Talamini e De la Oliva no sentido de que a segurança, apesar de importante, não pode ser invocada para fulminar novos direitos que surjam para as partes.<sup>1806</sup> Pawlowski lembra também que mutabilidade ínsita do direito material faz com que sua aplicação e abrangência sejam apenas

---

<sup>1802</sup> *Ibidem*, p.20.

<sup>1803</sup> *Ibidem*, p.337 ss.

<sup>1804</sup> *Ibidem*, p.19, 65-69, 195 e ss.

<sup>1805</sup> *Ibidem*, p.305 ss.

<sup>1806</sup> Cf. OLIVA SANTOS, Andrés de la. *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*. *Op.cit.*, p.252-253.

uma possibilidade ou probabilidade. Nesse cenário, o processo é fundamentalmente necessário para determinar qual é o direito concreto *naquele momento temporal*.<sup>1807</sup>

Assim, deve ser perquirido se a norma incidiu somente no momento de constituição da relação jurídica estável, ou se continua incidindo após a estabilização, por vezes durante a execução ou cumprimento da sentença. No primeiro caso, a mudança da norma é irrelevante para a estabilidade processual, porque não altera o esquema argumentativo; no segundo caso, todavia, a alteração normativa repercute no espaço de estabilidade e poderá justificar a mudança do *decisum*.

Caso comum vem das relações continuativas no direito previdenciário decididas por sentença transitada em julgado. O segurado aposenta-se com base na legislação da época em que completou os requisitos legais; então, por exemplo, o valor da renda mensal *inicial* do benefício é calculada à época da concessão, e se decidida na sentença deve assim permanecer estável porque guarda proporcionalidade com as contribuições (salvo os reajustes previstos nos art.33 e 41-A da Lei n° 8.213/91). Mas se uma nova lei eleva o valor do teto da Previdência Social, a interferência no espaço de estabilidade é patente e pode justificar um pedido revisional do valor.<sup>1808</sup> Note-se que a revisão limita-se ao ponto do esquema argumentativo que se alterou pela mudança da norma (os elementos transitivos). As demais considerações da cadeia de vínculos do processo anterior (p.ex., a espécie do benefício, os requisitos legais, a condição de segurado, o valor da renda mensal) permanecem intactas.

#### 9.6.2.5 Suficiência dos elementos para a alteração da estabilidade

No direito positivo brasileiro, a legislação prevê que, para a superação da coisa julgada, o elemento trazido à apreciação do juízo, e que justificaria a mudança da posição estável, deve ser apto, *por si só*, a levar a uma modificação da conclusão. Ou seja, a sentença tem que ter sido fundada num elemento cuja alteração seja suficiente para mudar o resultado. Assim podemos

---

<sup>1807</sup> PAWLOWSKI, Hans- Martin. *Aufgabe des Zivilprozesses*. *Op.cit.*, p.367-368. No Brasil, em sentido similar, MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional*. *Op.cit.*, p.143-144.

<sup>1808</sup> STF – RE n° 564.354-SE, Rel.Min.Carmen Lúcia, j.08.09.2010; AgR no RE n° 441.201-SC, Rel.Min.Ricardo Lewandowski, j.22.02.2011; TRF - 4ª Região – Apelação Cível 00047067820094047108-RS, Rel.Des.Fed.Ricardo Teixeira do Valle Pereira, j.21.07.2011.

observar os incisos VI, VII, VIII, IX do art.485 do CPC, combinados com os parágrafos do mesmo dispositivo.<sup>1809</sup>

Trata-se da *suficiência* dos elementos novos para a mudança da base argumentativa da estabilidade, não bastando que eles sejam “relevantes”, mas sim que possam influir de maneira decisiva na modificação do conjunto de vinculações que formou a posição estável.

Em termos de direito comparado, cabe lembrar que a revisão das sentenças canônicas estáveis (mas sem coisa julgada) é precedida da verificação não só da novidade mas também de outro importante requisito, que é a *gravidade* dos elementos novos trazidos no procedimento revisional.<sup>1810</sup> Aqui preferimos o termo “suficiência” para não levar a uma aproximação com o argumento da dignidade humana ou de valores “superiores” na hierarquia axiológica do sistema. Importa apenas a contribuição daquele elemento na estruturação argumentativa do esquema de agir estabilizado.

O raciocínio à base do requisito da suficiência deriva do fato de que, às vezes, ao subtrairmos uma questão usada na fundamentação, o resultado ainda assim se mantém. Neste caso, a dependência do resultado daquela questão era apenas parcial, e então a alteração pode até ser condição eficaz, mas não suficiente, para implicar a mudança da estabilidade, porque outros fundamentos são bastantes para mantê-la.<sup>1811</sup> Quando uma tal situação se observar, não caberá a quebra.

Por exemplo, se o juiz conclui pela invalidade do contrato na obrigação principal, extinguir-se-á a fiança; mas se considerar válido o contrato, esta conclusão não será decisiva, por si só, para afirmar a condenação do réu, porque este pode ter outras exceções e argumentos que sejam bastantes para levar à rejeição da pretensão.<sup>1812</sup>

Esboçando um critério para essa análise, um indício que demonstra a insuficiência do elemento novo para modificar o resultado do debate estável é o caráter *insignificante* da mudança que ele pode gerar, como já se percebia na doutrina clássica.<sup>1813</sup>

<sup>1809</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil. Op.cit.*, p.134, 149.

<sup>1810</sup> TALAMINI, Eduardo. *Eficácia e autoridade da sentença canônica. Op.cit.*, p.42-43. Assim também os arts.286.1 e 426.4 da LEC espanhola. Sobre o tema, Cf.CASTILLEJO MANZANARES, Raquel. *Hechos nuevos o de nueva noticia en el proceso civil de la LEC. Op.cit.*, p.62 ss.

<sup>1811</sup> BETTI, Emilio. *Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata in diritto romano. Op.cit.*, p.188-190. Note-se que, o estudo da interferência dos elementos no esquema argumentativo, empreendido no Cap.8, não avalia a suficiência destes dados para alterar substancialmente a estabilidade.

<sup>1812</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Questões prejudiciais e coisa julgada. Op.cit.*, p.171-172.

<sup>1813</sup> Como afirma Rosenberg, a insignificância da alteração é matéria a ser casuisticamente verificada. ROSENBERG, Leo. *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts. Op.cit.*, p.706.

### 9.6.3 Compensações sistêmicas para a quebra de estabilidade

Como já afirmado, a atual concepção de continuidade revela um formato de segurança jurídica que fomenta constância e consistência nas alterações normativas. Sempre que se concluir pela necessidade da mudança, deve-se procurar atenuar o impacto da modificação. Nesse contexto, imperioso é indagar a respeito de mecanismos compensatórios para a superação da estabilidade, que funcionarão como *regra de fechamento sistêmico* para o formato da segurança-continuidade.

Técnica compensatória interessante, que permite a mudança do ato processual e combate os efeitos deletérios que a alteração pudesse trazer, corresponde à edição de regras de transição.<sup>1814</sup>

O estabelecimento de regras de transição vem sendo, na última década, referido como uma grande característica do Estado contemporâneo.<sup>1815</sup> No quadro das atuais atribuições estatais, a mudança e a adaptação de posições jurídicas passaram a ser aspectos essenciais. Todavia, ao mesmo tempo, deve-se garantir segurança jurídica, e é a procura pelo ponto ótimo entre mudança e estabilidade que justifica a formulação de regras transicionais.<sup>1816</sup>

Conhecidas na prática legislativa, as regras de transição começam a ser estudadas no campo das decisões da jurisdição constitucional e administrativa, e pensamos que possam ser aplicadas à atividade jurisdicional em geral e, portanto, ao processo civil. Vejamos com mais detalhes nos itens seguintes.

#### 9.6.3.1 Regras de transição como direito individual e dever do Estado

Com efeito, hoje se fala de uma era em que o ordenamento jurídico está em constante “trânsito”<sup>1817</sup> e, nesse cenário, ao contrário do clássico “direito intertemporal”, que procurava resolver o problema da mudança normativa eliminando o conflito de normas (pela aplicação de

<sup>1814</sup> ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica no direito tributário*. *Op.cit.*, p.150, 541.

<sup>1815</sup> Sobre o tema, no Brasil, é indispensável a obra de ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança...**Op.cit.*, p.123 e ss.

<sup>1816</sup> WERDER, Alexander. *Dispositionsschutz bei der Änderung von Steuergesetzen...**Op.cit.*, p.91.

<sup>1817</sup> OST, François. *Les temps du Droit*. Paris: Odile Jacob, 1999, p.282.

regras rígidas de solução de antinomias), busca-se, na atualidade, um “direito transicional”, que visa a aliar alteração e permanência, baseando-se em critérios concretos e mais flexíveis.<sup>1818</sup>

Portanto, nesse quadro, o atual desempenho das funções estatais compreende um *poder* implícito de formular regras de transição, aplicável também no exercício do poder jurisdicional.<sup>1819</sup> Por esta razão, hoje se fala numa “justiça de transitoriedade” (*Übergangsgerechtigkeit*) que envolve a adequação e justeza temporal da atividade judicante.<sup>1820</sup>

No entanto, não são apenas as funções modernas do Estado de Direito, ou os poderes atuais da jurisdição, ou ainda o conceito de continuidade jurídica que justificam a aplicação do direito transicional. As regras de transição também guardam seu fundamento no princípio da proteção da confiança.<sup>1821</sup> Com efeito, muitas decisões de quebra de estabilidade devem ser acompanhadas por regras de transição para evitar uma ruptura das expectativas que pudessem ter sido criadas em favor da manutenção da posição estável, facilitando uma adaptação suave ao novo regramento.<sup>1822</sup> Nesse sentido, a edição de regras de transição não deve ser vista apenas como um poder estatal, mas como um *dever* decorrente da cláusula do Estado de Direito,<sup>1823</sup> com o correlato e respectivo direito individual.

Sem embargo, a proteção da confiança e o aspecto subjetivo da continuidade criam uma pretensão ao particular de exigir estas regras de transição. Trata-se de um *direito de adaptação* (*Recht auf Anpassung*)<sup>1824</sup> que têm os indivíduos, e aqui especificamente os jurisdicionados, à

<sup>1818</sup> ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica no direito tributário*. Op.cit., p.97.

<sup>1819</sup> PROBST, Thomas. *Die Änderung der Rechtsprechung*. Op.cit., p.713. Pela desnecessidade de uma autorização expressa de regras de transição, Cf.SALZWEDEL, Jürgen. *Verfassungsrechtlich geschützte Besitzstände und ihre ‘Überleitung’ in neues Recht. Zur Theorie der gesetzesfesten Rechtspositionen. Die Verwaltung*, ano 5, 1972, p.36; BORCHARDT, Klaus-Dieter. *Der Grundsatz des Vertrauensschutzes im Europäischen Gemeinschaftsrecht*. Op.cit., p.130-131.

<sup>1820</sup> O conceito foi cunhado por KLOEPFER, Michael. *Entschädigung für Straßenverkehrslärm: Rückberücksichtigung und Vorberücksichtigung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes – BGHZ 64, 220. Juristische Schulung*, ano 16, n.7, 1976, p.438-439; *Idem*, *Übergangsgerechtigkeit bei Gesetzesänderungen und Stichtagsregelungen, in Die Öffentliche Verwaltung*, ano 31, 1978, p.225, 233. Posteriormente, o termo foi incorporado por outros autores. Cf.MUCKEL, Stefan. *Kriterien des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes bei Gesetzesänderungen*. Op.cit., p.119; PIEROTH, Bodo. *Rückwirkung und Übergangsrecht. Verfassungsrechtliche Maßstäbe für intertemporale Gesetzgebung*. Berlin: Duncker & Humblot, 1981, p.152.

<sup>1821</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica....*, Op.cit., p.17 e 34; SACHS, Michael. *Grundgesetz Kommentar*. 5. ed., München: C.H.Beck, 1995, p.821.

<sup>1822</sup> STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. Op.cit., Band I, p.836 ss; ASCHKE, Manfred. *Übergangsregelungen als verfassungsrechtliches Problem*. Op.cit., p.83; SACHS, Michael. *Grundgesetz Kommentar*. Op.cit., p.827 e nota 660 e 661. Confira-se a decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão: BVerfGE 21, 173 (183).

<sup>1823</sup> A doutrina fala de um “*Pflicht zum Erlass von Übergangsregelungen*” (dever de edição de regras de transição). Cf.PIEROTH, Bodo. *Rückwirkung und Übergangsrecht*. Op.cit., p.73-74, 149 ss; WOERNER, Lothar. *Der Bundesfinanzhof zwischen Stetigkeit und Wandel – Theorie und Praxis*. Op.cit., p.1027; VOSSKUHLE, Andreas. *Das Kompensationsprinzip*. Op.cit., p.361, 364-372; CALMES, Sylvia. *Verfassungsrechtlicher Vertrauensschutz im romanischen Rechtskreis*. Op.cit., p.77-78, 89. Para uma análise comparativa dos ordenamentos europeus, Cf. BORCHARDT, Klaus-Dieter. *Der Grundsatz des Vertrauensschutzes im Europäischen Gemeinschaftsrecht*. Op.cit., p.59.

<sup>1824</sup> SALZWEDEL, Jürgen. *Verfassungsrechtlich geschützte Besitzstände und ihre ‘Überleitung’ in neues Recht...* Op.cit., p.12, 32; WERDER, Alexander. *Dispositionsschutz bei der Änderung von Steuergesetzen...* Op.cit., p.148-149. No mesmo sentido, Cf. LEISNER, Walter. *Das Gesetzesvertrauen des Bürgers. Zur Theorie der Rechtsstaatlichkeit und der Rückwirkung der Gesetze*.

redução do impacto na passagem de uma posição estável para as novas posições jurídicas. Se é verdade que não se pode pretender que o regramento da matéria permaneça sempre igual (vez que a continuidade não impede a mudança), o indivíduo tem direito de exigir que não seja prejudicado quando praticou condutas programando-se de acordo com o regulamento estável anterior.

No campo das regras de transição, por conseguinte, deve-se estabelecer um regramento provisório ou compensatório para diminuir o choque que uma alteração da estabilidade poderia gerar para aqueles que, no passado, confiando na manutenção da regra anterior, programaram legitimamente suas atividades.<sup>1825</sup> Só assim pode ser obtido um equilíbrio entre o progresso do direito, o aperfeiçoamento das normas e a justiça material, de um lado, e a proteção de posições jurídicas consolidadas do outro.<sup>1826</sup>

As normas de transição funcionam como regra de fechamento sistêmico para um sistema de estabilidades fundado na continuidade jurídica, permitindo proteção da segurança sem valer-se da imutabilidade ou inalterabilidade dos conteúdos estáveis.

#### 9.6.3.2 O Judiciário pode estabelecer regras de transição?

Ao pensarmos em edição de regras de transição, imediatamente vem à mente a praxe legislativa. No Brasil, p.ex., as constantes emendas constitucionais que atingem relações jurídicas de longo prazo, como aquelas referentes aos regimes dos servidores públicos ou à previdência social, sempre foram acompanhadas de regras de transição.

Por outro lado, se a exigência de regras de transição, por conta da segurança-continuidade, importa em direitos dos indivíduos e deveres do Estado em todas as suas esferas, caberia estudar então se tais regras poderiam ser formuladas e aplicadas por órgãos do Poder Judiciário para atenuar alterações em posições jurídico-processuais estabilizadas. Essa possibilidade gera várias indagações sobre a separação de poderes e as funções jurisdicionais na atualidade.

---

*Op.cit.*, p.297.

<sup>1825</sup> ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança...Op.cit.*, p.224-228.

<sup>1826</sup> KIRCHHOF, Paul. *Kontinuität und Vertrauensschutz bei Änderungen der Rechtsprechung. Op.cit.*, p.266; BADURA, Peter. *Staatsrecht. Op.cit.*, p.320-321; MUCKEL, Stefan. *Kriterien des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes bei Gesetzesänderungen. Op.cit.*, p.119-120.



### 9.6.3.2.1 A abordagem funcional da separação de Poderes

Cabe perquirir, inicialmente, se haveria alguma ofensa à separação de poderes. De fato, quando o tribunal “cria” normas, estamos diante de uma questão delicada em termos de divisão das funções estatais, especialmente em face do legislador.<sup>1827</sup> Qual seria o papel do Judiciário no sistema jurídico? Este papel engloba a edição de regras de transição? São questões extremamente complexas, mas que merecem nossa atenção, ainda que em poucas linhas.

Na tradicional e ortodoxa separação de poderes *à la Montesquieu*, o juiz é retratado como a “boca da lei”; nas formulações mais modernas, o magistrado é o revelador das orientações legislativas nos limites semânticos da norma a ser aplicada no caso concreto. Portanto, em qualquer acepção, os tribunais devem tradicionalmente aplicar as normas e não as criar. Trata-se da visão de que o juiz não é o “rei da legislação” mas vinculado a ela (*rule of law*), e este é um essencial componente do Estado de Direito.<sup>1828</sup> Assim, enquanto o legislador seria livre, ainda que dentro dos limites constitucionais, para produzir uma regra nova, Judiciário e Executivo seriam órgãos “aplicadores” de normas. Nesta perspectiva, haveria necessária ofensa à separação de poderes toda vez que regras de transição fossem editadas pelo Judiciário.

Em nosso sentir, a edição de regras de transição não ofende a separação de poderes porque esta divisão não pode ser vista como uma repartição orgânica, rígida e estanque, mas como uma atribuição de *tipos fundamentais de tarefas* a serem desempenhadas pelos órgãos de Estado.

Com efeito, a separação constitucional de poderes deve ser compreendida, na atualidade, como uma delimitação de *modelos básicos de funções* com vistas à *racionalização das atividades estatais*. Assim, a perspectiva orgânica é substituída por uma abordagem *funcional e teleológico-estrutural*. Funcional, porque a ênfase vem nas atividades, não nos sujeitos que as realizam; e teleológico-estrutural porque a *tipologia das funções* contribui para o *aprimoramento das estruturas organizacionais* do Estado. De fato, com clareza na distribuição funcional, as

---

<sup>1827</sup> v.BRÜNNECK, Wiltraut Rupp. *Verfassungsgerichtsbarkeit und gesetzgebende Gewalt wechselseitiges Verhältnis zwischen Verfassungsgericht und Parlament*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 102, 1977, p.4 ss. Sobre o tema, na jurisdição constitucional, Cf. STERN, Klaus. *Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgeber*. *Op.cit.*, p.33.

<sup>1828</sup> STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. *Op.cit.*, Band I, p.800-801; IPSEN, Jörn. *Richterrecht und Verfassung*. *Op.cit.*, p.117.

estruturas e os procedimentos de cada instituição estatal podem ser mais e mais melhorados, adaptados e organizados de acordo com suas funções típicas.<sup>1829</sup>

Porém, essa divisão básica deixa também algum espaço para a assunção de tarefas por órgãos que não corresponderiam àqueles aos quais, dentro daquela distribuição fundamental, tais funções seriam mais comumente confiadas. Portanto, nesse contexto, a separação de poderes contemporânea admite que certas funções não tipicamente jurisdicionais sejam conferidas ao Judiciário.<sup>1830</sup> E assim também com a edição de regras de transição.

No mais, cabe lembrar que as normas de transição editadas pelo Judiciário não são gerais e abstratas como aquelas produzidas pelo Legislativo, mas regras especiais, aplicáveis com limitações objetivas e subjetivas (*inter partes*), frequentemente com vigência temporal demarcada. Por conseguinte, talvez as regras de transição judiciais se aproximem mais das normas administrativas que das leis, o que reduziria a relevância do cotejo com a atividade legiferante.<sup>1831</sup>

De todo modo, pensamos que admitir a edição de regras de transição pelo Judiciário é possível desde que num quadro funcional da separação de poderes baseado em *complementariedade* das atividades dos vários órgãos estatais, assim como na *prevalência do órgão de função típica*.<sup>1832</sup>

Assim, talvez a questão do estabelecimento de regulamentos de transição pelo Judiciário possa ser resolvida da mesma forma que vem sendo compreendida a edição de regras pela administração, no âmbito das ideias de primado da lei (*Vorrang des Gesetzes*) e reserva de lei (*Vorbehalt des Gesetzes*), segundo os clássicos conceitos definidos por Otto Mayer.<sup>1833</sup>

<sup>1829</sup> KÜSTER, Otto. *Das Gewaltproblem im modernen Staat*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, ano 75, 1949, p.402 ss; IPSEN, Jörn. *Richterrecht und Verfassung*. *Op.cit.*, p.134-137.

<sup>1830</sup> Assim, HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. *Op.cit.*, p.211. Sobre os limites da jurisdição, se comparada com outras atividades estatais, Cf.DOEHRING, Karl. *Zur Erstreckung gerichtlichen Kontrolle des Gesetzgebers und der Regierung*, in BURMEISTER, Joachim (Hrsg.). *Verfassungsstaatlichkeit. Festschrift für Klaus Stern zum 65.Geburtstag*. München: Beck, 1997, p.1059 e ss; SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *Der Rechtsstaat*. *Op.cit.*, p.568 ss.

<sup>1831</sup> Veja-se ainda que, se as regras de transição forem editadas na jurisdição constitucional, especialmente no campo do controle abstrato da constitucionalidade, poderá haver muito maior risco sistêmico de quebra da separação de poderes do que se os regulamentos transitórios forem elaborados para reger situações mais específicas.

<sup>1832</sup> Quando houver, p.ex., uma lacuna normativa, cuja incompletude possa gerar quebra de continuidade, o Judiciário poderia editar tais normas. Cf.LERCHE, Peter. *Das Bundesverfassungsgericht als Notgesetzgeber, insbesondere im Blick auf das Recht des Schwangerschaftsabbruchs*, in *Festschrift für Wolfgang Gitter*. Wiesbaden: Chmierz, 1995, p.509, 511. Sobre o tema do direito judicial e do poder de complementar o ordenamento, Cf. MEIER-HAYOZ, Arthur. *Der Richter als Gesetzgeber. Eine Besinnung auf die von den Gerichten befolgten Verfahrensgrundsätze im Bereich der freien richterlichen Rechtsfindung gemäß Art.1 Abs.2 des schweizerischen Zivilgesetzbuches*. Zürich: Juris, 1951, p.27 ss, 130 ss, 221 ss. Na página 221, cita o autor inclusive o Código Civil brasileiro de 1916 como exemplo de muitas legislações que autorizam o juiz a preencher as lacunas da lei.

<sup>1833</sup> MAYER, Otto. *Deutsches Verwaltungsrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, vol.I, 1895, p.74.

