

**INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA – IDP
ESCOLA DE DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – EDAP
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

DAVI DA SILVA FILHO

**REPENSANDO O INSTITUTO DA PRECLUSÃO: CRIAÇÃO DE CRITÉRIOS
OBJETIVOS PARA SUPERAÇÃO DA ESTABILIDADE PRECLUSIVA**

**BRASÍLIA/DF
JUNHO DE 2021**

DAVI DA SILVA FILHO

**REPENSANDO O INSTITUTO DA PRECLUSÃO: CRIAÇÃO DE CRITÉRIOS
OBJETIVOS PARA SUPERAÇÃO DA ESTABILIDADE PRECLUSIVA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora como requisito para a conclusão do curso de Direito e obtenção do título de Bacharel em Direito pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – EDAP/IDP.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Mendes de Oliveira

**BRASÍLIA/DF
JUNHO DE 2021**

DAVI DA SILVA FILHO

**REPENSANDO O INSTITUTO DA PRECLUSÃO: CRIAÇÃO DE CRITÉRIOS
OBJETIVOS PARA SUPERAÇÃO DA ESTABILIDADE PRECLUSIVA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora como requisito para a conclusão do curso de Direito e obtenção do título de Bacharel em Direito pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – EDAP/IDP.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Mendes de Oliveira

Brasília/DF, 21 de junho de 2021.

Prof. Dr. Paulo Mendes de Oliveira

Professor Orientador
Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP

Membro da Banca Examinadora
Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP

Membro da Banca Examinadora
Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP

RESUMO: a partir de pesquisa básica, descritiva, baseada em abordagem qualitativa, por meio de pesquisa bibliográfica, a presente monografia tem por objetivo analisar a técnica de preclusão no âmbito do processo civil tendo por referência o modelo cooperativo e o princípio da segurança jurídica. Em primeiro lugar, faz-se uma análise das principais estruturas da técnica, quais seja, o conceito, os limites objetivos e subjetivos e os efeitos decorrentes do uso da técnica. Em segundo lugar, apresentam-se críticas a partir da comparação da atual estrutura da técnica em relação ao modelo cooperativo e ao princípio da segurança jurídica. Em terceiro, diante das críticas lançadas, apresentam-se medidas que resolvem os problemas destacados, dentre eles, especialmente, o da possibilidade da superação da estabilidade preclusiva a partir de critérios objetivos e universalizáveis.

PALAVRAS-CHAVE: preclusão; segurança jurídica; processo civil.

ABSTRACT: From a basic, descriptive research, based on a qualitative approach, through bibliographical research, this essay aims to analyze the estoppel technique in the context of civil proceedings, having as reference the cooperative model and the principle of legal certainty. First, there is an analysis of the main structures of the technique, namely, the concept, the objective and subjective limits and the effects resulting from the use of the technique. Second, criticisms are presented based on the comparison of the current structure of the technique in relation to the cooperative model and the principle of legal certainty. Thirdly, in view of the criticisms launched, measures are presented that solve the problems highlighted, among them, especially, the possibility of overcoming preclusive stability based on objective and universalizable criteria.

KEYWORDS: issue preclusion; principle of legal certain; civil procedure.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	5
1. O instituto da preclusão classicamente concebido	7
1.1. A sistematização de Giuseppe Chiovenda e o desenvolvimento do conceito de preclusão 7	
1.2. Limites objetivos e subjetivos: há ou não há preclusão para o juiz?.....	13
1.3. Funções positiva e negativa: operação apenas nos limites da litispendência .	21
1.4. Racionalidade do sistema preclusivo: segurança jurídica e celeridade processual	25
2. Inadequação do instituto da preclusão clássico: crítica à (in)aplicabilidade do sistema preclusivo no ordenamento jurídico brasileiro	29
2.1. Formalismo processual, preclusão e o modelo colaborativo	29
2.1. Princípio da segurança jurídica: da rigidez à flexibilização processual	38
2.2. Inoperabilidade da técnica preclusiva: desencontro entre o instituto classicamente concebido e os princípios que o orientam no ordenamento jurídico brasileiro 45	
2.3. Dinâmica do processo a partir dos limites objetivos e subjetivos: determinadas posições jurídicas justificariam a existência ou não da preclusão?	49
2.4. Incoerência sistêmica: uma breve reflexão sobre a desnecessidade de restringir a preclusão aos limites da litispendência	56
3. Remodelagem do instituto da preclusão: necessária construção racional de condições para manutenção e superação da estabilidade	59
3.1. A necessidade da existência de condições objetivas para superação da preclusão como estabilidade processual	60
3.1.1. O caráter excepcional da superação da preclusão como estabilidade processual. 65	
3.2. Construção de critérios objetivos para superação da preclusão como estabilidade processual	67
3.2.1. Vetores interpretativos: contraditório forte, boa-fé e autonomia das partes no processo 67	
3.2.2. Análise dos vínculos argumentativos em cadeia no lugar da autoridade preclusiva.....	77
3.2.3. Superação da estabilidade a partir da demonstração de elemento novo.....	82
CONCLUSÃO.....	87
EPÍLOGO	90
REFERÊNCIAS	93

INTRODUÇÃO

O processo civil brasileiro tem passado por diversas mudanças legislativas com o objetivo de fornecer mecanismos que aproximem a realidade do cidadão daquela discutida nos autos, de maneira que a jurisdição possa conferir respostas mais efetivas e aderentes à realidade social e às expectativas dos jurisdicionados. Nota-se, com isso, a renovação de diversos institutos jurídicos concebidos a partir de modelos processuais ultrapassados.

Um dos princípios que sofreram maiores modificações a partir da inserção do modelo cooperativo no Código de Processo Civil parece ter sido o princípio da segurança jurídica. Inicialmente, no contexto de um sistema jurídico baseado na generalização como ideal, o procedimento tinha por finalidade atender a todos da mesma maneira, sendo, portanto, a segurança jurídica um instrumento de preservação do formalismo vigente. Hoje, porém, no contexto de um sistema jurídico baseado na especificação do procedimento a partir das necessidades da demanda, a segurança jurídica se perfaz a partir de elementos que assegurem flexibilizações previsíveis.

Um dos instrumentos mais importantes para a segurança jurídica no processo é o instituto da preclusão, há muito sistematizado por Giuseppe Chiovenda, que tem por objetivo estabilizar as situações jurídicas no decorrer do procedimento, efetivando a resolução de mérito a partir da passagem de cada uma das etapas. Assim, com base no modelo processual então vigente nos primórdios do século XX, os alicerces do processo civil são orientados por uma segurança jurídica que orientava à rigidez do procedimento. Tal circunstância revela uma necessária reflexão a respeito das bases do referido instituto e se elas merecem ser mantidas depois de mais de um século de evolução da ciência processual.

Para tanto, o presente estudo tem por objetivo descrever o instituto da preclusão classicamente concebido, esmiuçando cada uma das suas características principais: o conceito, os limites subjetivos e objetivos e também os efeitos decorrentes

da preclusão. A partir disso, tem-se a possibilidade de compreender a compatibilização do instituto em relação ao modelo que o orienta.

Ato contínuo, apresenta-se um delineamento histórico do formalismo jurídico e da segurança jurídica, observando-se a maneira de organização do processo e também a maneira de assegurar a resolução jurídica justa. Tais observações contribuem para enxergar as razões que justificam a construção do instituto da preclusão até hoje, bem como quais dessas razões não podem mais justificá-lo, exigindo, portanto, uma perspectiva renovada, com base no modelo cooperativo fruto de longa dedicação doutrinária e expressamente adotado pelo Código de Processo Civil de 2015.

Nesse sentido, o trabalho apresenta uma série de críticas ao instituto da preclusão, que tem por objetivo levantar a discussão sobre a estabilização das questões debatidas e estabilizadas no decorrer do processo. Tem-se grande preocupação com a estabilização das questões que podem ser conhecidas de ofício a qualquer tempo ao longo do processo. Tais questões, uma vez decididas, submetem-se à preclusão? Se a resposta for positiva, é possível pensar em eventual superação desta estabilidade?

A preocupação relativa à estabilização de questões conhecíveis de ofício a qualquer tempo e grau de jurisdição se fundamenta na necessidade de coerência nos atos realizados pelos sujeitos envolvidos na relação jurídica processual. Havendo a possibilidade de rediscutir infinitamente questões processuais, a partir de diferentes perspectivas, emerge a possibilidade de não se manifestar sobre vícios procedimentais logo na primeira oportunidade, a fim de se valer convenientemente deles quando e se parecer oportuno em outro momento.

Finalmente, apresenta-se rapidamente uma proposta dogmática sobre o instituto da preclusão que tenta conciliar mecanismos de manutenção e de superação das estabilidades, em que se privilegia principalmente a flexibilização das decisões estáveis a partir de critérios objetivos, calcados principalmente no diálogo que o modelo cooperativo inspira.

1. O instituto da preclusão classicamente concebido

1.1. A sistematização de Giuseppe Chiovenda e o desenvolvimento do conceito de preclusão

A elaboração de um procedimento faz sentido porque promove a organização do início ao fim de uma determinada atividade. No caso de um procedimento complexo, dividido em etapas, é natural que as etapas ultrapassadas não sejam revistas sem necessidade, privilegiando a marcha ordenada para o fim do que é pretendido. Como o processo judicial é um procedimento complexo, no léxico técnico-processual, denomina-se tal ultrapassagem como fenômeno preclusivo, que, não por acaso, pode ser encontrado no direito romano como uma espécie de ameaça jurídica¹.

Relata-se que uma das primeiras teorizações do fenômeno se realizou na Alemanha. Em consonância com as lições de Franz Klein, que se filiava a uma noção pública de processo, Heinrich Degenkolb apresentou as bases teóricas para sistematização do fenômeno. Afirma que, considerando que as condutas realizadas durante o processo devem ser motivadas pelo respeito e pela honestidade, desvirtuar-se destes deveres equivale à ocorrência do fenômeno preclusivo como forma de sanção².

Contrariando os autores citados, sob uma noção privada de processo, Oskar Von Bulow afirma que a ocorrência do fenômeno preclusivo tem a ver com uma circunstância natural do procedimento, na medida em que ocorre quando não se realiza a prática de uma determinada atividade na oportunidade prevista. Assim, Bulow considera o fenômeno preclusivo como um simples fenômeno e não como consequência da transgressão de um dever, ou seja, a preclusão decorre apenas de atos lícitos.³

Diante do debate estabelecido, associando-se aos ensinamentos de Oskar Von Bulow, Giuseppe Chiovenda desenvolve suas próprias ideias em relação ao fenômeno

¹ COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do Direito Processual Civil**. Trad. Rubens Gomes de Sousa. Ed. Saraiva, 1946, p. 129.

² DEGENKOLB, Heinrich. **Beitrage zum Zivilprozess**. Leipzig: W. Engelmann, 1905. P.59-64 apud CABRAL, Antônio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis**. Salvador: Juspodivm, 2013.

³ BULLOW, Oskar Von. **Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten**. AcP, 61-63, 1879. p. 74 apud TOSCAN, Anissara. *Preclusão processual civil: estática e dinâmica*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 31.

preclusivo. Compreendendo tratar-se de obstrução ou exclusão de uma determinada oportunidade durante o processo, batiza-o com uma palavra de uso comum na língua italiana, identificada como preclusão. Quer dizer exatamente o ato de fechar, obstruir, bloquear, tapar. Como é uma palavra de uso tipicamente italiano, Anissara Toscan afirma que a palavra preclusão para identificar o fenômeno preclusivo pode ser encarada como um *chiovendianismo*⁴.

