

Antonio do Passo Cabral

**COISA JULGADA
E PRECLUSÕES
DINÂMICAS:**

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

4.^a edição
revista e ampliada

2021

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”.¹ 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.² 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.³

Vejam alguns pontos referentes às teses mais famosas sobre o conceito de coisa julgada.

-
1. von 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.
 2. ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica no direito tributário*. *Op.cit.*, p.59-60.
 3. 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,⁴ porque 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”.⁵

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.⁶ 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.⁷ 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.⁸ Como afirma Willis Santiago Guerra Filho, trata-se de um equivoco filosófico porque as qualidades, os atributos, são itens acidentais ao ente e não pertencem à sua essência.⁹ 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.

4. E de outros que o seguiram, como GOLDSCHMIDT, James. *Der Prozess als Rechtslage*. *Op.cit.*, p.218-219.

5. Barbosa Moreira, que seguia fielmente Liebman neste ponto, critica a tese de Hellwig porque estaria voltada para a “eficácia”. Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Ainda e sempre a coisa julgada*. *Op.cit.*, p.13.

6. Confira-se a crítica de VELLANI, Mario. *Appunti sulla natura della cosa giudicata*. *Op.cit.*, p.67-70.

7. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Reflexões a respeito da natureza da coisa julgada como problema filosófico*. *Op.cit.*, p.246.

8. CRESCI SOBRINHO, Elicio de. *Coisa julgada*. *Op.cit.*, p.243-245.

9. 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.¹⁰

No mais, também não serve adotar a expressão “qualidade” e conceituar a coisa julgada como uma “nova situação jurídica”, como faz parte da doutrina.¹¹ Esta opção poderia ser compreendida como uma tendência velada em adotar uma concepção material da coisa julgada,¹² 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.

Em nossa opinião, a coisa julgada pode ser retratada como um *efeito sistêmico*, decorrente não da decisão, mas do trânsito em julgado ou da preclusão

10. 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.

11. 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. No Brasil, dentre os comentaristas do CPC/2015, Gouveia Filho também adota a ideia de criação de uma situação jurídica nova. Cf. GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. Comentário. *in* RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; PANTALEÃO, Izabel Cristina Pinheiro Cardoso; GOUVEIA, Lúcio Grassi de. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Lualri, tomo II, 2017, p.289.

12. Como fez POHLE, Rudolf. *Gedanken über das Wesen der Rechtskraft*. *Op.cit.*, p.397. A tendência não passou despercebida à argúcia de CAPONI, Remo. *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*. *Op.cit.*, p.230.

das vias recursais.¹³ Não vemos, por conseguinte, obstáculo algum em afirmar que a coisa julgada é um efeito, mas externo à decisão,¹⁴ e que com os efeitos produzidos pelo conteúdo do próprio julgamento 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.¹⁵

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.¹⁶ Esta era sua principal bandeira, e não a conceituação da *res iudicata* como “efeito”. Vale dizer, mais do que pregar contra o uso do termo “efeito”, 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.¹⁷ Isto talvez seja devido a um descuido terminológico ou simplesmente porque não era o objetivo principal do autor alemão.

Lamentamos, portanto, que o art.502 do CPC/2015 tenha tomado partido a favor da tese de Liebman, conceituando a coisa julgada como uma “autoridade”, e não como um “efeito”.

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,¹⁸ por vezes até mesmo com palavras ríspidas e deselegantes.¹⁹

13. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *A coisa julgada nas ações de alimentos Op.cit.*, p.13.

14. Em sentido similar, CALAZA LÓPEZ, Sonia. *La cosa juzgada. Op.cit.*, p.44.

15. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Ainda e sempre a coisa julgada. Op.cit.*, p.17.

16. Barbosa Moreira admite que se poderia limitar o âmbito de manifestação da coisa julgada à declaração, embora discuta, com apoio em Liebman, tal limitação. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Ainda e sempre a coisa julgada. Op.cit.*, p.11.

17. Correto, no ponto, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Coisa julgada e declaração. Op.cit.*, p.25.

18. 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.

19. 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

Nem todas as suas 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.²⁰

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.²¹

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. CARNELLUTTI, 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 respostas às críticas de Carnelutti, sua teoria pareceria como a “de qualquer outro estudioso da coisa julgada”.

20. CARNELLUTTI, Francesco, *Bilancio di una polemica*. *Op.cit.*, p.78.

21. von KELLER, Friedrich Ludwig. *Ueber Litis Contestation und Urtheil nach classischem römischem Recht*. *Op.cit.*, p.197-198: “Unter der Kaiserregierung bildete sich dagegen

Como Keller, Binder também separou execução (no campo dos efeitos) da coisa julgada.²² 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.²³

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.²⁴ Bötticher também diferenciava *res iudicata* e efeitos da sentença, até porque existem sentenças executáveis e eficazes sem coisa julgada.²⁵ Coester juntou-se ao grupo dos que expressamente defenderam posicionamento no mesmo sentido do que viria a ser propagado por Liebman. Segundo o autor, os efeitos que decorreriam do julgamento deveriam ser apartados de outros efeitos legais, dentre eles a vinculação decorrente da coisa julgada.²⁶ 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 Tucci²⁷ 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.²⁸

nach und nach ein System von Instanzen und somit der Unterschied zwischen Urtheil und rechtskräftigem Urtheil. Es versteht sich aber von selbst, daß wir es hier weder mit diesem Unterschied im Allgemeinen, noch mit der speciellen Frage, wie ein Urtheil Rechtskraft erhalte, noch mit der Eintheilung in Zwischenurtheile und Endurtheile, noch mit der Execution des Urtheils, noch mit irgend etwas anderm, was zum prozessualischen Wesen und Wirken des Urtheils gehört, zu thun haben können. Wir verstehen hier unter Urtheil immer das rechtskräftige Urtheil, und betrachten dasselbe einzig aus dem Gesichtspunkt des materiellen Actionen-Rechtes”.