A reserva de lei proíbe o preenchimento do vácuo normativo por outro poder quando a matéria a ser regulamentada seja de exclusiva deliberação do legislador. Já o primado da lei faz com que a manifestação do legislador prevaleça sobre a manifestação regulativa do outro poder, com o efeito de derogar a regulação administrativa e jurisdicional, tornando a regra complementar (judicial ou administrativa) não só desnecessária, mas sobretudo inadmissível.<sup>1834</sup>

Nessa ordem de ideias, e dentro da complementariedade permitida pela separação de poderes contemporânea, ao formular regras de transição, o Estado-juiz colocar-se-ia então como um “legislador-substituto” ou “legislador-compensador” (*Ersatzgesetzgeber*).<sup>1835</sup>

#### 9.6.3.2.2 A formulação de regras de transição como função compatível com a atividade jurisdicional

Outra questão que aqui se coloca é verificar se estas hipóteses de formulação de regras pelo Judiciário seriam tarefas compatíveis com a função jurisdicional, abrangidas pelas finalidades do processo e da jurisdição contemporânea, e então seria de excluir ou reduzir as objeções referentes à separação de poderes.

Naquela visão de Montesquieu da separação de poderes, o juiz não teria qualquer atividade criativa. A jurisdição apenas descobre, expressa, proclama o direito, numa função puramente declaratória de resgatar o conteúdo pré-existente da norma. A decisão, assim, é um espelho da lei, aplicada ao caso. Por essa razão, diz-se que a sentença seria retroativa (até porque

<sup>1834</sup> Cf. BADURA, Peter. *Staatsrecht. Op.cit.*, p.322 ss; STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Op.cit.*, Band I, p.802 ss; SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *Der Rechtsstaat. Op.cit.*, p.575; ZIPPELIUS, Reinhold; WÜRTEMBERGER, Thomas. *Deutsches Staatsrecht. Op.cit.*, p.115-116; SACHS, Michael. *Grundgesetz Kommentar. Op.cit.*, p.811-815.

<sup>1835</sup> SCHLAICH, Klaus; KORIOH, Stefan. *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen*. 8. ed., München: C.H. Beck, 2010, p.290 e 310. Porém, esta qualificação não conta com adesão unânime da doutrina estrangeira. Cf. BOUJONG, Karlheinz. *Rechtsfortbildung, Rechtsprechungsänderung und Vertrauensschutz in der Judikatur des Bundesgerichtshofs, in Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag*. München: C.H.Beck, 2005, p.1235-1236. Alguns afirmam que talvez o juiz atue como um “legislador de emergência” (*Notgesetzgeber*) para evitar resultados proibidos pela lei e pela constituição. LERCHE, Peter. *Das Bundesverfassungsgericht als Notgesetzgeber, insbesondere im Blick auf das Recht des Schwangerschaftsabbruchs. Op.cit.*, p.511. No caso da jurisdição constitucional, já se objetou ao uso desta nomenclatura porque imaginar uma tal “competência emergencial” para a corte constitucional, de prevenir que um “caos” normativo decorresse da sua decisão, só se justificaria se pudéssemos entender como função da corte suprema a preservação do próprio Estado, na linha das teorias das “razões de Estado”. Confirmam-se os textos de IPSEN, Jörn. *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt. Op.cit.*, p.239, 241 ss, 253-257; SCHNEIDER, Hans-Peter. *Die Vollstreckungskompetenz nach § 35 BVerFGG – ein Notverordnungsrecht des Bundesverfassungsgerichts? Neue Juristische Wochenschrift*, ano 47, II, 1994, p.2591 ss; ROTH, Wolfgang. *Grundlage und Grenzen von Übergangsordnungen des Bundesverfassungsgerichts... Op.cit.*, p.473 ss. Não obstante, esta última expressão (legislador-emergencial) parece frisar a provisoriedade e precariedade do regramento transicional judicial e neste sentido também apresenta uma terminologia interessante para a descrição do fenômeno.

contém declaração) e a lei seria voltada ao futuro. Nesse quadro, não haveria justificativa para enquadrar a edição de regras de transição como função jurisdicional.

Porém, no mundo atual, não se pode mais pensar que a jurisdição atua sempre retroativamente e a legislação prospectivamente. Como afirma Grunsky, uma das funções da jurisdição é verificar as *linhas condutoras de comportamentos futuros* que serão determinadas pelo julgamento do caso; não apenas uma atividade voltada ao passado, mas assumindo também uma “função criadora de parâmetro” (*Leitbildfunktion*).<sup>1836</sup>

Sem embargo, é incorreto imaginar que o Judiciário, no Estado de Direito contemporâneo, tenha atuação voltada somente para o passado. O dever de controlar as conclusões jurídicas anteriores e de trabalhar a tensão entre norma e fato faz com que o Estado-juiz tenha a permanente função de “destemporalização” (*Entzeitlichung*) do direito.<sup>1837</sup>

Nesse cenário, devemos ter uma compreensão da sentença menos voltada para sua função declarativa. Se a sentença é um ato de vontade aliado a constatações cognitivas relacionadas aos comportamentos do *alter* (influência), está aberto o caminho para aceitar melhor a preocupação do Judiciário com condutas, prognósticos e expectativas futuras.<sup>1838</sup> Ademais, se à segurança jurídica contemporânea devem ser incorporados valores próprios da cláusula do Estado de Direito, como previsibilidade, proteção da confiança legítima, igualdade no tempo e estabilidade na mudança de posições consolidadas (continuidade),<sup>1839</sup> devemos atentar para a necessidade de preocupação não só com o fato pretérito, mas também com as programações do futuro.<sup>1840</sup>

É natural compreender, no panorama atual de inflação quantitativa e alteração qualitativa das funções estatais, que deva haver também uma guinada na forma com que o Estado reage às questões que lhe são postas. Ao deliberar sobre conflitos dinâmicos, complexos e multilaterais, com cursos e alterações descontínuos e não lineares, com riscos e prognoses de difícil avaliação e efeitos muitas vezes subjetivamente alargados, impende haver uma adaptação também dos

<sup>1836</sup> GRUNSKY, Wolfgang. *Grenzen der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung*. Karlsruhe: C.F.Müller, 1970, p.13-14, 25-26. Sobre as mudanças na compreensão das funções da jurisdição, Cf. BARROSO, Luís Roberto. Mudança de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária. Segurança jurídica e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais. *Revista de Direito do Estado*, n.2, abr-jun, 2006, p.272.

<sup>1837</sup> BURMEISTER, Joachim. *Vertrauensschutz im Prozeßrecht*. *Op.cit.*, p.29-30; KLOEPFER, Michael. *Entschädigung für Straßenverkehrslärm: Rückberücksichtigung und Vorberücksichtigung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes – BGHZ 64, 220*. *Op.cit.*, p.436, 438-439; *Idem*, *Übergangsgerechtigkeit bei Gesetzesänderungen und Stichtagsregelungen*. *Op.cit.*, p.232. Cf. SCHLÜTER, Wilfried. *Das Obiter Dictum*. *Op.cit.*, p.19-21.

<sup>1838</sup> PROBST, Thomas. *Die Änderung der Rechtsprechung*. *Op.cit.*, p.443-447.

<sup>1839</sup> ARNDT, Hans-Wolfgang. *Probleme rückwirkender Rechtsprechungsänderung*. Frankfurt am Main: Athenäum, 1974, p.90-91.

<sup>1840</sup> SCHÖNBERG, Søren. *Legitimate expectations in Administrative Law*. *Op.cit.*, p.13-14; PIEKENBROCK, Andreas. *Faktische Rechtsänderungen durch Richterspruch als Kollisionsrechtliches Problem*. *Zeitschrift für Zivilprozeß*, ano 119, n.1, 2006, p.15.

mecanismos do Estado para responder adequadamente e prover soluções equânimes e temporalmente sustentáveis.<sup>1841</sup> Por isso, deve haver consideração dos efeitos passados e futuros das decisões judiciais, o que leva naturalmente à aceitação de que regras de transição sejam aplicadas pelo Estado-juiz.<sup>1842-1843</sup>

E o tema da edição de regras de transição já ganhou o sufrágio da jurisprudência no direito estrangeiro. De acordo com o Tribunal Constitucional alemão,<sup>1844</sup> seguido pelo Tribunal Superior em matéria financeira (*Bundesfinanzhof*),<sup>1845</sup> as regras de transição podem ser editadas pelo Judiciário, e não apenas pelos órgãos da administração pública.

### 9.6.3.3 Formalidades na edição de regras de transição

#### 9.6.3.3.1. A sede própria

Já se indagou se as regras de transição deveriam constar do próprio julgamento que determina a superação da estabilidade, ou se deveriam ser redigidas separadamente.

Em nossa opinião, a junção das regras de transição com as razões do julgamento permite uma compreensão mais completa da controvérsia e da necessidade da edição do regulamento interino, podendo servir ainda quando da reavaliação destas regras no futuro.<sup>1846</sup>

Com efeito, como o processo lida com atos concretos, é medida salutar aproximar a regra de transição judicialmente editada da justificação argumentativa casuística que levou à alteração de estabilidade. Separar as regras transicionais poderia torná-las “distantes” do esquema argumentativo e dar impressão de uma autonomia e abstração que elas não possuem por não serem oriundas de um ato legislativo.

<sup>1841</sup> VOSSKUHLE, Andreas. *Das Kompensationsprinzip*. *Op.cit.*, p.4-5.

<sup>1842</sup> PAWLOWSKI, Hans-Martin. *Die rechtsstaatliche Dimension von Gesetzgebung und Judikatur*. *Die Öffentliche Verwaltung*, ano 29, n.15, 1976, p.505, 509.

<sup>1843</sup> É verdade que, ao atuar na edição destas regras, talvez a atividade jurisdicional não tenha aquele caráter declaratório de falavam os clássicos, no sentido de que não pronuncia um direito que existia antes; mas, ainda assim, manterá sua nota de *substitutividade*, pois continuará sendo *secundária* em relação à vontade das partes. Confirmam-se as tradicionais características da jurisdição em CALAMANDREI, Piero. *Limiti fra giurisdizione e amministrazione nella sentenza civile*. *Op.cit.*, p.66-67.

<sup>1844</sup> BVerfGE 43, 242 ss; BVerfGE 31, 275 (284); BVerfGE 29, 245 (258), BVerfGE 79, 212 (219 ss).

<sup>1845</sup> Como já afirmara em julgamentos de 01.04.1960 (*in Bundessteuerblatt*, terceira parte, 1960, p.231 ss) e 13.03.1964 (*in Bundessteuerblatt*, terceira parte, 1964, p.342-343).

<sup>1846</sup> Em sentido similar, BÄR, Rolf. *Praxisänderung und Rechtssicherheit*, in FORSTMOSER, Peter e SCHLUEP, Walter R. (Ed.). *Freiheit und Verantwortung im Recht. Festschrift zum 60. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz*. Bern: Stämpfli, 1982, p.24.

### 9.6.3.3.2 A discricionariedade na escolha da espécie de regra transicional

Mais difícil do que saber se pode haver regras de transição é identificar *quais regras* devem ser editadas. Não obstante, como o exame de continuidade é a análise de uma cadeia em um *espaço temporal* de observação, a modalidade de transição é uma opção tão difícil quanto relevante.<sup>1847</sup>

E o âmbito de escolha do mecanismo entende-se amplo para o juiz por causa de sua discricionariedade situativa.<sup>1848</sup> Com efeito, para avaliar como deve ser promovida a segurança jurídica através da continuidade, é só pela atividade de concreção que pode haver o correto cotejo da situação presente e do direito transicional com a estabilidade anterior, ou a comparação entre posições jurídicas pretéritas e atuais.<sup>1849</sup>

Por isso mesmo, como ao Judiciário cabe ligar os tipos e normas legais às posições jurídicas concretas, as características da atividade judicante já foram motivo para afirmar que existe discricionariedade judicial em outros tipos de decisão submetidos a alterações dinâmicas e mutáveis,<sup>1850</sup> reconhecendo-se ao juiz um espaço de conformação amplo dentro do qual poderá determinar a regra de adaptação do contrato às novas circunstâncias.<sup>1851</sup>

Vê-se, portanto, uma grande esfera de discricionariedade para os juízes na fixação de qual tipo de regra transicional será implementada, o que, somado à abertura do próprio processo de aplicação da continuidade jurídica, revela uma elevada margem de liberdade.<sup>1852</sup>

Ademais, como já se manifestaram os Tribunais Superiores alemães especializados em questões financeiras (*Bundesfinanzhof*)<sup>1853</sup> e administrativas (*Bundesverwaltungsgericht*),<sup>1854</sup> inexistente um dever do juiz de optar por uma *determinada espécie* de regra de transição, não havendo qualquer direito subjetivo à edição de uma modalidade *específica* dessas regras.

<sup>1847</sup> LEISNER, Anna. *Kontinuität als Verfassungsprinzip... Op.cit.*, p.205.

<sup>1848</sup> MUCKEL, Stefan. *Kriterien des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes bei Gesetzesänderungen. Op.cit.*, p.127-129; PROBST, Thomas. *Die Änderung der Rechtsprechung. Op.cit.*, p.718.

<sup>1849</sup> ASCHKE, Manfred. *Übergangsregelungen als verfassungsrechtliches Problem. Op.cit.*, p.78.

<sup>1850</sup> Kisch sustenta que nas sentenças determinativas haveria um inseparável caráter discricionário. KISCH, Wilhelm. *Beiträge zur Urteilslehre. Op.cit.*, p.114 ss. Em outro ponto, Kisch chega a dizer que há uma tendência de que esta discricionariedade possa também excepcionalmente existir nas sentenças declaratórias e constitutivas, mas em dimensão limitada. KISCH, Wilhelm. *Beiträge zur Urteilslehre. Op.cit.*, p.65. Para Calamandrei, não obstante, tratar-se-ia de atividade administrativa, não jurisdicional. Cf. CALAMANDREI, Piero. *Limiti fra giurisdizione e amministrazione nella sentenza civile. Op.cit.*, p.85-87 e 90.

<sup>1851</sup> Algo parecido é sustentado para a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*. Cf. HORN, Norbert. *Vertragsbindung unter veränderten Umständen... Op.cit.*, p.1125; KÖBLER, Ralf. *Die "clausula rebus sic stantibus" als allgemeiner Rechtsgrundsatz. Op.cit.*, p.254-259.

<sup>1852</sup> LEISNER, Walter. *Abwägung überall - Gefahr für den Rechtsstaat. Neue Juristische Wochenschrift*, ano 50, n.10, 1997, p.638.

<sup>1853</sup> Como já afirmara em julgado de 07.10.1965, in *Bundessteuerblatt*, terceira parte, 1965, p.700.

<sup>1854</sup> BVerwGE 35, 69 (78ss).

Não obstante este amplo espaço de conformação para a decisão judicial, tem-se entendido que a escolha não deve ser encarada apenas como uma questão de conveniência,<sup>1855</sup> mas uma *opção técnica* para otimizar a mudança e mitigar os prejuízos que esta possa causar. A escolha das regras de transição pelo juiz, portanto, não é livre.

E podem ser pensadas outras formas de limitação da atividade judicial, como veremos no próximo tópico.

#### 9.6.3.3 Limitações: carência regulativa e atuação “como se legislador fosse”

Reconhecer que, excepcionalmente, caberá ao Judiciário a efetiva edição de regras de transição não significa que esta tarefa judicial será idêntica à atividade legislativa. Tampouco constatar a margem de discricionariedade na escolha do tipo de regra de transição importa numa ilimitada liberdade que beirasse o arbítrio.

Há que se procurar limites dentro dos quais será autorizada a edição de regras pelo Estado-juiz, bem como estabelecer métodos para que esta nova função não extrapole as linhas da separação de poderes em sua dimensão funcional e teleológico-estrutural.<sup>1856</sup> E então se nos coloca o tema dos limites do direito produzido judicialmente.

De fato, permitir a edição de regras pelo Judiciário traz consigo sempre o perigo do chamado “direito dos juízes”,<sup>1857</sup> com as conhecidas questões de legitimação na formulação destas normas, que seriam elaboradas por agentes estatais não eleitos. Concordamos com aqueles que aceitam a edição de regras pelo juiz (o chamado “direito judicial”) apenas se preenchidos dois pressupostos limitativos. O primeiro deles é a verificação de uma situação de carência regulativa (*regelungsbedürftigen Situation*), na qual, ou não há norma, ou a norma existente não é aplicável ou é ineficiente. É o que acontece no caso de lacunas no regramento existente, havendo então maior espaço para a atividade judicial.<sup>1858</sup>

<sup>1855</sup> LERCHE, Peter. *Das Bundesverfassungsgericht als Notgesetzgeber, insbesondere im Blick auf das Recht des Schwangerschaftsabbruchs*. *Op.cit.*, p.511.

<sup>1856</sup> ASCHKE, Manfred. *Übergangsregelungen als verfassungsrechtliches Problem*. *Op.cit.*, p.23.

<sup>1857</sup> Sobre o *Richterrecht*, Cf.SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *Der Rechtsstaat*. *Op.cit.*, p.578; IPSEN, Jörn. *Richterrecht und Verfassung*. *Op.cit.*, *passim*.

<sup>1858</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Die Feststellung von Lücken im Gesetz. Eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem*. Berlin: Duncker & Humblot, 1964, p.35 ss, especialmente p.39-44; BÄR, Rolf. *Praxisänderung und Rechtssicherheit*. *Op.cit.*, p.24-25; AFFOLTER, Friedrich. *System des deutschen bürgerlichen Übergangsrechts*. Leipzig: Veit & Comp., 1903, p.30, 37, que observa que esta sempre foi historicamente uma tendência desde o direito romano.

O segundo pressuposto é que o juiz deve formular regra que esteja em consonância com os princípios e valores do sistema, *reduzindo sua inventividade*.<sup>1859</sup> Para tanto, interessante é a solução positivada no direito suíço: o juízo deve atuar “como se legislador fosse”.<sup>1860</sup> Trata-se do que já se chamou de “princípio da possível intenção legislativa”, segundo o qual haveria uma pressão para que o Estado-juiz se comportasse da maneira a atingir os efeitos que o legislador desejaria.<sup>1861</sup>

Neste sentido, as regras de transição devem levar em conta a posição estável anterior, ainda que esta não deva persistir. Além disso, se o Judiciário deve atuar como se legislador fosse, o direito positivado, mesmo tendo sido considerado inválido, inconstitucional ou inaplicável, deve ser ao menos um ponto de partida a ser incluído no exame de continuidade.<sup>1862</sup> Para operar esta “autolimitação” na edição de regras de transição, as cortes devem ainda aplicar raciocínios analógicos de conceitos legislados, atendo-se, tanto quanto possível, às opções legislativas já previstas em outros textos legais.<sup>1863</sup>

#### 9.6.3.4 Critérios de conteúdo para estabelecer regras de transição

Se as regras de transição lidam com a eficácia da decisão, trata-se de saber como e em que extensão, para uma determinada situação de fato, certas medidas serão aptas a construir pontes de

<sup>1859</sup> LANGENBUCHER, Katja. *Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht*. *Op.cit.*, p.40-41.

<sup>1860</sup> Art.1 alínea 2 do Código Civil: “Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll das Gericht nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die es als Gesetzgeber aufstellen würde.” (Tradução: “Se nenhuma disposição puder ser extraída da lei, então poderá o juízo decidir com base no direito consuetudinário e, quando este também faltar, poderá decidir com base na regra que editaria se legislador fosse”). Na tradução francesa: “A défaut d’une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d’une coutume, selon les règles qu’il établirait s’il avait à faire acte de législateur”. O texto encontra-se disponível em <<http://www.admin.ch/ch/d/sr/210/a1.html>>, acesso em 31.08.2011. Sobre o tema, na doutrina, Cf.MEIER-HAYOZ, Arthur. *Der Richter als Gesetzgeber*. *Op.cit.*, p.5 ss, 21 ss; PROBST, Thomas. *Die Änderung der Rechtsprechung*. *Op.cit.*, p.712.

<sup>1861</sup> Nomenclatura de Lerche (“Prinzip der möglichen Aufrechterhaltung des gesetzgeberischen Willens”). Cf.LERCHE, Peter. *Das Bundesverfassungsgericht als Notgesetzgeber, insbesondere im Blick auf das Recht des Schwangerschaftsabbruchs*. *Op.cit.*, p.512-513, 516.

<sup>1862</sup> *Ibidem*, p.511.

<sup>1863</sup> MEIER-HAYOZ, Arthur. *Der Richter als Gesetzgeber*. *Op.cit.*, p.81, 122 ss. Na jurisdição constitucional, pode o Judiciário valer-se também de *obiter dicta*, ao lado das regras transicionais efetivamente editadas, para, num diálogo interinstitucional, externar informações e sugestões para a atividade legislativa futura. Cf.IPSEN, Jörn. *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*. *Op.cit.*, p.128-131. Veja-se o seguinte exemplo, ilustrativo sobre como uma regulação de transição equilibrada permite um saudável debate entre os Poderes do Estado. Nos casos em que se pronunciou sobre a criminalização da interrupção de gravidez, o Tribunal Constitucional Federal alemão, por força da pronúncia de nulidade, editou regulamento transitório e a matéria passou a ser disciplinada nos termos da decisão da corte. Posteriormente, veio a ser promulgada nova lei, e o curioso é que seu conteúdo foi quase idêntico àquele da decisão do Tribunal Constitucional, o que mostrou não só um diálogo positivo entre os poderes, mas também e sobretudo que a tarefa legiferante transicional, por parte do Judiciário, não fora despropositada, excessiva ou arbitrária. Cf.BVerfGE 88, 203 (209 ss e 336-337); BVerfGE 39, 1. Confirmam-se comentários em SCHNEIDER, Hans-Peter. *Die Vollstreckungskompetenz nach § 35 BVerFGG...*, *Op.cit.*, p.2591; LERCHE, Peter. *Das Bundesverfassungsgericht als Notgesetzgeber, insbesondere im Blick auf das Recht des Schwangerschaftsabbruchs*. *Op.cit.*, p.509 ss; IPSEN, Jörn. *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*. *Op.cit.*, p.120-122.



continuidade e reduzir o impacto dos efeitos da mudança.<sup>1864</sup> Porém, na ponderação que deve ser realizada para a edição das regras de transição, não há critérios rígidos e apriorísticos.<sup>1865</sup> Normalmente se apontam, de um lado, os objetivos de aprimoramento e justeza de conteúdo dos atos jurisdicionais e, de outro, os interesses na estabilidade.

Devem ser avaliados ainda os prejuízos que a própria edição das regras de transição pode trazer, balanceados com a intensidade da oneração que a mudança abrupta poderia acarretar para os diretamente afetados.<sup>1866</sup> Como visto anteriormente, na alteração de uma posição jurídica estável (tendencialmente contínua) deverá haver um equilíbrio entre as razões para a mudança e a intensidade da alteração pretendida.<sup>1867</sup> Além disso, as relações entre os fundamentos da alteração e a intensidade devem ser motivadas com uma argumentação racional, compreensível e suficiente para a perguntas sobre “como” mudar. A continuidade jurídica e a proteção da confiança dos afetados também entram nessa análise, sempre tendo em conta os aspectos da previsibilidade e calculabilidade.<sup>1868</sup>

#### 9.6.3.4.1 Equilíbrio e adequação entre a regra de transição e a posição deficitária

Os mecanismos de ajuste transitório pressupõem uma posição deficitária, de um lado, que é aquela prejudicada pela alteração de estabilidade; e uma prestação compensatória de outro.