A construção do conceito de preclusão na sistematização chiovendiana demandou aproximadamente três décadas⁵. Na considerada versão final do conceito de preclusão, encontrado em *Cosa giudicata e preclusione*, o autor dispõe que a preclusão é

“a perda, ou extinção ou consumação de uma faculdade processual, que se sofre pelo fato: a) ou de não se ter observado a ordem prescrita em lei ao seu exercício, como os prazos peremptórios, ou a sucessão legal das atividades e das exceções; b) ou de se haver realizado uma atividade incompatível com o exercício da faculdade, como a propositura de uma exceção incompatível com outra; c) ou de já se ter validamente exercido a faculdade”⁶.

Além disso, afirma que “também a decisão de questões substanciais, ou de *mérito*, como se costuma dizer comumente, dá lugar a simples preclusão”⁷. No Brasil, as modalidades de preclusão chiovendiana foram nomeadas, por Frederico Marques, como, respectivamente, preclusão temporal, preclusão lógica e preclusão consumativa⁸.

Se o fenômeno preclusivo é natural ao processo civil, uma vez que o procedimento complexo se organiza por etapas, a sistematização de Chiovenda ganha

⁴ “[...] é inegável que o vocábulo está arraigado em nosso *léxico técnico-processual* (carecendo, aliás, definitivamente de significado em qualquer contexto não processual, ainda que jurídico), o que se deve, todavia, não à importação do termo latino, referente ao uso comum, que como dito, sequer ingressou em nossa linguagem corriqueira, mas sim à teorização e ao delineamento jurídico conferidos pelo italiano Giuseppe Chiovenda”. TOSCAN, Anissara. **Preclusão processual civil: estática e dinâmica**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 28.

⁵ Heitor Sica aponta que o gradual desenvolvimento lógico do instituto da preclusão pode ser encontrado a partir do ensaio *Sulla cosa giudicata*, de 1905; em seguida, no artigo *cosa giudicata e competenza*, também em 1905. Mais adiante, *Principii di diritto processuale civile* e, em 1933, *cosa giudicata e preclusione*. SICA, Heitor Vítor Mendonça. **Preclusão processual civil**. São Paulo: Atlas, 2005.

⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Trad. J. Guimarães Menegale, v. 1. São Paulo: Saraiva, 1969.

⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Cosa giudicata e preclusione. Saggi di diritto processuale civile*. Vol. III. Milano: Giuffrè, 1993, p. 267.

⁸ MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

importância ao construir critérios objetivos para balizar a definição de quando e de que modo se dará a preclusão na condução do procedimento, privilegiando a clareza normativa⁹.

Nesse momento, a ciência processual engatinhava como ciência autônoma do direito, motivo pelo qual juristas confundiam conceitos de direito material com conceitos de direito processual, ou até mesmo negavam a necessidade de criação de institutos especificamente processuais se antes já foram tratados semelhantemente no direito material. Nesse sentido, Aldo Attardi manifesta-se para afirmar que reputa desnecessária a sistematização do fenômeno preclusivo no âmbito processual, uma vez que o assunto já foi sistematizado no direito material a partir do instituto da decadência, da renúncia e do princípio do *ne bis in idem*¹⁰. Em conjunto, Angelo Falzea afirma a existência de eficácia preclusiva tanto no direito material, quanto no direito processual, motivo pelo qual desnecessária a sistematização exclusivamente para o processo¹¹.

Outros partiram da sistematização chiovendiana para demonstrar a possibilidade de criação de novas figuras processuais relacionadas ao fenômeno preclusivo. Nesse caso, Enrico Redenti idealizou uma preclusão para fenômeno preclusivo diversa daquelas espécies imaginadas por Chiovenda. Ao analisar títulos executivos extrajudiciais, chegou à compreensão de que, se realizada a execução do título extrajudicial sem manifestação contrária do executado, o resultado é de preclusão *pro iudicato*, segundo a qual torna-se indiscutível o objeto do título extrajudicial. O efeito de indiscutibilidade defendido pelo autor lembra a eficácia preclusiva da coisa julgada, que somente se forma a partir de um processo de conhecimento transitado em julgado, ou seja, após análise e decisão do juiz. No entanto, no caso da execução do título extrajudicial, não há análise nem decisão a respeito do objeto do título extrajudicial. Com efeito, a ideia de preclusão *pro iudicato* é porque seria *como se houvesse sido julgado* o objeto do título extrajudicial¹². Assim, enquanto Chiovenda apega-se a aspectos

⁹ TOSCAN, Anissara. **Preclusão processual civil: estática e dinâmica**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 36.

¹⁰ ATTARDI, Aldo. *Per una critica del concetto di preclusione*. Jus – Rivista di scienze giuridiche. Nuova Serie. Anno X. p. 1-17. Università Cattolica del Sacro Cuore, marzo, 1959. Fasc.

¹¹ FALZEA, Angelo. *Accertamento (teoria generale)*. Enciclopedia del diritto. Vol. I. Milano: Giuffrè, 1958, p. 205-219.

¹² REDENTI, Enrico. *Diritto processuale civile*. Vol. III, Milano, Giuffrè, 1957.

procedimentais internos à relação processual, Enrico Redenti aproxima a preclusão da coisa julgada, além de avançar rumo ao processo de execução, expandindo o universo de espécies preclusivas.

Recorde-se, ainda, que uma das primeiras preocupações apresentadas por Chiovenda era a de distinguir adequadamente a preclusão como identificação do fenômeno preclusivo em comparação à coisa julgada material e formal¹³. Em relação à distinção entre a preclusão e a coisa julgada material, o autor se apoia na diferença entre os efeitos de cada uma delas. Resumidamente, a coisa julgada material traça efeitos extraprocessuais, enquanto a preclusão traça efeitos endoprocessuais, o que será melhor estudado em tópico adiante denominado “Funções positiva e negativa: operação apenas nos limites da litispendência?”. No que interessa ao estudo do conceito de preclusão na sua acepção ampla, importa a distinção entre preclusão e coisa julgada formal, segundo a qual trata-se da identificação específica do fenômeno preclusivo quando se obstrui a oportunidade de interpor recursos contra uma determinada decisão.

De certa forma, Chiovenda não distingue preclusão e coisa julgada formal, mas identifica o trânsito em julgado como preclusão máxima, enquanto os demais fenômenos preclusivos são denominados de preclusão simples. A diferenciação, no entanto, não demarca apenas o momento da preclusão. Conforme defende Daniel Assumpção Amorim, a preclusão difere da coisa julgada formal, uma vez que somente a coisa julgada formal “impede a discussão de qualquer matéria - inclusive que não são sujeitas à preclusão”¹⁴. Em outras palavras, difere-se preclusão e coisa julgada formal, sob o fundamento de que apenas a coisa julgada formal está acompanhada de eficácia preclusiva dita da coisa julgada, que, atualmente, está inscrita no art. 508 do CPC, 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*

¹³ Nesse sentido, explica Heitor Vitor Mendonça Sica que Chiovenda “retoma a discussão [...] justamente ao ensejo de explicar a coisa julgada sobre a sentença que não define o mérito da controvérsia e de diferenciar coisa julgada formal e material. SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão processual civil**. São Paulo: Atlas, 2005. p. 73.

¹⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Preclusões para o juiz: pro iudicato e preclusão judicial no processo civil**. São Paulo: Editora Macedo, 2004. p. 51-57.

quanto à rejeição do pedido. Em outra perspectiva, apenas a coisa julgada formal encerra o debate sobre as questões de ordem pública¹⁵.

No entanto, aparentemente a maior parte dos doutrinadores que se debruçaram sobre o tema apoiam a desnecessidade da coisa julgada formal desde que se inseriu a preclusão na caixa de ferramentas da ciência processual. Com efeito, Celso Agrícola Barbi entende imprestável o conceito de coisa julgada formal¹⁶. Ao analisar os níveis de autoridade da coisa julgada, a partir dos modelos de Pugliese e de Galeno Lacerda, Fernando Rubin alcança também a conclusão de que a expressão “coisa julgada formal” é inútil. Para ele, “é suficiente ter-se presente que sobre a sentença de mérito, de que não caiba mais recurso, atua a preclusão (*endoprocessualmente*) e a coisa julgada material (*panprocessualmente*)”¹⁷. Por outras razões, Antonio do Passo Cabral afirma que, embora as diferenças existentes entre coisa julgada formal e preclusão, ambos os institutos “decorrem de exigências formalísticas, garantistas, de racionalização da atividade processual, de redução dos custos, de economia e eficiência; ambos possuem efeitos comuns, como a proibição de repetição do ato, fortes na paz e na segurança jurídica”¹⁸.

Por fim, embora o conceito de Chiovenda apresentasse três modalidades de preclusão, a noção preclusiva foi trabalhada principalmente a partir da lógica temporal. Isso porque a noção semântica de perder no conceito de preclusão denota o sentido de omitir-se na prática de um determinado ato no momento oportuno. Como a preclusão foi principalmente desenvolvida na perspectiva temporal, não se notou problema algum na utilização do verbo perder. Nesse contexto, aparece com grande relevância as críticas de

¹⁵ “[...] nossa discordância resulta justamente de uma análise de ambos os institutos e as matérias de ordem pública, que segunda expressa disposição legal não são suscetíveis de preclusão. Dessa forma, pode o juiz, mesmo já tenso se pronunciado a respeito dessa matéria e mesmo sem qualquer requerimento das partes, conhecê-las novamente, modificando e/ou revogando sua decisão”. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Preclusões para o juiz: pro iudicato e preclusão judicial no processo civil**. São Paulo: Editora Macedo, 2004. p. 51-57. No mesmo sentido, Manoel Caetano Ferreira Filho afirma que “não é exagero aceitar que, com a coisa julgada formal, até mesmo a decisão daquelas questões ou matérias insuscetíveis de preclusão (como no caso do art. 267, par. 4, do código de processo civil) torna-se imutável dentro daquele mesmo processo”. FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. **A preclusão no direito processual civil**. Curitiba, Juruá, 1991. p. 72-73.

¹⁶ BARBI, Celso Agrícola. **Da preclusão no processo civil**. Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense, vol. 158, ano 52, mar.-abr./1995.

¹⁷ RUBIN, Fernando. **A preclusão na dinâmica do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. P. 68-98.

¹⁸ CABRAL, Antônio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis**. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 254-257.

D'Onofrio¹⁹, ao afirmar que o conceito de preclusão, além da noção de perder, inclui a noção de impedimento²⁰. Por isso, atualmente, sugere-se a utilização do verbo excluir. Assim, o conceito engloba adequadamente as espécies de preclusão lógica e consumativa.

Pode-se observar que a sistematização de Chiovenda tem sido alvo de diversas modificações à medida que outros estudiosos se debruçam sobre o estudo do fenômeno preclusivo. Apesar das críticas, porém, a sistematização de Chiovenda foi amplamente recepcionada no Brasil e, mesmo tendo sido remodelada no decorrer do tempo, mantém-se quase que por completo²¹. Como se verá, porém, há divergências em relação aos limites objetivos e subjetivos da preclusão, sendo, inclusive, o motivo de permanecer vivo o debate em relação à possibilidade de excluir, ou não, a coisa julgada formal da caixa de ferramentas do processo.

