

Antonio do Passo Cabral

**COISA JULGADA
E PRECLUSÕES
DINÂMICAS:
entre continuidade, mudança
e transição de posições
processuais estáveis**

4.^a edição
revista, atualizada
e ampliada

2021



Rua Território Rio Branco, 87 – Pituba – CEP: 41830-530 – Salvador – Bahia
Tel: (71) 3045.9051
• Contato: <https://www.editorajuspodivm.com.br/sac>

Copyright: Edições JusPODIVM

Conselho Editorial: Eduardo Viana Portela Neves, Dirley da Cunha Jr., Leonardo de Medeiros Garcia, Fredie Didier Jr., José Henrique Mouta, José Marcelo Vigliar, Marcos Ehrhardt Júnior, Nestor Távora, Robério Nunes Filho, Roberval Rocha Ferreira Filho, Rodolfo Pamplona Filho, Rodrigo Reis Mazzei e Rogério Sanches Cunha.

Capa: Ana Caquetti

1194670

C117c Cabral, Antonio do Passo.

Coisa Julgada e Preclusões Dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis / Antonio do Passo Cabral – 4. ed. rev., atual. e ampl. – Salvador: Editora JusPodivm, 2021.
720 p.

Bibliografia.
ISBN 978-65-5680-566-5

1. Direito Processual Civil. 2. Coisa Julgada. I. Cabral, Antonio do Passo. II. Título.

CDD 341.4653

Todos os direitos desta edição reservados a Edições JusPODIVM.

É terminantemente proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem a expressa autorização do autor e das Edições JusPODIVM. A violação dos direitos autorais caracteriza crime descrito na legislação em vigor, sem prejuízo das sanções civis cabíveis.

INTRODUÇÃO.....	43
1. O “mal-estar” na coisa julgada e uma proposta alternativa	43
2. Estrutura do trabalho.....	54
3. A revolução operada pelo Código de Processo Civil no tema da coisa julgada	57

PARTE I

**COISA JULGADA E PRECLUSÃO
NA DOUTRINA TRADICIONAL**

Capítulo 1

COISA JULGADA E PRECLUSÃO NA TRADIÇÃO EUROPEIA-CONTINENTAL CLÁSSICA.....	61
1.1. Objeto do capítulo.....	61
1.2. Nomenclatura. Conceito de coisa julgada Coisa julgada e trânsito em julgado....	62
1.3. Coisa julgada e segurança jurídica: fundamentos e escopos da regra da coisa julgada	65
1.4. O Estado de Direito e a coisa julgada: entre segurança e justiça, eficiência e equidade	69
1.5. Coisa julgada formal e coisa julgada material	72
1.6. Natureza jurídica da coisa julgada	74
1.6.1. Teorias material e processual da coisa julgada	74
1.6.1.1. Teorias materiais. Fundamento	75
1.6.1.2. Variantes da teoria material da coisa julgada	77
1.6.1.2.1. Presunção e ficção da verdade	77
1.6.1.2.2. Coisa julgada como <i>lex specialis</i>	80
1.6.2. O movimento contrário: as teorias processuais da coisa julgada	82
1.6.3. Variantes da teoria processual	83
1.6.3.1. A teoria da presunção de autoridade (Couture)	83
1.6.3.2. Coisa julgada como eficácia da declaração (Hellwig)	84
1.6.3.3. Teoria da extinção do dever jurisdicional.....	87
1.6.3.4. A coisa julgada como qualidade da sentença e de seus efeitos (Liebman)	88

1.6.3.5.	A crítica de José Carlos Barbosa Moreira à tese de Liebman...	90
1.6.3.6.	A coisa julgada como uma situação jurídica nova: a imutabilidade.....	91
1.6.3.7.	O conceito do art.502 do CPC/2015	92
1.6.4.	Avaliação das controvérsias entre as teorias materiais e processuais da coisa julgada.....	93
1.6.4.1.	Críticas recíprocas.....	93
1.6.4.2.	O debate entre dualismo e monismo	94
1.6.4.3.	Krückmann e o “ordenamento de posse” para explicar a coisa julgada	96
1.6.4.4.	Existe importância prática nesta discussão teórica? A inalterabilidade da sentença e a vontade das partes.....	96
1.6.4.5.	Balanço geral da polêmica e reconceituação da coisa julgada à luz do CPC/2015. A coisa julgada para decisões (não apenas sentenças) de mérito	99
1.7.	Alcance e extensão: os limites da coisa julgada.....	100
1.7.1.	Limites objetivos	100
1.7.1.1.	Evolução histórica e a regra atual da limitação ao dispositivo da sentença	100
1.7.1.2.	Função e justificativa do estabelecimento dos limites objetivos	102
1.7.1.2.1.	A vontade do Estado e o dispositivo.....	102
1.7.1.2.2.	Objeto do processo e limites objetivos.....	103
1.7.1.3.	Os limites objetivos da coisa julgada no CPC/2015: quebrando um paradigma histórico	108
1.7.1.3.1.	A extensão da coisa julgada às questões prejudiciais. Desnecessidade de ação declaratória incidental.....	109
1.7.1.3.2.	Pressupostos para a extensão da coisa julgada às questões prejudiciais	110
1.7.1.3.3.	Desnecessidade de pedido em ação declaratória incidental para a extensão da coisa julgada às prejudiciais	114
1.7.1.3.4.	Subsistência do instituto da ação declaratória incidental apesar do art.503.....	115
1.7.1.3.5.	Regra de transição: aplicabilidade do art.503 apenas para os processos iniciados na vigência do CPC/2015	118
1.7.1.3.6.	Possibilidade de extensão da coisa julgada à prejudicial por acordo das partes.....	119
1.7.1.4.	A chamada “eficácia preclusiva da coisa julgada”.....	119

