

Preclusões dinâmicas e Coisa Julgada: propostas de justiça procedimental ao Novo CPC

Pedro Luiz de Andrade Domingos¹

Resumo: A Coisa Julgada e o instituto das preclusões no Brasil, possuem sua origem no Direito Romano e na tradição da Europa Continental. Superada a fase metodológica experimentada pelo formalismo processual do CPC de 1973, como compatibilizar a imutabilidade de tais institutos tão dogmatizados em torno da segurança jurídica, com os novos desafios que o formalismo-valorativo e a necessidade de uma Justiça Procedimental nos impõem, especialmente a partir do paradigma vivenciado pelo Novo Código de Processo Civil? O propósito deste artigo é analisar a teoria de preclusões dinâmicas de Antônio do Passo Cabral, a fim de verificar se uma Teoria Geral das Estabilidades Processuais, auxiliaria o Jurista a solucionar *hardcases* em que a doutrina tradicional da coisa julgada encontra limitações.

Palavras-chave: Coisa Julgada; Novo Código de Processo Civil; Justiça Procedimental.

Introdução a atual fase metodológica do processo civil

As diversas mudanças políticas e sociais ocorridas ao longo do século passado, contribuíram para isso. A superação de um Estado Liberal para o Estado de bem-estar social e mais recentemente para o Estado Democrático de Direito, trouxe a necessidade de se repensar não apenas a aplicação normativa do Direito, como também seus Institutos que muitas vezes se tornaram petrificados enquanto dogma desde os romanos.

Podemos falar com segurança, que o modelo cognitivista passou a dar lugar ao modelo lógico-argumentativo (MITIDIERO, 2013) de construção da norma no caso concreto, posto que as recentes Constituições nacionais possuem um conteúdo principiológico, aberto, plástico e simbólico, como é o caso no Brasil da Constituição Federal de 1988, se tratando de uma constituição dirigente e com força normativa.

Tal constatação tem como consequência a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional em todos os níveis da Justiça e ramos do direito (BARROSO, 2010).

Nessa ótica, cabe ao jurista uma mudança na abordagem de sua atividade lógico-argumentativa para se preocupar com uma interpretação hermenêutica que busque uma pragmática jurídica que tenha como arquétipo a pluralidade do Estado Constitucional e a

¹ Advogado formado pela Universidade Federal do Espírito Santo, Aluno Especial do Programa de Pós-graduação em Direito da mesma instituição. pedroluizdeandrade@gmail.com.

afirmação da alteridade como condição do direito e da Justiça (BENVINDO, 2010), sem que isso signifique abrir mão da fundamentação epistemológica na decisão judicial.

Tais premissas visam prenunciar o leitor para uma constatação: Com o advento da Constituição de 1988, não apenas o Poder Judiciário e a hermenêutica jurídica tiveram que passar por uma revisão, como também todo o sistema normativo Brasileiro, uma vez que com a promulgação da Constituição Federal, esta se tornou o polo irradiador, não sendo rara a necessidade de se buscar novos Códigos e textos legais que partam de valores interpretativos diversos daqueles praticados até então, a fim de que seu conteúdo lógico-sistemático se compatibilize com o paradigma do nosso atual Estado Constitucional.

É nesse contexto político e social que se desenvolve o Código de Processo Civil de 2015: Um novo código gerado a partir de uma grande expectativa de superação dos valores interpretativos liberais impregnado em todo o Código de Processo Civil de 1973, com vistas a um processo que adote Normas Fundamentais Processuais que densifiquem o diploma processual dando significado não apenas ao ordenamento jurídico, como também aos institutos tradicionais do Direito.

Esta forma de enxergar o sistema processual, cunhou-se chamar de formalismo-valorativo, fase que corresponde à contemporaneidade processual. O formalismo-valorativo visa afirmar-se de modo contrário ao que está estabelecido, visando superar a fase instrumentalista. O formalismo-valorativo seria um método de pensamento e programa de reforma de nosso processo. Uma visão metodológica para o direito processual civil desenvolvida a partir de nossa cultura (MITIDIERO, 2005:2009; MADUREIRA; 2014).

Pode-se afirmar que o declínio da fase Pandectista e da escola da Exegese e conseqüentemente, no Direito processual, do chamado processualismo e do formalismo que lhe é correspondente, inaugura a preocupação dos intérpretes e dos aplicadores do Direito com a efetividade da tutela jurisdicional em detrimento do excesso de formalismo, tudo com vistas a se realizar o resultado final do processo que é realizar concretamente o ideal de Justiça.

Esses foram os elementos que singularizam a atual fase do processo, que se cunhou chamar de fase instrumentalista (DINAMARCO, 1996), e mais recentemente de fase do formalismo-valorativo (MITIDIERO, 2005). Trata-se, portanto, de dois conceitos que visam superar o excesso de formalismo notadamente existente no CPC/73 e no Direito Processual Brasileiro, visando realizar certa justiça substancial no processo.

O Instrumentalismo, bem como o formalismo-valorativo, possui em suas construções teóricas, a conscientização de que o processo não é apenas um mero instrumento técnico da ordem jurídica, mas ético, destinado para servir a sociedade e o Estado, instrumento que visa em seu fim, dar razão a quem a razão tinha, trazendo pacificação social al conflito (RODRIGUES, 2003). Na realidade, a atual fase constitucional do processo brasileiro, parece se preocupar com grande intensidade para a efetividade do processo, posto que deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo sua plenitude em todos os seus escopos institucionais (DINAMARCO, 1996), Com vistas a superar o binômio

direito material x processual, pode-se concluir que a distância entre direito e processo é muito menor do que se imaginava e que a reaproximação de ambos não compromete a autonomia da Ciência Processual (BEDAQUE, 1995).