Dessa forma, além da visão geral da sistematização do fenômeno preclusivo, o que se pode extrair do conceito até o presente momento é que a preclusão serve para excluir uma oportunidade de agir no processo. Nesse contexto, parece oportuna a conceituação ampla de Antônio Alberto Alves Barbosa, ao afirmar que a preclusão é

o instituto que impõe a irreversibilidade e a auto-responsabilidade no processo e que consiste na impossibilidade da prática de atos processuais fora do momento e da forma adequados, contrariamente à lógica, ou quando já tenham sido praticados válida ou invalidamente²².

No entanto, para compreender especificamente o conceito de preclusão, faz-se necessária a compreensão dos limites objetivos e subjetivos, bem como dos efeitos da preclusão.

¹⁹ D'ONOFRIO, Paolo. *Sul concetto di preclusione. Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda nel centocinquantesimo anno del suo insegnamento*. Padova: Cedam, 1927.

²⁰ CABRAL, Antônio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis**. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 123-124. No mesmo sentido: TOSCAN, Anissara. **Preclusão processual civil: estática e dinâmica**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 80-81.

²¹ TOSCAN, Anissara. **Preclusão processual civil: estática e dinâmica**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015

²² BARBOSA, Antônio Alberto Alves. **Da preclusão processual civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992. p. 55.

1.2. Limites objetivos e subjetivos: há ou não há preclusão para o juiz?

Diante da concepção de que o fenômeno preclusivo surge como a exclusão de uma oportunidade de agir no decorrer do processo, interessa saber, do ponto de vista objetivo, qual é a oportunidade de agir que pode ser objeto de preclusão e, do ponto de vista subjetivo, quem será atingido ao passo que uma oportunidade for excluída do procedimento. Em outras palavras, no caso dos limites objetivos, tem-se por interesse a compreensão de que conteúdo pode ser objeto de preclusão; no caso dos limites subjetivos, busca-se compreender quais são os sujeitos afetados pela preclusão.

Na formulação de Chiovenda, a técnica preclusiva alcança as faculdades e as questões decididas no decorrer do processo. A diferenciação entre faculdades e questões decididas leva em consideração as diferentes perspectivas que se relacionam no processo judicial. Atomizando-se cada uma delas, observa-se, por um lado, a perspectiva das partes; por outro, a perspectiva do juiz. Nesse contexto, em relação a atividades das partes, fala-se em preclusão sobre as suas faculdades; em relação às questões, fala-se em preclusão sobre o conteúdo decidido incidentalmente no processo, o que pode afetar tanto as partes quanto o juiz.

Há autores que se levantaram contra a abrangência do instituto da preclusão, defendendo-se que a preclusão deveria se destinar apenas à exclusão de uma faculdade e, conseqüentemente, afetar apenas às partes do processo²³. No entanto, é importante ressaltar que a maioria dos autores que continuou os estudos de Chiovenda falou a respeito de preclusão tanto para as faculdades, quanto a respeito da preclusão para as questões decididas no processo²⁴.

Daqui em diante, a exposição se dividirá. Em primeiro lugar, apresentam-se as exposições doutrinárias que se debruçaram sobre as atividades das partes (limite subjetivo) e sobre o conteúdo dessas atividades que pode ser objeto de preclusão (limite objetivo). Em segundo lugar, apresentam-se exposições doutrinárias que se debruçaram

²³ BARBI, Celso Agrícola. **Da preclusão no processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, vol. 158, ano 52, mar.-abr./1955, fasc. 621 e 622. p. 61-63.

²⁴TOSCAN, Anissara. **Preclusão processual civil: estática e dinâmica**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015

sobre a exclusão de uma oportunidade para partes e para o juiz (limites subjetivos) em relação ao conteúdo das questões decididas incidentalmente no processo (limites objetivos).

No caso da preclusão relacionada à atividade das partes, Chiovenda afirma que a preclusão recai sobre as faculdades. Nesse sentido, a doutrina brasileira manteve intacto o referido entendimento italiano, como, por exemplo, Celso Agrícola Barbi afirma que “o objeto da preclusão é sempre uma faculdade das partes”²⁵, bem como José Frederico Marques afirma que, ao analisar a perspectiva objetiva da preclusão, entende-se que se trata de “perda de uma faculdade ou direito processual que, por se haver esgotado ou por não ter sido exercido em tempo e momento oportuno, fica praticamente extinto”²⁶. Ainda, João Batista Lopes chega a afirmar que a preclusão diz respeito tão somente às partes, uma vez que preclusão se dirige apenas a faculdades processuais²⁷.

As faculdades são atos processuais caracterizados pela liberdade de agir do jurisdicionado, denominados de permissivos de conduta, como, por exemplo, considera-se uma faculdade a forma de estruturar a petição inicial²⁸. No entanto, as faculdades não geram qualquer prejuízo se ignoradas. Com efeito, tornou-se questionável a utilidade do conceito de preclusão, tendo em vista que o processo não conta com muitas faculdades processuais, muito menos encontra nelas alguma relevância para a definição do resultado do processo²⁹. Mais recentemente, portanto, tem-se sugerido a utilização do termo *ônus* processuais no lugar de faculdades processuais³⁰.

²⁵ BARBI, Celso Agrícola. **Da preclusão no processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, vol. 158, ano 52, mar.-abr./1955, fasc. 621 e 622. p. 61-63.

²⁶ MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

²⁷ LOPES, João Batista. **Breves considerações sobre o instituto da preclusão**. Revista de processo. N. 23. P.-45-60. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, jul-set, 1981.

²⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 2. Ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

²⁹ Heitor Vitor Mendonça Sica exemplifica da seguinte forma: “[...] tinha-se o art. 277 do CPC brasileiro de 1930, que dispunha, se a parte não arguisse uma nulidade processual na primeira oportunidade em que falasse nos autos, não perderia o direito de fazê-lo, mas responderia ‘pelas custas, acrescidas com a repetição de atos ou o suprimento de sua falta’. [...] a rigor, não há um *ônus* processual, pois a parte não sofre o risco de perder o direito processual se não o pratica no prazo legal; há, sim, *penalidade* imposta ao sujeito processual que, de maneira culposa, atrasou o andamento do processo e deixou de realizar determinada atividade (vale dizer, impõe-se ao litigante uma *sanção* por ter violado o *dever* de contribuir para a celeridade processual). SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. São Paulo: Atlas, 2005. p. 105.

³⁰ SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão processual civil**. São Paulo: Atlas, 2005; TOSCAN, Anissara. **Preclusão processual civil: estática e dinâmica**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015; CABRAL,

Por sua vez, cumpre ressaltar que o conceito de ônus processuais revela-se como consequência do exercício de liberdade no decorrer do processo, o que é bem explicado por Vitor de Paula, nos seguintes termos:

É uma situação passiva subjetiva, com estado de sujeição “brando”; atribuído por regra jurídica imperativa; que descreve comportamento (positivo ou negativo) “apreciado” pelo Direito, mas não categoricamente exigido; que dá ao sujeito onerado a possibilidade de escolha entre opções igualmente lícitas, fazendo com que a não adoção do comportamento “desejado” não seja, portanto, ilícita; que não permite que o Direito utilize sua força, seja mediante técnicas coercitivas, seja mediante técnicas subrogatórias, para forçar o sujeito a adotar o comportamento “desejado”, já que a consequência jurídica para a adoção ou não adoção do comportamento estará prevista na própria regra³¹.

Para melhor explicar a razões que justifica a substituição do conceito de faculdades para o conceito de ônus processuais, conforme exposto por Heitor Vitor Mendonça Sica, entende-se que juiz e partes têm posições jurídicas distintas no processo. No caso das partes, os atos processuais ou são realizados para atender a um interesse individual e próprio da parte que o realiza (posição ativa), aproveitando para colocar-se em posição de vantagem; ou são realizados para atender a um interesse de terceiro (posição passiva), evitando-se punições na hipótese de descumprimento. Além disso, entende-se que as posições ativas das partes se sustentam a partir de três premissas básicas: (i) sempre miram interesse individual e próprio da parte; (ii) os atos realizados são sempre lícitos, uma vez que o processo é uma atividade típica; (iii) as posições jurídicas são disponíveis, garantindo-se que os atos processuais sejam ou não exercitados conforme o interesse individual da parte³².

Diante dessas considerações e premissas, o referido autor conclui que a preclusão não opera no campo das faculdades processuais, mas dos ônus processuais. Isso

Antônio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis**. Salvador: Juspodivm, 2013.

³¹ PAULA RAMOS, Vitor de. **Ônus e deveres probatórios das partes no novo CPC brasileiro**. Disponível em: https://www.academia.edu/16134403/Ônus_e_Deверes_Probatórios_das_Partес_no_Novo_CPC. Acesso em 08.06.2021.

³² SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão processual civil**. São Paulo: Atlas, 2005. p. 97-108.

porque, embora as faculdades e os ônus processuais façam referência a atos lícitos que miram interesses individuais e que são disponíveis às partes, somente os ônus processuais apontam para uma vantagem ou desvantagem, por isso afirma que "ônus se dá *não só* porque a parte almeja a obtenção de vantagem ..., *mas também* porque quer ela evitar a desvantagem decorrente da preclusão" (destaques do original)³³. Por exclusão, se preclusão recai sobre ato lícito, que mira interesse individual disponível, logo não se inclui nos seus limites objetivos o conteúdo de dever processual, que mira interesse alheio indisponível e que o descumprimento equivale a ato ilícito. Na mesma linha de raciocínio, Anissara Toscan afirma que

a sujeição das partes aos ditames de ordem pública advindos da disciplina legal do processo somente se realiza mediante imposição de ônus enquanto imperativos de interesse próprio, que possibilitam que elas determinem suas condutas, embora cientes de que advirão, de acordo com a postura que assumirem diante deles, consequências processuais benéficas ou prejudiciais, e de que a marcha procedimental prosseguirá independentemente do comportamento adotado³⁴

Com efeito, portanto, em relação às atividades das partes, tem-se compreendido tradicionalmente que a preclusão opera apenas sobre situações jurídicas identificadas como ônus processuais, excluídas todas as outras possibilidades.

No entanto, nos últimos anos, Fredie Didier Jr. tem provocado novas reflexões a respeito do instituto da preclusão. No que interessa aos limites objetivos, sustenta que a sistematização chiovendiana baseia-se no fato gerador, como, por exemplo, perda do prazo (preclusão temporal), ato incompatível (preclusão lógica) e ato realizado (preclusão consumativa). Segundo o autor, "nada impede que o legislador atribua uma mesma eficácia jurídica a um ato lícito e a um ato ilícito", de modo que, além de ato-fato lícito caducificante e ato jurídico em sentido estrito lícito de cunho impeditivo, é possível imaginar ato ilícito caducificante, no qual preveja-se que a realização do ato ilícito equivale à exclusão de uma oportunidade da parte no decorrer do processo³⁵.

³³ SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão processual civil**. São Paulo: Atlas, 2005. p. 101.

³⁴ TOSCAN, Anissara. **Preclusão processual civil: estática e dinâmica**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

³⁵ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. Salvador: Jus Podivm, 2020. p. 529-545.

No caso da preclusão relacionada às questões decididas durante o processo, há uma série de divergências. Isso porque, além das partes, envolve o poder de gerenciamento do juiz, diretor do processo. Por esse motivo, consagrou-se na doutrina tradicional a consideração de que a preclusão de questões pode ser compreendida como preclusão para o juiz. O entendimento de Chiovenda a esse respeito foi também abraçado por grande parte da doutrina brasileira, no sentido de que a preclusão cerca tanto as atividades promovidas pelas partes, quanto as atividades promovidas pelo juiz³⁶.