1.7.2.	Limites temporais	122
1.7.2.1.	Primeiro aspecto: o momento de formação da coisa julgada e os fatos supervenientes.....	123
1.7.2.2.	Segundo aspecto: relações jurídicas continuativas.....	125
1.8.	A existência da coisa julgada na visão das partes e do juiz	129
1.8.1.	Efeitos positivo e negativo da coisa julgada	129
1.8.1.1.	Efeito negativo: <i>ne bis in idem</i>	129
1.8.1.2.	O efeito positivo da coisa julgada no campo da prejudicialidade.....	130
1.8.2.	Como se alega a existência de coisa julgada? A “exceção” de coisa julgada e os pressupostos processuais	133
1.8.3.	A análise judicial da existência de coisa julgada: tríplice identidade e “teoria da identidade da relação jurídica”. Insuficiência da técnica da tríplice identidade no sistema do CPC/2015.....	135
1.9.	Quebra da coisa julgada: instrumentos rescisórios	137
1.9.1.	Generalidades	137
1.9.2.	Modelo brasileiro	137
1.9.2.1.	Meios típicos de superação da coisa julgada.....	137
1.9.2.2.	Instrumentos atípicos.....	140
1.9.2.3.	A tese da “relativização da coisa julgada inconstitucional”.....	143
1.9.3.	Direito comparado	147
1.10.	Preclusão na doutrina tradicional	149
1.10.1.	Delimitação da abordagem da preclusão no presente trabalho.....	149
1.10.2.	A importância da preclusão para o processo	149
1.10.3.	Conceito e espécies de preclusão.....	150
1.10.3.1.	Preclusões temporais.....	151
1.10.3.2.	Preclusões consumativas: do <i>ne bis in idem</i> ao princípio da unicidade	151
1.10.3.3.	Preclusões lógicas	152
1.10.4.	Teorias sobre a preclusão: diferentes abordagens na tradição europeia-continental.....	154
1.10.5.	Efeitos da preclusão	159
1.10.6.	Objeto e sujeitos da preclusão. O conceito de Chiovenda e a limitação da doutrina às preclusões para o juiz	159
1.10.7.	Preclusões e outros institutos proibitivos de comportamentos incompatíveis.....	161
1.10.7.1.	Boa-fé processual e a segurança das expectativas	161
1.10.7.2.	Princípio da proteção da confiança.....	162
1.10.7.3.	<i>Nemo potest venire contra factum proprium</i>	165

1.10.7.3.1. Critérios de aplicação do <i>nemo potest venire contra factum proprium</i>	166
1.10.7.4. <i>Verwirkung</i>	168
1.10.7.5. Conclusão parcial.....	170
1.10.8. Métodos de desfazer os efeitos preclusivos no Brasil e no direito comparado.....	170
1.10.8.1. Brasil.....	170
1.10.8.2. Direito comparado.....	171
1.10.8.2.1. <i>Rimessione in termini</i> no direito italiano.....	171
1.10.8.2.2. Tradição germânica: <i>Wiedereinsetzung in den vorigen Stand</i>	173

Capítulo 2

PRIMEIRAS CRÍTICAS À FORMULAÇÃO CONVENCIONAL DA COISA JULGADA E DAS PRECLUSÕES	175
2.1. As teorias sobre o conceito de coisa julgada. Critérios confusos, debates mal postos.....	175
2.2. Críticas à teoria de Liebman.....	176
2.2.1. A conceituação da coisa julgada como “qualidade”.....	176
2.2.2. Em defesa de Hellwig: a coisa julgada como efeito sistêmico e não um efeito da sentença.....	177
2.2.3. A crítica de Carnelutti e a real importância e originalidade da tese de Liebman.....	178
2.3. Críticas à diferenciação das funções positiva e negativa da coisa julgada.....	181
2.4. Críticas aos limites da coisa julgada na acepção clássica.....	184
2.4.1. Limites objetivos: um modelo estático e privatista.....	184
2.4.1.1. A influência do direito privado e a vinculação estreita à vontade das partes.....	184
2.4.1.2. O caráter estático da vinculação ao objeto do processo.....	188
2.4.1.3. Insuficiência e contradições da técnica da tríplice identidade.....	189
2.4.1.4. A incongruência da curiosa “eficácia preclusiva da coisa julgada” com o modelo tradicional.....	191
2.4.1.4.1. Preclusão extraprocessual ligada à fundamentação?.....	191
2.4.1.4.2. A indevida análise do efeito preclusivo das omissões.....	194
2.4.2. Críticas aos limites temporais da coisa julgada na teoria tradicional.....	195
2.4.2.1. Os problemas da linearidade e da imutabilidade: primeiras considerações.....	195