Em que pese o Instrumentalismo de Dinamarca, e o formalismo-valorativo de Mitiddiero serem semelhantes em seus objetivos, partem da aplicação de técnicas distintas na persecução deste fim e por isso não podem ser considerados teorias idênticas. Contudo, chamamos atenção as semelhanças de objetivos, posto que o instrumentalismo, trata-se de situação inovadora no plano prático, sem, contudo, ser uma tentativa nova de formulação e diagnóstico do problema da efetividade processual na história, conforme é possível depreender das angústias assinaladas por Calamandrei quando na inserção de normas fundamentais advindas da reformas no Código Italiano ocorridas em 1999, que serviram para compatibilizar o procedimento com a nova Constituição Italiana (CALAMANDREI, 1999).

Para o jurista, as reformas incorporadas no Código de Processo Civil italiano, consagrou o Princípio processual da adaptabilidade que enxerga o código como um mecanismo composto de peças desmontáveis e combináveis entre si de distintas maneiras, justamente para conferir a sensibilidade das partes e à prudência do juiz ao montar caso a caso do modo mais conforme aos fins da Justiça. Contudo, se não é nova a tentativa de adequar o processo aos fins da Justiça, a positivação de princípios e instrumentos que busquem a efetividade do processo e a Justiça substancial é a marca do NCPC15 e responsável por certa virada metodológica.

Assim, ao tratar do tema escolhido e analisar o Instituto da Preclusão na Coisa julgada, adotaremos a Corrente filiada ao Formalismo-Valorativo (MITIDIERO, 2005; ZANETI JR, 2007; OLIVEIRA, 2010; CABRAL, 2014). Nossa preferência pelo formalismo-valorativo não abandona todo material teórico acumulado pelo instrumentalismo. Algumas premissas são plenamente aceitas, tais como o esforço em se buscar uma reaproximação entre o direito processual e o direito material, de modo a que, nos casos concretos, as formalidades processuais não impeçam a consecução do objetivo relacionado ao direito material tutelado, além da preocupação com os resultados do processo, assim como com a entrega de uma prestação jurisdicional efetiva e adequada.

A escolha de qual corrente metodológica procuramos nos aproximar, nessa atual fase do processo constitucional é importante logo ao início deste estudo, posto que ao abordar o Instituto da coisa julgada, não o iremos tratar enquanto um dogma, posto que sua supervalorização sempre se justificou em razão de determinada segurança jurídica contra o arbítrio, tese que ganhou força no século passado, com as codificações e a crença no poder absoluto do legislador (CORREIA, 2010).

Contudo, se quisermos avançar com o ideário de justiça substancial e teorizar sobre os problemas de nosso tempo e os desafios do Novo Código de Processo Civil no país, é preciso um esforço para problematizar a antinomia existente entre formalismo e justiça, buscando dar solução a esse antagonismo que assola o direito processual (OLIVEIRA, 2010), Assim, o Instituto da Coisa Julgada não deve ser analisado apenas com o olhar no passado

e na tradição, mas especialmente para o futuro, posto que é a necessidade de nosso mundo moderno e da Democracia de massas que nos impõe este desafio nesta Era

A chamada eficácia preclusiva da coisa julgada

A preclusão dos argumentos e alegações que não foram trazidos pelas partes ao processo, sempre foi assunto de longos debates na doutrina e nos textos produzidos sobre os limites objetivos da coisa julgada. No Brasil, ficou conhecido como eficácia preclusiva da coisa julgada (ASSIS, 1988) especialmente por influência de Barbosa Moreira, ainda que inexistia qualquer direito positivado que consagre esta nomenclatura.

Os limites objetivos da coisa Julgada se referem ao que foi discutido e debatido pelas partes no processo, ou seja, trata-se daquele núcleo de fundamentos trazidos pelos litigantes e que, por força do princípio da congruência entre o libello (exposição articulada do que se pretende provar) e o decisum (decisão do Estado-juiz), obrigam ao juiz decidir sobre os elementos discutidos e debatidos pelas partes no Processo para a Sentença.

Os limites objetivos devem ser verificados através da análise do conteúdo da Decisão e por via de consequência, tudo aquilo que não compõe o seu conteúdo, foge dos limites objetivos abrangidos pela coisa julgada. Com as ressalvas e divergências expostas pela doutrina quanto ao escopo do que é abarcado nos limites objetivos da Decisão, ou seja, se atinge coisa julgada apenas o dispositivo da Sentença ou também aqueles fundamentos relevantes, fato é que para outras alegações e defesas, tais como argumentos omitidos pelas partes e conseqüentemente ignorados pelo Juiz é que foi desenvolvido o conceito de eficácia preclusiva da coisa julgada.

Este fenômeno processual não incide sobre o que foi decidido, ou seja, no que dispõe a Sentença, mas sobre aquilo que poderia ser alvo da Decisão e não foi, posto que a coisa julgada abarca tanto os pedidos enfrentados pelo juiz, quanto aquilo que poderia ser deduzível pelas partes que não fizeram. Trata-se de cobertura da coisa julgada sobre a *res deducta* e a *res deducenda* como assim diriam os Romanos (MENCHINI, 2002). O art. 508 do CPC/15 consagra esse entendimento ao dispor que "Transitada em julgado a decisão de mérito, considerar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e as defesas que a parte poderia opor tanto ao acolhimento como à rejeição do pedido".

A tese majoritária que consagrou a eficácia preclusiva da Coisa Julgada no Brasil, advém de Machado Guimarães e Barbosa Moreira que identificaram a eficácia preclusiva da coisa julgada neste dispositivo legal, uma reprodução do Artigo 474 do CPC/73 com as devidas atualizações de concepção do novo código. (BARBOSA MOREIRA, 1993).

Eficácia preclusiva da coisa julgada, portanto, é o manto de indiscutibilidade que incide sobre a Sentença publicada e que abrange não apenas o que foi apreciado no mérito, como também todas as alegações que as partes poderiam ter feito e não fizeram. Seu objetivo é evitar fraude na reprodução de demandas que já foram levadas ao Poder Judiciário e que

são repropostas com pequenas diferenças no conteúdo das alegações. Este entendimento parte de Hellwig que estabeleceu uma ficção preclusiva da faculdade de alegar, que leva ao resultado prático de "tornar irrelevantes" tudo aquilo que não foi aduzido (HELLWIG, 1912).