No entanto, entende-se que a preclusão sobre questões se relaciona apenas com a preclusão consumativa. Isso porque não há prazo para o juiz ou, como se costuma afirmar, o juiz trabalha com prazos ditos impróprios. Portanto, parece inconcebível preclusão temporal para o juiz³⁷. Além do mais, o Poder Judiciário pode conhecer as questões processuais no curso do processo, nas hipóteses em que o Código de Processo Civil autoriza a análise de ofício a qualquer tempo e grau de jurisdição, motivo pelo qual a mudança de entendimento no curso do processo merece ser vista como natural. Dessa forma, não há espaço para falar em preclusões lógicas na execução das atividades do Poder Judiciário³⁸.

No caso da preclusão consumativa, observam-se as disposições normativas do Código de Processo Civil. No art. 504 do CPC dispõe-se que *nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas relativas à mesma lide*. Há duas ressalvas. Na hipótese de relação continuada, caso ocorra mudança no quadro fático, revela-se uma nova oportunidade de reanalisar a questão decidida. A segunda ressalva apenas dispõe que o legislador poderá prever outras oportunidades para que haja reavaliação de questões decididas pelo Poder Judiciário. Dessa forma, em regra, a preclusão consumativa opera sempre que uma questão for decidida. Essa construção lógica está prevista desde o Código de Processo Civil de 1939³⁹.

³⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Preclusões para o juiz: preclusão pro iudicato e preclusão judicial no processo civil**. São Paulo: Editora Método, 2004.

³⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. **A preclusão no direito processual civil**. Curitiba: Juruá, 1991.

³⁸ THEODORO JR., Humberto. **A preclusão no processo civil**. Revista dos Tribunais, v. 90, n. 784, p.11-28, fev., 2001

³⁹ CABRAL, Antônio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis**. Salvador: Juspodivm, 2013.

Ademais, na posição do juiz, as atividades realizadas direcionam-se apenas para o desenvolvimento válido do processo, ou seja, atuam em prol de interesse público. As atividades judiciais, portanto, amoldam-se a poderes-deveres. Como o conceito de preclusão prestigia apenas ônus processuais, ou seja, interesses individuais e próprios, não alcança a atividade produzida pelo juiz. Assim, entende-se que somente as questões decididas não conhecíveis de ofício que se submetem à preclusão. Isso porque as questões conhecíveis de ofício se amoldam ao art. 504, II, do CPC, uma vez que estão previstas no art. 485, parágrafo terceiro, e no art. 487, II, ambos do CPC⁴⁰.

O parágrafo terceiro supracitado dispõe que o julgador poderá conhecer algumas matérias de ofício a qualquer tempo e grau de jurisdição enquanto não ocorrer o trânsito em julgado. As matérias previstas são relacionadas aos pressupostos de desenvolvimento válido do processo, como, por exemplo, legitimidade das partes, interesse processual, perempção, litispendência, coisa julgada. O legislador também incluiu a possibilidade de o juiz analisar oficiosamente hipóteses de prescrição e decadência. É bem comum a denominação de *questão de ordem pública* para identificar aquelas questões sobre as quais confere-se a possibilidade de análise de ofício. No entanto, prescrição e decadência são questões intimamente privadas. Por isso, no lugar de questões de ordem pública, sugere-se na doutrina a utilização do termo *questões conhecíveis de ofício*⁴¹.

As questões conhecíveis de ofício são aquelas que podem ser objeto de avaliação do juiz independentemente da vontade das partes. Tal colocação é relevante em razão de o ordenamento jurídico brasileiro privilegiar os princípios da demanda e dispositivo. Nesse sentido, ao distinguir princípio da demanda e princípio dispositivo, Ovídio Baptista da Silva ensina que

Pelo princípio da demanda, o juiz fica limitado aos pedidos formulados pelas partes, ao passo que pelo princípio dispositivo seu poder fica demarcado pela iniciativa das partes quanto ao modo de condução da

⁴⁰ TOSCAN, Anissara. **Preclusão processual civil: estática e dinâmica**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

⁴¹ ARRUDA ALVIM, Teresa. **Nulidades do processo e da sentença**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

causa e quanto aos meios de obtenção dos fatos pertinentes a essa determinada lide⁴²

O fato de o juiz poder conhecer da matéria sem provocação das partes, portanto, identifica-se como uma exceção à regra.

Diante desse panorama, há três distintas correntes doutrinárias que interpretam a dinâmica preclusiva das matérias conhecíveis de ofício. Em primeiro lugar, há uma corrente doutrinária que sustenta a inexistência de preclusão sobre as questões conhecíveis de ofício. Em segundo lugar, há uma corrente doutrinária que sustenta a existência de preclusão sobre as questões conhecíveis de ofício apenas para o julgador que as decidir. Em terceiro lugar, há uma corrente doutrinária que sustenta a existência de preclusão sobre questões conhecíveis de ofício para o Poder Judiciário.

A primeira corrente doutrinária, que sustenta a inexistência de preclusão para questões conhecíveis de ofício, é considerada predominante no cenário brasileiro. Há duas razões principais para defender a inexistência de preclusão. Entende-se que a preclusão opera apenas sobre ônus processuais, motivo pelo qual os poderes-deveres do juiz não estão incluídos nas hipóteses preclusivas. Além disso, afirma-se que as questões decididas incidentalmente não esgotam a atividade jurisdicional, conferindo liberdade ao juiz para administrar o procedimento conforme a sua melhor compreensão. Esclarece-se que ocorre preclusão sobre as questões não conhecíveis de ofício, tornando referidas questões imutáveis e indiscutíveis. Por isso, diretamente, as partes não podem suscitá-las para um novo debate na hipótese de haver ocorrido a preclusão sobre essas questões. Por consequência, indiretamente, o Poder Judiciário também não poderá reanalisá-las⁴³.

⁴² SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de Processo Civil**, vol. 1, 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, p. 51.

⁴³ ARMELIN, Donaldo. **Ensaio sobre a legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro**. 1977. 251 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 1977; LACERDA, Galeno. **Despacho saneador**. 3. Ed. Porto Alegre: Fabris, 1985; ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **Preclusão (processo civil)**. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de (org.). *Saneamento do processo: estudos em homenagem ao prof. Galeno Lacerda*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989; CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Sobre a eficácia preclusiva da decisão declaratória de saneamento**. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de (org.). **Saneamento do processo: estudos em homenagem ao prof. Galeno Lacerda**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989; THEODORO JR., Humberto. **A preclusão no processo civil**. Revista dos Tribunais, v. 90, n. 784, p.11-28, fev., 2001; TALAMINI, Eduardo. **O conteúdo do saneamento do processo em Portugal e no direito brasileiro anterior e vigente**. Revista de Informação Legislativa, v. 34, n. 134, p. 137-163, abr./jun., 1997; SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão processual civil**. São Paulo: Atlas, 2005.

A segunda corrente doutrinária, que sustenta a existência de preclusão para questões conhecíveis de ofício apenas para o julgador, entende que o julgador não poderá reanalisar as questões conhecíveis de ofício sobre as quais já decidiu. Há duas razões principais. Assume-se que o art. 504 do CPC desautoriza o mesmo julgador de revolver matéria por ele decidida. Nada impede, porém, que o Tribunal oficiosamente tome a iniciativa de reanalisar a questão decidida. Isso porque o processo volta-se principalmente para resolução do mérito e as questões conhecíveis de ofício são matérias processuais, sensíveis, capazes de prejudicar o desenvolvimento válido do processo, tornando-o totalmente nulo e conseqüentemente extinto sem resolução meritória⁴⁴.

A terceira corrente doutrinária, que sustenta a existência de preclusão para questões conhecíveis de ofício, assume que a preclusão recai sobre situações jurídicas processuais. Não interessa, portanto, a natureza da atividade processual. As faculdades, ônus, deveres, poderes-deveres, enfim, podem ser objeto de preclusão desde que se estabilize a situação jurídica analisada. Com efeito, decidida a questão conhecida de ofício e ultrapassado o período para apresentação de irresignações, considera-se que a questão decidida se estabiliza, de modo que a decisão estável deve ser observada e respeitada pelo Poder Judiciário⁴⁵.

Diante do que foi demonstrado, foram esclarecidos os limites objetivos e subjetivos relacionados ao instituto da preclusão, tendo sido expostas as principais compreensões em torno do tema. Há três distintos posicionamentos. Em primeiro lugar, aquele que se considera o raciocínio majoritário, quanto aos limites objetivos, sustenta-se que a preclusão recai apenas sobre ônus processuais; quanto aos limites subjetivos, sustenta-se que, diretamente, a preclusão atinge as partes e, via de consequência, atinge indiretamente o Poder Judiciário, exceto no caso das questões conhecíveis de ofício. Em

⁴⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. **A preclusão no direito processual civil**. Curitiba: Juruá, 1991; CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Lei nº5.869, de 11 de janeiro de 1973. Vol. III: arts. 270 a 331. Rio de Janeiro: Forense, 2005; ROCHA, Raquel Heck Mariano da. **Preclusão no processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 134.

⁴⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento**. 28. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010; MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. vol. II: processo de conhecimento. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 1989. TUCCI, Rogério Lauria. **Do julgamento conforme o estado do processo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1988; TESHEINER, José Maria Rosa. **Elementos para uma teoria geral do processo**. São Paulo: Saraiva, 1993.

segundo lugar, em posição intermediária, quanto aos limites objetivos, sustenta-se que a preclusão recai sobre ônus processuais e questões decididas; quanto aos limites subjetivos, sustenta-se que a preclusão atinge tanto as atividades das partes quanto as atividades do juiz, não obstante as matérias conhecíveis de ofício possam ser reanalisadas pela instância superior. Em terceiro lugar, extremo oposto da linha majoritária, sustenta-se que a preclusão recai sobre situações jurídicas processuais, incluindo todas as atividades promovidas na situação jurídica estabilizada.

1.3. Funções positiva e negativa: operação apenas nos limites da litispêndência

A preclusão identifica a exclusão de uma oportunidade processual, sendo possível admitir, independentemente da perspectiva doutrinária, que direta ou indiretamente tal fenômeno preclusivo estabiliza situações jurídicas quando consolidadas. Dessa forma, torna-se possível compreender não só a natureza jurídica da preclusão, bem como os efeitos dela decorrentes.

Seguindo a teorização Chiovendiana, a preclusão decorre de um ato ou ato-fato jurídico processual. Por isso, a preclusão pode ser compreendida como um efeito processual que identifica a impossibilidade de exercer uma determinada atividade durante o processo. Parece que ninguém duvida que a preclusão possa servir ao processo como efeito processual de um determinado ato ou ato-fato jurídico processual. No entanto, além de efeito jurídico processual, aponta-se que a preclusão também deve ser entendida como fato jurídico processual⁴⁶.

Nesse sentido, apoiado na classificação dos fatos jurídicos de Carnelutti, Stefano Riccio sugere que se compreenda o fato jurídico processual como qualquer acontecimento no processo sobre os quais torna-se possível atribuir efeitos, sendo que os efeitos atribuídos podem ser impeditivos, modificativos ou extintivos. Tais efeitos

⁴⁶ Na explicação de Maurício Giannico, “a existência dessa relação de causa e efeito não impede a qualificação da preclusão como fato jurídico. Ainda que tida por resultado (efeito) de um outro fato jurídico (causa), a preclusão, em si, por sua vez, gera inúmeras outras consequências jurídico-processuais, o que por si só reafirma sua condição de fato jurídico processual autônomo”. GIANNICO, Maurício. **A preclusão do direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007. No mesmo sentido, ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **Preclusão (processo civil)**. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de (org.). Saneamento do processo: estudos em homenagem ao prof. Galeno Lacerda. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989.

impeditivos, modificativos e extintivos podem atingir a relação jurídica processual integralmente ou podem atingir parte da relação jurídica processual. Na primeira hipótese, tratar-se-á de efeito processual primário; na segunda hipótese, secundário. Na mesma linha de raciocínio, no Brasil, Frederico Marques, Moniz de Aragão, Maurício Giannico e Anissara Toscan⁴⁷.