2.5.	Críticas à reação da tese da “coisa julgada inconstitucional”.....	197
2.5.1.	A nomenclatura utilizada	197
2.5.2.	A sentença inconstitucional como ato “inexistente”	198
2.5.3.	Críticas quanto ao mecanismo de desconsideração ou quebra da coisa julgada. A questão da competência	199
2.5.4.	A confusão entre segurança e justiça: como devemos encarar a segurança?	200
2.5.5.	A retomada da injustiça da sentença: um possível retorno às teorias materiais da coisa julgada?	201
2.5.6.	O segundo julgamento é melhor que o primeiro?.....	202
2.5.7.	A fluidez dos parâmetros da tese da relativização.....	204
2.5.7.1.	A crítica ao raciocínio por indução: casuística invulgar que se transformou na regra	204
2.5.7.2.	A base constitucional da “injustiça grave”	205
2.5.8.	Os problemas de aplicação da técnica da ponderação	207
2.5.9.	A inadequada citação das teses de Paulo Otero e Eduardo Couture.....	208
2.5.10.	Avaliação das críticas.....	210

Capítulo 3

	COISA JULGADA E PRECLUSÃO EM OUTROS SISTEMAS NO DIREITO ESTRANGEIRO E COMPARADO	211
3.1.	Introdução	211
3.2.	Coisa julgada e preclusão nos países do <i>common law</i>	212
3.2.1.	Importância e desenvolvimento histórico.....	212
3.2.2.	Estados Unidos da América.....	214
3.2.2.1.	Finalidades dos institutos	214
3.2.2.2.	Nomenclatura. O tratamento conjunto da coisa julgada e das preclusões.....	215
3.2.2.3.	<i>Res iudicata</i> ou <i>claim preclusion</i>	217
3.2.2.3.1.	Forma de alegar: <i>bar e merger</i>	219
3.2.2.3.2.	Limites objetivos	220
3.2.2.3.3.	Exceções em que não se aplica a <i>claim preclusion</i>	224
3.2.2.4.	<i>Issue preclusion</i> : as preclusões das questões decididas.....	225
3.2.2.4.1.	Diferenças para a <i>res iudicata</i>	226
3.2.2.4.2.	Limitação às questões de fato?	228
3.2.2.4.3.	Requisitos objetivos para identificar a preclusão ...	229
3.2.2.4.4.	Restrições à aplicabilidade da preclusão: exceções em que não se aplica a <i>issue preclusion</i>	235

3.2.3.	Inglaterra.....	236
3.2.3.1.	<i>Estoppel</i> e o desenvolvimento histórico da coisa julgada e das preclusões.....	236
3.2.3.1.1.	Escopos. Necessidade de alegação da parte.....	239
3.2.3.1.2.	Limites objetivos	239
3.2.3.2.	<i>Abuse of process</i> no direito inglês	240
3.2.4.	Escócia	241
3.2.5.	Austrália e Nova Zelândia	243
3.2.6.	Comparação.....	244
3.3.	Japão.....	245
3.3.1.	Tradição e evolução histórica do processo japonês.....	245
3.3.2.	Os limites objetivos: a tradição alemã e a tese de Shindo	247
3.3.3.	Limites temporais	249
3.4.	Coreia do Sul.....	250
3.5.	Regimes de base socialista	252
3.5.1.	Relevância da análise.....	252
3.5.2.	União Soviética e Rússia	253
3.5.2.1.	Do Império Russo aos tempos atuais: características do processo	253
3.5.2.2.	Coisa julgada: conceito, efeitos e limites	255
3.5.2.3.	Superação da coisa julgada: o procedimento de fiscalização... ..	257
3.5.2.4.	A jurisprudência da Corte Europeia de Direitos do Homem e a reforma do Código russo	258
3.5.3.	Alemanha Oriental	262
3.5.4.	China.....	264
3.5.4.1.	A estrutura judiciária chinesa. A ideologia vigente e o papel do processo civil	264
3.5.4.2.	Coisa julgada.....	265
3.5.4.3.	Ação rescisória, o Procedimento de Fiscalização e o Protesto	265
3.5.5.	Hungria.....	267
3.5.5.1.	Histórico	267
3.5.5.2.	Preclusões e coisa julgada	271
3.5.6.	Polônia	272
3.5.6.1.	Evolução histórica e influências.....	272
3.5.6.2.	Preclusões e coisa julgada: a peculiar ação de declaração de ilegalidade	276
3.5.7.	Tchecoslováquia, República Tcheca e Eslováquia	279
3.5.8.	Países da antiga Iugoslávia: Croácia e Eslovênia.....	285