Para análise de incidência da eficácia preclusiva, a doutrina e a jurisprudência, ainda que cambaleante, buscam identificar a tríplice identidade, de modo que a vedação da eficácia preclusiva não se aplica diante de outra causa de pedir (art. 489 NCPC). A técnica, encontra-se formulada, sendo adotada desde o período romano, de modo que o intérprete irá verificar se há correspondência entre os elementos da demanda (PORTO, 2011). Como elementos, entende-se as partes, causa de pedir e pedido, havendo identidade entre estes três elementos, trata-se de ações idênticas e tanto os fatos abarcados pela coisa julgada, quanto aqueles em que se operou a eficácia preclusiva, não poderão ser objeto de análise (Artigo 337 §2º do CPC).

O problema da técnica da tríplice identidade como já elencado por Cabral, é que ela permite subterfúgios para que a parte discuta certas questões num processo posterior sem que a ela pudesse ser oposta a coisa julgada (CABRAL, 2014). Tais problemas não são facilmente resolvidos se analisados sob a ótica formalista de uma segurança jurídica atrelada a lei. Para equacionar esta questão, muitos doutrinadores buscaram desenvolver a chamada Teoria da identidade da relação jurídica, que visa realizar uma análise complementar que não esteja somente atrelada ao aspecto formal, mas ao conteúdo da situação de direito material que se discute no processo (CÂMARA, 2010), mas que também não nos é suficiente aos desafios que impõe o novo paradigma estabelecido pelo atual CPC.

Limites temporais

Uma vez definido o escopo da matéria que abordada, a eficácia preclusiva da coisa julgada, bem como o entendimento adotado pela doutrina e o Código processual sobre os seus limites objetivos, indaga-se: quais seriam seus limites temporais? Estaria a Imutabilidade e Indiscutibilidade da decisão eternizadas, valendo para todo o futuro? (SAVIGNY, 1840).

Na realidade, pensamos conforme Cabral de modo a admitir que a incidência da coisa julgada não pode petrificar o tráfego jurídico, o que deixa evidente que afirmar "imutabilidade" da decisão (BARBOSA MOREIRA, 1988), não pode excluir a possibilidade de que os 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 (LIEBMAN, 2006), cuja doutrina brasileira e o novo código se filiou.

Machado Guimarães já desenvolveu exaustivamente sobre o assunto afirmando que a sentença só faz sentido porque produz regramento para um determinado e específico momento (GUIMARÃES, 2001). No Brasil, os limites destes problemas temporais atrelados à coisa julgada partem do artigo 505 do NCPC, base normativa para esta discussão teórica.

Efeitos positivo e negativo da coisa julgada.

A doutrina clássica, corroborada principalmente por Barbosa Moreira no Brasil, diz respeito aos “efeitos” ou “funções” positiva e negativa da coisa julgada, que expressam dois graus de vinculação das partes à coisa julgada. A função ou efeito negativo é aquela que considera o debate exaurido, ou seja, se refere a vedação de se rediscutir a pretensão. A função negativa da coisa julgada se aproximaria do princípio mais amplo do *ne bis in idem*, ou seja, vedação da repetição de uma sanção sobre o mesmo fato (WAMBIER: MEDINA, 2003). Na realidade o efeito negativo da coisa julgada impõe a todos os sujeitos do segundo processo e inclusive o Juiz, a decidir da mesma forma ou com idêntico conteúdo à decisão transitado em julgada. Neste caso, a coisa julgada assumiria um pressuposto processual negativo, como defendido por Savigny.

No Brasil, a doutrina e a jurisprudência (*STJ - Resp 219.172-SC, Rel. Min. Nancy Andrigui, j.20.08.2001*) parece se preocupar em maior quantidade com o efeito negativo da coisa julgada, ou seja, a proibição de reanálise da questão decidida, sendo o efeito positivo mais comum no direito comparado. Sobre o efeito positivo da coisa julgada, o mesmo foi desenvolvido pela primeira vez por Keller quando dissertou sobre a *litiscontestatio* - a resolução de conflito entre duas pessoas, perante um juiz escolhido por ambos. Para Keller, a função positiva da coisa julgada seria inata a consunção da *actio romana*, como partia do direito antigo, certo que não era a coisa julgada que produzia efeito positivo, mas os fundamentos levados a julgamento pelas partes que esgotaria e consumiria a ação, de modo que a vontade e a intenção das partes na Ação tinha papel crucial nas estabilidades da sentença (KELLER, 1915).

Certo que na atualidade o efeito positivo não nasce da *litiscontestatio*, mas suas linhas gerais ainda se mantêm, posto que impõe o dever de obediência ao julgado já decidido e que passa a ser vinculante não só naquele processo, mas em posteriores quando a parte beneficiada pelo efeito positivo alega questão prejudicial já decidida com força de coisa julgada no processo anterior atualmente, resta pacífico que o efeito positivo da coisa julgada ocorre quando Atualmente, resta pacífico que o efeito positivo da coisa julgada ocorre quando determinada questão decidida enquanto principal num determinado processo, reflete-se enquanto questão prejudicial num segundo procedimento.

O efeito positivo da coisa julgada enquanto questão principal naquele processo, impõe ao juiz no segundo procedimento que incorpore o resultado anterior em sua cognição ao analisar os pedidos das partes. Trata-se de verdadeira proibição de contradição, já que conforme defendido por (Hellwig, 1912), faltaria interesse para a discussão prejudicial. Didaticamente, pode-se afirmar que quando os objetos dos dois processos são iguais (a questão principal é idêntica), opera-se o efeito negativo, quando são diferentes, mas a questão principal decidida no primeiro processo reflete questão prejudicial de um segundo, deflui o efeito positivo.