Entre ambas, deve ser observada uma relação funcional equilibrada para permitir equivalência entre as posições anterior e posterior. O cuidado, nesta equação, é para não haver uma *supercompensação* ou uma *subcompensação*.<sup>1869</sup>

#### 9.6.3.4.2 Prazo de transição

Vimos que a regra de transição editada pelo Estado-juiz não é perene; ao contrário, a provisoriedade é uma de suas notas características, ainda que estas sejam editadas já quando do

<sup>1864</sup> ASCHKE, Manfred. *Übergangsregelungen als verfassungsrechtliches Problem*. *Op.cit.*, p.21.

<sup>1865</sup> SACHS, Michael. *Grundgesetz Kommentar*. *Op.cit.*, p.828.

<sup>1866</sup> SOBOTA, Katharina. *Das Prinzip Rechtsstaat*. *Op.cit.*, p.188; SALZWEDEL, Jürgen. *Verfassungsrechtlich geschützte Besitzstände und ihre ‘Überleitung’ in neues Recht...* *Op.cit.*, p.33.

<sup>1867</sup> LEISNER, Anna. *Kontinuität als Verfassungsprinzip...*, *Op.cit.*, p.348.

<sup>1868</sup> ROBBERS, Gerhard. *Rückwirkende Rechtsprechungsänderung*, in *Juristen Zeitung*, ano 43, n.10, 1988, p.489; LANGENBUCHER, Katja. *Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht*. *Op.cit.*, p.141, 144-146; G.REINICKE e D.REINICKE. *Zum Vertrauensschutz auf eine ständige Rechtsprechung*. *Op.cit.*, p.325.

<sup>1869</sup> VOSSKUHLE, Andreas. *Das Kompensationsprinzip*. *Op.cit.*, p.49-50.

cumprimento da sentença.<sup>1870</sup> Até por isso, este tipo de regulamento é denominado de “regra interina”.<sup>1871</sup>

Portanto, é especialmente importante para regras de transição um prazo certo de vigência, seja para que cesse sua eficácia,<sup>1872</sup> seja para sua reavaliação.<sup>1873</sup>

O prazo é relevante para a programação dos indivíduos em torno do regulamento transicional, alertando os jurisdicionados sobre a extensão temporal em que perdurará a regra de transição,<sup>1874</sup> ou pelo menos sobre quando seu conteúdo pode ser revisto e alterado,<sup>1875</sup> o que será determinante para as suas escolhas comportamentais e planejamento de vida.

A extensão do período em que deve perdurar a aplicação da regra transicional é de ser avaliada casuisticamente. Um critério apontado pela doutrina é permitir o prolongamento da regra de transição proporcionalmente à severidade da alteração regulativa: quanto mais intensa a mudança, maior deve ser o período de adaptação.<sup>1876</sup>

Não obstante, não se pode olvidar o caráter argumentativo do formato da segurança-continuidade. Apesar da provisoriedade e precariedade serem características intrínsecas às regras de transição, o prazo do regramento interino deve ser explicitado e fundamentado, até para que se saiba porque foi adotado aquele marco temporal e não outro, uma consideração que, não sendo justificada, pode gerar dúvidas até em face do princípio da igualdade.<sup>1877</sup>

#### 9.6.3.4.3 Clareza e cognoscibilidade. O detalhamento das regras de transição

Outra característica essencial é a de que o regulamento de transição seja implementado com completude e clareza. A transparência e a determinabilidade do conteúdo de qualquer regra jurídica são componentes da segurança jurídica.<sup>1878</sup> Como vimos no Cap.4, trata-se da exigência de que os indivíduos possam calcular seus comportamentos futuros. E, para tanto, através da

<sup>1870</sup> Assim, para a execução das decisões constitucionais, Cf. SCHNEIDER, Hans-Peter. *Die Vollstreckungskompetenz nach § 35 BVerFGG...*, *Op.cit.*, p.2593.

<sup>1871</sup> HESS, Burkhard. *Intertemporales Privatrecht. Op.cit.*, p.321-322.

<sup>1872</sup> Exemplo de aplicação de um prazo para adaptação: BVerfGE 82, 322 (352).

<sup>1873</sup> PROBST, Thomas. *Die Änderung der Rechtsprechung. Op.cit.*, p.720.

<sup>1874</sup> WEBER-DÜRLER, Beatrice. *Vertrauensschutz im öffentlichen Recht. Op.cit.*, p.185 e 227.

<sup>1875</sup> LERCHE, Peter. *Das Bundesverfassungsgericht als Notgesetzgeber, insbesondere im Blick auf das Recht des Schwangerschaftsabbruchs. Op.cit.*, p.511, 515.

<sup>1876</sup> BORCHARDT, Klaus-Dieter. *Der Grundsatz des Vertrauensschutzes im Europäischen Gemeinschaftsrecht. Op.cit.*, p.131.

<sup>1877</sup> MUCKEL, Stefan. *Kriterien des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes bei Gesetzesänderungen. Op.cit.*, p.122-124.

<sup>1878</sup> SACHS, Michael. *Grundgesetz Kommentar. Op.cit.*, p.817-818.

cláusula do Estado de Direito, a confecção de qualquer norma responde a um “mandado de determinação” (*Bestimmtheitsgebot*) que visa a aumentar a previsibilidade do ordenamento.<sup>1879</sup>

Com maior razão, esta clareza deve ser observada nas regras de transição, vez que estas decorrem da aplicação concreta da segurança-continuidade.

Esta constatação intuitivamente levaria à conclusão de que, pela necessidade de serem claras e transparentes, as regras transicionais devessem ser curtas e sem grande detalhamento. Todavia, não importa se a regra de transição for pormenorizada, pois as exigências de precisão aqui são muito mais relevantes.<sup>1880</sup> Se o detalhamento excessivo é prejudicial às leis, pois torna difícil a sua compreensão e custosa a sua aplicação, isso ocorre porque o legislador se depara com um futuro incerto e dispõe para regular uma gama imprevisível de casos futuros. O juiz, ao revés, atua com base em fatos concretos e provê limitadamente às partes do litígio,<sup>1881</sup> sendo menos problemática a extensão e complexidade das regras de transição.<sup>1882</sup>

### 9.6.3.5 Espécies de regras de transição

#### 9.6.3.5.1 Compensação financeira

Uma das espécies de regras de transição mais propagadas na doutrina é a possibilidade de, em alguns casos, ser fixada uma compensação financeira em dinheiro em favor dos particulares prejudicados pela alteração da estabilidade.<sup>1883</sup>

Trata-se de técnica que não impede a mudança na posição estável, nem a substituição das regras pretéritas por outras regras, ou tampouco a anulação do regulamento anterior. Porém, é um mecanismo que demonstra preocupação com a transição entre esses marcos normativos.<sup>1884</sup>

<sup>1879</sup> ARNDT, Hans-Wolfgang. *Probleme rückwirkender Rechtsprechungsänderung*. *Op.cit.*, p.1-2, 36, 78-79; ZIPPELIUS, Reinhold; WÜRTENBERGER, Thomas. *Deutsches Staatsrecht*. *Op.cit.*, p.119-120; ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança...**Op.cit.*, p.33.

<sup>1880</sup> LERCHE, Peter. *Das Bundesverfassungsgericht als Notgesetzgeber, insbesondere im Blick auf das Recht des Schwangerschaftsabbruchs*. *Op.cit.*, p.513.

<sup>1881</sup> A diferença é clássica. Cf. v.BÜLOW, Oskar. *Gesetz und Richteramt*. *Op.cit.*, p.30.

<sup>1882</sup> O mesmo não se pode defender, em toda esta extensão, para as regras de transição editadas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle abstrato da constitucionalidade, pois haverá maior abrangência subjetiva e indeterminação aplicativa a um número incontável de casos futuros.

<sup>1883</sup> MAURER, Hartmut. *Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz*. *Op.cit.*, p.397; WEBER-DÜRLER, Beatrice. *Vertrauensschutz im öffentlichen Recht*. *Op.cit.*, p.190; ASCHKE, Manfred. *Übergangsregelungen als verfassungsrechtliches Problem*. *Op.cit.*, p.34-35; BORCHARDT, Klaus-Dieter. *Der Grundsatz des Vertrauensschutzes im Europäischen Gemeinschaftsrecht*. *Op.cit.*, p.59. Este tipo de compensação já foi defendido na aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*. Cf. KÖBLER, Ralf. *Die “clausula rebus sic stantibus” als allgemeiner Rechtsgrundsatz*. *Op.cit.*, p.261-267.

<sup>1884</sup> O mesmo sustenta Grunsky para os casos em que a alteração normativa vem por mudança jurisprudencial. Cf. GRUNSKY,

A escolha por este instrumento normalmente estará ligada a hipóteses em que a alteração tenha que ser empreendida com rapidez, mas ele será especialmente importante quando já tiverem sido produzidas posições jurídicas consolidadas ou irreversíveis em decorrência da estabilidade anterior, tanto para uma das partes como para terceiros de boa-fé.

Aplicando esta técnica ao processo, pensemos no caso em que um litigante tenha sido vitorioso em um primeiro processo, com sentença estável pela coisa julgada; e, após o trânsito em julgado, seja pela via da ação rescisória ou outro mecanismo atípico de quebra da coisa julgada, venha a ser pleiteada em juízo a revisão da sentença com o rejuízo e a alteração do conteúdo do *decisum* anterior. Caso se convença pela necessidade de revisão do julgado, o juízo poderá fixar uma compensação pecuniária a ser paga em favor do litigante que fora beneficiado pela sentença cuja estabilidade ora se quebra. Evidentemente, a compensação só caberia se houvesse expectativa legítima na manutenção e na estabilidade do regramento da sentença revisanda, como poderia ser demonstrado se tivessem sido praticados atos concretos com base na confiança depositada na decisão.

Cabe destacar que alguns autores posicionam-se contrariamente à concessão de uma compensação financeira como regra de transição. Burmeister, p.ex., sustenta que o direito de adaptação que o particular possui não pode ser transformado em pecúnia.<sup>1885</sup> De outro lado, deve ser lembrado que a proteção compensatória já foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro em causas referentes a mudanças em atos administrativos,<sup>1886</sup> o que poderia ser um indicativo da potencial aceitação desta espécie de regra de transição também para o processo civil.

Em nosso sentir, o problema não é tanto de uma pretensão imaterial ser convertida em dinheiro, algo que de certa forma é comum no mundo moderno, mas sim a pergunta acerca da imputação subjetiva do pagamento: quem deve suportar o custo da compensação? Desta intrigante questão trataremos no próximo tópico.

---

Wolfgang. *Grenzen der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung*. *Op.cit.*, p.23.

<sup>1885</sup> BURMEISTER, Joachim. *Selbstbindungen der Verwaltung. Zur Wirkkraft des rechtsstaatlichen Übermaßverbots, des Gleichheitssatzes und des Vertrauensschutzprinzips. Die Öffentliche Verwaltung*, ano 34, Heft 13-14, jul, 1981, p.511; *Idem*, *Vertrauensschutz im Prozeßrecht*. *Op.cit.*, p.24-25, 47.

<sup>1886</sup> STF – RE nº 330-834-MA, Rel.Min. Ilmar Galvão, j.03.09.2002. No caso, um capitão do Corpo de Bombeiros do Rio de Janeiro recebera convite do Estado do Maranhão para ingressar no Corpo de Bombeiros naquela unidade da Federação. Pediu então exoneração de seu cargo e passou a trabalhar no Maranhão. Como sua investidura não fora precedida de concurso público, posteriormente a administração pública anulou os atos que o admitiram. O indivíduo lesado ingressou com demanda contra o Estado, e o Supremo Tribunal Federal, reformando as decisões anteriores, entendeu que o ato que o admitiu, apesar de nulo, tinha criado expectativas ao autor, que crendo na legalidade do ato praticado, até porque não tinha formação jurídica, deixou seu emprego fixo no Rio de Janeiro. Assim, a corte entendeu que, apesar de ser possível a anulação dos atos anteriores, deveria haver uma compensação financeira para não impactar o indivíduo com a mudança.

Na definição sobre quem deve custear a compensação financeira, as soluções dividem-se entre o próprio órgão estatal ou o particular beneficiado pela mudança de posição jurídica estabilizada. Em se adotando uma ou outra conclusão, a pretensão compensatória poderia ser direcionada tanto ao Estado como ao adversário.

Afirmar que a prestação pecuniária deve ser sempre paga pelo Estado teria o lado positivo de significar uma “relativização mitigada” da estabilidade, vez que a parte beneficiada pela decisão estável não seria atingida e o aspecto protetivo da segurança jurídica do jurisdicionado (a dimensão da coisa julgada ligada aos direitos fundamentais) ficaria intacto.

De outra parte, diz-se que imputar sempre ao Estado o pagamento de compensação pela quebra de estabilidade significaria partir da pressuposição de que teria havido um erro judiciário anterior, pois de outra forma não se poderia sempre reconduzir o nexo de causalidade, típico da responsabilidade civil, à atividade estatal. A pretensão compensatória contra o Estado pressuporia a constatação do equívoco na sentença anterior, cuja estabilidade fora alterada.

Para analisar corretamente a questão, deve-se reconhecer que esta técnica tem aplicação mais problemática nas causas cíveis. De fato, não podemos negar que algumas das regras de transição mais comumente implementadas no direito público (p.ex., administrativo, tributário) teriam maior dificuldade para serem adotadas em causas entre particulares. Este é o caso da compensação financeira, cujo uso prático geralmente se manifesta em causas da litigância contra o Estado,<sup>1887</sup> onde é mais fácil e simples aplicá-la, por várias razões.<sup>1888</sup> Primeiramente, pela possibilidade de sua justificação normativa no princípio de proteção da confiança, que só atua em favor do indivíduo e contra o poder público.<sup>1889</sup> Ademais, o Estado pode dispor de muitas das suas posições jurídicas, e poderia operar mecanismos de ajuste orçamentário entre os Poderes (p.ex. Executivo e Judiciário), tornando os inconvenientes práticos da medida mais simples de serem equacionados.

Além disso, seria mais natural aceitar a ideia de que o mesmo Estado que concluiu pela necessidade de mudança do padrão estável em prol de todos (pelos interesses públicos de coerência sistêmica e continuidade), dispusesse de bens coletivos para compensar aqueles

<sup>1887</sup> MAURER, Hartmut. *Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz*. *Op.cit.*, p.397; WEBER-DÜRLER, Beatrice. *Vertrauensschutz im öffentlichen Recht*. *Op.cit.*, p.190.

<sup>1888</sup> Mais fácil e simples não só no direito brasileiro como também nos sistemas em que exista a dualidade com as justiças administrativas (que julgam causas do Estado). Na Europa, seria tranquila a aceitação destas teses porque predominantemente se entende que o juiz é “superior” ao administrador no direito europeu, e então as regras de transição poderiam ser editadas pelo juiz administrativo.

<sup>1889</sup> É a linha de fundamentação de Borchardt para a compensação financeira. Cf. BORCHARDT, Klaus-Dieter. *Der Grundsatz des Vertrauensschutzes im Europäischen Gemeinschaftsrecht*. *Op.cit.*, p.132 ss.

indivíduos que tivessem que suportar isoladamente danos decorrentes daquela alteração. Tratar-se-ia do mesmo princípio de repartição dos prejuízos que se consagrou na responsabilidade civil do Estado, embora com outros fundamentos. Caso custeasse a prestação pecuniária, o Estado seria chamado a pagar não por um fato danoso que ele próprio tivesse causado, mas como um agente compensador com vistas à preservação da segurança do sistema no longo prazo.

No processo civil, entretanto, o órgão judiciário delibera sobre direitos privados. Pensemos, p.ex., na mudança do direito de visitação após fixação anterior quando da procedência na investigação de paternidade; ou em causas referentes a matéria contratual, quando existam prestações sucessivas de longo prazo. Seria permitido ao juiz, ainda com o intuito de obedecer à continuidade jurídica, e caso entendesse pela necessidade de revisão de uma sentença estável (transitada em julgado, p.ex.), estabelecer uma prestação a ser custeada pela parte em favor do adversário anteriormente beneficiado pela sentença? Note-se que estas compensações não decorreriam diretamente da lide, mas do direito de adaptação do prejudicado e do dever de continuidade que tem o Estado em procurar atenuar alterações abruptas.

A questão não é simples, mas pensamos que técnicas de transição são também importantes nas causas entre particulares,<sup>1890</sup> e podem sim ser custeadas pelo beneficiado pela ruptura da estabilidade.<sup>1891</sup> O pagamento pelo Estado só se justificaria como uma “repartição dos custos da continuidade” se os benefícios oriundos da aplicação da segurança-continuidade fossem predominantemente públicos, como na edição de regras de transição na jurisdição constitucional ou em procedimentos cíveis de eficácia subjetiva alargada (pensemos nas ações coletivas ou na alteração de jurisprudência consolidada). Quando os benefícios da transição forem exclusivamente privados, o custeio pelo Estado torna-se, no mínimo, questionável.

Ressalte-se que, por mais estranha que a solução pareça, a compensação paga pelo beneficiado pela quebra de estabilidade é medida menos drástica que o mero desfazimento ou rescisão da decisão sem qualquer medida de ajuste ao adversário. Ou ainda a solução oposta, igualmente maniqueísta, de negar a revisão quando, p.ex., a situação estiver consolidada ou for de difícil reversão.<sup>1892</sup>

<sup>1890</sup> PROBST, Thomas. *Die Änderung der Rechtsprechung*. *Op.cit.*, p.710 e nota 214.

<sup>1891</sup> Certos autores admitem a responsabilização da parte contrária, mas com requisitos mais rígidos justamente por afrontar direitos fundamentais. No caso da coisa julgada, exigir-se-ia, para Talamini, que os bens jurídicos atingidos pela sentença fossem de “especial relevância”. Cf. TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. *Op.cit.*, p.608-609.

<sup>1892</sup> Assim, geralmente a Rota Romana não revê as sentenças sobre o estado das pessoas no direito canônico, mesmo não havendo coisa julgada, quando uma das partes já se casou novamente.

É de observar que, nas causas entre particulares, outras alternativas compensatórias também seriam imagináveis. Poder-se-ia, p.ex., durante o procedimento instaurado para a análise da superação da estabilidade, exigir outros tipos de prestação do interessado. A doutrina já aventou a possibilidade de oferecimento de uma *caução* por parte daquele que ajuíza pretensão de quebra da estabilidade, tal como existe na ação rescisória.<sup>1893</sup>

Poder-se-ia imaginar ainda que, para renovar a demanda, o litigante interessado na revisão pagasse, no todo ou em parte, as despesas do processo e do advogado da parte contrária, técnica que já existia desde o direito romano na *pluris petitio tempore*.<sup>1894</sup> Atualmente, a solução vem sendo propagada nos EUA<sup>1895</sup> e na Áustria. Para a quebra da preclusão (*Wiedereinsetzung in den vorigen Stand*), o ordenamento austríaco prevê interessante mecanismo através do qual o uso do instrumento de superação da estabilidade transfere ao requerente todos os custos de retardamento, excluindo a possibilidade de recurso cabível (§§ 153, 154 ZPO).

#### 9.6.3.5.2 Ajuda de adaptação

Outra forma de compensação sistêmica operada através das regras de transição é o que se convencionou denominar de ajuda de adaptação (*Anpassungshilfe*).<sup>1896</sup>

Esta técnica pode assumir vários tipos e formas, dependendo do *bem a ser protegido* e do *âmbito do direito material atingido*. Exemplos comuns são a concessão de subvenções de adaptação (*Umstellungssubventionen*) ou outras compensações financeiras *in natura*, como ocorre com certos modelos de tributação com finalidade não arrecadatória, fortes no escopo de estimular ou obter compensação por alguma medida pública.<sup>1897</sup>

Numa primeira olhadela, esta técnica é de fato assemelhada ao pagamento de uma prestação em valor fixo. Porém, possui algumas diferenças que a tornam um mecanismo útil e gerencialmente interessante. Em primeiro lugar, não há um único momento compensatório: a

<sup>1893</sup> TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. *Op.cit.*, p.610-611.

<sup>1894</sup> A *pluris petitio tempore*, prevista nas disposições de Justiniano e nas Instituições do imperador Zeno, previa duas regras básicas para a propositura da demanda que tinha sido extinta anteriormente por ter sido ajuizada precipitadamente. A primeira é que o autor deveria aguardar, para ajuizar a ação, o dobro do tempo em que atuara precipitadamente na primeira demanda. E a segunda regra é que o autor era obrigado a apresentar o pagamento de todos os custos do processo anterior. Confira-se, sobre o tema, KAPPEL, Christian. *Die Klageabweisung 'zur Zeit'*. *Op.cit.*, p.17-1; v.BÜLOW, Oskar. *Die Lehre von der Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*. Aalen: Scientia, reimpressão da original, 1969, p.276 ss.

<sup>1895</sup> Sugerida por SHAPIRO, David L. *Civil Procedure: Preclusion in Civil Actions*. *Op.cit.*, p.13.

<sup>1896</sup> ASCHKE, Manfred. *Übergangsregelungen als verfassungsrechtliches Problem*. *Op.cit.*, p.24, 35.

<sup>1897</sup> Sobre o tema, com fartas indicações bibliográficas, Cf. VOSSKUHLE, Andreas. *Das Kompensationsprinzip*. *Op.cit.*, p.217-220 e nota 13.

ajuda de adaptação pode perdurar por um período de tempo. De fato, a ajuda de adaptação tem uma função prática de absorção e equivalência entre vantagens e desvantagens<sup>1898</sup> e, portanto, assume grande importância nas relações continuativas, sobretudo as de longo prazo. E esta característica traz a possibilidade para o órgão aplicador de modificar as medidas de acordo com a alteração das circunstâncias no tempo, reduzindo ou fortalecendo as compensações.

Além disso, não há um valor previamente estabelecido, e então a medida não se limita a uma liquidação de prejuízos já existentes.<sup>1899</sup> Assim, a ajuda de adaptação adquire relevância prática para as causas em que ainda não se tenha noção da total extensão dos danos que a mudança da estabilidade poderá causar. Evita-se o pagamento único da uma quantia que possa vir a ser verificada excessiva ou insuficiente em momento posterior. Lembremos a advertência de que não se pode admitir sub- ou supercompensações.

Por fim, a possibilidade de oferecimento de prestações *in natura* pode representar excelente alternativa em causas envolvendo agentes econômicos que possuam diversas relações jurídicas entre si, ou dentro de um mesmo conglomerado de empresas, de maneira que um sujeito processual sem liquidez patrimonial, que talvez não tivesse capital ou bens desimpedidos para apresentar uma prestação única a um só tempo, possa realizar a compensação da contraparte através de produtos ou serviços que venham a interessar a ambos nas demais relações jurídicas que possuam. Podem ser usadas também técnicas de rateio e procedimentos de abatimento, formas de compensação que podem se dar até pela troca e transferência de parcelas da propriedade entre particulares, métodos conhecidos no direito comparado.<sup>1900</sup>

Também serão técnicas úteis no direito econômico e concorrencial quando os diversos agentes atuam no mesmo mercado relevante. Pensemos, p.ex., em hipótese de utilização de infraestrutura essencial (*essential facility*) da empresa que exerce posição dominante como meio de compensação pela quebra de estabilidade.<sup>1901</sup>

No mais, até pela tendência recente no direito processual de buscar sempre a eliminação ou redução da conversão em perdas e danos, pode haver uma combinação entre as técnicas compensatórias pecuniária e de adaptação, optando total ou parcialmente por mecanismos de

---

<sup>1898</sup> *Ibidem*, p.225 ss.