Nesse sentido, a preclusão conta com dois distintos momentos. No primeiro momento, observa-se a realização de um ato jurídico processual e a consequente preclusão dele decorrente, onde, então, a preclusão identifica-se como efeito processual. No segundo momento, observada a preclusão decorrente do ato jurídico processual, alcança-se a possibilidade de enxergá-la como fato jurídico processual que pode servir de base para formação de novas situações jurídicas, configurando-se como causa de uma consequência⁴⁸. Por exemplo, a parte permanece inerte durante todo o prazo disponível para apresentar contestação (ato-fato jurídico), de modo que se opera a preclusão temporal como efeito da sua inércia. Ato contínuo, apreendida a preclusão temporal decorrente da não-apresentação de contestação no prazo definido (fato jurídico processual), tem-se por efeito a presunção de veracidade dos fatos previstos na petição inicial.

Daqui em diante, interessa apenas o segundo momento, ou seja, interessa entender apenas os efeitos decorrentes da preclusão. Segundo Chiovenda, os efeitos decorrentes da preclusão se exaurem no próprio processo⁴⁹. Em outras palavras, efeitos apenas nos limites do processo em que percebida a preclusão, portanto, efeitos endoprocessuais. Em geral, justifica-se a limitação endoprocessual sob o fundamento de que o trânsito em julgado, dita preclusão máxima, deduz e repele todas as questões decididas incidentalmente, o que, inclusive, consta no atual Código de Processo Civil, no art. 508. Ademais, segundo Eduardo Talamini, as matérias decididas incidentalmente têm índole processual, por isso só devem interessar ao processo em que discutidas⁵⁰.

⁴⁷ MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1958; ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Preclusão (processo civil). OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de (org.). Saneamento do processo: estudos em homenagem ao prof. Galeno Lacerda. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989; GIANNICO, Maurício. **A preclusão do direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.

⁴⁸ DIDIER, Fredie. **Curso de direito processual: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 22. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2020.

⁴⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Trad. J. Guimarães Menegale, v. 1. São Paulo: Saraiva, 1969.

⁵⁰ TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

Comparando-se a preclusão à coisa julgada, algumas vozes sustentam que a preclusão deve ser compreendida também a partir das suas funções positiva e negativa. No caso da função positiva, a preclusão verificada condiciona os próximos atos processuais, especialmente, as questões a decidir no processo. No caso da função negativa, a preclusão impede a realização do ato processual em momento inoportuno. Nesse sentido, Antonio do Passo Cabral explica que enxergar a preclusão a partir da função positiva e negativa ajuda a esclarecer o instituto, uma vez que "o efeito positivo deriva da preclusão (por isso é efeito dela!) e, portanto, não pode ser considerado como a causa da incorporação no ato posterior do conteúdo do ato anterior"⁵¹.

Os efeitos decorrentes da preclusão são majoritariamente compreendidos como endoprocessuais. No entanto, a construção de Chiovenda e as posteriores a ele descrevem apenas a preclusão no processo de conhecimento, que, hoje, ou pode ser vista a partir da perspectiva das partes, atividades por elas não realizadas ou realizadas; ou pode ser vista a partir da perspectiva das questões decididas, que envolvem as atividades das partes e do julgador. Como antes ventilado, Enrico Redenti partiu da sistematização de Chiovenda para elaborar uma preclusão de questão não decidida no processo de execução, que denominou de preclusão *pro iudicato*. No seu exemplo, que foi relatado em “a sistematização de Giuseppe Chiovenda e o desenvolvimento do conceito de preclusão”, o autor entende que a preclusão *pro iudicato* trata de uma preclusão que recai sobre uma questão não decidida, mas que, diante das circunstâncias, entende como se tivesse sido decidida. Além disso, os efeitos decorrentes da preclusão ultrapassam os limites do processo, ou seja, são caracterizados como efeitos extraprocessuais. Destoa completamente da preclusão chiovendiana⁵².

No Brasil, porém, autores confundiram preclusão *pro iudicato* no processo de execução com a possibilidade de preclusão sobre questão decidida implicitamente no processo de conhecimento. Dessa maneira, além de fugir da situação fático-processual que se amolda ao termo *pro iudicato*, esqueceram-se que o Código de Processo Civil

⁵¹ CABRAL, Antônio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis**. Salvador: Juspodivm, 2013.

⁵² NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Preclusões para o juiz: pro iudicato e preclusão judicial no processo civil**. São Paulo: Editora Macedo, 2004.

prevê a impossibilidade de decisão implícita ao dispor, no art. 505, que *nenhum juiz decidirá novamente as questões decididas relativas à mesma lide*. Não há, portanto, espaço para imaginar uma preclusão de questão não decidida no processo de conhecimento. Dessa forma, Daniel Assumpção Amorim sugere o uso do termo preclusão para o juiz, no caso da preclusão de Chiovenda; e preclusão *pro iudicato*, no caso da preclusão de Redenti⁵³. Ademais, segundo Maurício Giannico, no processo de execução brasileiro, também não há espaço para a preclusão *pro iudicato*, uma vez que não prevista em lei⁵⁴.

Por fim, considerando que a preclusão equivaleria apenas a efeitos endoprocessuais, tem-se assentado que a diferença fundamental entre a preclusão e a coisa julgada material mora no fato de que a preclusão tem apenas efeitos endoprocessuais, enquanto a coisa julgada tem efeitos extraprocessuais. Nesse sentido, Daniel Assumpção afirma que "enquanto a coisa julgada tem efeitos exteriores ao processo, a coisa julgada formal opera-se exclusivamente no interior do processo em que foi proferida a sentença"⁵⁵. Observe-se que o autor compara coisa julgada formal à preclusão e, inclusive, afirma que "a similitude é tamanha que costuma chamar-se coisa julgada formal de preclusão máxima"⁵⁶.

Nesse sentido, Fernando Rubin explica que os efeitos da coisa julgada material e da preclusão são diferentes em razão do objeto sobre o qual incidem. No caso da coisa julgada material incide sobre a relação jurídica material, enquanto a preclusão tem por objeto a relação jurídica processual. Nas palavras do autor, a preclusão é "instituto próprio do direito processual, enquanto que o segundo [a coisa julgada] pertence ... [ao] campo processual, mas irradia firmes e indiscutíveis repercussões na seara do direito material"⁵⁷. Em contraposição, citando Hellwig, Antonio do Passo Cabral afirma que "é errado tratar a coisa julgada dividindo-a em dois fenômenos diversos, o que seria derivado

⁵³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Preclusões para o juiz: pro iudicato e preclusão judicial no processo civil**. São Paulo: Editora Macedo, 2004.

⁵⁴ GIANNICO, Maurício. **A preclusão do direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.

⁵⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Preclusões para o juiz: pro iudicato e preclusão judicial no processo civil**. São Paulo: Editora Macedo, 2004.

⁵⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Preclusões para o juiz: pro iudicato e preclusão judicial no processo civil**. São Paulo: Editora Macedo, 2004.

⁵⁷ RUBIN, Fernando. **A preclusão na dinâmica do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

da tradição pandectística de pensar na coisa julgada material como um instituto pertencente ao direito substancial"⁵⁸.

Dessa forma, tem-se que o instituto da preclusão pode ser compreendido como efeito processual ou como fato jurídico processual. Na perspectiva de efeito processual, o fenômeno preclusivo é consequência decorrente de um ato-fato jurídico ou um ato jurídico processual. Na perspectiva de fato jurídico processual, o fenômeno preclusivo é a causa que sustenta uma nova situação jurídica processual. Além do mais, na segunda perspectiva, observa-se que os efeitos decorrentes da preclusão são majoritariamente entendidos como endoprocessuais, uma vez que tratam apenas de questões processuais, sendo que tal característica serve de justificativa diferenciadora ao comparar preclusão e coisa julgada material. Por último, e não menos importante, a preclusão pode ser encarada, tal como se encara a coisa julgada, a partir dos seus efeitos positivo e negativo, possibilitando incorporar o conteúdo estabilizado nas situações jurídicas seguintes, bem como impedir a rediscussão de um conteúdo estabilizado em situações jurídicas passadas.

1.4. Racionalidade do sistema preclusivo: segurança jurídica e celeridade processual

O fenômeno preclusivo, sistematizado como instituto da preclusão por Chiovenda, tem sido objeto de estudo a partir de diferentes perspectivas. No que diz respeito às suas finalidades do instituto da preclusão, observam-se também diferentes abordagens do tema, de modo que a dinâmica do sistema preclusivo tem íntima relação com o sopesamento dos valores que o orientam. É fundamental, portanto, compreender o delineamento valorativo da preclusão.

Por um lado, o fenômeno preclusivo é compreendido como natural ao processo tendo em vista que o procedimento é dividido em etapas. Por essa razão, alguns autores sustentam que tal fenômeno é como um princípio processual, uma vez que a sua orientação informa que as etapas processuais precisam ser ultrapassadas e imunizadas até

⁵⁸ CABRAL, Antônio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis**. Salvador: Juspodivm, 2013.

que se alcance a prestação jurisdicional⁵⁹. Por outro lado, a sistematização do fenômeno preclusivo também é compreendida como uma técnica processual, um instrumento que serve como marcha propulsora do processo, sendo que, como técnica, pode servir ao processo de variadas formas a depender dos valores que a orientam⁶⁰.

Como técnica processual, entende-se que a preclusão serve para a organização do procedimento no sentido de que os atos processuais previstos serão realizados oportuna e adequadamente, estabelecendo-se um regime de responsabilidade aos envolvidos por cada uma das etapas procedimentais⁶¹. Via de consequência, evita-se "campo ... fértil para a chicanice e a protelação indefinida de processos"⁶². Ademais, privilegia-se a eficiência processual ao fornecer condições para uma resposta jurisdicional em tempo adequado, uma vez que "pouca (ou nenhuma) dúvida há de que a preclusão se revela um instrumento para realização deste escopo"⁶³.

Noutras palavras, o instituto da preclusão orienta-se a partir dos princípios da segurança jurídica e da eficiência processual. No que diz respeito à eficiência processual, por muito tempo, entendeu-se como se eficiência fosse sinônimo de celeridade processual. Isso porque o ideal é de que o processo tenha condições de responder às circunstâncias da vida que dependam de tutela jurisdicional em tempo razoável, conferindo confiança ao jurisdicionado de que pelo processo é possível resolver os problemas cotidianos juridicamente tuteláveis. Nesse sentido, conforme aponta Fernando Rubin, a preclusão pretende "emprestar maior eficiência ao processo, sem informalizá-lo, restringindo os poderes das partes"⁶⁴, de modo a "eliminar os obstáculos a regular marcha do processo e de tornar efetivo o ideal de rápida composição do litígio"⁶⁵.

⁵⁹ MARELLI, Fabio. *La trattazione dela causa nel regime dele preclusioni*. Padova: CEDAM, 1996.