3.5.9. Comparação.....	287
3.6. Escandinávia	288
3.6.1. Suécia e Finlândia	289
3.6.1.1. Breve histórico e influências do direito processual	289
3.6.1.2. Coisa julgada e preclusões. Conceito e escopo das estabilidades.....	291
3.6.1.3. Limites e efeitos da coisa julgada.....	293
3.6.1.4. Instrumentos de superação da coisa julgada e das preclusões ...	293
3.6.2. Dinamarca e Noruega	295
3.6.3. Comparação.....	297

PARTE II

FUNDAMENTOS E PREMISSAS PARA UMA NOVA TEORIA DAS ESTABILIDADES

Capítulo 4

PRIMEIRA PREMISA – SEGURANÇA JURÍDICA COMO CONTINUIDADE: ESTABILIDADE E DINAMISMO.....	301
4.1. O modelo tradicional de segurança como imutabilidade: ausência de tratamento conjunto das estabilidades dos atos do Estado.....	302
4.1.1. Imutabilidade: característica não comum aos atos estatais legislativos e administrativos.....	302
4.1.2. As tentativas de aplicação da coisa julgada aos demais atos estatais....	305
4.1.2.1. Qual a diferença essencial da estabilidade da decisão judicial para aquela dos demais atos estatais?	306
4.1.2.1.1. A concretude da norma aplicada e sua menor abrangência subjetiva?	306
4.1.2.1.2. A referência a atos pretéritos?	307
4.1.2.1.3. A possibilidade de revogação por um <i>contrarius actus</i> ?	308
4.1.2.1.4. A revisibilidade interna como critério diferenciador.....	309
4.1.3. Imutabilidade: uma característica não essencial à jurisdição.....	310
4.1.4. Ausência de tratamento conjunto das estabilidades dos atos processuais na doutrina. As estabilidades processuais como categoria incorporada ao sistema do Código de Processo Civil.....	311
4.1.4.1. O CPC/2015 e adoção da categoria das “estabilidades” processuais. A previsão expressa de novas formas de estabilidades tipicamente disciplinadas no Código	312

4.1.4.2.	A coisa julgada como a “estabilidade por excelência”. A tentativa de enxergar todas as estabilidades dos atos jurídicos (inclusive atos administrativos) como a coisa julgada. Um vício da doutrina que precisa ser corrigido.....	314
4.1.4.3.	O exemplo de confusão da dogmática tradicional a respeito das estabilidades processuais nos processos executivo e cautelar. O caráter cognitivista do modelo clássico em ver na coisa julgada a estabilidade-padrão	316
4.1.4.4.	A estabilidade da sentença arbitral e sua conceituação como “coisa julgada arbitral”	321
4.1.4.5.	A estabilização da tutela provisória do art.304 do CPC e sua associação com a coisa julgada. O vício metodológico que continua a se observar na doutrina que comenta o CPC/2015	322
4.1.5.	Por um estudo conjunto das estabilidades	324
4.1.5.1.	Suposta ligação necessária das estabilidades com o direito positivo e a concomitante utilização de princípios não positivados	324
4.1.5.2.	Estabilidade geral e estabilidades setoriais	328
4.1.5.3.	O problema que persiste: desconsideração da visão de conjunto do fenômeno das estabilidades processuais. Variabilidade de regime e diferença apenas de grau	329
4.1.6.	Pelo fim da separação entre preclusão e coisa julgada	331
4.1.6.1.	Coisa julgada e preclusão: conceitos tradicionais. Escopos comuns e a incoerência do seu afastamento histórico	331
4.1.6.2.	O enquadramento da “eficácia preclusiva da coisa julgada” como uma preclusão extraprocessual.....	333
4.1.7.	A preclusão como a estabilidade genérica. O problema dos atos privados em contraposição aos atos estatais.....	336
4.1.8.	A estabilidade processual do art.486 §1º do CPC/2015	340
4.1.8.1.	A estabilidade do art.486 §1º do CPC como uma preclusão extraprocessual ceteris paribus. Impossibilidade de compreendê-la como a coisa julgada	340
4.1.8.2.	A errônea suposição de que o cabimento da ação rescisória significa que a estabilidade é a coisa julgada. O mecanismo de superação não decorre do regime jurídico da estabilidade ...	342
4.1.9.	As novas fronteiras no tratamento do tema das estabilidades	343
4.1.10.	Diferenciações desnecessárias entre estabilidades processuais: a tradicional distinção entre coisa julgada material e coisa julgada formal	344
4.1.10.1.	Ausência de diferença entre preclusão e coisa julgada formal: um problema ignorado na literatura brasileira	347
4.1.10.2.	Ausência de diferença entre coisa julgada formal e coisa julgada material.....	348