<sup>1899</sup> MUCKEL, Stefan. *Kriterien des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes bei Gesetzesänderungen*. *Op.cit.*, p.125-126.

<sup>1900</sup> VOSSKUHLE, Andreas. *Das Kompensationsprinzip*. *Op.cit.*, p.293 ss, com referências ao “*do ut des*” no direito de construir e no direito das águas no ordenamento alemão.

<sup>1901</sup> O dinamismo destas relações jurídicas e destes ramos do direito levou muitos autores a identificar hipóteses de aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* e de regras de adaptação. Cf. HORN, Norbert. *Vertragsbindung unter veränderten Umständen...* *Op.cit.*, p.1124.



ajuste *in natura* quando esta solução se mostrar mais eficiente.<sup>1902</sup> Neste sentido, já se defendeu a alternância entre prestações permitidas pela lei, um modelo flexível de compensação como aqueles existentes na legislação ambiental.<sup>1903</sup>

#### 9.6.3.5.3 Tutela da preservação dos efeitos do ato estável

As cláusulas de exceção ou opção devem ser aplicadas quando, mesmo na necessidade de quebra da estabilidade, a confiança de alguns litigantes tenha que ser protegida,<sup>1904</sup> ou ainda quando a vedação da surpresa, decorrente do contraditório participativo, deva ser atuada, evitando-se vinculações não previsíveis.<sup>1905</sup>

Dentro desta espécie, as regras de transição dividem-se em dois tipos. Podem significar, em primeiro lugar, apor uma *cláusula de exceção* à decisão de quebra da estabilidade. A medida pode implicar em exceções objetivas ou subjetivas.

Com estas cláusulas, pode-se preservar a regra anterior para aqueles que exerciam posições jurídicas dignas de proteção anteriormente à superação da estabilidade: para estes, as posições estáveis continuam valendo (exceção subjetiva). Ou ainda excluir da incidência do novo regulamento certos atos ou efeitos anteriormente observados, o que pode significar até mesmo uma convalidação ou sanatória de atos praticados com base na regra estável anterior, que passam a ser válidos à luz da nova posição estabilizada (exceção objetiva).<sup>1906</sup> Neste caso, busca-se uma maneira de preservação total ou parcial do ato,<sup>1907</sup> acompanhada de uma graduação dos níveis de estabilização.<sup>1908</sup>

<sup>1902</sup> VOSSKUHLÉ, Andreas. *Das Kompensationsprinzip*. *Op.cit.*, p.308.

<sup>1903</sup> Vejam-se o art.44 da Lei 4.771/65; art.36 da Lei 9.985/2000; art.17 da Lei 11.428/06; arts.31-34 do Decreto 4.340/2002; art.5º da Resoluções nº 371/2006 e 396/2006, ambas do CONAMA. A compensação pode ter formato de tributo, indenização ou ainda ser prestada por serviços. Na doutrina, BECHARA, Erika. *Licenciamento e compensação ambiental na lei do Sistema Nacional das Unidades de Conservação (SNUC)*. São Paulo: Atlas, 2009, p.136 ss; MILARÉ, Édís; ARTIGAS, Priscila Santos. *Compensação ambiental: questões controvertidas*. *Revista de Direito Ambiental*, vol.11, n.43, jul-set, 2006, p.106 ss; COSTA, Sildaléia Silva; MOTA, José Aroudo. *Compensação ambiental: uma opção de recursos para implementação do SNUC*. *Revista de Direito Ambiental*, n.58, 2010, p.183, 185-186. No direito estrangeiro, Cf.VOSSKUHLÉ, Andreas. *Das Kompensationsprinzip*. *Op.cit.*, p.206 ss, que se refere a um formato compensatório denominado “compensação por meio de estratégias alternativas previstas em lei” (*gesetzlich vorgeprägte Alternativstrategien als Kompensation*).

<sup>1904</sup> ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança...Op.cit.*, p.191.

<sup>1905</sup> PIEKENBROCK, Andreas. *Faktische Rechtsänderungen durch Richterspruch als Kollisionsrechtliches Problem*. *Op.cit.*, p.16: “Diese Vermengung heterogener Interessen wird vermeiden, wenn die für den Rechtsverkehr überraschende Rechtsprechung nur ad futurum wirkt” (Tradução: “Esta mistura de interesses heterogêneos é evitada quando a jurisprudência que surpreenderia o tráfego jurídico só é eficaz ad futurum”).

<sup>1906</sup> ASCHKE, Manfred. *Übergangsregelungen als verfassungsrechtliches Problem*. *Op.cit.*, p.31-32.

<sup>1907</sup> Que já foi qualificada de *Bestandsschutz* ou *protection de la stabilité*. Cf.BORCHARDT, Klaus-Dieter. *Der Grundsatz des Vertrauensschutzes im Europäischen Gemeinschaftsrecht*. *Op.cit.*, p.128 ss.

<sup>1908</sup> DIAS, Jean Carlos. *A configuração da coisa julgada parcial e suas repercussões processuais no âmbito do cumprimento das*

Na linha do que poderia ser descrito como uma superação apenas parcial da estabilidade, algumas eficácias do ato poderiam ser desconstituídas, outras não. Neste sentido, Talamini fornece exemplos de casos em que, pela rescisão, alguns efeitos da sentença poderiam ser revistos, e outros não (pensemos nos efeitos penais e cíveis de uma mesma sentença); ou ainda a manutenção da eficácia negativa da coisa julgada (impedindo a rediscussão), mas com a eliminação da eficácia positiva da coisa julgada, isto é, vedando a utilização do comando como premissa de outra causa subsequente.<sup>1909</sup>

A consequência prática dessas cláusulas é que a antiga normativa e a nova passam a ser *igualmente aplicáveis por um mesmo período de tempo*. É como se houvesse a convivência de uma “dupla pista” normativa, uma “relação entre duas ordens jurídicas que se repelem”<sup>1910</sup> pela impossibilidade de sua aplicação simultânea.<sup>1911</sup>

A segunda alternativa transicional desta espécie é facultar a *escolha* pelo regramento aos indivíduos atingidos. Trata-se de uma *cláusula de opção* na decisão de quebra de estabilidade que permita que o interessado decida se deverá incidir o novo regramento ou o anterior, mesmo para os fatos que começaram sobre a égide da estabilidade rompida.<sup>1912</sup>

Outra forma relevante para reduzir o impacto da mudança nas relações humanas é a modulação temporal de efeitos das decisões judiciais.<sup>1913</sup>

Trata-se de um mecanismo que vem na linha das modernas funções jurisdicionais de preocupação com o impacto sistêmico que a decisão possa ter no tráfego jurídico (“*future law approach*”),<sup>1914</sup> e consiste em evitar que a decisão retroaja, atingindo fatos pretéritos (tempo de referência inadequado) ou um tempo de eficácia que produza desigualdade, surpreendendo os indivíduos que confiaram e se programaram com base num regramento anterior.

A técnica consiste em modular a aplicação *ex nunc* ou *ex tunc* da decisão de quebra da estabilidade, o que terá maior utilidade se a relação material tiver projeções para o futuro, como

sentenças. *Op.cit.*, p.268.

<sup>1909</sup> Segundo Talamini, contradições lógicas poderiam surgir, claro, mas elas também podem surgir naturalmente na disciplina da coisa julgada. Cf. TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. *Op.cit.*, p.605-607.

<sup>1910</sup> PIEROTH, Bodo. *Rückwirkung und Übergangsrecht*. *Op.cit.*, p.71.

<sup>1911</sup> Esta duplicidade – deve ser frisado – tem que ser muito bem fundamentada porque pode trazer questões referentes à desigualdade. Cf. ASCHKE, Manfred. *Übergangsregelungen als verfassungsrechtliches Problem*. *Op.cit.*, p.384-386.

<sup>1912</sup> AFFOLTER, Friedrich. *System des deutschen bürgerlichen Übergangsrechts*. *Op.cit.*, p.64-65; ASCHKE, Manfred. *Übergangsregelungen als verfassungsrechtliches Problem*. *Op.cit.*, p.32.

<sup>1913</sup> ARNDT, Hans-Wolfgang. *Probleme rückwirkender Rechtsprechungsänderung*. *Op.cit.*, p.74; BURMEISTER, Joachim. *Grenzen rückwirkender Verschärfung der Besteuerungspraxis aufgrund einer Änderung der Auslegung (veranlagungs-)steuerlicher Vorschriften durch die Finanzverwaltung und –gerichte, in Staat, Wirtschaft, Steuern. Festschrift für Karl Heinrich Friauf zum 65. Geburtstag*. Heidelberg: C.F.Müller, 1996, p.772, 780-781; LANGENBUCHER, Katja. *Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht*. *Op.cit.*, p.129 ss.

<sup>1914</sup> DWORKIN, Gerald. *Stare decisis and the rule of law*. *Modern Law Review*, ano 25, n.2, mar, 1962, p.177.

p.ex., se o ato produzir efeitos contínuos.<sup>1915</sup> Quando houver exame sobre os efeitos contínuos de um ato pretérito, há quatro possibilidades de decisão na superação de estabilidade. As duas primeiras, mais radicais, seriam: manutenção do ato e de todos os seus efeitos somada a regras de transição de teor não modular; ou a mudança do conteúdo do ato com efeito retroativo, apagando todos os efeitos produzidos. As duas possibilidades seguintes seriam a mudança do conteúdo do ato com efeitos prospectivos (preservando os efeitos pretéritos); ou a projeção *pro futuro* do momento do desfazimento.<sup>1916</sup>

Por meio destes dois últimos mecanismos, a corte pode não só pronunciar a eficácia da decisão de superação da estabilidade com eficácia *ex nunc*, como também fixar um marco futuro como termo *a quo* destes efeitos (*ex tempore futuro*), permitindo um *período de adaptação* dos diretamente envolvidos.<sup>1917</sup> É, portanto, mais um instrumento atenuador dos impactos das alterações de posições jurídicas estáveis, já que a projeção *ad futurum* da decisão de quebra realiza, simultaneamente, os objetivos de estabilidade e mudança,<sup>1918</sup> incorporando valores da cláusula do Estado de Direito como a continuidade jurídica e a proteção da confiança.

A técnica é mais comumente estudada nos ordenamentos do *common law* quando do *overruling* de precedentes consolidados.<sup>1919</sup> Mas tem recebido alguma atenção dos ordenamentos europeus de tradição continental do *civil law*,<sup>1920</sup> onde tem sido recentemente investigada e aplicada praticamente na jurisdição constitucional. Muitos autores, em nosso entender com razão, sustentam que este tipo de regra de transição possa ser utilizada em qualquer caso e mesmo no processo civil, sempre que a aplicação retroativa da decisão judicial puder prejudicar a continuidade ou a confiança legítima.<sup>1921</sup> Neste sentido, a eficácia *pro futuro* da quebra de atos processuais estáveis também já foi afirmada na jurisprudência norte-americana.<sup>1922</sup>

<sup>1915</sup> BECKER, Franz e LUHMANN, Niklas. *Verwaltungsfehler und Vertrauensschutz. Möglichkeiten gesetzlicher Regelung der Rücknehmbarkeit von Verwaltungsakten*. Berlin: Duncker & Humblot, 1963, p.33.

<sup>1916</sup> ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança...Op.cit.*, p.139-142.

<sup>1917</sup> O que já foi denominado de “anulação temporalmente repartida” (*zeitlich abgestufte Aufhebung*). Cf.WEBER-DÜRLER, Beatrice. *Vertrauensschutz im öffentlichen Recht*. *Op.cit.*, p.190.

<sup>1918</sup> RÜBERG, Burkhard. *Vertrauensschutz gegenüber rückwirkender Rechtsprechungsänderung*. *Op.cit.*, p.144-146; PIEKENBROCK, Andreas. *Faktische Rechtsänderungen durch Richterspruch als Kollisionsrechtliches Problem*. *Op.cit.*, p.17.

<sup>1919</sup> Veja-se o caso *Dougllass v. County of Pike*, 101 U. S. 677, 687 (1880) e, em matéria processual, o caso *Schriro v. Summerlin*, (03-526) 542 U.S. 348 (2004), afirmando expressamente que este tipo de questão não deve retroagir. No caso *Linkletter v. Walker*, a retroatividade da decisão de inconstitucionalidade foi considerada inexigível, porque seria matéria de discricionariedade política, a ser decidida casuisticamente. Sobre o tema, Cf. MARTINS, Ives Gandra da Silva; PAVAN, Claudia Fonseca Morato. *Segurança jurídica, boa-fé e proporcionalidade. Coisa julgada. Impossibilidade material de retroação. Modulação temporal*. *Op.cit.*, p.152-153.

<sup>1920</sup> Na Alemanha, o tema já tem algum tratamento. Cf.KISKER, Gunter. *Die Rückwirkung von Gesetze*. *Op.cit.*, p.120; BURMEISTER, Joachim. *Vertrauensschutz im Prozeßrecht*. *Op.cit.*, p.30-31.

<sup>1921</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional*. *Op.cit.*, p.166 ss.

<sup>1922</sup> *Barker v. St.Louis County*, 104 S.W. 2d 371, 377-379 (1937).

Para os estreitos fins deste trabalho, a técnica da modulação temporal de efeitos é relevante quando aplicada para atenuar a eficácia *da decisão de superação de estabilidade*. Vale dizer, é a decisão do próprio procedimento revisional que poderá ter a sua eficácia temporalmente modulada, passando a incidir o novo conteúdo somente a partir de um momento fixado na decisão de quebra. Não se pretende modular o conteúdo da decisão rescindenda, mas sim preservar a posição estável mesmo tendo havido conclusão pela necessidade de superação da estabilidade. É, portanto, a *eficácia do próprio procedimento revisional* que se opera sem retroação, justamente para favorecer uma transição suave entre a antiga posição estável e o novo conteúdo.

No Brasil, a discussão doutrinária sobre a “modulação de efeitos” das decisões judiciais tem-se restringido ao âmbito constitucional por força de previsões específicas na Lei 9.868/99 (art.27), que disciplina o procedimento de vários mecanismos de controle abstrato da constitucionalidade.

Mas algumas vozes, como Barroso e Shuenquener, sustentam que pode ser usada a técnica de modulação de efeitos para qualquer decisão judicial.<sup>1923</sup> A ausência de previsão legal, segundo estes autores, não seria um óbice pois, em outros países, como nos EUA, mesmo sem lei isso sempre foi permitido.

Além disso, o STF já aplicara a técnica, no controle concentrado concreto, muito tempo antes de haver norma expressa a respeito. Trata-se de precedente antigo em recurso extraordinário, no qual se declarou inconstitucional o Decreto-Lei n.322/67, que regia locações, mas admitiu ser possível restringir a retroatividade do pronunciamento. O argumento utilizado pelo relator foi a necessidade de proteger a boa-fé daqueles que se pautaram na situação normativa anterior, tomando o ato por legítimo.<sup>1924</sup>

No entanto, nos tribunais superiores, o tema ainda não alcançou pacificidade. O STJ já reconheceu a possibilidade de aplicação *ex nunc* de sua jurisprudência,<sup>1925</sup> mas

---

<sup>1923</sup> ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança...Op.cit.*, p.188-192. BARROSO, Luís Roberto. *Mudança de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária. Segurança jurídica e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais. Op.cit.*, p.267-269, aponta várias decisões do STF, do STJ e de tribunais federais em que foram modulados efeitos de decisões judiciais.

<sup>1924</sup> STF – RE n° 79.343-BA, Rel.Min.Leitão de Abreu, j.31.05.1977.

<sup>1925</sup> STJ – AgRg no Ag n° 827.293-RS, Relator p/ acórdão Min. José Delgado, j.25.09.2007, que conferiu "modulação temporal" a outra decisão da Corte Especial (REsp n° 776.265-SC).

predominantemente vem rejeitando a tese, afirmando que, na ausência de dispositivo legal, a modulação de efeitos ficaria restrita às decisões de controle de constitucionalidade.<sup>1926</sup>

---

<sup>1926</sup> STJ - AgRg no Ag n° 986794-RS, Rel.Min.Luiz Fux, j.26.08.2008; AgRg nos EDcl no Ag n° 983549-DF, Rel.Min.Mauro Campbell Marques, j.23.04.2009; EREsp n° 738689-PR, Rel.Min.Teori Zavascki, j. 27.06.2007; EREsp n° 675201/PR, Rel.Min.Luiz Fux, j.26.09.2007.

## CONCLUSÃO

Após esta longa exposição, pensamos estar comprovada a hipótese inicial. Podemos resolver grande parte das inconsistências teóricas e problemas práticos da teoria tradicional da coisa julgada através do sistema de estabilidades delineado neste trabalho.

A utilização do vetor normativo da segurança como continuidade jurídica faz com que a mudança de conteúdo das posições estáveis seja incorporada e acomodada ao tráfego, recuperando o valor de uma justiça procedimental sem abrir mão da estabilidade. Insere-se no exame da estabilidades um viés prospectivo, não apenas direcionado ao passado mas preocupado também com as expectativas e prognoses futuras. Além disso, trata-se de um formato mais racional e testável para a superação das posições processuais estáveis.

À segurança-continuidade une-se a concepção das estabilidades como vínculos produzidos em cadeia, a partir das interações comunicativas do contraditório. Se os atos processuais são praticados num contexto de condicionamentos difusos e recíprocos entre todos os sujeitos do processo (influência), o exercício das posições jurídico-processuais passa a ser compreendido como prática de atos de autovinculação. Nesse cenário, os vínculos e seus efeitos preclusivos são produto do conjunto dessas atividades.

Trata-se de um formato dinâmico e argumentativo da segurança jurídica, que resgata a importância da motivação dos atos do processo, e não apenas a fundamentação da sentença, mas o complexo de justificações para todos as condutas processuais. Com isso, as estabilidades processuais abarcam não só conteúdos estanques (estáticos) do pedido ou do dispositivo da sentença, mas passam a abranger também argumentos, alegações, questões debatidas (como as prejudiciais), desde que tenham sido relevantes para o debate que formou a cadeia de vínculos.

E estas premissas podem ser implementadas na prática brasileira não apenas *de lege ferenda*, mas também *de lege lata*. Primeiramente, porque a segurança jurídica e todas as formas de estabilidade decorrem de uma principiologia constitucional comum, derivada da cláusula do Estado de Direito. Ademais, é equivocado pensar na coisa julgada como a “estabilidade por excelência”; a preclusão é a forma mais genérica de estabilidade processual. Ora, como a preclusão não tem regras positivadas que restrinjam sua incidência a somente alguns atos do processo (o que ocorre com a coisa julgada, que atinge apenas as sentenças de mérito no processo de conhecimento), ela pode ser aplicada sem problemas no formato aqui proposto, e inclusive

para os atos submetidos à disciplina da coisa julgada, nos espaços em que não há regulação específica. O modelo aqui retratado unifica as estabilidades em torno da preclusão.

Nessa ordem de ideias, os limites objetivos e temporais das estabilidades podem ser reformulados para apresentar uma versão que se contraponha às características privatistas e estáticas do modelo tradicional.

No que tange aos limites objetivos, provamos ser possível introduzir elementos publicistas que reflitam a intensidade do debate sobre as questões. Ao utilizarmos o conceito de esquemas argumentativos como cerne da comparação de conteúdo entre os processos, entram em cena dados como os escopos regulativos pretendidos pelos litigantes, restrições à cognição, grau de convencimento do juiz, a dimensão das questões discutidas, dentre outros que posicionam os limites objetivos numa análise direta do efetivo exercício do contraditório. Trata-se de uma abordagem para além de uma estática transposição do pedido para o dispositivo da sentença, que permite também uma dimensão interprocessual das estabilidades, relevante por emprestar coerência, harmonia e eficiência ao tráfego jurídico.

Em relação aos limites temporais, a estruturação das estabilidades em cadeia, somada à concepção da segurança como continuidade, autoriza pensarmos que as alterações de conteúdo são sempre uma alternativa aberta ao sistema, cabendo apenas ao estudioso propor critérios para que, mesmo na mudança, ainda seja preservada a segurança jurídica. E entendemos igualmente estar provado que, com parâmetros procedimentais que mantenham o caráter excepcional da superação da estabilidade (como o ônus argumentativo), e ainda com a inserção de critérios de conteúdo na decisão de quebra (como a edição de regras de transição), possa ser oferecido ao jurisdicionado um modelo de estabilidades mais adequado às necessidades do processo e da sociedade do séc.XXI.

## REFERÊNCIAS

ABEL, Paul; BRESCH, Max. Grundsätze des österreichischen und englischen Zivilprozesses in vergleichender Darstellung. *Festschrift für Fünfzigjahrfeier der österreichischen Zivilprozeßordnung*. Wien: Manz, 1948.

ADOLPHSEN, Jens. *Zivilprozessrecht*. 2. ed. Baden-Baden: Nomos, 2009.

AFFOLTER, Friedrich. *System des deutschen bürgerlichen Übergangsrechts*. Leipzig: Veit & Comp., 1903.

ALENCAR, Rosmar Antonni R. C. de. Segurança jurídica e fundamentação judicial. *Revista de Processo*, ano 32, n.149, jul, 2007.

ALEXY, Robert. *Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen*. *Der Staat*, n.29, 1990.

\_\_\_\_\_. *Individuelle Rechte und kollektive Güter, in Recht, Vernunft, Diskurs*. Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1995.

\_\_\_\_\_. On balancing and subsumption. A structural comparison. *Ratio Juris*, vol. 16, n° 4, dez. 2003.

\_\_\_\_\_. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Surhkamp Taschenbuch, 1994.

\_\_\_\_\_. *Theorie der juristischen Argumentation*. Frankfurt am Main: Surhkamp Taschenbuch, 1983.

ALLORIO, Enrico. Critica della teoria del giudicato implícito. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, vol.XV, n.4, 1938.

\_\_\_\_\_. Critica della teoria del giudicato implícito. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, vol.XV, n.4, 1938, parte II.



ALLORIO, Enrico. Natura della cosa giudicata. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, vol.XII, I, 1935.

ALVIM, Artur da Fonseca. Coisa julgada nos Estados Unidos. *Revista de Processo*, ano 31, n.132, fev, 2006.

ALVIM, José Manuel de Arruda. Coisa julgada. Limites objetivos. Ação prejudicial externa. Julgamento. Ação cautelar. Efeitos. Ação Rescisória. Requisitos. Liquidação por artigos para apuração de perdas e danos. Julgamento antecipado. *Revista de Processo*, ano XII, n.46, abr-jun, 1987.

\_\_\_\_\_. O art.268 do CPC, a ilegitimidade e a ocorrência de coisa julgada: critérios de interpretação. *Revista Jurídica*, ano 57, n.380, jun, 2009.