⁶⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

⁶¹ BARBOSA, Antônio Alberto Alves. *Da preclusão processual civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

⁶² ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Preclusão (processo civil)*. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de (org.). Saneamento do processo: estudos em homenagem ao prof. Galeno Lacerda. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989;

⁶³ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. São Paulo: Atlas, 2005.

⁶⁴ RUBIN, Fernando. *A preclusão na dinâmica do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

⁶⁵ THEODORO JR., Humberto. *A preclusão no processo civil*. Revista dos Tribunais, v. 90, n. 784, p.11-28, fev., 2001

Mais recentemente, tem-se pregado uma perspectiva mais robusta à eficiência processual, a fim de que se compreenda eficiência como a execução de atos processuais úteis e necessários para compor a lide em tempo razoável. Isso porque as causas deduzidas em juízo não são idênticas. Algumas são simples, outras são complexas. Assim, justificam-se tempos razoáveis diferentes para solução de um problema jurídico, dependendo especialmente da complexidade que envolve o objeto de tutela jurisdicional. Nesse sentido, Anissara Toscan afirma que "a preclusão busca ... mais do que celeridade é eficiência processual (que se traduz em um *slogan*: 'nenhuma atividade processual inútil), com otimização dos recursos processuais e a promoção de segurança jurídica"⁶⁶.

No que diz respeito à segurança jurídica, antes de mais nada, é importante frisar que há distintas perspectivas. Dentre elas, no que interessa à preclusão, tem-se uma primeira perspectiva, segundo a qual observa-se a vinculação do princípio segurança jurídica a um valor específico. Uma segunda perspectiva é a maneira de efetivação do princípio da segurança jurídica. Dessa forma, em primeiro lugar, dedicar-se-á ao delineamento da segurança em relação ao valor ao qual se vincula e, em segundo lugar, como se asseguram as garantias processuais por meio da preclusão.

No que diz respeito à segurança jurídica e ao valor ao qual se vincula, há distintas acepções. Tradicionalmente, em primeiro lugar, observa-se que a compreensão de segurança jurídica tem por objetivo proteger a ordem jurídica preestabelecida, ou seja, assegurar a proteção das formalidades do processo. Nesse caso, afirma-se que a preclusão depende de *rigor técnico-científico* em sua aplicação, o que se traduz como o cumprimento rígido das formalidades, sob pena de decretação de inadmissibilidade dos atos processuais. Nas palavras de Heitor Sica, "trata-se de manter uma certa ordem formal no processo, pois isso se traduz em segurança e previsibilidade [...]"⁶⁷. Em segundo lugar, observa-se a compreensão da segurança jurídica como proteção à justiça, conferindo a prerrogativa de flexibilização da técnica preclusiva a fim de equacionar vantagens e desvantagens ocorridas no decorrer do processo⁶⁸.

⁶⁶ TOSCAN, Anissara. **Preclusão processual civil: estática e dinâmica**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

⁶⁷ SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão processual civil**. São Paulo: Atlas, 2005.

⁶⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. **A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para o seu controle**. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

Ademais, relativamente à maneira de assegurar a estabilização das situações jurídicas processuais, entende-se que a preclusão confere segurança jurídica ao tornarem-se imutáveis e indiscutíveis as situações jurídicas processuais consolidadas. Ao analisar os efeitos decorrentes da preclusão, aplicam-se as disposições normativas que constam topograficamente no capítulo da coisa julgada, previsto nos arts. 502 ao 508 do atual Código de Processo Civil. Resumidamente, em relação às partes e ao julgador, veda-se a possibilidade de rediscussão das situações jurídicas consolidadas.

Em decorrência dos entendimentos acima alinhavados, observam-se conflitos entre os valores envolvidos no instituto da preclusão. Considerando a noção de segurança jurídica como proteção às formalidades, discute-se o problema quanto às situações jurídicas consolidadas que apresentam circunstância caracterizada como injusta. Questiona-se se existe a possibilidade de flexibilização da estabilidade nessas ocasiões. Por um lado, defende-se que assegurar as formalidades é a solução mais adequada. Nesse sentido, ao analisar a possibilidade de revisão de questões conhecíveis de ofício, Calmon de Passos afirma que "estariamos afastando a preclusão em relação às partes, beneficiando o omissor com a possibilidade de ter revista, sem sua provocação, a decisão que lhe foi desfavorável"⁶⁹. Por outro lado, Heitor Sica defende que apenas as questões conhecíveis de ofício podem ser revisitadas, independentemente da circunstância, por tratar-se de questão processual⁷⁰. Mais recentemente, na mesma linha de raciocínio de Cândido Rangel Dinamarco, Anissara Toscan sustenta que, em casos excepcionais, é fundamental relativizar a preclusão a partir da discricionariedade do órgão judicial, que pode temperar os excessos conforme as necessidades de cada caso, considerando-se também a inoperabilidade da preclusão sobre questões conhecíveis de ofício⁷¹.

Além disso, ao considerar a segurança jurídica como proteção à justiça, opera-se um conflito entre justiça e celeridade processual. Instrutivo é o pensamento de Carnelutti ao afirmar que "infelizmente, a justiça, se for segura, não será rápida, e, se for

⁶⁹ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Comentários ao Código de Processo Civil. Lei nº5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Vol. III: arts. 270 a 331. Rio de Janeiro: Forense, 2005;

⁷⁰ SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão processual civil**. São Paulo: Atlas, 2005.

⁷¹ TOSCAN, Anissara. **Preclusão processual civil: estática e dinâmica**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 31.

rápida, não será segura"⁷². Imagina-se que a tentativa de buscar a justiça em cada situação aparentemente injusta no decorrer do processo equivaleria à eternização dos litígios, uma vez que haveria a renovação dos debates consolidados a todo tempo, inviabilizando a marcha processual para o seu destino⁷³.

Por fim, Carlos Alvaro de Oliveira sugere uma interpretação mista, em que se considera tanto a proteção às formalidades, quanto a proteção à justiça, compreendendo segurança jurídica como certeza jurídica. A ideia de certeza jurídica vincula-se ao raciocínio de segurança como cognoscibilidade, confiança e calculabilidade do direito. No estudo de Fernando Rubin, entende-se que, por um lado, a segurança jurídica pode ser compreendida como proteção às formalidades, conferindo celeridade e previsibilidade; por outro lado, proteção à justiça, no sentido de conferir espaço para amplo debate entre os sujeitos envolvidos no processo, de modo que a solução jurisdicional "se apresente legítima aos olhos dos cidadãos, à medida que se constitui o processo como ferramenta de natureza pública indispensável para a realização da justiça e pacificação social"⁷⁴.

Dessa forma, observa-se que a técnica de preclusão tem sido orientada principalmente por duas perspectivas de segurança jurídica. Por um lado, tem-se a proteção das formalidades do procedimento, o que significa uma tentativa de proteção às garantias processuais dos jurisdicionados. Trata-se, portanto, de uma perspectiva interna. Por outro lado, tem-se a proteção das situações jurídicas consolidadas a partir da imutabilidade e da indiscutibilidade do que se consolidou. Trata-se, portanto, de uma perspectiva externa de segurança jurídica.

2. Inadequação do instituto da preclusão clássico: crítica à (in)aplicabilidade do sistema preclusivo no ordenamento jurídico brasileiro

2.1. Formalismo processual, preclusão e o modelo colaborativo

O formalismo jurídico identifica o modo como uma determinada sociedade se organiza para resolver juridicamente conflitos cotidianos. Compreende, pois, a

⁷² CARNELUTTI, Francesco. *Como se hace un proceso*. Bogotá: Temis, 1994, p. 14.

⁷³ RUBIN, Fernando. *A preclusão na dinâmica do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

⁷⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *O formalismo -valorativo no confronto com o formalismo excessivo*. Repro nº 137. São Paulo: RT, 2006.

definição das etapas procedimentais que devem ser seguidas, mas também as disposições normativas que partilham o trabalho entre aqueles que participam do procedimento. Conforme explica didaticamente Carlos Alberto de Oliveira,

não só a forma, ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação da sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas as suas finalidades primordiais⁷⁵.

Normalmente, o formalismo jurídico é lembrado por servir de meio para contenção de arbitrariedades do Estado, mas, além disso, compreendê-lo é fundamental para identificar a adequação do procedimento à causa deduzida em juízo e, via de consequência, se há idônea tutela dos direitos. É a partir do formalismo jurídico que se identifica a capacidade de o sistema concretizar direitos que, até então, figuravam como promessas abstratas do ordenamento jurídico⁷⁶.

A divisão do trabalho entre os sujeitos envolvidos no processo é matéria controvertida na história, principalmente em relação aos poderes reservados às partes e ao juiz. Por esse motivo, de tempos em tempos, a história relata momentos em que as partes ou o juiz conduziram predominantemente o processo. Compreende-se que a estrutura do procedimento tem íntima relação com as circunstâncias culturais do seu tempo⁷⁷.

⁷⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1997.

⁷⁶ Conforme explica Fredie Didier, pautado nas lições de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, o formalismo processual tem as seguintes funções: “a) indicar as fronteiras para o começo e o fim do processo; b) circunscrever o material processual que poderá ser formado; c) estabelecer dentro de quais limites devem cooperar e agir as pessoas atuantes no processo para o seu desenvolvimento; d) emprestar previsibilidade ao procedimento; e) disciplinar o poder do juiz, atuando como garantia de liberdade contra o arbítrio dos órgãos que exercem o poder do Estado, pois “a realização do procedimento deixada ao simples querer do juiz, de acordo com as necessidades do caso concreto, acarretaria a possibilidade de desequilíbrio entre o poder judicial e o direito das partes”³; f) controle dos eventuais excessos de uma parte em face da outra, atuando por conseguinte como poderoso fator de igualação (pelo menos formal) dos contendores entre si, seja no plano normativo, impondo uma distribuição equilibrada dos poderes das partes, seja no plano de fato, impondo a paridade de armas, garantindo o exercício bilateral dos direitos; g) formação e valorização do material fático de importância para a decisão da causa; e, acrescentamos, h) determinar como, quando e quais os julgados podem adquirir a imutabilidade característica da coisa julgada. DIDIER JR., Fredie. **Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento**. Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Fredie%20Didier_3_%20formatado.pdf]. Acesso em: 06.04.2021. p. 2.

⁷⁷ “A compreensão do direito como um conjunto de normas formais e abstratas, deduzidas conceitualmente, teve como consequente a sua própria colocação fora do âmbito cultural. O fenômeno jurídico (seus problemas e suas respectivas soluções) acabou congelado no tempo e desligado da realidade social. Nenhuma surpresa, portanto, que já se tenha observado que essa maneira de pensar tenha levado a um

Para contar a história da divisão do trabalho no sistema jurídico brasileiro, inicia-se a empreitada a partir do final do século XIX, quando Oskar Von Bulow sistematiza a relação jurídica processual. Ato contínuo, este estudo apega-se à didática separação do direito processual em fases metodológicas, a fim de demonstrar a evolução do procedimento no que diz respeito à divisão de trabalho entre os sujeitos envolvidos no processo.

No tempo em que Bulow sistematizou a relação jurídica processual, inaugura-se a fase cientificista do direito processual. A grande missão dos processualistas estava em desenvolver institutos especificamente processuais. Com efeito, boa parte dos institutos processuais foi desenvolvida durante fortes influências do liberalismo, segundo o qual a finalidade do estado é agir de forma mínima, neutra e previsível⁷⁸. Em razão disso, a função jurisdicional era unicamente a de garantir que os direitos (diga-se, a lei) fossem protegidos, motivo pelo qual a jurisdição servia apenas para declaração e proteção do direito objetivo do estado⁷⁹.