Dito isto, já é possível depreender a problemática instaurada: como resolver *hard cases* (DWORKIN, 2001) onde apenas a técnica de tríplice identidade da demanda não é possível para resolver o problema da efetividade substancial da justiça? E ainda, nas situações em que

os meios típicos de superação ou quebra da coisa julgada não são suficientes, já que não preenchidos seus requisitos, como superar a dicotomia entre segurança jurídica e justiça? No Brasil, tradicionalmente o único meio para desfazer a coisa julgada seria a ação rescisória, demanda constitutiva negativa que visa a rescisão ou revisão do julgamento anterior, oponível em prazo expresso de dois anos a contar do trânsito em julgado da sentença

Preclusão e coisa julgada: delimitação do tema e objetivos

Este artigo não possui o objetivo de apresentar, de modo didático os conceitos sobre coisa julgada, sua problemática relacionada a dogmática jurídica, ou ainda, as diversas posições doutrinárias sobre o tema. Assunto longamente debatido na doutrina Brasileira, tais como o embate realizado por Barbosa Moreira e Ovídio Batista e discutido desde o Império Romano, nosso ponto de toque visa identificar um tronco comum que aproxime o instituto da coisa julgada e o da preclusão. Isto é, a partir da Tese apresentada por Sergio do Passo Cabral, se defenderá a sistematização de um tratamento conjunto entre os dois institutos numa premissa maior nominada de "Estabilidades Processuais" a partir do dever de segurança-continuidade processual.

Preclusões: conceitos e espécies

A preclusão é fundamental a todo e qualquer processo. Tal fenômeno refere-se a imposição de força aos atos processuais cujo o desencadeamento visam um fim comum - levar o processo à caminhar sempre adiante. Como bem assinalado pelo Ministro Fux, se a marcha procedimental estivesse constantemente sujeita ao contratempo de retornar, sem qualquer restrição, às fases anteriores, o processo teria dificuldade de encontrar um fim adequado, especialmente à luz do mandamento constitucional que impõe sua duração razoável (FUX, 2001).

A prática sucessiva de atos processuais leva ao procedimento racional de impedir que eles possam ser praticados novamente, de modo que a preclusão obriga o processo a seguir adiante. Giuseppe Chiovenda é o grande expoente deste fenômeno processual. Para o brilhante jurista Italiano, a preclusão seria uma faculdade processual que gera a impossibilidade de praticar o ato processual no mesmo processo, possuindo eficácia endoprocessual. Chiovenda classificou as preclusões em três espécies: A preclusão temporal, consumativa e lógica em razão dos motivos que levam o nascimento de cada uma delas (CHIOVENDA, 1993).

A primeira, refere-se ao decurso de prazo, quando o comportamento praticado pelas partes deve ser realizado em um prazo legal específico e deixa de ser feito. A segunda opera-se quando a conduta já foi realizada, não podendo ser repetida, ainda que praticada de modo insubsistente e por fim, a preclusão lógica opera-se quando há verdadeira contradição ou incompatibilidade do ato que se pretende realizar com determinada conduta já praticada, sobre o tema, importante a leitura de Liebman quanto à preclusão (LIEBMAN, 1984).

Tem-se, portanto, uma divisão didática na concepção Chiovendiana em que a Preclusão temporal é a perda de uma posição processual de vantagem quando há omissão em se praticar determinado ato no prazo legal. Por sua vez, preclusão consumativa se refere ao fato de que o exercício de uma determinada conduta no processo impede que aquele mesmo sujeito volte a praticá-la. Modernamente, encontra-se atrelada ao Princípio da economia processual.

Quanto a estas preclusões, não há muita divergência na doutrina, especialmente por serem alvos de constantes formulações, sendo dissecadas e positivadas em diversos comandos legais. Em relação a preclusão lógica, entretanto, há pouco estudo, especialmente por não se encontrar prevista normativamente, mas se depreender de entendimento racional do processo. A preclusão lógica ocorre quanto a prática de um determinado ato processual é incompatível com outra conduta realizada anteriormente, ou seja, refere-se à contradição entre dois comportamentos.

Atualmente, também há aqueles que defendem a possibilidade de que a preclusão lógica incida determinado ato praticado após a inércia reiterada de um sujeito processual. Cabral defende que 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 (CABRAL, 2014).

Chama-se atenção para esta nova abordagem, posto que o marco caracterizador da mesma, será a análise do processo a partir da ótica de um embate cooperativo e democrático entre as partes, de modo que a preclusão deveria ser analisada a partir de atos omissivos ou comissivos durante a instrução processual e não apenas por força normativa expressa.

O instituto da preclusão e o dever do contraditório e da boa-fé:

Segurança jurídica enquanto estabilidade-continuativa

Delimitado o escopo deste artigo, as premissas adotadas, bem como a proposta a ser defendida, importante analisar o impacto prático ao instituto da preclusão quando analisado a partir do paradigma formalista-valorativo. Se a grande aposta do Novo Código de Processo civil é o dever de cooperação processual entre as partes, a vinculação à boa-fé e o debate entendido enquanto procedimento contraditório adequado e em igualdade de condições a todos os sujeitos, fundamental que o juiz tenha em mente a sua obrigação em atuar de modo fundamentado e democrático no processo, o que levará a necessidade de uma fundamentação ampla do juiz sobre os assuntos levados até sua cognição, sob pena de não ser válida sua Decisão e não se efetivar o ideário da justiça.

Têm-se com isso que processo democrático na atualidade é aquele que segue o procedimento adequado a partir do dever de boa-fé das partes, do contraditório entendido enquanto debate de fundamentos e contra fundamentos exauridos e levados em consideração pelo juiz na fundamentação de sua Decisão, posto que num Estado Democrático Constitucional, é dever do juízo explicitar os argumentos e fundamentos que amparam o seu juízo.