\_\_\_\_\_. A evolução do direito e a tutela de urgência. *Revista Jurídica*, n.378, abr. 2008.

ALVIM, Thereza. Repensando a coisa julgada. *Revista Autônoma de Processo*, n.2, jan-mar, 2007.

AMERICAN LAW INSTITUTE. *Restatement of the Law (Second) Judgements 2d*. St.Paul: American Law Institute, 1982.

AMERICANO, Jorge. *Da acção rescisória*. Rio de Janeiro: Saraiva, 1936.

ANDOLINA, Italo Augusto. New perspectives for provisional measures. *Revista de Processo*, ano 29, n.117, set/out. 2004.

\_\_\_\_\_. Crisis of res iudicata and new techniques for dispute resolution: (self-standing anticipatory) provisional measures on the merits. *Zeitschrift für Zivilprozeß International*, ano 13, 2008.

ANDREWS, Neil. Abuse of process in english Civil Litigation. *Zeitschrift für Zivilprozeß International*, ano 3, 1998.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Sentença e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

ARAGÃO, Paulo Cezar. Reflexões sobre as sentenças determinativas. *Revista de Processo*, ano I, n.2, abr-jun, 1976.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. Aspectos envolvendo o direito líquido e certo, a decadência e a coisa julgada no mandado de segurança. *Revista Dialética de Direito Processual*, n.16, jul. 2004.

\_\_\_\_\_. *Coisa julgada progressiva e resolução parcial do mérito. Instrumentos de brevidade da prestação jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2008.

ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança. Uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Niterói: Impetus, 2009.

ARMELIN, Donaldo. Flexibilização da coisa julgada, in COSTA, Hélio Rubens; RIBEIRO, José Horácio; DINAMARCO, Pedro da Silva (Coord.). *Linhas Mestras do Processo Civil*. Comemoração dos 30 anos de vigência do CPC. São Paulo: Atlas, 2004.

ARNDT, Hans-Wolfgang. *Probleme rückwirkender Rechtsprechungsänderung*. Frankfurt am Main: Athenäum, 1974.

ASCHKE, Manfred. *Übergangsregelungen als verfassungsrechtliches Problem*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 1987.

ASSIS, Araken de. Breve contribuição ao estudo da coisa julgada nas ações de alimentos. *Ajuris*, ano XVI, n.46, jul. 1989.

\_\_\_\_\_. Litispêndência e coisa julgada no processo de execução. *Estudos Jurídicos*, vol.19, n.45, jan/abr. 1986.

\_\_\_\_\_. Reflexões sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada. *Ajuris*, ano XV, n.44, nov, 1988.

ATTARDI, Aldo. *Diritto processuale civile*. 3. ed. Padova: CEDAM, vol.I, 1999.

ATTARDI, Aldo. In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano XLIV, 1990.

\_\_\_\_\_. Prime considerazioni sulla nozione di litispendenza nella Convenzione di Bruxelles. *Studi in onore di Mandrioli*, Padova, 1995.

ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica no direito tributário: entre permanência, mudança e realização*. Tese apresentada à Faculdade de Direito da USP para concurso de ingresso como Professor Titular de Direito Tributário, mimeografado, 2010.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7. ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

BACHMANN, Otto. *Das rechtskräftige Zivilurteil als konkrete Rechtsnorm mit beschränkter Rechtsgeltung*. Mannheim: Bensheimer, 1931.

BACHOF, Otto. *Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1951.

BADURA, Peter. *Staatsrecht. Systematische Erläuterung des Grundgesetzes*. 3. ed. München: C.H.Beck, 2003.

BANACLOCHE PALAO, Julio. *El ámbito de aplicación de la regla de la preclusión del artículo 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*. *Revista de Derecho Procesal*, 2009.

BÄR, Rolf. *Praxisänderung und Rechtssicherheit*, in FORSTMOSER, Peter; SCHLUEP, Walter R. (Ed.). *Freiheit und Verantwortung im Recht. Festschrift zum 60. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz*. Bern: Stämpfli, 1982.

BARBI, Celso Agrícola. Da preclusão no processo civil. *Revista Forense*, ano 52, n.158, mar-abr. 1955.

BARROSO, Luis Roberto. Em algum lugar do passado: segurança jurídica, direito intertemporal e o novo Código Civil, in *Temas de Direito Constitucional*. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luis Roberto. Mudança de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária. Segurança jurídica e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais. *Revista de Direito do Estado*, n.2, abr-jun, 2006.

\_\_\_\_\_. Poder constituinte derivado, segurança jurídica e coisa julgada, in *Temas de Direito Constitucional*, vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BASILAVECCHIA, Massimo. Rapporti tra sentenze nell'accertamento unitário su soci e società. *Rivista di Giurisprudenza Tributaria*, n° 9, 2007.

BATISTA, Francisco de Paula. *Compêndio de teoria e prática do processo civil*. Campinas: Russel, 2002 (Reedição da original de 1857).

BAUMGÄRTEL, Gottfried. Treu und Glauben im Zivilprozeß. *Zeitschrift für Zivilprozeß*, ano 86, n° 3, 1973.

\_\_\_\_\_. Zur Lehre vom Streitgegenstand. *Juristische Schulung*, ano 14, n° 2, fev, 1974.

BAUR, Fritz. Der Anspruch auf rechtliches Gehör. *Archiv für die civilistische Praxis*, n° 153, 1954.

BAUR, Fritz; STÜRNER, Rolf; BRUNS, Alexander. *Zwangsvollstreckungsrecht*. Heidelberg: C.F.Müller, 13. ed., 2006.

BEBBER, Júlio César. Recurso parcial e formação gradual da coisa julgada sob o enfoque dos capítulos de sentença. *Revista de Direito do Trabalho*, ano 35, n.134, abr-jun, 2009.

BECHARA, Erika. *Licenciamento e compensação ambiental na lei do Sistema Nacional das Unidades de Conservação (SNUC)*. São Paulo: Atlas, 2009.

BÉCHILLON, Denys de. *L'identification de la chose jugée dans la jurisprudence du Conseil d'État*. *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'Étranger*, t.110, nov-dez, 1994.

BECKER, Franz; LUHMANN, Niklas. *Verwaltungsfehler und Vertrauensschutz. Möglichkeiten gesetzlicher Regelung der Rücknehmbarkeit von Verwaltungsakten*. Berlin: Duncker & Humblot, 1963.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

BEERMANN, Joahanes. *Verwirkung und Vertrauensschutz im Steuerrecht*. Münster-New York: Waxmann, 1991.

BELLON, Jacques. *Le Droit Soviétique*. Paris: PUF, 1963.

BERIZONCE, Roberto O. El objeto de la decisión y cuestiones que integraron la litis (Flexibilización del principio de preclusión). *Revista de Derecho Procesal*, n.2, 2007, p.91.

BERMAN, Harold J. *Justice in Russia: an interpretation of Soviet Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1950.

BERMUDES, Sérgio. Coisa julgada ilegal e segurança jurídica, in *Constituição e Segurança Jurídica – direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Forum, 2004.

BETTERMANN, Karl August. Wesen und Streitgegenstand der verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsklage. *Deutsches Verwaltungsblatt*, ano 68, nº6, mar. 1953.

BETTI, Emilio. Cosa giudicata e ragione fatta valere. *Rivista di Diritto Commerciale*, I, 1929.

\_\_\_\_\_. *Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata in diritto romano*. Macerata: Bianchini, 1922.

BEYER, K.-H. *et alii. Zivilprozeß der DDR. Kommentar zur Zivilprozeßordnung*. Berlin: Staatsverlag, 1987.

BINDER, Julius. *Die subjectiven Grenzen der Rechtskraft*. Leipzig: Deichert, 1895.

\_\_\_\_\_. *Prozeß und Recht. Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsschutzanspruch*. Leipzig: Deichert, 1927.

BIRK, Dieter. *Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz*, in PEZZER, Heinz-Jürgen (Ed.). *Vertrauensschutz im Steuerrecht*. Köln: Otto Schmidt, 2004.

BLÉRY, Corinne. *L'efficacité substantielle des jugements civils*. Paris: L.G.D.J, 2000.

BLOMEYER, Arwed. *Rechtskrafterstreckung infolge zivilrechtlicher Abhängigkeit*. *Zeitschrift für Zivilprozeß*, ano 75, 1962.

\_\_\_\_\_. *Zivilprozeßrecht. Erkenntnisverfahren*. 2. ed., Berlin: Duncker & Humblot, 1985.

\_\_\_\_\_. *Zum Urteilsgegenstand im Leistungsprozeß*, in ROSENBERG, Leo; SCHWAB, Karl Heinz (Orgs.). *Festschrift für Friedrich Lent zum 75. Geburtstag*. München: C.H.Beck, 1957.

BLOMEYER, Jürgen. *Zum Streit über Natur und Wirkungsweise der materiellen Rechtskraft insbesondere zu seiner praktischen Bedeutung*. *Juristische Rundschau*, n.11, 1968.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Staat, Gesellschaft, Freiheit. Studien zur Staatstheorie und zum Verfassungsrecht*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1976.

BODENHEIMER, Edgar. *Präjudizverwertung und Gesetzesauslegung im amerikanischen Staat*. *Archiv für die civilistische Praxis*, ano 160, 1961.

BÖHM, Peter. *Die Ausrichtung des Streitgegenstands am Rechtsschutzziel*, in RECHBERGER, Walter H.; WELSER, Rudolf (Orgs.). *Festschrift für Kralik zum 65. Geburtstag*. Wien: Manz, 1986.

BONTÀ, Silvana dalla. *“Una ‘benefica inquietudine’ attraversa la giurisprudenza (europea e non) sui limiti oggettivi della res judicata: un’apertura alle tesi zeuneriane su un vincolo del*

*giudicato da Sinnzusammenhänge?”*, mimeografado, no prelo, 2011.

BORCHARDT, Klaus-Dieter. *Der Grundsatz des Vertrauensschutzes im Europäischen Gemeinschaftsrecht*. Kehl am Rhein: Engel, 1988.

BORGES, Nelson. A teoria da Imprevisão e a clausula de escala móvel de reajustamento. *Revista dos Tribunais*, ano 90, v. 788, 1990.

BÖTTGER, Günter. *Das schottische Zivilprozeß-, Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 1982.

BÖTTICHER, Eduard. *Die Wandlung als Gestaltungsakt*. Heidelberg: C.Winter, 1938.

\_\_\_\_\_. *Kritische Beiträge zur Lehre von der materiellen Rechtskraft im Zivilprozeß*. Berlin: Otto Liebermann, 1930.

BOUJONG, Karlheinz. *Rechtsfortbildung, Rechtsprechungsänderung und Vertrauensschutz in der Judikatur des Bundesgerichtshofs, in Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag*. München: C.H.Beck, 2005.

BOURSIER, Marie-Emma. *Le principe de loyauté en droit processuel*. Paris: Dalloz, 2003.

BOWER, Spencer; TURNER, Alexander K. *The Doctrine of Res Judicata*. 2. ed., London: Butterworths, 1969.

BOZZA, Fábio Piovesan; PENARIOL, Rachel Lima. A sucessão empresarial e os limites da coisa julgada em matéria tributária. *Revista Dialética de Direito Processual*, nº65, ago. 2008.

BRINZ, Alois. *Lehrbuch der Pandekten*. Erlangen: Andreas Deichert, parte I, 1857.

BRUNS, Rudolf. *Zivilprozessrecht*. Berlin: Franz Vahlen, 1968.

BU, Yuanshi. *Einführung in das Recht Chinas*. 2. ed., München: C.H.Beck, 2009.

BUENO, Cássio Scarpinella. Coisa julgada e sentença 'denegatória' em mandado de segurança. *Revista de Processo*, ano 20, n.80, out-dez, 1995.

BUENO, José Antonio Pimenta. *Apontamentos sobre as formalidades do processo civil*. 2. ed., Rio de Janeiro: Tipografia Nacional, 1858.

BULLINGER, Martin. *Vertrauensschutz im deutschen Verwaltungsrecht in historisch-kritischer Sicht*. *Juristenzeitung*, 54. Jahrgang, n° 19, out. 1999.

BUNGE, Jürgen. *Das englische Zivilprozeßrecht. Eine systematische Darstellung mit einer Auswahlbibliographie*. Berlin: Duncker & Humblot, 1974.

BURMEISTER, Joachim. *Grenzen rückwirkender Verschärfung der Besteuerungspraxis aufgrund einer Änderung der Auslegung (veranlagungs-)steuerlicher Vorschriften durch die Finanzverwaltung und -gerichte, in Staat, Wirtschaft, Steuern. Festschrift für Karl Heinrich Friauf zum 65. Geburtstag*. Heidelberg: C.F.Müller, 1996.

\_\_\_\_\_. *Vertrauensschutz im Prozeßrecht. Ein Beitrag zur Theorie vom Dispositionsschutz des Bürgers bei Änderung des Staatshandelns*. Berlin: de Gruyter, 1978.

\_\_\_\_\_. *Selbstbindungen der Verwaltung. Zur Wirkkraft des rechtsstaatlichen Übermaßverbots, des Gleichheitssatzes und des Vertrauensschutzprinzips*. *Die Öffentliche Verwaltung*, ano 34, Heft 13-14, jul, 1981.

BUTLER, W.E. *Soviet Law*. 2. ed., London: Butterworths, 1988.

CABRAL, Antonio do Passo. *Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito*. *Rivista di Diritto Processuale*, Anno LX, N°2, aprile-giugno, 2005.

\_\_\_\_\_. *Nulidades no processo moderno: contraditório, influência e validade prima facie dos atos processuais*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010.

\_\_\_\_\_. *O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva*. *Revista de Processo*, ano 30, vol. 126, ago. 2005.



CAIRNS, Bernard C. *Australian Civil Procedure*. 3. ed., Sydney: The Law Book, 1992.

CALAMANDREI, Piero. *Verità e verosimiglianza nel processo civile*. *Rivista di Diritto Processuale*, n.1, 1955.

\_\_\_\_\_. *Eles os juízes, vistos por um advogado*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

\_\_\_\_\_. *Limiti fra giurisdizione e amministrazione nella sentenza civile*, in *Opere Giuridiche*. Napoli: Morano, vol.I, 1965.

CALAZA LÓPEZ, Sonia. *La cosa juzgada*. Madrid: La Ley, 2009.

CALMES, Sylvia. *Verfassungsrechtlicher Vertrauensschutz im romanischen Rechtskreis*, in HOULOUBEK, Michael; LANG, Michael (Orgs.). *Vertrauensschutz im Abgabenrecht*. Wien: Linde, 2004.

CALVOSA, Carlo. *Omissione di pronuncia e cosa giudicata*, in *Scritti Giuridici in onore di Francesco Carnelutti*. Padova: Cedam, vol.II, 1950.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Bens sujeitos à proteção do Direito Processual Constitucional, in NASCIMENTO, Carlos Valder; DELGADO, José Augusto. (Orgs.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. Belo Horizonte: Forum, 2006.

\_\_\_\_\_. *Lições de Direito Processual Civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, vol.I, 2009.

\_\_\_\_\_. Relativização da coisa julgada material, in NASCIMENTO, Carlos Valder (Org.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

CAMBI, Eduardo. Causa de pedir, prova e coisa julgada na ação de investigação de paternidade. *Revista de Processo*, ano 30, n.122, abr. 2005.

\_\_\_\_\_. Coisa julgada e cognição secundum eventum probationis. *Revista de*

*Processo*, ano 28, n.109, jan-mar. 2003.

CAMPOS, Ronaldo Cunha. *Limites objetivos da coisa julgada*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1988.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Die Feststellung von Lücken im Gesetz. Eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem*. Berlin: Duncker & Humblot, 1964.

\_\_\_\_\_. *Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*. München: C.H.Beck, 1971.

CAPONI, Remo. Il giudicato civile dimensionato. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Anno LXIII, Fasc.3, 2009.

CAPONI, Remo. La causa non imputabile alla parte nella disciplina della rimessione in termini nel processo civile. *Il Foro italiano*, 1998, p.26 64.

\_\_\_\_\_. Oggetto del processo e del giudicato “ad assetto variabile”. *Il Foro Italiano*, v.180 (estratto), jun. 2008

\_\_\_\_\_. Processo civile e nozione di controversia ‘complessa’: impieghi normativi. *Il Foro italiano*, v. 136 (estratto), fev. 2009.

\_\_\_\_\_. Rimessione in termine nel processo civile. *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile. Estratto*. Torino: UTET, 2010.

CAPPELLETTI, Mauro. Social and political aspects of Civil Procedure – Reforms and trends in western and eastern Europe. *Michigan Law Review*, vol.69. n.5, 1971.

CARDOSO, José Eduardo Martins. A jurisdição voluntária e a coisa julgada. *Justitia*, v.49, n.140, out-dez, 1987.

CARDOSO, Oscar Valente. Capítulos de sentença, coisa julgada progressiva e prazo para a ação rescisória. *Revista Dialética de Direito Processual*, n.70, jan, 2009.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública. Uma nova sistematização da Teoria Geral do Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2. ed., 2000.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, vol.IX, tomo I.

\_\_\_\_\_. Desconsideração da coisa julgada. Sentença inconstitucional. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, vol.13-14, 2005-2006.

CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e Processo*. Napoli: Morano, 1958.

CARNELUTTI, Francesco. *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*. Roma: Foro Italiano, 2. ed., 1941.

\_\_\_\_\_. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. Padova: CEDAM, vol.IV, 1930.

\_\_\_\_\_. Lineamenti della riforma del processo civile di cognizione. *Studi di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, vol.IV, 1939.

CASAD, Robert C.; CLERMONT, Kevin M. *Res Judicata: a handbook on its theory, doctrine and practice*. Durham: Carolina Academic Press, 2001.

CASTILLEJO MANZANARES, Raquel. *Hechos nuevos o de nueva noticia en el proceso civil de la LEC*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Curso de Direito Administrativo*, 7ª Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964.

CHIOVENDA, Giuseppe. Cosa giudicata e competenza. *Saggi di Diritto Processuale Civile*. Milano: Giuffrè, vol.II, 1993.

\_\_\_\_\_. Cosa giudicata e preclusione. *Saggi di Diritto Processuale Civile*. Milano: Giuffrè, vol.III, 1993.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*. Napoli: Jovene, vol.I, 1957.

\_\_\_\_\_. *Principii di Diritto Processuale Civile*. Napoli: Jovene, reimpressão, 1965.

\_\_\_\_\_. Sulla cosa giudicata. *Saggi di Diritto Processuale Civile*. Milano: Giuffrè, vol.II, 1993.

COESTER, Robert. *Die Rechtskraft der Staatsakte*. München: Duncker & Humblot, 1927.

COHN, Ernst J. *Die materielle Rechtskraft im englischen Recht*, in DIETZ, Rolf; HÜBNER, Heinz (Orgs.). *Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag*. München: C.H.Beck, 1965, tomo I.

COING, Helmut. *Grundzüge der Rechtsphilosophie*. 5. ed. Berlin: de Gruyter, 1993.

COLIN, Ambroise; CAPITANT, Henri. *Cour Élémentaire de Droit Civil Français*. Paris: Dalloz, t.II, 1935.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Premesse ad uno studio sul principio di economia processuale. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Anno XXXII, n° 2, jun. 1978.

CONDE, João Correia. *O 'mito do caso julgado' e a revisão propter nova*. Coimbra: Coimbra Ed., 2010.

CONDORELLI, Epifanio J. L. *Presupuestos de la nulidad procesal*, in MORELLO, Augusto Mario et alii. *Estudios de nulidades procesales*. Buenos Aires: Hammurabi, 1980.

CONSOLO, Claudio. *Il cumulo condizionale di domande*. Padova: Cedam, vol.I, 1985.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Réu revel, vício de citação e querela nullitatis insanabilis. *Revista de Processo*, ano 33, n.164, out., 2008.

COSTA, Sildaléia Silva; MOTA, José Aroudo. *Compensação ambiental: uma opção de recursos*

para implementação do SNUC. *Revista de Direito Ambiental*, n.58, 2010.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 4. ed., Montevideo: B de F, reimpressão, 2005.

\_\_\_\_\_. *La acción revocatoria de la cosa juzgada fraudulenta*. *Revista Juridica Argentina La Ley*, t.16, out-dez, 1939.

\_\_\_\_\_. *La cosa juzgada como presunción legal*. *Revista Jurídica*, ano 3, vol.17, set-out, 1955.

CRESCI SOBRINHO, Elício de. Coisa julgada. *Revista de Processo*, ano 17, n.65, jan-mar, 1992.

CRISTOFOLINI, Giovanni. *Efficacia della sentenza nel tempo*. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, n.4, 1935.

CUNHA, Alcides Munhoz da. Correlação lógica entre cognição, preclusão e coisa julgada. *Revista de Processo*, ano 33, n.163, set, 2008.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Os elementos da demanda e a configuração da coisa julgada. *Revista Dialética de Direito Processual*, n.22, jan. 2005.

\_\_\_\_\_. Termo inicial do prazo para ajuizamento da ação rescisória, capítulos de sentença e recurso parcial. *Revista de Processo*, ano 30, n.120, fev. 2005.

DALFINO, Domenico. *Oggetto del processo e del giudicato (e altri profili connessi)*. *Il Foro Italiano*, V, 180 (estratto), jun. 2008.

DAMAŠKA, Mirjan R. *The Faces of Justice and State Authority. A comparative Approach to the Legal Process*. New Haven: Yale University Press, 1986.

DANTAS, Marcelo Buzaglo. Relativizar ou não relativizar (a coisa julgada material)? eis a questão. *Atuação – Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense*, vol.4, n.10, set-dez, 2006.

DE STEFANO, Giuseppe. *Per una teoria dell'oggetto del processo, in Scritti Giuridici in memória di Piero Calamandrei*. Padova: Cedam, vol.II, 1958.

DE VISSCHER, Charles. *La chose jugée devant la Cour Internationale de la Haye. Revue belge de droit international*, n.1, 1965.

DECOMAIN, Pedro Roberto. Coisa julgada na ação popular. *Revista Dialética de Direito Processual*, n.76, julho, 2009.

DEGENKOLB, Heinrich. *Beiträge zum Zivilprozess*. Leipzig: W.Engelmann, 1905.

DELGADO, José Augusto. Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais, in NASCIMENTO, Carlos Valder (Org.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. 4ª Ed., Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

DENTI, Vittorio. *I giudicati sulla fattispecie. Scritti Giuridici in memória di Piero Calamandrei*, vol. III. Padova: Cedam, 1958.

DIAS, Jean Carlos. A configuração da coisa julgada parcial e suas repercussões processuais no âmbito do cumprimento das sentenças. *Revista de Processo*, ano 31, n.135, maio, 2006.

\_\_\_\_\_. A proteção à coisa julgada parcial no processo civil brasileiro. *Gênese – Revista de Direito Processual Civil*, n.34, out/dez. 2004.

\_\_\_\_\_. Reflexões acerca da teoria da cognição no processo. *Argumenta*, n.6, 2006.

DIAS, Maria Berenice. Princípio da proporcionalidade além da coisa julgada. *Revista da EMERJ*, vol.11, n.41, 2008.