Paralelamente, a ciência em geral exaltava o racionalismo, segundo o qual é possível encontrar a verdade universal a partir de métodos racionais⁸⁰. Envolvidos em

inevitável “alheamento da ciência jurídica em relação às realidades sociais, políticas e morais do direito. Daí por que, quando hoje se afirma o caráter cultural do direito, sublinham-se justamente as características de humanidade, socialidade e normatividade do jurídico, frisando-se a gênese axiológica e cultural de nossa ciência. A ligação entre sistema cultural e sistema jurídico é hoje insuprimível do horizonte do jurista”. MITIDIERO, Daniel. **Bases para construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo**. Tese (doutorado) Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2007.

⁷⁸ “O retrato dessa política de ‘guarda noturno’ é oferecido de maneira clara pela posição ali conferida ao direito de propriedade (elemento central à ordem jurídica). Ao mesmo tempo em que seria facultado ao sujeito dele usufruir livre e ilimitadamente, ao Estado seria reservada uma dupla função: (i) intervir sempre que necessário para reprimir outros particulares que turbassem tal exercício; e (ii) abster-se, ele próprio, de proceder à essa turbação. A proteção da liberdade individual, entendida em sentido contextual, seria vista como o início e o fim do espaço público”. OSNA, Gustavo. **Do “ceticismo moderado” ao “panprocessualismo”: atando as pontas por um processo real**. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 02/09/2016.

⁷⁹ “A função declaratória própria do Processo de Conhecimento é explicada pela ideologia da ‘separação de poderes’, como fica bem visível desta lição de Garsonnet-Bru, para quem o poder judiciário distingue-se dos demais agentes do poder público por estes três elementos essenciais: (a) *‘L’ autorit  judiciale sert d’arbitre*; (b) *‘ele ne prononce que sur des cas particuliers*; (c) *‘l’ autorit  judiciale n’agit que’ apr s avoir  t  saisiet mise em mouvement par une action civile ou par une poursuite criminelle’*”. SILVA, Ovidio A. Baptista da. **Jurisdi o e execu o na tradi o romano-can nica**. 3. Ed. – Rio de Janeiro, 2007. p. 34.

⁸⁰ “Descartes inaugurou uma tradi o que implica o ceticismo e retoma o di logo produtivo de forma a inseri-lo, ao menos de modo parcial, em sua doutrina. Os gregos cl ssicos, ap s um per odo inicial de forte

igual entendimento, juristas da época afirmavam que o direito poderia ser aplicado a partir de uma fórmula universal, confirmando a possibilidade de um direito mínimo, neutro e previsível⁸¹. No caso, acreditava-se na capacidade de o legislador descrever pormenorizadamente todas as situações tuteláveis pelo direito, servindo o juiz apenas para operar o encaixe da hipótese normativa sobre o fato alegado pelo autor⁸². Uma das frases marcantes é a de Montesquieu: o juiz é a boca da lei (*bouche de la loi*).

Nesse contexto, a divisão do trabalho entre juiz e partes estabelecia-se a partir de duas ideias fundamentais: *mihi factum, dado tibi ius e iura novit curia*. Em relação à primeira expressão latina, tem-se que o papel da parte era o de descrever os fatos, enquanto o papel do juiz era o de declarar o direito. Em relação à segunda expressão latina, tem-se que o juiz sabe (todo) o direito, que, afinal, foi estabelecido pelo legislador previamente. Com efeito, reservou-se ao juiz o poder de condução do procedimento, permitindo-o ter contato com as partes e livre convencimento em relação às provas

apego dogmático à verdade, mantiveram debate com o ceticismo dentro dos muros da Academia, como testemunham Arcesilau e Carnéades. Os medievais dispensaram o ceticismo dos Mosteiros e apegaram-se aos dogmas da revelação, no entanto, o início da modernidade trouxe consigo o convite para que também essa posição teórica pudesse dizer da sua relevância. Em sintonia com as grandes transformações, seja no âmbito das doutrinas religiosas, seja na arte, ou na ciência, Descartes se propõe a introduzir certo ceticismo (que aqui chamamos moderado, mas que a rigor poderia ser denominado de fantástico) em sua teoria do conhecimento. Expliquemos melhor isto. Descartes usou a dúvida cética com demasiado ceticismo, pontualmente, ele lhe confiou a destruição das certezas sensíveis com a finalidade de, sobre a terra arrasada, levantar seu edifício na pedra firme do cogito. Contudo, antes de iniciar a obra de reconstrução, substituiu a postura cética pela dogmática, ele conheceu a matemática moderna e a preferiu em detrimento de um maior envolvimento que poderia levá-lo a perder-se do reto caminho da razão. Ocorre que Descartes renovou sua confiança na racionalidade e sua postura cética se constituiu em metodologia para, da incerteza, passar à certeza”. SCHORN, Remi. **O problema da verdade do conhecimento no racionalismo crítico**. 2008. 262 f. Tese (Doutorado em Filosofia) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008. p. 30-31.

⁸¹ Essa inclinação histórica inicia com Althusius, já no século XVII, cujo intento central estava em aplicar ao direito a lógica de Pierre de la Ramée – com o que pretendeu construir um sistema coerente para o direito, ordenando os conceitos essenciais ao trato do fenômeno jurídico. Essa empreitada preparou o caminho para, logo em seguida, os cartesianos deduzirem todo o direito de axiomas. MITIDIERO, Daniel. **Bases para construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo**. Tese (doutorado) Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2007.

⁸² “Segundo a teoria formalista, a interpretação, enquanto atividade, tem natureza cognitiva. O juiz, ao interpretar, investigaria o significado do texto legal e então o descreveria. Haveria interpretação para afirmar o que está implicitamente gravado no texto. Esse tipo de interpretação tem ao seu lado as ideias de completude e coerência do direito. Portanto, o juiz não atua com qualquer discricionariedade. Ao decidir, sempre está preso a uma norma preexistente. De modo que a interpretação, enquanto produto, é um mero enunciado descritivo, sujeito ao teste da verdade e falsidade; há apenas uma interpretação correta. Bem por isso, é possível aceitar que o juiz, ao decidir, pode negar a norma preexistente ou violar a lei”. MARINONI, Luiz Guilherme. **A coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade do supremo tribunal federal**. Disponível em: [http://marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2020/06/A-COISA-JULGADA-DIANTE-DA-DECISÃO-DE-INCONSTITUCIONALIDADE-DO-SUPREMO-TRIBUNAL-FEDERAL-1.pdf]. Acesso em: 06.04.2021.

trazidas aos autos. Reservou-se às partes apenas a possibilidade de apresentar os fatos que seriam avaliados pelo magistrado⁸³.

Assim, o procedimento apontava posições jurídicas para as partes e para o juiz de modo hierarquicamente diferente. Por um lado, “o juiz não age em busca de interesses seus, mas sim persegue a aplicação da justiça e o resguardo da paz social, na qualidade de agente do estado de direito”⁸⁴. Por outro lado, as partes atuam ou por interesse próprio, ou para cumprir um determinado dever legal. Diante de uma jurisdição voltada à exclusiva declaração do direito subjetivo e à proteção do direito objetivo do estado, o papel do juiz revelava-se como o de condutor principal do processo, assegurando a regularidade formal. Segundo Daniel Mitidiero, trata-se de um modelo assimétrico “conduzido pelo estado-juiz de maneira autoritária, considerado intérprete da *voluntas principis*”⁸⁵.

Pontes de Miranda afirmava que “em ciências, só se pode desejar a ascensão à precisão matemática”⁸⁶. Essa maneira científica de imaginar o direito valorizou o desenvolvimento da lógica formal que serviu de base para a construção dos institutos processuais. No entanto, durante o manejo do processo, privilegiou-se muito mais a técnica do direito em comparação à realização do direito. Na prática, quer-se dizer que qualquer irregularidade no decorrer do processo, independentemente do prejuízo, poderia levá-lo à extinção sem resolver o mérito.

Diante da crise econômica e política da década de 1930, o discurso do estado liberal deixa de ser o de agir de forma mínima, neutra e previsível, dando lugar a um

⁸³ “Para que o processo alcançasse a sua finalidade de maneira segura para as partes, aplicando-se corretamente o direito estatal e realizando-se a justiça material, tornou-se fundamental que se desenvolvesse por meio de um procedimento rígido, mas que tivesse o juiz como figura proeminente na sua condução. O juiz era o responsável pela consecução da finalidade maior de fazer justiça e material e promover, assim, o principal escopo do processo. O exercício da liberdade das partes no curso do processo foi significativamente reduzido, sendo a elas destinado pouco mais do que o núcleo mínimo que compunha o princípio dispositivo em sentido material, consistente no impulso inicial e na delimitação do objeto litigioso. OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Segurança jurídica e processo: da rigidez à flexibilização processual**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 55.

⁸⁴ SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão processual civil**. São Paulo: Atlas, 2005.

⁸⁵ MITIDIERO, Daniel. **Bases para construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo**. Tese (doutorado) Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2007.

⁸⁶ **Dez anos de pareceres**, v.8, parecer n. 211, n.171. *apud* SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. São Paulo: Atlas, 2005.

discurso em que o estado deve intervir na esfera particular a partir de ações afirmativas⁸⁷. Na década de 1960, Mauro Cappelletti e Bryant Garth apontam a necessidade de ampliar o acesso à justiça (primeira onda), de repensar o procedimento para tutela de direitos difusos e coletivos (segunda onda) e, finalmente, de a jurisdição servir para, além de declarar, efetivar os direitos declarados (terceira onda)⁸⁸.

Essa mudança contextual traz novas perspectivas em relação ao direito processual, sendo nova, principalmente, a perspectiva relacionada à função jurisdicional. A necessidade de que a jurisdição dê resultados, conferindo efetividade aos direitos dos jurisdicionados, incentiva o entendimento de que a jurisdição não só deve declarar o direito, mas fornecer o instrumental adequado para a satisfação do direito do vencedor⁸⁹.

Na década de 1980, Cândido Rangel Dinamarco lança as bases para a renovação do direito processual brasileiro. Em *A Instrumentalidade do Processo*, a ideia do autor é fundamentalmente demonstrar que o processo não serve se apenas voltado à lógica formal, de modo que

a negação da natureza e objetivo puramente técnicos do sistema processual é ao mesmo tempo afirmação de sua permeabilidade aos valores tutelados na ordem político-constitucional e jurídico-material

⁸⁷ Ocorre que, em um recorte histórico, é viável dizer que essa identidade foi fortemente abalada ao longo do último século. Aspectos como a alteração dos parâmetros levaram a modificações essenciais no arranjo público e no contexto sociocultural econômicos, a intangibilidade dos efeitos pós-guerra ou a descrença no império da Lei. Mais que isso, assumindo diferentes alcunhas e se deparando com novos desafios, há um dado que nos parece essencial para a compreensão desse novo período: após a derrocada da ideologia liberal, nenhuma outra jamais se impôs com igual assertividade. O traçado do Século XX confere um novo teor ao dissenso, incorporando-o como parte relevante da arena política. OSNA, Gustavo. **Do “ceticismo moderado” ao “panprocessualismo”: atando as pontas por um processo real**. [Tese de Doutorado] p. 12-13.

⁸⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie. Porto Alegre: Fabris, 1998.