Ora, se o processo é ambiente de colaboração entre todos os sujeitos, a eles é vedado realizar conduta em um sentido e após, atuar de modo contrário a expectativa criada a partir de seu primeiro ato. Sendo assim, a Segurança Jurídica não deve ser concebida apenas enquanto o dever de "imutabilidade" da coisa julgada, não se pode continuar com um olhar que entenda a coisa julgada apenas sob o viés da tutela da legalidade. Na realidade, a segurança jurídica nesse ambiente processual de cooperação, deve ser encarada enquanto proteção da confiança gerada pelos comportamentos praticados. Para a aplicação deste princípio, deve estar comprovada a prática de atos concretos que apontem a base ou fundamento da confiança, numa relação de causalidade entre a expectativa formada e os atos praticados.

Para Humberto Ávila, o pedido de tutela com base na proteção da confiança possui graduação a depender da intensidade da expectativa a se confiar naquele determinado ato praticado. A proteção será maior, quanto mais atos que possuam aparência de legitimidade, se as condutas forem irreversíveis, se o Estado fomentou ou induziu o comportamento individual, se os atos que embasam a confiança são onerosos ou se possuem uma maior irreversibilidade (ÁVILA, 2011).

Dito isto, ou seja, a importância que o NOVO CPC e a atual fase do direito processual concede ao contraditório, a boa-fé e a proteção da confiança, tais premissas devem ser compatibilizadas com o conceito de segurança jurídica, superando-se a análise apenas do vetor da legalidade do ato. Nossa defesa é de que devemos e podemos agrupar em um tronco em comum os institutos da preclusão e da coisa julgada a partir da interpretação de princípios como a boa-fé, a proteção da confiança a segurança jurídica e o contraditório, a fim de obter suporte interpretativo e jurídico em casos difíceis para o qual o formalismo não consegue responder.

Por um tratamento conjunto das estabilidades dos atos processuais

Tradicionalmente, aceita-se que as estabilidades são asseguradas por institutos processuais tais como a preclusão, o efeito preclusivo, a coisa julgada, dentre outros. Contudo, tem-se que inexistente uma homogeneidade no tratamento de assuntos tão próximos quanto a preclusão e a coisa julgada. Otto já ponderava que as estabilidades processuais quando analisadas na história, levaram a um distanciamento enorme entre a preclusão e a coisa julgada, destacando-se a doutrina e a atividade jurisdicional a petrificar e promover longos debates sobre a Coisa julgada (CABRAL, 2014).

Em breve resumo, partindo de Barbosa Moreira tem-se que tradicionalmente a coisa julgada aplica-se apenas as sentenças que sejam de mérito, no processo do conhecimento e ainda assim, apenas se não houver regra especial que retire a incidência da coisa julgada da decisão de mérito, como nas decisões de tutelas coletivas (BARBOSA MOREIRA, 1970).

Assim, sob a ótica da doutrina tradicional, não fazem coisa julgada as sentenças sem apreciação de mérito, sentenças proferidas em outro processo que não o de conhecimento (tais como a execução e as cautelares). No que tange ao instituto da preclusão, escassos são os estudos sobre preclusão lógica, posto que no que se refere aos aspectos subjetivos de sua constatação, a doutrina majoritária entende que os atos do juiz estariam imunes a sua incidência, restringindo-os apenas as partes (NEVES, 2004).

Também são poucos os doutrinadores que aproximam a preclusão e a coisa julgada dos princípios da Proteção à confiança e dos deveres da boa-fé no direito processual. Ao adotar a proposta de Cabral, pretende-se concordar com um modelo de segurança jurídica dos atos processuais que busque um tronco em comum para todos os tipos de estabilização, sendo uma das consequências o dever do Juiz na análise interpretativa do caso debruçado, densifique o texto normativo com os princípios ordenadores do novo código de modo a aplicar a preclusão, a coisa julgada e suas mutabilidades, visando a continuidade do sistema jurídico.

Ocorre que em que pese não haver um tronco em comum sistematizado sobre as estabilidades processuais, há entendimento doutrinário de que sobre os Institutos da coisa julgada e preclusões, são variáveis as estabilidades conferidas pelo ordenamento jurídico a cada ato processual (FABRÍCIO, 2010).

Tem-se como consequência que há uma tendência dos legisladores em ampliar a estabilidade das sentenças de mérito, estabilidade que corresponderia à coisa julgada material (BARBOSA MOREIRA, 1983). Contudo, a constatação de que determinados atos processuais produzem maior vinculação ao que foi decidido do que outros, sugeriria uma diferenciação de grau de intensidades na estabilidade e não de qualidade entre elas, não sendo possível adotar este entendimento se quisermos buscar um tratamento unitário.

Por um estudo conjunto das estabilidades

O modelo tradicional adotado pela doutrina em relação a preclusão e coisa julgada impossibilita sistematizar as estabilidades processuais, contudo, defendemos que identificar um tronco comum da estabilidade dos atos estatais é fundamental para interpretar situações difíceis (*hardcases*) de análise da incidência da coisa julgada em episódios que visam burlar o sistema para rediscutir a causa jurídica alvo de decisão.

Na realidade, como defendido por Cabral, a coisa julgada e como ela, todas as estabilidades, servem para restringir o poder de mudar a norma, não para reconhecer uma permanência eterna ou definitiva da sentença. Tercio Sampaio Ferraz Jr afirma que o problema

não residiria no tempo de validade das normas, mas na temporalidade do poder de mudar as normas e porque está ligada a este poder é que a coisa julgada envolve em nível constitucional uma questão de segurança (FERRAZ JR, 1996).

Isso porque, há um dogma ideológico muito grande e que ainda paira sobre a coisa julgada onde se defende a dependência entre a estabilidade de uma sentença com a previsão normativa expressa no direito positivo. Mas caso fossem revogados os artigos 502 e 508 do CPC, ainda haveria coisa julgada? Não existiria proteção da estabilidade? Certamente que não é o comando expresso que vincula a coisa julgada, de modo que na ausência de lei, um regime de estabilidades processuais assentados na jurisprudência e na doutrina garante a operabilidade da coisa julgada nas Sentenças.