DIDIER JR., Fredie. Cognição, construção de procedimentos e coisa julgada: os regimes de formação da coisa julgada no direito processual civil brasileiro. *Revista Diálogo Jurídico*, disponível em <<http://www.direitopublico.com.br>>, n.10, jan. 2002, acesso em 28.03.2011.

DIDIER Jr., Fredie, CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil*, v. III, 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Ação demarcatória, coisa julgada e ação rescisória. *Revista de Processo*, ano 20, n.77, jan-mar, 1995.

\_\_\_\_\_. *Capítulos de sentença*. 1. ed., 2. tiragem, São Paulo: Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2. ed., São Paulo: Malheiros, vol.3, 2002.

\_\_\_\_\_. Relativizar a coisa julgada material. *Revista de Processo*, ano 28, n.109, jan-mar, 2003.

DOEHRING, Karl. *Zur Erstreckung gerichtlichen Kontrolle des Gesetzgebers und der Regierung*, in BURMEISTER, Joachim (Hrsg.). *Verfassungsstaatlichkeit. Festschrift für Klaus Stern zum 65.Geburtstag*. München: Beck, 1997.

DWORKIN, Gerald. Stare decisis and the rule of law. *Modern Law Review*, ano 25, n.2, mar, 1962.

EISNER, Isidoro. Preclusión. *Revista Juridica Argentina La Ley*, p.1108, 1965.

EKELÖF, Per Olof. Der Prozeßgegenstand – ein Lieblingskind der Begriffsjurisprudenz. *Zeitschrift für Zivilprozeß*, ano 85, 1972.

\_\_\_\_\_. *Wie man in Schweden Recht spricht*. Zürich: Scientia, 1949.

ENDEMANN, Wilhelm. *Das Prinzip der Rechtskraft. Eine zivilistische Abhandlung*. Heidelberg: Bangel und Schmitt, 1860.

ESSER, Josef. *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*. 3. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 1974.

ESTELLITA, Guilherme. *Da coisa julgada: fundamento jurídico e extensão aos terceiros*. Rio de Janeiro: Tese, 1936.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. A coisa julgada nas ações de alimentos. *Revista de Processo*, ano 16, n.62, abr-jun, 1991.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Embargos à execução. Alegação de inexistência da pessoa jurídica exequente: improcedência. Coisa julgada. Legitimação para o processo de execução. *Revista Forense*, vol.360, ano 98, mar-abr, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. Coisa julgada no processo cautelar. *Revista de Processo*, ano XIII, n.49, jan/mar. 1988.

FALLETTI, Elena. *La rimessione in termini nel processo civile*. Disponível em <<http://www.dirittoepiemonte.it/articoli/rimessione.htm>>, p.1, acesso em 08.04.2011.

FASCHING, Hans W. *Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts*. Wien: Manz, 2. ed., 1990.

FAZZALARI, Elio. *Cosa giudicata e convalida di sfratto*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano X, 1956.

\_\_\_\_\_. *Istituzioni di Diritto Processuale*. 8. ed., Padova: CEDAM, 1996.

FERRAND, Frédérique. *Le principe contradictoire et l'expertise en droit comparé européen*. *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2000, vol.52, nº2.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Coisa julgada em matéria fiscal (identidade de objeto). *Revista de Direito Tributário*, ano 12, nº43, jan-mar, 1988.

\_\_\_\_\_. Coisa julgada em matéria tributária e as alterações sofridas pela legislação da contribuição social sobre o lucro (Lei n.7.689/88). *Revista Dialética de Direito Tributário*, n.125, fev. 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *A preclusão no direito processual civil*. Curitiba: Juruá, 1991.



FERREIRA, Pinto. Da coisa julgada. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, ano VIII, n.5, jan-jul, 1994.

FINCKE, Martin. *Die aufsichtliche Überprüfung rechtskräftiger Strafurteile im Sovetrecht*. Herrenalb: Horst Erdemann, 1966.

FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *O contrato dirigido e a teoria da imprevisão*. *Revista Jurídica*, vol. 9, 1946-48.

FONTES, André. *A pretensão como situação jurídica subjetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

FORSTHOFF, Ernst. *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*. 9. ed., München: C.H.Beck, vol. 1, 1966.

FREITAS, José Lebre de. O caso julgado na arbitragem internacional que tem lugar em território português. *Revista de Processo*, ano 33, n.159, mai, 2008.

FRIEDENTHAL, Jack H.; MILLER, Arthur R.; SEXTON, John E.; HERSHKOFF, Helen. *Civil Procedure: cases and materials*. 9. ed., St.Paul: Thomson West, 2005.

FRIEDMAN, Joel Wm.; LANDERS, Jonathan M.; COLLINS, Michael G. *The Law of Civil Procedure*. 2. ed., St.Paul: Thomson West, 2006.

FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GARBAGNATI, Edoardo. *Preclusione 'pro iudicato' e titolo ingiuntivo*. *Rivista di Diritto Processuale*, vol.IV, I, 1949.

GARSONNET, E.; CÉZAR-BRU, Ch. *Précis de Procédure Civile*. 9. ed., Paris: Sirey, 1923.

GAUL, Hans Friedhelm. *Die 'Bindung' an die Tatbestandswirkung des Urteils, in Festschrift für Albrecht Zeuner zum siebzigsten Geburtstag*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1994.

GAUL, Hans Friedhelm. *Die Entwicklung der Rechtskraftlehre seit Savigny und der heutige*

*Stand*, in JAKOBS, Horst Heinrich; KNOBBE-KEUK, Brigitte; PICKER, Eduard; WILHELM, Jan (Orgs.). *Festschrift für Werner Flume zum 70.Geburtstag*. Köln: Otto Schmidt, 1978.

GAUL, Hans Friedhelm. Ungerechtfertigte Zwangsvollstreckung und materielle Ausgleichsansprüche. *Archiv für die civilistische Praxis*, ano 173, 1973.

\_\_\_\_\_. Materielle Rechtskraft, Vollstreckungsabwehr und zivilrechtliche Ausgleichsansprüche. *Juristische Schulung*, n.1, 1962.

GEILKE, Georg. *Einführung in das Sowjetrecht*. 2. ed., Darmstadt: Wiss.Buchgesellschaft, 1983.

GIDI, Antonio. Class actions in Brazil – A model for civil law countries. *The American Journal of Comparative Law*, vol.51, 2003.

GILLES, Peter. *Rechtsmittel im Zivilprozeß. Berufung, Revision und Beschwerde im Vergleich mit der Wiederaufnahme des Verfahrens, dem Einspruch und der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand*. Frankfurt am Main: Athenäum, 1972.

GINSBURG, Ruth Bader; BRUZELIUS, Anders. *Civil Procedure in Sweden*. The Hague: Martinus Nijhoff, 1965.

GLENDI, Cesare. Giuste aperture al ‘ne bis in idem’ in Cassazione ma discutibili estensioni del ‘giudicato tributario’ extra moenia. *Rivista di Giurisprudenza Tributaria*, n°7, 2006.

GLOAG, W.M.; HENDERSON, R. *The Law of Scotland*. 12. ed., Edinburgh: W.Green & Son, 2007.

GOÉS, Gisele Santos Fernandes. A ‘relativização’ da coisa julgada: exame crítico (exposição de um ponto de vista contrário). *Revista de Processo*, ano 31, n.135, maio, 2006.

GOLDSCHMIDT, James. *Der Prozess als Rechtslage*. Berlin: Julius Springer, 1925.

GOODHART, Arthur L. Determining the ratio decidendi of a case. *The Yale Law Journal*, vol.40, n.2, dez. 1930.

GRÄNSI, Minna. *Das Risiko materiellfehlerhafter Urteile*. Berlin: Duncker & Humblot, 2002.

GRECO, Leonardo. Atos de disposição processual – primeiras reflexões, in MEDINA, José Miguel Garcia *et alii* (Coords.). *Os Poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais. Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: RT, 2008.

\_\_\_\_\_. Ainda a coisa julgada inconstitucional, in *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Campos, 2005.

\_\_\_\_\_. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. *Revista Jurídica*, ano 51, n.305, mar, 2003.

\_\_\_\_\_. *Instituições de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, vol.I, 2009.

\_\_\_\_\_. O princípio do contraditório. *Revista Dialética de Direito Processual*, nº24, mar. 2005.

\_\_\_\_\_. Publicismo e privatismo no processo civil. *Revista de Processo*, ano 33, n.164, out., 2008.

GRIMM, Dieter. *Der Wandel der Staatsaufgaben und die Zukunft der Verfassung*, in GRIMM, Dieter (Ed.). *Staatsaufgaben*. Baden-Baden: Nomos, 1994.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Coisa julgada *erga omnes, secundum eventum litis e secundum probationem*. *Revista de Processo*, ano 30, n.126, agosto, 2005.

\_\_\_\_\_. Considerações sobre os limites objetivos e a eficácia preclusiva da coisa julgada. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, ano III, n.16, mar-abr, 2002.

\_\_\_\_\_. Eficácia e autoridade da sentença penal. *Revista de Processo*, ano 7, n.28, out-dez, 1982.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. *Revista de Processo*, n.121, mar. 2005.

GRUNSKY, Wolfgang. *Grenzen der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung*. Karlsruhe: C.F.Müller, 1970.

\_\_\_\_\_. *Zivilprozessrecht*. 13. ed., Köln: Carl Heymanns, 2008, p.99.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Reflexões a respeito da natureza da coisa julgada como problema filosófico. *Revista de Processo*, ano 15, n.58, abr-jun, 1990.

GUERRA, Marcel Vitor de M. *Res judicata* do sistema da *common law* e eficácia preclusiva da coisa julgada do sistema brasileiro: análise comparada e possíveis influências. *Ciência Jurídica*, ano XXIII, n.145, jan-fev, 2009.

GUIMARÃES, Luiz Machado. Preclusão, coisa julgada, eficácia preclusiva, *Estudos de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, 1969.

GÜNTHER, Karl. *Das Privatrecht in Dänemark, in Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht*, ano 13, 1940/1941.

GÜNTHER, Klaus. *Communicative freedom, communicative power, and jurisgenesis*. *Cardozo Law Review*, nº17, mar. 1996.

GURVICH, M.A. *Derecho Procesal Civil Sovietico*. Trad.Miguel Lubán. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1971.

HÄBERLE, Peter. *Der Verfassungsstaat in entwicklungsgeschichtlicher Perspektive, in BURMEISTER, Joachim (Hrsg.). Verfassungsstaatlichkeit. Festschrift für Klaus Stern zum 65.Geburtstag*. München: Beck, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol. II, Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003.

HABSCHEID, Walter J. *Der Streitgegenstand im Zivilprozess und im Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit*. Bielefeld: Gieseking, 1956.

HABSCHEID, Walter J. *Die materielle Rechtskraft des die negative Feststellungsklage aus Beweislastgründen abweisenden Urteils. Neue Juristische Wochenschrift*, ano 41, n°42, outubro, 1988.

\_\_\_\_\_. Die Präklusionswirkung des rechtskräftigen Urteils. *Archiv für die civilistische Praxis*, n.152, 1952-1953.

\_\_\_\_\_. L'oggetto del processo nel diritto processuale civile tedesco. *Rivista di Diritto Processuale*, vol.XXXV, II, 1980.

\_\_\_\_\_. *Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht*. 2. ed. Basel und Frankfurt am Main: Helbing und Lichtenhahn, 1990.

\_\_\_\_\_. Urteilswirkungen und Gesetzesänderungen. Eine rechtsvergleichende Studie. *Zeitschrift für Zivilprozeß*, ano 78, n.6, 1965.

HAGEN, Johann Josef. *Elemente einer allgemeinen Prozeßlehre. Ein Beitrag zur allgemeinen Verfahrenstheorie*. Freiburg: Rombach, 1972.

HANFMANN, M. *Der Zivilprozeß*, in MAKLEZOW, A.; TIMASCHEW, N.; ALEXEJEW, N.; SAWADSKY, S. (Eds.). *Das Recht Sowjetrusslands*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1925.

HAN-PAO MA, Herbert. *Legal system of the Republic of China. Rabels Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht*, ano 37, 1973.

HAU, Wolfgang. *Zur Rechtskraftwirkung des klageabweisenden Versäumnisurteils – BGH, NJW 2003, 1044. Juristische Schulung*, ano 43, n.12, dez. 2003.

HAZARD JR., Geoffrey. *Preclusions as to issues of Law: the legal systems interest*. Iowa Law Review, n.70, 1984.

HEATH, Christopher; PETERSEN, Anja. *Das japanische Zivilprozeßrecht. Zivilprozeßverordnung nach der Reform von 1996*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2002.

HECK, Luis Afonso. As garantias jurídico-constitucionais do acusado no ordenamento jurídico alemão. *Revista Jurídica*, ano 54, n.340, fev, 2006.

HEIDERHOFF, Bettina. *Der entschiedene Lebenssachverhalt und die Rechtskraftsperrre bei Klageabweisenden Urteilen*. *Zeitschrift für Zivilprozeß*, ano 118, n.2, 2005.

HELLWIG, Konrad. *Anspruch und Klagrecht. Beiträge zum bürgerlichen und zum Prozessrecht*. Jena: Gustav Fischer, 1900.

\_\_\_\_\_. *Grenzen der Rückwirkung*. Giessen: A.Töpelmann, 1907.

\_\_\_\_\_. *Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechts*. Leipzig: Deichert, vol.I, 1903.

\_\_\_\_\_. *System des deutschen Zivilprozeßrechts*. Leipzig: Deichert'sche, Parte 1, 1912.

\_\_\_\_\_. *Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft*. Leipzig: A.Deichert'sche, 1901.

HENCKEL, Wolfram. *Prozessrecht und materielles Recht*. Göttingen: Otto Schwartz, 1970.

HENNESSY, Charles. *Civil Procedure and Practice*. Edinburgh: Sweet & Maxwell, 2000.

HESS, Burkhard. *Intertemporales Privatrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1998.

HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20<sup>ed</sup>. Heidelberg: Müller Verlag, 1995.

HO, Moon-Hyuck. *Zur neueren Reform des Zivilverfahrensrechts in Korea*. *Zeitschrift für Zivilprozeß International*, ano 1, 1996.

HO, Moon-Hyuck. *Zur Reform des koreanischen Zivilprozessrechts im Jahr 2002*. *Zeitschrift für Zivilprozeß International*, ano 9, 2004.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. *Ermöglichung von Flexibilität und Innovationsoffenheit im Verwaltungsrecht*, in SCHMIDT-ASSMANN, Ebehard; HOFFMANN-RIEM, Wolfgang (Orgs.). *Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns*. Baden-Baden: Nomos, 1994.

HONMA, Yasunori. *Die Reform des Zivilprozeßrechts in Japan*. *Zeitschrift für Zivilprozeß International*, ano 1, 1996.

HORN, Norbert. *Vertragsbindung unter veränderten Umständen. Zur Wirksamkeit von Anpassungsregelungen im langfristigen Verträgen*. *Neue Juristische Wochenschrift*, ano 38, 1985.

INOUE, Harunori. *Der Zivilprozeß als gleichberechtigtes Dialogverfahren. Zur neueren Prozeßdiskussion im japanischen Zivilprozeß*. *Zeitschrift für Zivilprozeß*, ano 98, n.4, 1985.

IPSEN, Jörn. *Richterrecht und Verfassung*. Berlin: Duncker & Humblot, 1975.

JAUERNIG, Othmar. *Warum keine Verbindung von Prozeß- und Sachabweisung*. *Juristen Zeitung*, ano 10, n°8, abr. 1955.

\_\_\_\_\_. *Zivilprozessrecht*. 29. ed., München: C.H.Beck, 2007.

JEVEAUX, Geovany. *Direito adquirido processual*. *Revista de Processo*, ano 31, n.136, jun. 2006.

JOKELA, Antti. *Legal Procedure*, in PÖYHÖNEN, Juha (Ed.). *An Introduction to Finnish Law*. Helsinki: Finnish Lawyers' Publishing, 1993.

KAKIUCHI, Shusuke. *Reform des Zivilprozessrechts in Japan*. *Zeitschrift für Zivilprozeß International*, ano 9, 2004.

KAPPEL, Christian. *Die Klageabweisung 'zur Zeit'*. Berlin: Duncker & Humblot, 1999.

KATZ, Alfred. *Staatsrecht*. 18. ed., Heidelberg: C.F.Müller, 2010.

KAUFMANN, Arthur. *Grundprobleme der Rechtsphilosophie. Eine Einführung in das rechtsphilosophische Denken.* München: C.H.Beck, 1994.

KELLER, Friedrich Ludwig von. *Pandekten.* Leipzig: Bernhard Tauchnitz, 1861.

\_\_\_\_\_. *Ueber Litis Contestation und Urtheil nach classischem Römischem Recht.* Zurich: Geßner, 1827.

KERAMEUS, Konstantinos D. *Relevance and Computation of Time in Civil Procedure.* BALLON, Oskar; HAGEN, Johann (Ed.). *Verfahrensgarantien im nationalen und internationalen Prozeßrecht. Festschrift für Franz Matscher zum 65. Geburtstag.* Wien: Manz, 1993.

KIRCHHOF, Paul. *Kontinuität und Vertrauensschutz bei Änderungen der Rechtsprechung.* *Deutsches Steuerrecht*, n.9, 1989.

\_\_\_\_\_. *Vertrauensschutz im Steuerrecht*, in PEZZER, Heinz-Jürgen (Ed.). *Vertrauensschutz im Steuerrecht.* Köln: Otto Schmidt, 2004.

KISCH, Wilhelm. *Beiträge zur Urteilslehre.* Leipzig: C.L.Hirschfeld, 1903.

KISKER, Gunter. *Die Rückwirkung von Gesetze. Eine Untersuchung zum anglo-amerikanischen und deutschen Recht.* Tübingen: Mohr, 1963.

KISKER, Gunter; PÜTTNER, Günter. *Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht, in Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer.* Berlin-New York: Walter de Gruyter, 1974.

KLAMARIS, Nikolaos; ORFANIDIS, Georgios; KOUSSOULIS, Stelios; TSIKRIKAS, Dimitrios; KATIFORIS, Nikolaos. *Neuere Entwicklungen im nationalen und europäischen Zivilprozeßrecht in Griechenland. Zeitschrift für Zivilprozeß International*, 3.Band, 1998.

KLEIN, Franz. *Die schuldhaftige Parteihandlung. Eine Untersuchung aus dem Civilprocessrechte.* Wien: Toeplitz & Deuticke, 1885.



KLEIN, Franz. *Vorlesungen über die Praxis des Civilprozesses*. Wien: Manz, 1900.

KLOEPFER, Michael. *Entschädigung für Straßenverkehrslärm: Rückberücksichtigung und Vorberücksichtigung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes – BGHZ 64, 220, in Juristische Schulung*, ano 16, n.7, 1976.

\_\_\_\_\_. *Übergangsgerechtigkeit bei Gesetzesänderungen und Stichtagsregelungen. Die Öffentliche Verwaltung*, ano 31, 1978.

KÖBLER, Ralf. *Die "clausula rebus sic stantibus" als allgemeiner Rechtsgrundsatz*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1991.

KOHLER, Josef. *Der Prozeß als Rechtsverhältniß. Prolegomena zu einem System des Civilprozesses*. Mannheim: Bensheimer, 1888.

\_\_\_\_\_. *Gemischte Einreden, in Prozeßrechtliche Forschungen*. Berlin: Müller, 1889.

\_\_\_\_\_. *Prozesshandlungen mit Civilrechtswirkung. Zeitschrift für deutschen Civilprozeß*, ano 29, 1901.

\_\_\_\_\_. *Ungehorsam und Vollstreckung im Civilproceß. Archiv für die civilistische Praxis*, ano 80, 1893.

KOSHIYAMA, Kazuhiro. *Rechtskraftwirkungen und Urteilsanerkennung nach amerikanischem, deutschem und japanischem Recht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1996.

KOUSSOULIS, Stelios. *Beiträge zur modernen Rechtskraftlehre*. Köln: Carl Heymanns, 1986.

KRALIK, Winfried. *Die Vorfrage im Verfahrensrecht*. Wien: Manz, 1953.

KRIELE, Martin. *Theorie der Rechtsgewinnung entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation*. 2. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1976.

KRÜCKMANN, Paul. Die materielle Urteilswirkung. *Zeitschrift für deutschen Civilprozeß*, ano 46, 1917.

\_\_\_\_\_. Die materielle Urteilswirkung. *Zeitschrift für deutschen Civilprozeß*, ano 47, 1918.

\_\_\_\_\_. Nachlese zur Unmöglichkeitstheorie. *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, ano 57, 1910.

KUMMER, Max. *Das Klagerecht und die materielle Rechtskraft im schweizerischen Recht*. Bern: Stämpfli, 1954.

KUTTNER, Georg. *Die privatrechtlichen Nebenwirkungen der Zivilurteile*. München: C.H.Beck, 1908.

LAKKIS, Panajotta. *Präklusion von Einwendungen aus zivilrechtlichen Ausgleichsansprüchen analog §767 III ZPO? Zeitschrift für Zivilprozeß*, ano 119, n.4, 2006.

LANGENBUCHER, Katja. *Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht. Eine methodologische Untersuchung zur richterlichen Rechtsfortbildung im deutschen Zivilrecht*. München: C.H.Beck, 1996.

LAUKKANEN, Sakari. Die Entwicklung des finnischen Zivilprozeßrechts und die Veränderung der Rolle des Richters. *Zeitschrift für Zivilprozeß International*, ano 2, 1997.

LEIPOLD, Dieter. *Teilklagen und Rechtskraft, in Festschrift für Albrecht Zeuner zum siebzigsten Geburtstag*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1994.

\_\_\_\_\_. *Wege zur Konzentration von Zivilprozessen*. Berlin: Walter de Gruyter, 1999.

LEISNER, Anna. *Kontinuität als Verfassungsprinzip: unter besonderer Berücksichtigung des Steuerrechts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2002.

LEISNER, Walter. *Abwägung überall - Gefahr für den Rechtsstaat. Neue Juristische Wochenschrift*, ano 50, n.10, 1997.

LEISNER, Walter. *Das Gesetzesvertrauen des Bürgers. Zur Theorie der Rechtsstaatlichkeit und der Rückwirkung der Gesetze*, in *Festschrift für Friedrich Berber zum 75. Geburtstag*. München: C.H.Beck, 1973.

LEISNER-EGENSPERGER, Anna. *Kontinuitätsgewähr in der Finanzrechtsprechung*, in PEZZER, Heinz-Jürgen (Ed.). *Vertrauensschutz im Steuerrecht*. Köln: Otto Schmidt, 2004.

LENT, Friedrich. *Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozeß*. Leipzig: Deichert, Band II, 1916.

\_\_\_\_\_. *Streitgegenstand und Rechtskraft*, in *Scritti Giuridici in memória di Piero Calamandrei*. Padova: Cedam, vol.II, 1958.

LEPP, W. Zwang zum Fehlurteil? *Neue Juristische Wochenschrift*, ano 41, n°13, março, 1988.