4.1.10.2.1.	Simultaneidade e a duvidosa relação de presu- posição entre coisa julgada formal e coisa julgada material.....	348
4.1.10.2.2.	A natureza dos efeitos produzidos pelo ato: efeitos materiais x efeitos processuais	349
4.1.10.2.3.	O <i>locus</i> dos efeitos da estabilidade: efeitos extra- processuais x efeitos interprocessuais.....	350
4.1.10.2.4.	O CPC/2015 e outras estabilidades com efeitos extraprocessuais que não a coisa julgada material....	353
4.1.10.2.5.	A indevida importação do conceito de coisa jul- gada formal da Europa: algo que não caberia no processo brasileiro	356
4.1.10.2.6.	Reflexão sobre a utilidade da distinção no sistema do CPC/2015: alguma coisa mudou?	360
4.2.	A segurança jurídica como componente do Estado de Direito	361
4.2.1.	A cláusula do Estado de Direito: breve evolução histórica	363
4.2.2.	As novas funções do Estado e a nova face da segurança jurídica no Direito.....	365
4.2.3.	A tese de Adolf Merkl: a duração da validade da norma como núcleo da coisa julgada	368
4.2.4.	Segurança-imutabilidade: a insuficiência da tutela dos direitos adqui- ridos e expectativas de direito. A necessária flexibilidade e adaptabilidade da tutela estatal	370
4.2.5.	Segurança-continuidade	373
4.2.5.1.	Estrutura e características da continuidade jurídica	375
4.2.5.2.	Estremando conceitos: continuidade e proteção da confiança...	379
4.2.5.2.1.	Semelhanças entre proteção da confiança e con- tinuidade	379
4.2.5.2.2.	Diferenças. Manutenção do <i>status quo</i> x transição suave. A continuidade como “dessubjetivização” da tutela da segurança jurídica.....	380
4.2.5.3.	O art.23 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e a consagração da continuidade jurídica	382
4.2.5.4.	Segurança jurídica no processo: estabilidade como continui- dade jurídica	383
4.2.5.4.1.	A superação do paradigma da imutabilidade e a unificação das estabilidades dos atos jurídicos	383
4.2.5.4.2.	A justiça procedimental e a estabilidade como continuidade.....	384
4.2.5.4.3.	Perda de estabilidade ou ganho de correção e racionalidade? Outras vantagens do modelo proposto	387
4.2.5.4.4.	Haveria uma eternização dos litígios?	390

4.2.5.4.5.	Haveria perda de segurança na implementação e gozo dos direitos?	391
4.2.5.4.6.	A reincorporação científica da justeza: busca pela correção do conteúdo dos atos do processo.....	392
4.2.5.4.7.	Preclusões: vantagens, desvantagens e o necessário equilíbrio do sistema.....	394
4.2.5.4.8.	Conveniência de uma concepção unitária das estabilidades no campo das preclusões lógicas. Desnecessidade de mecanismos do direito privado.....	395
4.2.5.4.9.	Exemplos retirados da doutrina e jurisprudência brasileira. Possibilidade do uso da preclusão.....	397

Capítulo 5

SEGUNDA PREMISA – O CONTRADITÓRIO COMO INFLUÊNCIA REFLEXIVA ...	401	
5.1	O contraditório como influência reflexiva	402
5.2.	O contraditório como dever: a prática de atos processuais como autovinculação	404
5.3.	Ações e omissões: a inércia e o contraditório-influência.....	406

Capítulo 6

TERCEIRA PREMISA AS ESTABILIDADES COMO CADEIAS DE VÍNCULOS E A REMODELAGEM DOS LIMITES TEMPORAIS	411	
6.1.	Introdução	411
6.2.	A coexistência de instabilidades e estabilidades. A necessária desconstrução dos limites temporais na acepção clássica	412
6.3.	A superposição e absorção das estabilidades intermédias pela coisa julgada final.....	415
6.4.	O problema da linearidade das estabilidades com a dimensão temporal: a recondução a um único “momento originante”.....	417
6.5.	Propostas de remodelagem dos limites temporais.....	419
6.5.1.	Do momento originante às cadeias de vínculo. A estabilidade como continuidade tendencial produzida por uma cadeia de atos.....	419
6.5.2.	Cadeias de vínculo <i>mutuamente ultrapassantes</i> : da absorção à convivência dos espaços de estabilidade	420
6.5.3.	A abertura das cadeias ao futuro e os espaços de estabilidade prospectivos.....	421
6.5.4.	Relevância do contraditório-influência para o sistema das estabilidades em cadeia.....	425
6.6.	Efeitos das estabilidades	426

6.6.1.	A lógica da continuidade jurídica e a argumentação em contraditório .	426
6.6.2.	Efeito vinculativo positivo e negativo: os atos que compõem a cadeia de vínculo e as relações de incorporação ou exclusão	428
6.6.2.1.	Efeitos em função das espécies de cadeia: cadeias-modelo como estruturas mínimas de estabilidade.....	429
6.6.2.2.	Efeito vinculante positivo: cadeias continentes de atos determinantes regulatórios	430
6.6.2.3.	Efeito vinculativo negativo: cadeias sem atos regulativos.....	431
6.7.	Insuficiência da aplicação da cláusula <i>rebus sic stantibus</i>	432
6.7.1.	A cláusula <i>rebus sic stantibus</i> : conceito e origens.....	432
6.7.2.	Cláusula <i>rebus sic stantibus</i> e os atos processuais	434
6.7.3.	Insuficiência da cláusula <i>rebus sic stantibus</i> como mecanismo modernizador das estabilidades processuais.....	437
6.7.4.	O papel da cláusula <i>rebus sic stantibus</i> na definição de critérios aplicativos.....	438