Conforme assinalado por Hellwig no início do século passado, os estudos sobre coisa julgada ainda tinham um mito muito forte ligado a cultura romana (HELWIG, 1940). Percebe-se que este instituto possui certo grau de sacralização que nos leva a imaginar que pensar a coisa julgada de modo diverso daquilo já assentado na doutrina, levaria a uma supressão da segurança jurídica no sistema ou um risco ao Estado de Direito.

Certo que não se advoga contra a tradição, mesmo porque a base dos estudos reside em todos os conhecimentos teóricos e práticos construídos por brilhantes juristas que anteviram a atualidade, garantindo que o direito e o processo de civilização sejam passados de geração em geração, mas tais entendimentos não podem se petrificar no tempo, mesmo porque, a sociedade contemporânea possui complexidades e desafios que não comportam a assimilação apenas da concepção tradicional dos institutos.

Assim, importante acentuar que essa mudança de paradigma em relação às estabilidades processuais, não necessitam de mudança legislativa, na realidade, por ser um esforço interpretativo e de densificação dos dispositivos legais, especialmente com o Advento do Novo Código de Processo Civil e com a atual fase do processo (formalismo-valorativo), na realidade as estabilidades processuais independem de qualquer positivação, sendo decisão de política-judiciária que remetem ao choque de ponderação entre valores e princípios constitucionais e processuais fundamentais na atividade interpretativa do jurista.

Os instrumentos de estabilidades e coisa julgada, variam de País para País, sendo certo que premissas sobre o direito e seus institutos, independem de ordem normativa expressa, tanto que na *Common Law*, assenta-se estes institutos de estabilidades da sentença em grau muito maior na tradição do que em diplomas legais. Quando adotamos a premissa de que a Coisa Julgada não é um mito, petrificado no tempo, percebe-se que seu conceito se liga a segurança jurídica de um Estado Democrático de Direito, independentemente de suas hipóteses de incidência encontrarem amparo normativo.

Mesmo porque, na atividade doutrinária, ainda que defendida a coisa julgada atrelada ao que dispõe menção expressa da norma, a justificativa do texto legal é buscada a partir de princípios, cláusulas gerais, fundamentos filosóficos que justifiquem certa estabilização das decisões emanadas pelo Poder Judiciário, uma vez que se trata de ficção jurídica criada para promover a paz social e a harmonia das relações.

De modo que o cerne da justificação para a coisa julgada não reside no texto legal, mas nos valores que o justifiquem. Essa abordagem da teoria das estabilidades processuais, permite ao operador do direito a ampliação das possibilidades de incidência da coisa julgada, ou ainda a diminuição de seu escopo de modo que sua principal vantagem reside na análise do contraditório exercido em debate a fim de precisar o que estará estabilizado. São três as consequências ao se analisar as estabilidades processuais a partir de sua sistemática principiológica e interpretativa e não apenas do comando expresso em lei (CABRAL, 2014).

A primeira é autorizar a adequada interpretação das regras legais em consonância com o aparato constitucional e os princípios de um Estado Democrático de Direito que o Novo Código de Processo Civil se abriga. A segunda consequência é considerar que o modelo de estabilidades processuais não advém da norma, mas de princípios, de modo que nenhuma análise sobre coisa julgada e preclusão poderá ocorrer sem identificar o fundamento normativo-principiológico que ampare a tomada de decisão quanto a extensão da coisa julgada, sendo esta a raiz dos limites de interpretação para aplicação da regra positivada.

Por fim, como terceira consequência, a estabilidade das posições jurídicas por ser principiológica ao processo, leva à conclusão de que independente da configuração positiva das espécies de estabilidades, tal como a coisa julgada prevista de uma forma ou outra na legislação, não interfere nas premissas interpretativas para o caso concreto, não excluindo outras formas de estabilidades que porventura não encontrem resididas no diploma legal.

Na realidade, há uma complementaridade entre os diversos mecanismos de por conta de sua acomodação na mesma principiológica adotada ao realizar a unificação das estabilidades em um tronco em comum (WAMBIER, 2003). O gênero geral da estabilidade seria, nesta seara a preclusão e não a coisa julgada, sendo a forma geral de estabilidade processual, posto que as espécies de estabilidade como a coisa julgada formal e material, na realidade baseiam-se em técnicas preclusivas.

Ora, se a coisa julgada atua enquanto técnica preclusiva, se as preclusões atingem não apenas as faculdades das partes, mas também os poderes do juiz, se existe a possibilidade de preclusões extraprocessuais, bem como aquelas decorrentes de omissões, não é possível continuar a adotar o conceito Chiovendiano, tem-se que a preclusão deve ser ressignificada para atender a sistema de estabilidade processual como proposto por Cabral.

Preclusão e segurança jurídica: estado de direito e segurança

Continuidade

Se podemos adotar a preclusão como regra geral das estabilidades, não há dúvidas que a ampliação da atividade interpretativa do texto normativo expresso reforça a necessidade de segurança jurídica como pressuposto do Estado de direito constitucionalizado, exatamente para se evitar decisões surpresas ou a discricionariedade do juiz. Em que pese as previsões abarcadas

na constituição, tais como no preâmbulo, no caput do art. 5º, na regra de anterioridade da lei penal, do devido processo legal, dentre outros, fato é que segurança jurídica é um conceito indeterminado e no atual paradigma processual e constitucional, não pode continuar se atendo apenas a previsibilidade expressa das regras de direito. Fato é que a segurança jurídica deriva da cláusula de Estado de direito, uma vez que um governo estruturado deve ter segurança, neste sentido o STF e o STJ já consideraram o princípio da segurança jurídica como derivação do estado de direito (STF MS 24.268 - MG, Rel. para o acórdão Min. Gilmar Mendes, j.05.02.2004 e RESP n.658-130-sp, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j.05.02.2004).

Ocorre que o atual Estado democrático de direito exige novas funções e densificação ao Princípio da Segurança jurídica, conforme já asseverado. Na realidade, por atualmente o Estado encontrar-se enquanto um estado dirigente para efetivação de direitos fundamentais e a garantia de direitos sociais, na realidade exerce atualmente vínculos de cooperação e coordenação na sociedade, não sendo o atual paradigma aquele de um estado autoritário e de imposição do poder (ÁVILA, 2011). Se o Estado se modificou para que atue enquanto um agente democrático de cooperação e participação, a segurança jurídica deve servir de forma diversa do que entendido até então.