LERCHE, Peter. *Das Bundesverfassungsgericht als Notgesetzgeber, insbesondere im Blick auf das Recht des Schwangerschaftsabbruchs*, in *Festschrift für Wolfgang Gitter*. Wiesbaden: Chmierzlorz, 1995.

\_\_\_\_\_. *Übermaß und Verfassungsrecht. Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit*. 2. ed., Goldbach: Keip, 1999.

\_\_\_\_\_. Zum Anspruch auf rechtliches Gehör. *Zeitschrift für Zivilprozeß*, ano 78, n.1, 1965.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Azioni concorrenti*, in *Studi in memória di Umberto Ratti*. Milano: Giuffré, 1934.

\_\_\_\_\_. Decisão e coisa julgada. *Revista Forense*, ano 54, n.523, jan, 1947.

\_\_\_\_\_. Effetti della sentenza e cosa giudicata. *Rivista di Diritto Processuale*, n.1, 1979.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Efficacia ed autorità della sentenza*. Milano: Giuffré, 1935.

\_\_\_\_\_. *Manual de Direito Processual Civil*. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, vol. I, 1984.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Sentenza e cosa giudicata: recenti polemiche. *Rivista di Diritto Processuale*, vol. XXXV, II, 1980.

LIMA, Flávio Roberto Ferreira de. A coisa julgada no direito canônico e suas possíveis contribuições ao direito processual civil. *Revista da Esmafe – Escola de Magistratura Federal da 5ª Região*, n.15, 2007.

LIMBURG, M. L'autorité de chose jugée des décisions des juridictions internationales. *Recueil des Cours*, t.30, V, 1929.

LINDBLOM, Per Henrik. Group litigation in Scandinavia. *Zeitschrift für Zivilprozeß International*, ano 13, 2008.

LOBÃO, Manoel de Almeida e Sousa de. *Segundas linhas sobre o processo civil*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1855.

LÜCKE, Jörg. *Begründungszwang und Verfassung. Zur Begründungspflicht der Gerichte, Behörden und Parlamente*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1987.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Coisa julgada. Conteúdo e efeitos da sentença. Sentença inconstitucional e embargos à execução contra a Fazenda Pública. *Revista de Processo*, ano 31, n.141, novembro, 2006.

LUHMANN, Niklas. *Legitimation durch Verfahren*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1983.

\_\_\_\_\_. *Vertrauen: Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität*. 2. ed., Stuttgart: Ferdinand Enke, 1973.

MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Clarendon, reimpressão, 2003.

MACHADO, Hugo de Brito. Coisa julgada e relação jurídica continuativa tributária. *Revista dos Tribunais*, ano 78, n.642, abr. 1989.

MAGNANI, Corrado. Sui limiti oggettivi del giudicato tributario. *Rivista di Giurisprudenza Tributaria*, nº9, 2006.

MAIA, Rodolfo Tigre. O princípio do *ne bis in idem* e a Constituição Brasileira de 1988. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, ano 4, n.16, jul-set. 2005.

MALESHIN, Dmitry. O novo código de Processo civil russo de 2002, Trad. José Carlos Barbosa Moreira, in *Revista de Processo*, ano 30, n.121, mar, 2005.

\_\_\_\_\_. *Russian Civil Procedure: an exceptional mix. Civil Procedure Review*, vol.1, n.1, mar-jun, 2010, disponível em <[www.civilprocedurereview.com](http://www.civilprocedurereview.com)>, acesso em 31.08.2011.

\_\_\_\_\_. *Some cultural characteristics of the new Russian Code of Civil Procedure of 2002. Zeitschrift für Zivilprozeß International*, ano 10, 2005.

MALLET, Estêvão. A jurisprudência sempre deve ser aplicada retroativamente? *Revista de Processo*, ano 31, n.133, mar. 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Coisa julgada, 'collateral estoppel' e eficácia preclusiva 'secundum eventum litis'. *Revista dos Tribunais*, ano 75, vol.608, junho, 1986.

MARCUS, Richard L.; REDISH, Martin H.; SHERMAN, Edward F. *Civil Procedure: a modern approach*. 4ª Ed., St.Paul: Thomson West, 2005.

MARENKOV, Dmitry. *Zivilprozess und Schiedsgerichtsbarkeit*, in NUSSBERGER, Angelika (Ed.). *Einführung in das russische Recht*. 2. ed., München: C.H.Beck, 2010.

MARÍN, Rafael Hernández. *Recht und Zeit*, in GARZÓN-VALDÉS, Ernesto (Ed.). *Spanische Studien zur Rechtstheorie und Rechtsphilosophie*. Berlin: Duncker & Humblot, 1990.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional*. São Paulo: RT, 2008.

\_\_\_\_\_. *Novas linhas do processo civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

\_\_\_\_\_. O princípio da segurança dos atos jurisdicionais: a questão da relativização da coisa julgada material. *Revista Jurídica*, ano 52, n.317, mar, 2004.

MARTENS, Joachim. Rechtskraft und materielles Recht. *Zeitschrift für Zivilprozeß*, ano 79, n.5-6, 1966.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; PAVAN, Claudia Fonseca Morato. Segurança jurídica, boa-fé e proporcionalidade. Coisa julgada. Impossibilidade material de retroação. Modulação temporal. *Revista Dialética de Direito Processual*, n.79, out. 2009.

MARTINS, Sérgio Pinto. A coisa julgada no processo do trabalho. *Repertório de Jurisprudência IOB*, vol.II, n.4, fev, 2008.

MARTINS-COSTA, Judith. A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium*. *Revista Forense*, ano 100, vol. 376, nov-dez, 2004.

\_\_\_\_\_. A teoria da Imprevisão e a incidência dos planos econômicos governamentais na relação contratual. *Revista dos Tribunais*, vol.670, ago, 1991.

MARUTSCHKE, Hans-Peter. *Einführung in das japanische Recht*. 2. ed., München: C.H.Beck, 2010.

MATSUMOTO, Hiroyuki. *Zur Struktur des japanischen Zivilprozesses nach der Zivilprozeßordnung von 1996*. *Zeitschrift für Zivilprozeß International*, ano 2, 1997.

MATTOS NETO, Antônio José. A cláusula *rebus sic stantibus* e a cláusula de escala móvel. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, v. 17, n. 63, jan/mar. 1993.

MAURER, Hartmut. *Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz*, in ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Org.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg: C.F.Müller, III, 1996.

MAYER, Otto. *Deutsches Verwaltungsrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, vol.I, 1895.

MAYER, Otto. *Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft in Verwaltungssachen. Archiv des öffentlichen Rechts*, XXI, 1906.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Coisa julgada no processo coletivo: notas sobre a mitigação. *Revista de Direito Civil e Processual Civil*, n.36, jul-ago, 2005.

MEDAUAR, Odete. Segurança jurídica e confiança legítima, in *Fundamentos do Estado de Direito. Estudos em Homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros, 2005.

MEIER-HAYOZ, Arthur. *Der Richter als Gesetzgeber. Eine Besinnung auf die von den Gerichten befolgten Verfahrensgrundsätze im Bereich der freien richterlichen Rechtsfindung gemäss Art.1 Abs.2 des schweizerischen Zivilgesetzbuches*. Zürich: Juris, 1951.

MENCHINI, Sergio. Regiudicata civile. *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione Civile*, Torino: Utet, vol.XVI, 1997.

MENDELSSOHN-BARTHOLDY, Albrecht. *Die Grenzen der Rechtskraft*. Leipzig: Duncker & Humblot, 1900.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Teoria Geral do Processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, vol.1, 2009.

MERKL, Adolf. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. Wien: Springer, 1927.

\_\_\_\_\_. *Die Lehre von der Rechtskraft entwickelt aus dem Rechtsbegriff. Eine rechtstheoretische Untersuchung*. Wien: Franz Deuticke, 1923.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *A Coisa Julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MICHELI, Gian Antonio. *Corso di Diritto Processuale Civile*, vol. II. Milano: Giuffrè, 1959.

MILARÉ, Édís; ARTIGAS, Priscila Santos. *Compensação ambiental: questões controvertidas*. *Revista de Direito Ambiental*, vol.11, n.43, jul-set, 2006.

MILLAR, Robert Wyness. The premises of the judgement as res iudicata in continental and anglo-american Law. *Michigan Law Review*, vol.39, n.1, nov. 1940, p.4.

\_\_\_\_\_. The premises of the judgement as res iudicata in continental and anglo-american Law (segunda parte). *Michigan Law Review*, vol.39, n.2, dez, 1940.

MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e Estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MOLINA, André Araújo. A eficácia preclusiva da coisa julgada. *Repertório de Jurisprudência IOB*, vol.II, n.20, out. 2009.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ainda e sempre a coisa julgada. *Revista dos Tribunais*, ano 59, vol.416, jun, 1970.

\_\_\_\_\_. Coisa julgada e declaração. *Revista dos Tribunais*, ano 60, vol.429, julho, 1971.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 13. ed., Rio de Janeiro: Forense, vol.V, 2006.

\_\_\_\_\_. Condenação a fazer. Limites da coisa julgada e da execução. *Revista dos Tribunais*, ano 84, vol.711, jan, 1995.

\_\_\_\_\_. Considerações sobre a chamada ‘relativização’ da coisa julgada material. *Revista Forense*, ano 101, vol.377, jan-fev, 2005.

\_\_\_\_\_. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. *Revista de Processo*, ano IX, n.34, abr-jun, 1984.



MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

\_\_\_\_\_. Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo Código de Processo Civil. *Revista Forense*, ano 70, vol.246, abr-jun, 1974.

\_\_\_\_\_. Questões prejudiciais e coisa julgada. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado da Guanabara*, n.16, 1967.

MONTELEONE, Girolamo. *Preclusioni e giusto processo: due concetti incompatibili. Studi in Onore di Carmine Punzi*. Torino: G.Giappichelli, 2000.

MOURÃO, Luiz Eduardo. *Coisa julgada*. Belo Horizonte: Forum, 2008.

MUCKEL, Stefan. *Kriterien des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes bei Gesetzesänderungen*. Berlin: Duncker & Humblot, 1989.

MULHOLLAND, R.D. *Introduction to the New Zealand legal system*. 7. ed., Wellington: Butterworths, 1990.

MÜLLER, Thomas M. *Gesetzliche und prozessuale Parteipflichten*. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 2001.

MUNCH-PETERSEN, H. *Das Zivilprozess Dänemarks*. Mannheim: J.Bernsheimer, 1932.

MUSIELAK, Hans-Joachim. *Der rechtskräftige entschiedene Lebenssachverhalt. Versuch einer Abgrenzung*. *Neue Juristische Wochenschrift*, ano 53, n.49, 2000.

MUSIELAK, Hans-Joachim. *Grundkurs ZPO*. 10. ed., München: C.H.Beck, 2010.

NAKAMURA, Hideo. *Einführung in das japanische Zivilprozeßrecht*, in NAKAMURA, Hideo; HUBER, Barbara. *Die japanische ZPO in deutscher Sprache*. Berlin: Carl Heymanns, 1978.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. (Coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro:

América Jurídica, 2002.

NERY JR., Nelson. Eficácia preclusiva da coisa julgada – questão prejudicial. *Revista de Processo*, ano XIII, n.51, jul-set, 1988.

NEVES, Celso. Coisa julgada no direito tributário. *Revista de Direito Público*, ano VII, n.29, mai-jun, 1974.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz. Preclusão pro iudicato e preclusão judicial no processo civil*. São Paulo: Método, 2004.

NIEVA FENOLL, Jordi. *La cosa juzgada*. Barcelona: Atelier, 2006.

\_\_\_\_\_. *La cosa juzgada: el fin de un mito. Problemas Actuales del Proceso Iberoamericano*. Málaga: Centro de Ediciones de la Diputación Provincial, 2006.

NIKISCH, Arthur. *Zivilprozeßrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1950.

OLIVA SANTOS, Andrés de la. *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*. Madrid: Civitas, 2005.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Coisa julgada. Respeito que merece. Interpretação da sentença. Princípios pertinentes. À luz do sistema jurídico brasileiro, mostra-se inadmissível afrontar o comando transitado em julgado no processo de conhecimento, com amparo na aplicação do princípio da razoabilidade. Efeito pan-processual da eficácia preclusiva da coisa julgada. Inteligência do art.471 do CPC. *Revista de Processo*, ano 31, n.142, dez, 2006.

\_\_\_\_\_. *Do formalismo no processo civil. Proposta de um formalismo-valorativo*. 3. ed., São Paulo: RT, 2009.

\_\_\_\_\_. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista de Processo*, ano 31, n.137, jul., 2006.

OLIVEIRA, Fernando César Ribeiro de. Execução e coisa julgada. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, ano II, n.7, set-out. 2000.

OSSENBÜHL, Fritz. *Vertrauensschutz im sozialen Rechtsstaat. Die Öffentliche Verwaltung. Zeitschrift für Verwaltungsrecht und Verwaltungspolitik*, n.1-2, jan, 1972.

OST, François. *Les temps du Droit*. Paris: Odile Jacob, 1999.

OSTERMEIER, Peter. Alte und neue Probleme des Präklusionsrechts nach der ZPO-Reform. *Zeitschrift für Zivilprozeß*, ano 120, n.2, 2007.

OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: LEX, 1993.

OTTO, Hansjörg. *Die Präklusion. Ein Beitrag zum Prozeßrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 1970.

PAGENSTECHER, Max. *Nochmals: Die praktische Bedeutung des Streitens über die Rechtskraft. Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozessrecht*, ano 6, 1914.

\_\_\_\_\_. *Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft*. Berlin: Franz Vahlen, 1905.

PARENTE, Eduardo de Albuquerque. Institutos equivalentes à ação rescisória. *Revista de Processo*, ano 28, n.112, out-dez, 2003.

PARRY, Adolfo E. *Limites objetivos de la coisa juzgada. Revista Juridica Argentina La Ley*, t.29, jan-mar, 1943.

PARSONS, Talcott. On the concept of influence. *The Public Opinion Quarterly*, vol.47, nº1, 1963.

\_\_\_\_\_. On the concept of political power. *Sociological Theory and Modern Society*. New York: The Free Press, 1967.

PAULUS, Christoph G. *Zivilprozessrecht. Erkenntnisverfahren und Zwangsvollstreckung*. 3. ed., Berlin: Springer, 2004.

PAWLOWSKI, Hans- Martin. *Aufgabe des Zivilprozesses. Zeitschrift für Zivilprozeß*, ano 80, n.5-6, 1977.

\_\_\_\_\_. Die rechtsstaatliche Dimension von Gesetzgebung und Judikatur. *Die Öffentliche Verwaltung*, ano 29, n.15, 1976.

PECZENIK, Alexander. *Certainty or coherence?*, in KRAWIETZ, Werner; SUMMERS, Robert S.; WEINBERGER, Ota; v.WRIGHT, Georg Henrik (Ed.). *The Reasonable as Rational? On legal argumentation and justification. Festschrift for Aulis Aarnio*. Berlin: Duncker & Humblot, 2000.

PELAYO, Manuel Garcia. *Derecho Constitucional Comparado*, 2. ed. Madrid: Alianza Editorial, 1993.

PERDRIAU, André. Les dispositifs implicites des jugements, in *JCP La Semaine Juridique*, 1988.

PETERS, Egbert. *Zur Rechtskraftlehre Zeuners. Zeitschrift für Zivilprozeß*, ano 76, n.4, 1963.

PETRELLA, Virginia. *Note problematiche sul giudicato in punto di fatto alla luce dei principi del giusto processo civile*, in *Studi in Onore di Carmine Punzi*. Torino: G.Giappichelli, 2000.

PICARDI, Nicola. Il principio del contraddittorio. *Rivista di Diritto Processuale*, ano LII, 1998.

PIEKENBROCK, Andreas. Faktische Rechtsänderungen durch Richterspruch als Kollisionsrechtliches Problem. *Zeitschrift für Zivilprozeß*, ano 119, n.1, 2006.

PIEROTH, Bodo. *Rückwirkung und Übergangsrecht. Verfassungsrechtliche Maßstäbe für intertemporale Gesetzgebung*. Berlin: Duncker & Humblot, 1981.

PINTO, Teresa Celina de Arruda Alvim. A sentença e a coisa julgada. *Revista de Processo*, ano 11, n.41, jan-mar, 1986.

PISANI, Andrea Proto. Verso la residualità del processo a cognizione piena? *Revista de*

*Processo*, n.131, janeiro de 2006.

PLANCK, Julius Wilhelm. *Lehrbuch des Deutschen Civilprozessrechts*. Nördlingen: C.H.Beck, Band I, 1887.

PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil*. Paris: LGDJ, 1926.

POHLE, Rudolf. *Gedanken über das Wesen der Rechtskraft, in Scritti Giuridici in memória di Piero Calamandrei*. Padova: Cedam, vol.II, 1958.

POHLMANN, Petra. *Zivilprozessrecht*. München: C.H.Beck, 2009.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado da Ação Rescisória das Sentenças e de outras Decisões*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

PORTO, Sérgio Gilberto. Cidadania processual e relativização da coisa julgada. *Revista de Processo*, ano 28, n.112, out-dez, 2003.

\_\_\_\_\_. *Coisa Julgada Civil*. 3. ed., Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

POTHIER, Robert Joseph. *Traité des obligations, selon les règles, tant du for de la conscience, que du for extérieur*. Paris: Letellier, t.II, 1813.

PROBST, Thomas. *Die Änderung der Rechtsprechung. Eine rechtsvergleichende, methodologische Untersuchung zum Phänomen der höchstrichterlichen Rechtsprechungsänderung in der Schweiz (civil law) und den Vereingiten Staaten (common law)*. Basel e Frankfurt am Main: Helbing & Lichtenhahn, 1993.

PUCHTA, Georg Friedrich. *Pandekten*. 4. ed., Leipzig: Johann Barth, 1848.

PUGLIESE, Giovanni. *Res iudicata pro veritate accipitur, in Scritti giuridici scelti*. Napoli: Jovene, vol.II, 1985.

RAITI, Giovanni. *The crisis of civil res iudicata in the EC legal system. Zeitschrift für Zivilprozeß International*, ano 13, 2008.

RASELLI, Alessandro. *Le sentenze determinative e la classificazione generale delle sentenze, in Scritti Giuridici in onore di Francesco Carnelutti*. Padova: Cedam, vol.II, 1950.

RECHBERGER, Walter H. *Rechtssicherheit, Entscheidungsharmonie und Bindung an Vorfrageentscheidungen. Überlegungen zu den objektiven Grenzen der Rechtskraft im österreichischen Zivilprozeßrecht, in HELDRICH, Andreas; UCHIDA, Takeyoshi. Festschrift für Hideo Nakamura zum 70. Geburtstag*. Tokyo: Seibundo, 1996.

RECHBERGER, Walther H.; SIMOTTA, Daphne-Ariane. *Zivilprozessrecht*. 7. ed., Wien: Manz, 2009.

REUDENTI, Enrico. *Diritto Processuale Civile*, vol. III, 2. ed. Milano: Giuffrè, 1954.

REIS, Sérgio Cabral dos. É possível a formação de coisa julgada material na etapa de cumprimento da sentença? *Revista Trabalhista Direito e Processo*, n.27, 2008.

REUSCHLE, Fabian. *Das Nacheinander von Entscheidungen. Eine Untersuchung über die Auswirkungen einer späteren Entscheidung auf den Geltungsanspruch eines vorausgegangenen rechtskräftigen Zivilurteils*. Berlin: Duncker & Humblot, 1998.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. *A segurança jurídica do contribuinte. Legalidade, não-surpresa e proteção à confiança legítima*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RIEZLER, Erwin. *Ratio decidendi und obiter dictum im Urteil. Archiv für die civilistische Praxis*, ano 139, 1934.

RIMMELSPACHER, Bruno. *Materielle Rechtskraft und Gestaltungsrechte. Juristische Schulung*, ano 44, n.7, julho, 2004.

\_\_\_\_\_. *Materiellrechtlicher Anspruch und Streitgegenstandsprobleme im Zivilprozess*. Göttingen: Otto Schwarz, 1970.

RIVELLO, Pier Paolo. Análisi in tema di *ne bis in idem*. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, vol.34, 1991.

RIVERA, José Antonio. *El amparo constitucional contra sentencias judiciales con autoridad de cosa juzgada: una perspectiva del tema en Bolivia*. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n.2, jul-dez, 2003.

ROBBERS, Gerhard. *Rückwirkende Rechtsprechungsänderung*, in *Juristen Zeitung*, ano 43, n.10, 1988.

ROCCO, Alfredo. *La sentenza civile*. Milano: Giuffré, reimpressão, 1962.

ROCCO, Ugo. *Trattato di Diritto Processuale Civile*. Torino: Utet, vol.I, 1957.

\_\_\_\_\_. *Trattato di Diritto Processuale Civile*. Torino: Utet, vol.II, 1957.

ROCHA, Carmen Lucia Antunes. O princípio da coisa julgada e o vício de inconstitucionalidade, in *Constituição e Segurança Jurídica – direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Forum, 2004.

ROCHA, Raquel Heck Mariano da. *Preclusão no Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Reflexos do direito material do ambiente sobre o instituto da coisa julgada (*in utilibus*, limitação territorial, eficácia preclusiva da coisa julgada e coisa julgada *rebus sic stantibus*). *Revista dos Tribunais*, ano 96, vol.861, jul. 2007.

ROSENBERG, Leo. Die Präklusionswirkung von Urteile. *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, ano 5, n.5, mai, 1950.

ROSENBERG, Leo. *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*. 5. ed., München: C.H.Beck, 1951.

ROTH, Günther. *Das Problem der Rechtsprognose*, in *Festschrift für Friedrich Wilhelm Bosch*. Giesecking: Ernst und Werner, 1976.

ROUBIER, Paul. *Le droit transitoire (conflits des lois dans le temps)*, 2. ed. Paris: Dalloz, 1960.

RÜBERG, Burkhard. *Vertrauensschutz gegenüber rückwirkender Rechtsprechungsänderung*. Hamburg: Hansischer Gildenverlag, 1977.

SACHS, Michael. *Grundgesetz Kommentar*. 5. ed., München: C.H.Beck, 1995.

SAKAMOTO, Keizo. *Rechtskräftige Entscheidung und Nachforderung in Unterhalts- und Schadensersatzsachen in Japan*. Köln: Carl Heymanns, 1990.

SALZWEDEL, Jürgen. Verfassungsrechtlich geschützte Besitzstände und ihre 'Überleitung' in neues Recht. Zur Theorie der gesetzesfesten Rechtspositionen. *Die Verwaltung*, ano 5, 1972.

SAMPAIO, José Maria Gonçalves. *A acção executiva e a problemática das execuções injustas*. Lisboa: Cosmos, 1992.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 14, n.57, out-dez. 2006.

SAUER, Hubert. Die Bestandskraft von Verwaltungsakten: Zugleich ein Beitrag zur Problematik der Rücknahme rechtswidriger belastender Verwaltungsakte. *Die Öffentliche Verwaltung*, ano 24, n.5, mar, 1971.

SAUER, Wilhelm. *Allgemeine Prozessrechtslehre*. Berlin: Carl Heymanns, 1951.