Capítulo 7

A VINCULAÇÃO ARGUMENTATIVA EM CADEIA E A FUNDAMENTAÇÃO DOS ATOS PROCESSUAIS: CONTRA A LIMITAÇÃO DAS ESTABILIDADES ÀS CONCLUSÕES DA DECISÃO JUDICIAL.....		443
7.1.	A regra tradicional dos limites objetivos e o isolamento das razões da sentença.....	444
7.2.	Os problemas práticos e a concepção não formal do dispositivo.....	445
7.3.	Teses que buscaram ampliar o conceito de objeto do processo.....	447
7.3.1.	A tese de Böhm: o conceito finalístico de objeto do processo e a esfera jurídica impactada.....	447
7.3.2.	Bruns e a inclusão dos contradireitos do réu no objeto do processo. A interferência das condutas na relação material.....	449
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.....	450
7.3.4.	Avaliação das novas teses sobre o objeto do processo	453
7.4.	Teses que buscaram estender a coisa julgada às razões.....	454
7.4.1.	A volta à fundamentação da sentença: a extensão das estabilidades aos motivos das decisões judiciais e às questões prejudiciais	454
7.4.1.1.	Primeiras formulações	455
7.4.1.1.1.	Das teses de Savigny e Windscheid ao advento da ZPO alemã	455
7.4.1.1.2.	Os possíveis erros nas premissas das primeiras formulações.....	456
7.4.1.2.	A busca pela diferenciação dos tipos de argumentos: as “premissas necessárias” para a compreensão do dispositivo.....	457

7.4.1.3.	A técnica de exclusão do “oposto incompatível” e suas tradições teóricas	458
7.4.1.3.1.	A jurisprudência do <i>Bundesgerichtshof</i>	458
7.4.1.3.2.	Oposto incompatível nas ações declaratórias negativas: as críticas da doutrina	459
7.4.1.3.3.	A incoerência da extensão às razões com a regra clássica de limitação ao dispositivo	461
7.4.1.4.	A teoria de Albrecht Zeuner: a extensão às razões de decidir pelo nexó lógico-substancial	462
7.5.	A aceitação da vinculatividade da motivação da sentença na jurisprudência comparada e em instrumentos de <i>soft law</i>	465
7.5.1.	A jurisprudência austríaca dos “casos especiais de prejudicialidade” (<i>Sonderfall-Judikatur</i>)	465
7.5.2.	A jurisprudência japonesa: a boa-fé e a redefinição dos limites objetivos da coisa julgada	469
7.5.3.	A jurisprudência espanhola e a vinculação das questões prévias fáticas e jurídicas	470
7.5.4.	A doutrina e a jurisprudência suíças: o vínculo das prejudiciais por redução teleológica	473
7.5.5.	A jurisprudência cível e tributária italiana: a “eficácia regulamentar do julgado” e sua “capacidade expansiva”	474
7.5.6.	A súmula 239 do Supremo Tribunal Federal brasileiro e a extensão da coisa julgada	476
7.5.7.	<i>As Model European Rules of Civil Procedure</i> e a extensão da coisa julgada às questões prejudiciais	478
7.6.	Objeções à extensão das estabilidades aos motivos	478
7.6.1.	A suposta subversão do papel dos fatos e das alegações jurídicas no processo	478
7.6.2.	A alegada violação à ampla defesa e ao princípio dispositivo. O papel da vontade das partes na fixação do objeto do processo	479
7.7.	A nova dimensão da vinculatividade dos motivos. A reabilitação da argumentação no sistema de estabilidades	480
7.7.1.	A consideração da esfera de estabilidade a partir do “conjunto da fundamentação”: a inclusão das questões prejudiciais, objeções, exceções, réplicas e outros atos	481
7.7.2.	Ampla defesa e boa-fé: dois princípios conciliáveis. Os atos do processo como autovinculação	484
7.7.3.	O contraditório-influência e a impossibilidade de vinculação de questões abstratas, isoladas e dissociadas do debate	486
7.7.4.	Argumento de eficiência: pela valorização da “proibição de contradição” como núcleo central do modelo de estabilidades	487
7.8.	A insuficiência do art.503 do CPC/2015 para promover essa virada no sistema das estabilidades processuais	493

7.9. Conclusões parciais: consequências do resgate das razões no sistema da estabilidade	494
7.9.1. A existência de maiores ônus e deveres processuais para as partes e para o juiz	494
7.9.2. A impugnação recursal com base nas razões. A “vitória” ou “derrota” no processo para além da sucumbência	496
7.9.3. O papel atual da ação declaratória incidental. Subsistência e utilidade da ação declaratória incidental no sistema do CPC/2015.....	498
7.10. Indagações subsequentes	502