Isso porque, ela deve ser flexível o suficiente para se adequar aos padrões altamente mutáveis e complexos das relações sociais numa Democracia de massas, posto que sua rigidez legal ou principiológica poderá levar, na realidade, a verdadeira insegurança jurídica, indo diametralmente ao oposto do desejado, uma vez que provocará rupturas em situação de intransigência quando deveria garantir a continuidade do Estado Democrático Constitucional e da coesão social de seus súditos.

A segurança jurídica e a continuidade do estado de direito

Cabral em sua tese, a partir de sua leitura em OTTO e WOERNER, afirma que 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 de consistência (CABRAL, 2014). Tal conceito pretende construir "pontes" em momentos de ruptura, permitindo maleabilidade a segurança jurídica. As mudanças no mundo contemporâneo são inevitáveis e resultado de uma sociedade globalizada.

Neste sentido, os Estados nacionais são completamente hipossuficientes em acompanhar as modificações nas relações jurídicas dos sujeitos na mesma velocidade em que de fato elas mudam. Focar o estudo da segurança jurídica na continuidade é permitir certa margem de alterabilidade das estabilidades processuais a partir de uma constatação de que não é possível impedir a mudança no mundo fático, mas torna-se viável se evitar determinadas rupturas a fim de que a continuidade promova uma transição suave.

Cabral com isso, visa defender uma zona de movimentação e alteração que autoriza a modificação das estabilidades, ainda que não expresso em lei, o que nada tem a ver com contrariar a norma jurídica expressa, mas complementar na atividade interpretativa, aquilo em

que foi omissa. O balanço dos interesses entre permanência e mudança, deverá contar com mecanismos compensatórios para a alteração da estabilidade processual, como por exemplo a edição de regras de transição.

Na realidade, adotar o conceito de segurança-continuidade, permitindo certo grau de adaptabilidade e alteração das estabilidades processuais, estimula a confiabilidade no ordenamento jurídico. Confiança que advém da certeza de que o ordenamento jurídico não é apenas composto de regras e leis esparsas e desconexas da realidade do mundo fático, mas de um sistema coeso, coerente, racional. A continuidade jurídica e a consequente alteração ou adaptabilidade das estabilidades processuais a partir da análise cotejada no caso concreto, exercido o debate e o contraditório e demonstrado a necessidade de mudança preclusiva em razão da segurança, confere certa constância na mudança jurídica, sem levar a rupturas, permitindo segurança nas posições pretéritas.

Não se advoga ao aceitar a tese proposta por Cabral que as normas devam ser alteradas com facilidade, contudo o atual sistema jurídico moderno, necessita de certo grau de adaptabilidade para sua própria sobrevivência, ainda que estejamos falando do instituto da coisa julgada que deve se tornar invariável no tempo a fim de se garantir paz social. O uso desta técnica interpretativa reside em questionar a real necessidade da mudança. Como a segurança-continuidade não impede mudança das posições estáveis, atos processuais como as preclusões e a coisa julgada sob uma nova perspectiva que considere o sistema normativo de maneira mais dinâmica e flexível (FERRAZ JR. 1988).

Além disso, a continuidade contribui para essa visão global das estabilidades processuais que abranja não apenas a coisa julgada como as preclusões. Se substituirmos a teoria tradicional da imutabilidade pela segurança-continuidade, nenhuma estabilidade processual dependerá do selo de imutável para existir, mas de decisão político-jurídico-legislativa adaptada a necessidade de cada ordenamento jurídico num espaço tempo. Por tais razões é que nos parece que o Princípio da segurança-continuidade das relações jurídicas consegue reunir sob um único teto os institutos processuais da preclusão, coisa julgada e mecanismos desenvolvidos no direito privado como a boa-fé e a confiança para as estabilidades processuais abarcadas pelo direito público.

Considerações finais: a justiça procedimental como caminho de transição e segurança a proposta apresentada

Se historicamente buscou-se um processo de resultados, no qual podemos citar as reformas de 1999 promovidas no Código de Processo Italiano para adequá-lo aos paradigmas constitucionais de um processo justo recém-incorporados naquele ordenamento (CALAMANDREI, 1999), percebemos na atualidade, a necessidade de um retorno a justiça procedimental.

Nesta democracia de massas que vivemos, com relações sociais dinâmicas e complexas, acreditar num padrão universalmente aplicado de direitos é na verdade buscar um sonho fracassado. A busca pela justiça das decisões deve ser aquela em que se tornou possível justificar processualmente o comando judicial, garantindo adaptabilidade ao ordenamento a partir da observância de determinados procedimentos, não apenas em seu aspecto formal, por residir expresso na lei, mas especialmente em razão da argumentação prática e racional exercida entre as partes.

Essa concepção eleva o valor do procedimento não como um fim em si mesmo, mas decisivo e predecessor a própria decisão final, posto que o debate judicial é que legitima as decisões estatais (ZANETI JR, 2007).

Incorporando a justiça procedimental no contexto das estabilidades processuais, verifica-se que parece facilmente exequível o conceito de segurança-continuidade proposto em detrimento do dogma da imutabilidade. Isso porque, continuar os estudos a partir da premissa de que o processo se torna imutável, inalterável, sem possibilidade de exercer cognição, ainda que a luz de novos elementos for aplicada, impede a existência de justiça procedimental como aquela adotada pelo Novo Código de Processo Civil

Pretende-se concordar com Cabral quando afirma que na modernidade a influência do contraditório somado aos princípios processuais da boa-fé e cooperação se compatibiliza com um modelo de estabilidades processuais que incorpore a segurança-continuidade das relações jurídicas na adaptabilidade da coisa julgada e das preclusões. Repisa-se, não se trata do abandono a segurança-jurídica que a coisa julgada promove, mas num redimensionamento desta perspectiva rígida a partir das interações subjetivo-comunicativas das partes no processo.