\_\_\_\_\_. *Grundlagen des Prozessrechts*. Stuttgart: Ferdinand Enke, 1919.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen Römischen Rechts*. Berlin: Veit & Comp, vol. V, 1840.

\_\_\_\_\_. *System des heutigen Römischen Rechts*. Berlin: Veit & Comp., vol.VI, 1840.



SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen Römischen Rechts*. Berlin: Veit & Comp., vol. VII, 1849.

SCHLAICH, Klaus; KORIOOTH, Stefan. *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen*. 8. ed., München: C.H. Beck, 2010.

SCHLÜTER, Wilfried. *Das Obiter Dictum. Die Grenzen höchstrichterlicher Entscheidungsbegründung, dargestellt an Beispielen aus der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts*. München: C.H. Beck, 1973.

SCHMIDT, Richard. *Lehrbuch des Deutschen Civilprozessrechts*. Leipzig: Duncker & Humblot, 1898.

\_\_\_\_\_. *Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts*. 2. ed., Leipzig: Duncker & Humblot, 1906.

SCHMIDT-ASSMANN, Ebehard. *Flexibilität und Innovationsoffenheit als Entwicklungsperspektiven des Verwaltungsrechts*, in SCHMIDT-ASSMANN, Ebehard; HOFFMANN-RIEM, Wolfgang (Orgs.). *Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns*. Baden-Baden: Nomos, 1994.

\_\_\_\_\_. *Der Rechtsstaat*, in ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Orgs.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Band II: *Verfassungsstaat*. Heidelberg: C.F.Müller, 1996.

SCHNEIDER, Hans-Peter. *Die Vollstreckungskompetenz nach § 35 BVerFGG – ein Notverordnungsrecht des Bundesverfassungsgerichts?* *Neue Juristische Wochenschrift*, ano 47, II, 1994.

SCHØNBERG, Søren. *Legitimate expectations in Administrative Law*. Oxford: Oxford Press, 2000.

SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório. Tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SCHULZE-FIELITZ, Helmuth. *Kernelemente des Rechtsstaatsprinzips*, in DREIER, Horst (Ed.). *Grundgesetz Kommentar*. Tübingen: Mohr Siebeck, Band II, 1998.

SCHULZE-HAGEN, Alfons. *Die Grundsätze der Zivilrechtsprechung der DDR*. Berlin: Osteuropa-Institut, 1983.

SCHUMANN, Ekkehard. *Fehlurteil und Rechtskraft. Eine dogmengeschichtliche Auseinandersetzung mit den Leugnern des Fehlurteils*, in *Festschrift für Eduard Bötticher zum 70.Geburtstag am 29. Dezember 1969*. Berlin: Duncker & Humblot.

SCHWAB, Karl Heinz. *Der Streitgegenstand im Zivilprozess*. München: C.H.Beck, 1954.

\_\_\_\_\_. *Die Bedeutung der Entscheidungsgründe*, in *Festschrift für Eduard Bötticher zum 70.Geburtstag am 29. Dezember 1969*. Berlin: Duncker & Humblot, 1969.

\_\_\_\_\_. *Rechtskrafterstreckung auf Dritte und Drittwirkung der Rechtskraft*. *Zeitschrift für Zivilprozeß*, n.77, 1964.

\_\_\_\_\_. *Zum Sachzusammenhang bei Rechtsweg- und Zuständigkeitsentscheidung*, in *Festschrift für Albrecht Zeuner zum siebzigsten Geburtstag*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1994.

SCHWARTZ, Johann Christoph. *'Absolute Rechtskraft' und heutiges Deutsches Recht*, in *Berliner Festgabe für Heinrich Dernburg zum fünfzigjährigen Doktorjubiläum*. Berlin: W.Müller, 1900.

SCHWEIZER, Rainer J. *Die Prüfung der Notwendigkeit neuer Erlasse*, in KLUG, U., RAMM, Th., RITTNER, F.; SCHMIEDEL, B. (Eds.). *Gesetzgebungstheorie, Juristische Logik, Zivil- und Prozessrecht. Gedächtnisschrift für Jürgen Rüdiger*. Berlin: Springer, 1978.

SHAPIRO, David L. *Civil Procedure: Preclusion in Civil Actions*. New York: New York Foundation Press, 2001.

SHEN, Hengliang. *Die Reform des chinesischen Konkursrechts*. *Zeitschrift für Zivilprozeß International*, ano 11, 2006.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2008.

SIDOU, José Maria Othon. *A cláusula “rebus sic stantibus” no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962.

SILGUERO ESTAGNAN, Joaquín. *La preclusión de alegaciones en el proceso civil*. Madrid: Civitas, 2009.

SILVA, José Germano da. A coisa julgada nos EUA e a reforma do Judiciário brasileiro. *Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região*, ano 12, n.39, 2001.

SILVA, Ovídio Baptista da. *A ação cautelar inominada no direito brasileiro*, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

\_\_\_\_\_. Coisa julgada relativa? *Genesis – Revista de Direito Processual Civil*, ano VIII, n.30, out-dez, 2003.

\_\_\_\_\_. Conteúdo da sentença e coisa julgada. *Revista de Processo*, n.37, 1985.

SILVA, Paula Costa e. A natureza processual da tutela do terceiro adquirente de boa fé e a título oneroso. Excepção, reconvenção e eficácia preclusiva do caso julgado. *Revista de Processo*, ano 34, n.170, abril, 2009.

\_\_\_\_\_. *Acto e processo. O dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra, 2003.

SIMSON, Gerhard. *Das Zivil- und Strafprozeßgesetz Schwedens*. Berlin: Walter de Gruyter, 1953.

SINGER, Reinhard. *Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens*. München: C.H.Beck, 1993.

SOARES, Carlos Henrique. Novo conceito de trânsito em julgado. *Revista CEJ*, ano XIV, n.51, out-dez, 2010.

SOBOTA, Katharina. *Das Prinzip Rechtsstaat: Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Aspekte*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1997.

SOHN, Hanki. The Civil Procedure system and Civil Procedure Law in Korea. *Zeitschrift für Zivilprozeß International*, ano 7, 2002.

SOUSA, Miguel Teixeira de. O objeto da sentença e o caso julgado material (estudo sobre a funcionalidade processual. *Revista Forense*, ano 81, vol.292, out-dez. 1985.

SOUZA, Gelson Amaro de. Coisa julgada no processo cautelar. *Revista dos Tribunais*, ano 94, vol.842, dez. 2005.

STALEV, Zhivko. Das Verfahren als dynamischer Tatbestand. *Zeitschrift für Zivilprozeß*, ano 88, n.2, 1975.

STAMM, Jürgen. Zum Umfang der Sperrwirkung des rechtskräftigen Versäumnisurteils gegen den Kläger und gegen den Berufungskläger im Anschluss an die ZPO-Reform. *Zeitschrift für Zivilprozeß*, ano 122, n.4, 2009.

STARCK, B. Preuve de la nationalité française et autorité absolue de la chose jugée. *Revue Critique de Droit International Privé*, XXXVIII, n.3, jul-set, 1949.

STASIAK, Frédéric. L'autorité de chose jugée d'une décision de relaxe sur l'instance prud'homale en licenciement disciplinaire. *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, n.2, 1994.

STEIN, Friedrich; JONAS, Martin. *Das Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich*, vol. I, 14. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 1928.

STEIN, L. *Die Geschichte des dänischen Civilprocesses und das heutige Verfahren*. Kiel: Scwher, 1841.

STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. München: C.H. Beck, Band I, 2. ed., 1984.

STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. Band IV/1. München: C.H.Beck, 2006.

STROHMAYER, Peter. *Urteilswirkungen. Vorfrage und Präklusion auf der Grundlage des rechtlichen Gehörs und der Logik der Rechtssätze. Ein Beitrag zur Lehre von der materiellen Rechtskraft*. Wien: Manz, 2001.

STÜRNER, Rolf. *Die 'Principles of Transnational Civil Procedure'*. Eine Einführung in ihre wichtigsten Grundlagen. *Zeitschrift für Zivilprozeß International*, ano 11, 2006, p.399

SÜSSEKIND, Arnaldo. Da coisa julgada inconstitucional. *Revista Jurídica Consulex*, ano XIII, n.294, abr, 2009.

TALAMINI, Eduardo. A coisa julgada no tempo: os 'limites temporais' da coisa julgada. *Revista Jurídica*, ano 55, nº354, abril, 2007.

\_\_\_\_\_. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005.

\_\_\_\_\_. Eficácia e autoridade da sentença canônica. *Revista de Processo*, ano 27, vol.107, jul-set, 2002.

TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel. *La cosa juzgada (Estudio de jurisprudência civil)*. Madrid: Dykinson, 2010.

TARUFFO, Michele. 'Collateral estoppel' e giudicato sulle questioni. *Rivista di Diritto Processuale*, vol.XXVI, n.2, 1971.

TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloisa Helena, e MORAES, Maria Celina Bodin de (Orgs). *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*, vol. I, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

\_\_\_\_\_. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*, vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TEPLY, Larry L.; WHITTEN, Ralph U. *Civil Procedure*. 3. ed., New York: Foundation Press,

2004.

TESAURO, Francesco. *Giudicato tributario, questioni pregiudiziali e imposte periodiche. Bolletino Tributario*, nº14, 2006.

TESHEINER, José Maria Rosa. Coisa julgada inconstitucional (art.741 e 475-L do CPC) – reflexões em torno de um texto de Marinoni. *Revista da Ajuris*, ano XXXVI, n.113, mar. 2009.

\_\_\_\_\_. Autoridade e eficácia da sentença. *Revista dos Tribunais*, ano 89, vol.774, abr, 2000.

TEUBNER, Gunther. *Reflexives Recht. Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, nº68, 1982.

TEZNER, Friedrich. *Das Rechtskraftsproblem im Verwaltungsrechte. Verwaltungsarchiv*, n.19, 1911.

THEODORO JR., Humberto. A ação rescisória e o problema da superveniência do julgamento da questão constitucional. *Revista de Processo*, ano 20, n.79, jul-set, 1995.

\_\_\_\_\_. A coisa julgada e a rescindibilidade da sentença. *Revista Jurídica*, ano XLIV, n.219, jan. 1996.

\_\_\_\_\_. A preclusão no processo civil. *Revista dos Tribunais*, vol.784, fev. 2001.

\_\_\_\_\_. Coisa julgada, ação declaratória seguida de condenatória. *Revista de Processo*, ano 21, n.81, jan-mar, 1996.

\_\_\_\_\_. Coisa julgada. Mandado de Segurança. Relação Jurídica Continuativa. Contribuição Social. Súmula nº 239 do STF, in MARTINS, Ives Gandra da Silva *et alii* (Orgs.). *Coisa julgada tributária*. São Paulo, 2005.

\_\_\_\_\_. Da inexistência de coisa julgada ou preclusão *pro iudicato* no processo de execução. *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos*, vol.1, n.1, 1994.

THEODORO JR., Humberto. Execução forçada e coisa julgada. *Revista Brasileira de Direito Processual*, ano II, vol.8, out/dez. 1976.

\_\_\_\_\_. Prova – Princípio da verdade real – Poderes do juiz – Ônus da prova e sua eventual inversão – Provas ilícitas – Prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (DNA). *Revista de Direito Privado*, ano 5, n.17, jan/mar. 2004.

\_\_\_\_\_. Redimensionamento da coisa julgada. *Revista Jurídica*, n.377, março, 2009.

THEODORO JR., Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. Contrato – Interpretação – Princípio da boa-fé – Teoria do ato próprio ou da vedação do comportamento contraditório, *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, ano IX, n.54, jul/ago. 2008.

\_\_\_\_\_. O tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passada em julgado. *Revista de Processo*, ano 30, n.127, set, 2005.

THUESEN, Elisabeth; LANDO, Ole. *Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil danois*, in CAPPELLETTI, Mauro; TALLON, Denis (Ed.). *Fundamental guarantees of the parties in civil litigation*. Milano: Giuffrè, 1973.

TIAN, Ping'an. Die gegenwärtige Lage und die Zukunft der Zivilprozeßreform der Volksrepublik China. *Zeitschrift für Zivilprozeß International*, ano 6, 2001.

TIEDTKE, Klaus. *Zur Rechtskraft eines die negative Feststellungsklage abweisenden Urteils*. *Neue Juristische Wochenschrift*, ano 43, n° 28, jul, 1990.

TIMASCHEW, N. *Die Gerichtsverfassung*, in MAKLEZOW, A.; TIMASCHEW, N.; ALEXEJEV, N.; SAWADSKY, S. (Eds.). *Das Recht Sowjetrusslands*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1925.

TIRKKONEN, Tauno. *Das Zivilprozessrecht Finnlands*. Helsinki: Suomalaisen Kirjallisuuden Kirjapaino Oy, 1958.

TOMEI, Giovanni. Cosa giudicata o preclusione nei processi sommari ed esecutivi. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano XLVIII, n.3, 1994.

TORRES, Ricardo Lobo. Segurança jurídica e as limitações constitucionais ao poder de tributar. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-4-OUTUBRO-2005-RICARDO%20TORRES.PDF>>, acesso em 13.12.2010.

TROMBELLA, Lorenzo. Il giudicato tributario e le imposte periodiche. *Diritto e Pratica Tributaria*, vol.74, nº6, parte 1, 2003.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. 3. ed., São Paulo: RT, 2009.

\_\_\_\_\_. Identificação de ações – apreciação *incidenter tantum* – não abrangência pelo julgado – inexistência de coisa julgada material – enriquecimento indevido. *Revista Jurídica*, ano 49, n.289, nov, 2001.

\_\_\_\_\_. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. São Paulo: RT, 2006.

\_\_\_\_\_. *Tempo e Processo*. São Paulo: RT, 1997.

UEHARA, Toshio. *Das Verfahren zur Ordnung der Streitpunkte und Beweismittel in der japanischen Zivilprozeßordnung von 1996*. *Zeitschrift für Zivilprozeß International*, ano 3, 1998.

VON ALMENDIGEN, Ludwig Harscher. *Metaphysik des Civil-Processes*. Gießen: Müller, 1821.

VON BRÜNNECK, Wiltraut Rupp. *Verfassungsgerichtsbarkeit und gesetzgebende Gewalt wechselseitiges Verhältnis zwischen Verfassungsgericht und Parlament*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, ano 102, 1977.

VON BÜLOW, Oskar. *Absolute Rechtskraft des Urtheils*. *Archiv für die civilistische Praxis*, 1884.

\_\_\_\_\_. *Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten*. *Archiv für die civilistische Praxis*, 1879.

\_\_\_\_\_. *Die Lehre von der Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*. Aalen:



Scientia, reimpressão da original, 1969.

\_\_\_\_\_. *Gesetz und Richteramt*. Leipzig: Duncker & Humblot, 1885.

\_\_\_\_\_. *Klage und Urteil. Eine Grundfrage des Verhältnisses zwischen Privatrecht und Prozess*. Berlin: Carl Heymanns, 1903.

VON STOSCH, Felix Graf. *Prozeßförderung durch das Mittel der Präklusion im österreichischen und deutschen Recht – de lege lata – de lege ferenda*. Berlin: Duncker & Humblot, 2000.

VON WÜRTEMBERG, Erik Marks. Die gemeinsame nordische Gesetzgebung. *Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht*, ano 10, 1936.

VAN DER BERG, Ger P. *The Soviet System of Justice: figures and policy*. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1985.

VÁZQUEZ SOTELO, José Luis. 'Objeto actual' y 'objeto virtual' en el proceso civil español. *Revista de Derecho Procesal*, 2009.

VELLANI, Mario. *Appunti sulla natura della cosa giudicata*. Milano: Giuffré, 1958.

VERBIC, Francisco. La cosa juzgada en el proceso civil estadounidense y su influencia sobre el proyecto de reformas a la Ley General Del Ambiente de la República Argentina. *Revista de Processo*, ano 34, n.167, jan, 2009.

VIDIGAL, Luis Eulálio de Bueno. *Ação rescisória dos julgados*. São Paulo: Saraiva, 1948.

VILKKONEN, Eero. *Court organization and procedure*, in UOTILA, Jaakko (Ed.). *The finnish legal system*. 2. ed. Helsinki: Finnish Lawyers Publishing, 1985.

VOSSKUHLE, Andreas. *Das Kompensationsprinzip. Grundlagen einer prospektiven Ausgleichsordnung für die Folgen privater Freiheitsbetätigung – Zur Flexibilisierung, des Verwaltungsrechts am Beispiel des Umwelt- und Planungsrechts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1999.

WACH, Adolf. *Der Entwurf einer deutschen Civilprozeßordnung, in Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, vol.XIV, 1872.

\_\_\_\_\_. *Die richterlichen Dekrete, in Vorträge über die Reichs-Civilprozessordnung*. 2. ed. Bonn: Adolph Marcus, 1896.

\_\_\_\_\_. *Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts*. Leipzig: Duncker & Humblot, vol.1, 1885.

\_\_\_\_\_. *Zur Lehre von der Rechtskraft*. Leipzig: Duncker & Humblot, 1899.

WAMBAUGH, Eugene. *Study of cases*. Boston: Little, Brown & Co., vol.1, 1891.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Sobre a subsistência de ações cautelares típicas. *Revista de Processo*, n.175, 2009.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: RT, 2003.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

WEBER-DÜRLER, Beatrice. *Vetrauensschutz im öffentlichen Recht*. Basel und Frankfurt am Main: Helbing Von Lichtenhahn, 1983.

WEINBERGER, Ota. *Die normenlogische Basis der Rechtsdynamik, in Gesetzgebungstheorie, Juristische Logik, Zivil- und Prozessrecht. Gedächtnisschrift für Jürgen Rödig*. Berlin: Springer, 1978.

WEISMANN, Jacob. *Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts*. Stuttgart: Ferdinand Enke, vol.I, 1903.

WERDER, Alexander. *Dispositionsschutz bei der Änderung von Steuergesetzen zwischen Rückwirkungsverbot und Kontinuitätsgebot*. Berlin: Duncker & Humblot, 2005.

WERLAUFF, Erik. *Civil Procedure in Denmark*. The Hague: Kluwer Law, 2001.

WESER, Martha. Faut-il réviser la Convention franco-italienne du 3 juin 1930 sur l'exécution des jugements? (Suite e fin). *Revue Critique de Droit International Privé*, XLIV, n.1, jan-mar, 1955.

WINDSCHEID, Bernhard. *Die Actio des römischen Civilrechts, vom Standpunkt des heutigen Rechts*. Düsseldorf: Julius Buddeus, 1856.

\_\_\_\_\_. *Lehrbuch des Pandektenrechts*. 5. ed., Frankfurt am Main: Rütten & Loening, vol.1, 1882.

\_\_\_\_\_. *Lehrbuch des Pandektenrechts*. 9. ed. (ampliada por Theodor Kipp), Frankfurt am Main: Kütten & Loening, vol.I, 1906.

WOERNER, Lothar. *Der Bundesfinanzhof zwischen Stetigkeit und Wandel – Theorie und Praxis, in Steuerrecht, Verfassungsrecht, Finanzpolitik: Festschrift für Franz Klein*. Köln: Otto Schmidt, 1994.

WREDE, R.A. *Das Zivilprozessrecht Schwedens und Finnlands*. Mannheim: J.Bensheimer, 1924.

WÜRTENBERGER, Thomas. *Zeitgeist und Recht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1987.

YANG, Byung-Hui. *Moderne Techniken im koreanischen gerichtlichen Verfahren*. *Zeitschrift für Zivilprozeß International*, ano 7, 2002.

YANG, Hyung-Woo. *Rechtsvergleichende Darstellung der zur Widerspruchsklage legitimierenden Drittrechte im koreanischen und deutschen Recht*. *Zeitschrift für Zivilprozeß International*, ano 4, 1999.

YARKOV, Vladimir. *Contemporary problems of russian Civil Procedure*. *Zeitschrift für Zivilprozeß International*, ano 10, 2005.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória*. São Paulo: Malheiros, 2005.

YEAZELL, Stephen C. *Civil Procedure*. 6. ed. New York: Aspen, 2004.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Em defesa da coisa julgada. *Revista Dialética de Direito Processual*, n.29, 2005.

YOSHIMURA, Tokushige. *Die Bindungswirkung der Entscheidungsgründe – aus der Sicht des collateral estoppel*, in BAUMGÄRTEL, Gottfried (Org.). *Grundprobleme des Zivilprozeßrechts. Japanische Veröffentlichungen in deutscher und englischer Sprache*. Berlin: Carl Heymanns, 1976.

YOSHINO, Shozaburo. *Zur Lehre der Rechtskrafterstreckung: rechtsvergleichende Bemerkungen*. Freiburg i. Breisgau: Universitäts Verlag, Dissertation, 1981.

ZANETI JR., Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. Ação rescisória em matéria constitucional. *Revista de Direito Renovar*, vol.127, set-dez, 2003.

\_\_\_\_\_. Coisa julgada em matéria constitucional: eficácia das sentenças nas relações jurídicas de trato continuado. *Revista Jurídica Tributária*, n.3, out-dez. 2008.

ZEISS, Walter. *Die arglistige Prozesspartei. Beitrag zur rechtstheoretischen Präzisierung eines Verbotes arglistigen Verhaltens im Erkenntnisverfahren des Zivilprozesses*. Berlin: Duncker & Humblot, 1967.

\_\_\_\_\_. Rechtskrafterstreckung bei Teilklagen. *Neue Juristische Wochenschrift*, 1968, p.1309.

ZEISS, Walter; SCHREIBER, Klaus. *Zivilprozessrecht*. 10. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003.

ZEUNER, Albrecht. *Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge. Zur Lehre über das Verhältnis von Rechtskraft und Entscheidungsgründen im Zivilprozeß*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1959.

ZEUNER, Albrecht. *Fragen der prozessualen Erfassung materiellrechtlicher Rechtslagen im Hinblick auf die Stellung des Beklagten, in Festschrift für Eduard Bötticher zum 70. Geburtstag am 29. Dezember 1969*. Berlin: Duncker & Humblot.

\_\_\_\_\_. *Rechtsvergleichende Bemerkungen zur objektiven Begrenzung der Rechtskraft im Zivilprozeß. Aspekte der anglo-amerikanischen, der französischen und der deutschen Lösungskonzeption, in BERNSTEIN, Herbert; DROBNIG, Ulrich; KÖTZ, Hein (Org.). Festschrift für Konrad Zweigert zum 70. Geburtstag*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1981.

\_\_\_\_\_. *Zur Rechtskraftwirkung des Unterlassungsurteils für den nachfolgenden Schadensersatzprozeß – BGHZ 42, 340. Juristische Schulung*, n.4, 1966.

ZHOU, Cui. *Die jüngste Reform der chinesischen Zivilprozessordnung. Zeitschrift für Zivilprozeß International*, ano 12, 2007.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Rechtsphilosophie*. 5. ed. München: C.H.Beck, 2007.

ZIPPELIUS, Reinhold; WÜRTEMBERGER, Thomas. *Deutsches Staatsrecht*. 32. ed. München: C.H. Beck, 2008.