Capítulo 8

LIMITES OBJETIVOS DAS ESTABILIDADES	503
8.1. Cânones hermenêuticos e critérios para a comparação dos objetos	503
8.1.1. Vetores interpretativos.....	503
8.1.1.1. Primeiro vetor. <i>Tantum iudicatum quantum litigatum</i> : a vinculação a partir da intensidade do contraditório-influência	503
8.1.1.2. Segundo vetor. Os deveres do contraditório de boa-fé e cooperação: a responsabilidade e as vinculações processuais das partes e do juiz.....	505
8.1.1.2.1. Contraditório cooperativo e efeitos preclusivos interprocessuais. Proteção da confiança e aplicações na jurisprudência.....	506
8.1.1.2.2. Provisoriedade ou revogabilidade da posição que alegadamente gerou a base da confiança	507
8.2. Primeiro exame: a identificação do conteúdo das cadeias de vínculo e as relações de exclusão ou inclusão no paradigma da continuidade. A necessidade da mudança do conteúdo estável ou a pertinência de sua incorporação nos atos posteriores.....	508
8.3. Critérios para os limites objetivos das estabilidades: comparando a discussão pretérita com o teor do <i>posterius actus</i>	510
8.3.1. Qual exame de conteúdo?.....	510
8.3.1.1. A análise dinâmica do procedimento de formação da cadeia de vínculos.....	510
8.3.1.2. Do <i>Streitgegenstand</i> aos “esquemas argumentativos”	512
8.3.1.3. Contra o fracionamento ou atomização dos esquemas de agir.....	515
8.3.1.3.1. O conjunto da fundamentação e a impossibilidade de isolamento de questões	515
8.3.1.3.2. Defesas do réu e efeito preclusivo	519
8.3.1.3.3. A vinculatividade das defesas e a ausência de lei a respeito.....	521

8.3.1.4.	O papel da configuração abstrata dos argumentos.....	522
8.3.1.4.1.	A insuficiência dos critérios da “natureza” e da “essencialidade” das questões	522
8.3.1.4.2.	<i>Ratio</i> : evitar vinculações não previsíveis.....	524
8.3.1.4.3.	A importância atual do <i>Streitgegenstand</i> e dos exames estáticos do conteúdo do debate	525
8.3.2.	Exame dinâmico. Da conformação abstrata dos argumentos ao uso concreto dos esquemas de agir.....	527
8.3.2.1.	Alegações e o “uso” que se faz dos argumentos: a dimensão das questões debatidas	527
8.3.2.2.	A dimensão das questões e os critérios para sua verificação	528
8.3.2.2.1.	Os escopos dos litigantes: expectativa e previsibilidade	528
8.3.2.2.2.	Insuficiência da “similitude fática”. Mesmos fatos e normas diversas: o exemplo da culpa na responsabilidade civil do Estado	533
8.3.2.2.3.	Os níveis de detalhamento do debate sobre cada questão	534
8.3.2.2.4.	Dimensão das questões e pluralidade de fundamentos para a improcedência.....	535
8.3.2.3.	Restrições aos direitos de consideração e expressão que levam a menores estabilidades: déficits cognitivo-probatórios no primeiro processo	538
8.3.2.3.1.	As reduções cognitivas e restrições assertivas ou probatórias e sua relação com as estabilidades....	538
8.3.2.3.2.	A profundidade da cognição e a estabilidade reduzida das decisões proferidas em cognição sumária.....	540
8.3.2.3.3.	O direito à prova e as diferenças do ônus probatório exigido em cada procedimento	546
8.3.2.4.	Omissões, previsibilidade e expectativas.....	550
8.3.2.4.1.	Preclusão por omissão e o lado do sujeito omissente. Possibilidade de agir e previsibilidade do vínculo.....	551
8.3.2.4.2.	O lado dos demais sujeitos de boa-fé: a omissão geradora de expectativas	564
8.3.2.4.3.	Corresponsabilidade e diligência: prognoses e gestão compartilhada do risco processual	565
8.3.2.4.4.	Espaços estratégicos em que não há preclusão lógica	567
8.3.2.5.	Crerios específicos para as cadeias de vínculo regulativas ...	569
8.3.2.5.1.	Da decisão “de mérito” aos escopos interferentes....	569

8.3.2.5.2.	O efeito positivo da estabilidade: a incorporação de conteúdo estável nos atos posteriores.....	571
8.3.2.5.3.	Questões debatidas e poderes dos sujeitos do processo. Competência em razão da matéria para o <i>iudicium prius</i> . Capacidade para a prática de atos determinantes regulativos.....	572
8.3.2.5.4.	A vinculação por dependência lógico-substancial e o exercício do contraditório. Zonas de coincidência entre os escopos regulativos.....	574
8.3.2.5.5.	Identificando as hipóteses-tipo de incidência da eficácia positiva. Grupos de casos de aplicação da tese	575