22. BINDER, Julius. *Die subjectiven Grenzen der Rechtskraft*. *Op.cit.*, p.1.
23. KOHLER, Josef. *Ungehorsam und Vollstreckung im Civilproceß*. *Archiv für die civilistische Praxis*, ano 80, 1893, p.277 e ss.
24. WACH, Adolf. *Zur Lehre von der Rechtskraft*. *Op.cit.*, p.8.
25. BÖTTICHER, Eduard. *Kritische Beiträge zur Lehre von der materiellen Rechtskraft im Zivilproceß*. *Op.cit.*, p.6-9, 15, 30-31.
26. 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.
27. Cf. CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. *Op.cit.*, p.25 e nota 6, p.85-86.
28. CABRAL, Antonio do Passo. “Alguns mitos do processo (II): Liebman e a coisa julgada”, *in Revista de Processo*, v. 217, 2013, p. 41-72.

Isso sem contar até mesmo algumas teses italianas, nas quais a diferença, senão explicitada, chegou ao menos a ser intuída.²⁹

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.³⁰

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 efeito negativo.³¹ 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;³² ou afirmando que, como a

29. BETTI, Emilio. *Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata in diritto romano*. Macerata: Bianchini, 1922, p.22-23.

30. 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.

31. 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”.

32. MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *A Coisa Julgada*. *Op.cit.*, p.68-69.

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 qualquer outra forma de estabilidade.

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.¹ Não é nossa intenção aqui estender,

1. 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, *passim*; Idem. *Nulidades no processo moderno: contraditório, influência e validade prima facie dos atos*

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 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.²

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.³

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”.⁴ Trata-se de qualquer conduta comissiva ou omissiva

processuais. Op.cit., especialmente capítulos III e V; Idem. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *Op.cit.*, passim.

2. FERRAND, Frédérique. *Le principe contradictoire et l'expertise en droit comparé europeen. 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; PAWLOWSKI, Hans- Martin. *Aufgabe des Zivilprozesses. Op.cit.*, p.358.
3. 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.
4. CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, influência e validade prima facie dos atos processuais. Op.cit.*, p.114.

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.⁵ A influência é uma espécie mais moderada de poder, um “poder comunicativo” que deseja introjetar a conduta sugerida ao *alter* por meio da persuasão argumentativa.⁶

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.⁷ 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”.⁸

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.⁹ Porém, como qualquer litigante projeta uma reação crítica do adversário (contra-argumentos), é correto inferir que, num debate intersubjetivo, o participante antecipa a

5. PARSONS, Talcott. *On the concept of influence. The Public Opinion Quarterly*, vol.47, nº1, 1963, p.38.

6. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol. II, 2ª 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.

7. TEUBNER, Gunther. *Reflexives Recht. Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, nº68, 1982, p.20-21.

8. CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, influência e validade prima facie dos atos processuais*. Op.cit., p.122.

9. 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.

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”,¹⁰ com consideração dos demais sujeitos.¹¹

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, 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.

10. GÜNTHER, Klaus. *Communicative freedom, communicative power, and jurisgenesis*. *Cardozo Law Review*, nº17, mar. 1996, p.1043 e 1050-1051.

11. 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.

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*.¹² Não é um contrato ou um pacto que firma a estabilidade, mas o contraditório, desdobrado em seus direitos e deveres.

Esta ideia nos leva a outras importantes discussões, como aquela referente aos poderes das partes de alterarem o conteúdo de posições estáveis (uma decisão 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.¹³ Os litigantes mudariam apenas a *sua vinculação* mas o juiz estaria vinculado ao decidido no primeiro processo.¹⁴ 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.¹⁵ 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.¹⁶ E se assim é, abre-se espaço para

12. 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.

13. 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.

14. THEODORO JR., Humberto. *A ação rescisória e o problema da superveniência do julgamento da questão constitucional*. *Op.cit.*, p.168.

15. OTTO, Hansjörg. *Die Präklusion*. *Op.cit.*, p.147-148.

16. 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

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. O mesmo se diga das preclusões.¹⁷

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 julgada em si, ou em qualquer forma de estabilidade, mas na norma atuada”,¹⁸ como afirma textualmente o art.850 do Código Civil.¹⁹

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 transação 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,²⁰ 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

diversamente declarar, desde que a mesma relação tenha sofrido modificações sucessivas à precedente sentença (*rebus sic stantibus*)”.

17. No direito português, à luz do Código anterior, o acordo entre as partes tinha a força de excluir a preclusão que estabilizava a demanda (arts.268 e 272 do CPC). Cf.CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A atendibilidade dos fatos supervenientes no Processo Civil*. *Op.cit.*, p.29. No novo Código as disposições continuam as mesmas, agora nos arts.260 e 264.
18. TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. *Op.cit.*, p.42.
19. “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 ulteriormente descoberto, se verificar que nenhum deles tinha direito sobre o objeto da transação”.
20. 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.