O processo decisório precisa de agilidade e flexibilidade posto que o modelo de controles rígidos e estáticos é aquele que entrou em crise sistêmica. O reconhecimento de certa legitimidade estatal e conseqüentemente do direito e da justiça não virá por este caminho, mas na capacidade de força gerencial que o Estado exercerá nos procedimentos decisórios e na atividade jurisdicional para promover continuidades e não rupturas.

Como bem apresentado por Cabral, só no paradigma da continuidade é que se poderá implementar 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, sem negar a força prima facie que a continuidade jurídica impõe em favor da constância e permanência do ato anterior operada a Coisa Julgada, garantindo que a modificação da posição jurídica estável continue sendo excepcional, preservando-se a segurança.

A proposta de trabalhar a coisa julgada e a preclusão de modo dinâmico, a partir de certas premissas referente as estabilidades processuais, permite a ampliação ou restrição da coisa julgada, não as limitando apenas as sentenças que decidam o mérito, mas também

naquelas que não o enfrente, posto que esta visão é justamente aquela que visa adaptar as estabilidades processuais onde a doutrina tradicional possui dificuldade em razão do atrelamento ao formalismo da previsão legal que não previu mecanismos de solução para determinados *hardcases*.

Esse formato permite maior racionalidade na quebra da estabilidade processual, não apenas por prever certos requisitos restritos para sua mudança, que serão verificados a partir de exigências argumentativas dos sujeitos processuais, como também porque não permitirá a discricionariedade subjetiva do juiz para o acolhimento da adaptabilidade a coisa julgada realizada, já que não poderá “de sua cabeça” relativizar a força *prima facie* de estabilidade da sentença transitada em julgado.

Se no modelo tradicional, partia-se da segurança jurídica e da imutabilidade da coisa julgada afirmando ser este o preço para se evitar os julgamentos incorretos e a eternização dos litígios, ainda quando eles ocorram, na tese apresentada a segurança- continuidade mostra a força de se reconhecer a estabilidade *prima facie* da coisa julgada, permitindo, contudo, determinadas alterações, não sendo verdadeiro que o preço a se pagar é a eternização dos litígios, mas apenas o custo de se verificar quando e como se operará alguma mudança na estabilidade processual atualmente existente naquele caso a partir das práticas argumentativas e do exercício do contraditório operado.

Referências

- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O Formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo Excessivo. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2008.
- _____. Do Formalismo no Processo Civil: Proposta de um formalismo-valorativo, São Paulo: Saraiva, 2010.
- ARRUDA ALVIM, José Manuel de. 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
- ASSIS, Araken de. Reflexões sobre Eficácia Preclusiva da Coisa Julgada, *Revista Ajuris*, Porto Alegre, ano XV, n. 44. nov. 1988, p.34.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ainda e Sempre a Coisa Julgada, *Revista Processo - REPRO*, 1970.
- _____. Eficácia da Coisa Julgada. *Revista Ajuris*, Porto Alegre, n. 28, ano X, julho de 1983, p. 275.
- _____. Os Limites do Novo Código de Processo Civil, in: *Temas de Direito Processual*, 1 serie. São Paulo: Saraiva, 1988.
- BARROSO, Luís R. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, DF, v. 12, n. 96, p. 3-41, fev/ maio 2010.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo: Influência do Direito Material*

- sobre o Processo, Brasília, BDJur, 2009. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/21235>. Acesso em 09 de novembro de 2017.
- BENVINDO, Juliano Zaiden. Os Fundamentos dos Direitos Fundamentais? Quando o Antifundacionalismo de Rorty enfrenta o Agir Comunicativo de Habermas. Revista Pensar, v. 15, n. 1, 2010, p. 178-206.
- CABRAL, Antônio do Passo. Nulidades no Processo Moderno: Contraditório, Influência e Validade Prima Facie dos Atos Processuais. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2010.
- _____. Coisa Julgada e Preclusões Dinâmicas: entre mudanças e transição de posições processuais estáveis. Bahia: Ed. Juspodivm, 2 ed., 2014.
- CAMARA, Alexandre de Freitas. Licoes de Direito Processual Civil, Ed. Lumen Iuris, Vol. I, 16 ed., 2010.
- CHIOVENDA, Giuseppe. Dell Azione Nascente dal Contratto Preliminare. In: Saggi di Diritto Processuale Civile. 2. Ed., Roma: Foro It, 1930.
- DIDIER JR. Fredie; Leonardo José Carneiro da. Curso de Direito Processual. V. III, 8. Ed, Salvador: Ed. JusPodivm, 2010, p. 365.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do Processo. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- DWORKIN, Ronald. Uma Questão de Princípios. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- HABERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional: Sociedade Aberta dos Interpretes da Constituição - contribuição para interpretação pluralista e procedimental da constituição. Porto Alegre: Ed. Sergio Antônio Fabris, 2002.
- HELLWIG, Konrad. System des deutschen ZivilprozeBrechts. Leipzig: A. Deichert'sche, 1912.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de Direito Processual Civil. Trad. Candido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Revista Forense, vol. I, 1984, p. 235-237.
- MADUREIRA, Claudio. Direito, Processo e Justiça: O Processo Como Mediador entre o Direito e a Justiça. Salvador: Ed. JusPodivm, 2014, p.27-34.
- MITIDIERO, Daniel. Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- _____. Colaboração no Processo Civil: Pressupostos sociais, lógicos e éticos. Ed. dos Tribunais, 3. Ed., 2015.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Preclusões para o Juiz: preclusão pro iudicato e preclusão judicial no processo civil. São Paulo: Método, 2004.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ação Civil Publica e Meio Ambiente. Rio de Janeiro: Revista Forense Universitária, 2003.
- TALAMINI, Eduardo. Coisa Julgada e sua Revisão. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.
- ZANETI JR, Hermes. Processo Constitucional: O modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2007.