Capítulo 9

LIMITES TEMPORAIS DAS ESTABILIDADES	587
9.1. As várias acepções possíveis do tempo jurídico: tempo no antecedente e tempo no consequente.....	587
9.2. Estabilidade a partir de quando e estabilidade até quando? Intervalo temporal e a evolução da cadeia de vínculo	590
9.3. A descoincidência com a dimensão temporal	591
9.4. Tempo de referência e o conteúdo do esquema argumentativo.....	592
9.4.1. Critérios: transitividade ou resistência temporal do esquema de agir e a previsibilidade do vínculo	593
9.4.1.1. Elementos permanentes ou cambiantes: o exemplo da coisa julgada em matéria tributária.....	595
9.4.1.2. A instabilidade dos bens tutelados (o pedido mediato).....	596
9.5. Tempo de eficácia: diferenças nas cadeias regulativas e não regulativas	597
9.5.1. Cadeias não regulativas: tempo de eficácia prospectivo	598
9.5.2. Cadeias regulativas	599
9.5.2.1. Vinculação ultrativa ou prospectiva	599
9.5.2.2. Hipótese-padrão: poderes reiteráveis e relações sucessivas...	601
9.5.2.3. Retroatividade dos efeitos da vinculação	603
9.5.2.3.1. Retroatividade como essência da atividade jurisdicional?	604
9.5.2.3.2. Retroação da estabilidade a fatos anteriores ao tempo de referência	605
9.5.2.4. Critérios para retroação: vontade das partes e impossibilidade de vinculações-surpresa. A cláusula <i>rebus sic stantibus</i> ao inverso.....	607
9.6. O outro extremo do tempo no consequente: tempo de eficácia até quando? A quebra ou revisão da estabilidade.....	609

9.6.1.	Admissibilidade	610
9.6.1.1.	Mecanismos processuais possíveis.....	610
9.6.1.2.	A questão da competência.....	612
9.6.1.3.	Inexistência de comportamento causalmente relevante da parte que pleiteia a revisão	613
9.6.1.4.	Aplicando a continuidade jurídica: técnicas e métodos.....	614
9.6.1.4.1.	Controle do procedimento da continuidade: permanência tendencial e ônus argumentativo	615
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 superação.....	618
9.6.1.4.3.	Alguns critérios: intensidade estrutural e temporal da mudança.....	619
9.6.2.	Mérito do pedido revisional.....	620
9.6.2.1.	O problema da recondução a debates constitucionais: contra critérios fundados na dignidade humana ou no interesse público	620
9.6.2.2.	A novidade dos elementos alegados se comparados ao tempo de referência anterior	623
9.6.2.3.	O modelo brasileiro atual.....	625
9.6.2.3.1.	Que pode ser considerado como elemento novo?	625
9.6.2.3.2.	Fatos novos como fatos supervenientes	625
9.6.2.3.3.	Impossibilidade de rescisão em razão de mudanças normativas.....	626
9.6.2.3.4.	Prova “nova” como documento “não apresentado na pendência do processo anterior”	626
9.6.2.3.5.	Propostas ampliativas da doutrina. Avaliação e perspectivas	627
9.6.2.4.	Nossa proposta: a novidade dos esquemas de agir e o grau de ultrapassagem argumentativa	629
9.6.2.4.1.	A evolução ou desenvolvimento não previsível de um fato anterior.....	630
9.6.2.4.2.	<i>Res noviter veniens ad notitiam</i> : os elementos de nova notícia	631
9.6.2.4.3.	Elementos probatórios novos: a prova <i>noviter cognita</i>	634
9.6.2.4.4.	A mudança no direito aplicável	635
9.6.2.5.	Suficiência dos elementos para a alteração da estabilidade... ..	637
9.6.3.	Compensações sistêmicas para a quebra de estabilidade	638
9.6.3.1.	Regras de transição como direito individual e dever do Estado.....	639

9.6.3.2.	O art.23 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Consagração da continuidade jurídica e das regras de transição no direito positivo.....	641
9.6.3.3.	O Judiciário pode estabelecer regras de transição?.....	643
9.6.3.3.1.	A abordagem funcional da separação de Poderes ...	643
9.6.3.3.2.	A formulação de regras de transição como função compatível com a atividade jurisdicional.....	646
9.6.3.4.	Formalidades na edição de regras de transição.....	648
9.6.3.4.1.	A sede própria	648
9.6.3.4.2.	A discricionariedade na escolha da espécie de regra transicional.....	649
9.6.3.4.3.	Limitações: carência regulativa e atuação “como se legislador fosse”	650
9.6.3.5.	Critérios de conteúdo para estabelecer regras de transição...	652
9.6.3.5.1.	Equilíbrio e adequação entre a regra de transição e a posição deficitária	653
9.6.3.5.2.	Prazo de transição	653
9.6.3.5.3.	Clareza e cognoscibilidade. O detalhamento das regras de transição.....	654
9.6.3.6.	Espécies de regras de transição	655
9.6.3.6.1.	Compensação financeira. A discussão sobre quem deve pagar a indenização	655
9.6.3.6.2.	Ajuda de adaptação	659
9.6.3.6.3.	Tutela da preservação dos efeitos do ato estável.	661
CONCLUSÃO.....		671
REFERÊNCIAS.....		673
GLOSSÁRIO		717