⁸⁹ Nesse contexto, ao defender a preclusão como medida para celeridade processual, Heitor Sica destaca uma série de mudanças normativas relativas ao tema: “a primeira ordem de iniciativas para a aceleração dos processos está na enunciação da garantia do cidadão e uma rápida entrega da prestação jurisdicional pelo Estado. Aqui, podemos trazer como exemplos a VI Emenda à Constituição norte-americana que instituiu o *Right to a Speedy Trial*; a Constituição italiana, que recentemente passou a afirmar no seu art. 111, 2 *comma*, que a lei assegurará que o processo tenha uma ‘duração razoável’; a Convenção Europeia para os Direitos do Homem, que estabeleceu, em seu art. 6, o direito de todos ao julgamento dos processos em um ‘tempo razoável’; a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), que elege como direito fundamental ter um litígio resolvido em ‘prazo razoável’; e, para finalizar essa lista de exemplos, a própria Constituição brasileira, conforme redação que a Emenda n. 45/2004 deu ao seu art. 5, instituindo como garantia do cidadão o direito de ter seu litígio solucionado por processo com duração razoável”. SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão processual civil**. São Paulo: Atlas, 2005

(os quais buscam efetividade através dele) e reconhecimento de sua inserção no universo axiológico da sociedade a que se destina⁹⁰.

Ainda segundo o autor, o processo voltado apenas para técnica acaba se desfazendo da ética. Por isso, o autor expõe que o direito processual deve estar atrelado à ética no sentido de concretizar o direito subjetivo “sempre com vista a elevados objetivos sociais e políticos que transcendem o âmbito finito destes [interesses individuais]”⁹¹. Aponta, portanto, a existência de escopos sociais, políticos e jurídicos, posicionando o processo como um instrumento que declara e efetiva direitos em prol da pacificação da sociedade.

Paralelamente, o autor assume que o método de solução de conflitos por meio do processo não pode ser apenas o de encaixar a hipótese legal sobre o fato para que se alcance adequada resposta jurisdicional. Isso porque a resposta jurisdicional deve estar, também, harmonizada com a Constituição. A fórmula Constituição-processo significa que o juiz deve declarar o direito, nos moldes previstos pelo legislador, adequando-o às garantias constitucionais. Assim, o julgador continua encontrando a resposta para os fatos alegados apenas a partir da vontade da lei, como se o legislador fosse previdente de todas as possíveis hipóteses. No entanto, a resposta franqueada pela jurisdição deve ser estabelecida sem ultrapassar o que limitado pela Constituição. Lembra o raciocínio de Hans Kelsen segundo o qual

o direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível⁹².

Nesse contexto, a divisão de trabalho entre juiz e partes encara uma nova realidade, sendo ela a de que o juiz atua como garante da regularidade processual, da declaração do direito subjetivo e da consequente efetivação do direito declarado, a fim de alcançar os elevados objetivos sociais e políticos transcendentais à esfera particular. No

⁹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009. P. 23.

⁹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009. P.

⁹² KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 8. Ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 390.

entanto, mantém-se uma estrutura assimétrica em que o juiz conduz o procedimento e as partes apenas se manifestam conforme a necessidade de descrever os fatos que podem subsumir à hipótese legal⁹³.

Na prática, as mudanças constatadas se referem principalmente a resultados. Por exemplo, no Código de Processo Civil de 1973, estabeleceu-se técnica de antecipação dos efeitos da tutela, nos arts. 273 e 461. No mesmo sentido, estabeleceu-se técnica de julgamento de demandas repetitivas, no art. 285-A. Tais inovações referem-se à tentativa de tornar a justiça de fato capaz de oferecer respostas à sociedade.

Durante a fase cientificista, o grande objetivo foi o de elaborar institutos específicos para o direito processual. Durante a fase instrumentalista, focou-se na prática, nos resultados ou na efetividade do processo. Ato contínuo, além de técnica e resultados, tem-se questionado quanto à adequação dos meios utilizados no decorrer do procedimento para alcançar os resultados pretendidos, analisando-se se as técnicas utilizadas no procedimento são aptas a esclarecer e resolver as demandas adequadamente⁹⁴.

A partir da constitucionalização do processo, fala-se em ajustes no procedimento a fim de que se aproxime da realidade, garantindo que no processo haverá um debate esclarecido e uma resposta adequada ao problema levado a juízo. Isso porque o discurso constitucional contemporâneo privilegia uma democracia participativa, ou seja, em que estado e cidadão trabalham cooperativamente, sem necessária hierarquia. Segundo Daniel Mitidiero, “a democracia participativa, tida mesmo como um direito fundamental de quarta dimensão, sugere a caracterização do processo como um espaço privilegiado de exercício direto de poder pelo povo”⁹⁵.

⁹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 46.

⁹⁴ FRIGINI, Flávia Spinassé. **A dimensão dinâmica do contraditório no direito processual civil cooperativo: revisitando o dever de fundamentação das decisões judiciais**. 2016. 90 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Vitória, 2016.

⁹⁵ MITIDIERO, Daniel. **Bases para construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo**. Tese (doutorado) Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2007.

Paralelamente, juristas têm colocado à prova a capacidade de o legislador prever todas as circunstâncias da vida levadas ao Poder Judiciário. Por todos, Humberto Ávila expõe que “o significado não é algo incorporado ao conteúdo das palavras, mas algo que depende precisamente de seu uso e interpretação”, motivo pelo qual não é possível falar em resposta predefinida apenas a partir do que descreveu o legislador. Ademais, se antes alegava-se que o juiz apenas declarava a *vontade da lei*, hoje, porém, refuta-se qualquer vontade contida na lei, tendo em vista que a própria construção do texto legal envolve diversos interesses. Entende-se que a norma é uma construção interpretativa e o texto é objeto de interpretação, sendo a resposta jurisdicional dependente da análise de princípios, de regras e de postulados normativos⁹⁶.

Ademais, a ciência contemporânea desacredita uma verdade universal e totalmente exata. Contrasta daquela formulada a partir do racionalismo e de que se serviram os teóricos do direito. Ilya Prigogine, vencedor do prêmio Nobel de química, afirma que “a ciência clássica enfatizava a ordem e a estabilidade; agora, por contraste, vemos flutuação, instabilidade, escolhas múltiplas e previsibilidade limitada em todos os níveis de observação”⁹⁷. Em outras palavras, descartando-se convicções, trabalha-se a partir da probabilidade. Isso quer dizer que “técnicas fundadas em elementos sobrenaturais ou metodologicamente desconfiáveis não poderão ser tidos como aptos a atribuir alta probabilidade aos acontecimentos”⁹⁸.

Considerando que o processo se afirma como expressão constitucional e, portanto, espaço para o exercício de uma democracia participativa, bem como considerando que a resolução encontrada na sentença é uma construção interpretativa, naturalmente só haverá resposta adequada e legitimada democraticamente se todos os sujeitos do processo, incluindo o juiz, participarem de um debate amplo e horizontal. Em outras palavras, não deve haver hierarquia entre juiz e partes são equivalentes no decorrer do procedimento, exceto quando se trata da tomada de decisão. Segundo Daniel Mitidiero, trata-se de um modelo cooperativo, em que “o juiz do processo cooperativo é um juiz isonômico na condução e assimétrico no quando da decisão das questões processuais e

⁹⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 9. Ed. São Paulo: Malheiros Editores. p. 31 e ss.

⁹⁷ BAUMAN, Zygmunt. **A individualidade numa época de incertezas**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

⁹⁸ RIGUETTI, Gabriel Felipe Roqueto. **Processo e Verdade: brevíssimas considerações sobre funções e conceitos**. Revista de Processo, vol. 250/dez, 2015.

materiais da causa”⁹⁹. No mesmo sentido e com outra abordagem, Fredie Didier Jr. afirma que a colaboração é resultado de um equilíbrio entre os “princípios” dispositivo e inquisitivo¹⁰⁰.

Na prática, o modelo cooperativo equipara os sujeitos e os coloca em pé de igualdade para que o procedimento seja espaço de diálogo, resultando em maiores responsabilidades (digam-se deveres) para as partes e para o juiz, como, por exemplo, o *direito à consideração* que significa 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”¹⁰¹. Por esse motivo, por exemplo, o legislador densifica o conteúdo do art. 93, IX, da Constituição Federal, ao dispor, no art. 489, §1º, do Código de Processo Civil de 2015, que o magistrado tem o dever de fundamentar a decisão com base nos argumentos debatidos no decorrer do procedimento, evitando-se decisões surpresa. A estrutura processual brasileira persegue o que as experiências internacionais têm trabalhado, como, por exemplo, no art. 16 do *Nouveau Code de Procédure Civile*; no art. 266 do Código de Processo Civil Português; e, por fim, no §139 da *Zivilprozessordnung* alemã¹⁰².

2.1. Princípio da segurança jurídica: da rigidez à flexibilização processual

O mundo social constitui-se de um amontoado de informações que se relacionam entre si. Por esse motivo as relações sociais são complexas e contingentes. A segurança jurídica funciona como um redutor da complexidade do mundo social, permitindo que a partir do conhecimento presente o cidadão possa ter condições de calcular suas ações futuras. Citando Luhmann, Humberto Ávila pontua que se trata de “um instrumento redutor da complexidade e da contingência por meio da garantia de expectativas comuns a todos os cidadãos”¹⁰³.

⁹⁹ MITIDIERO, Daniel. **Bases para construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo**. Tese (doutorado) Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2007.

¹⁰⁰ DIDIER, Fredie. **Curso de direito processual: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 22. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2020. p. 155-168.

¹⁰¹ CABRAL, Antônio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis**. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 317.

¹⁰² PINTER, Rafael Wobeto. **A boa-fé no processo civil e o abuso de direitos processuais**. Revista de Processo, vol. 253, março, 2016.

¹⁰³ ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

É relevante considerar que o Estado Democrático de Direito pressupõe que a organização da sociedade será realizada mediante prescrições normativas construídas a partir da colaboração entre os membros da sociedade, evitando-se tomadas de decisão arbitrárias tanto por parte dos cidadãos, quanto por parte do estado. Por sua vez, a segurança jurídica deve conter cognoscibilidade, confiança e calculabilidade. Cognoscível porque a informação deve ser conhecida e inteligível. Confiável porque a tomada de decisão deve ser estável na mudança, exigindo um ordenamento jurídico protetor de expectativas e que garanta mudanças estáveis. Calculável porque, diante de uma concepção alternativa do objeto, o cidadão deve ser capaz de compreender os sentidos possíveis de uma determinada norma, permitindo-o controlar as suas expectativas. Se é verdade que Estado Democrático de Direito é uma organização baseada em disposições normativas, também é verdade que precisa de um ordenamento jurídico cognoscível, confiável e calculável. Portanto, a segurança jurídica “revela um pleonasma: é da própria essência do direito garantir a segurança”¹⁰⁴.

A importância da segurança jurídica revela-se, principalmente, ao perceber que somente a partir da redução da complexidade do mundo é que se torna possível tomar decisões racionais. Em outras palavras, como afirma Paulo Mendes de Oliveira,

a segurança jurídica se vincula de forma íntima ao valor liberdade, porquanto não se pode conferir o epíteto ‘livre’ a uma sociedade em que os cidadãos não tenham um mínimo de previsibilidade das suas condutas¹⁰⁵.

No art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, contempla-se a segurança jurídica como um direito fundamental. A seguir, na perspectiva do processo, a Constituição apenas faz referência aos instrumentos processuais aptos a conferir segurança jurídica, especialmente, no art. 5º, XXXVI, que dispõe que *a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*. No entanto, a segurança jurídica não se restringe apenas aos instrumentos destacados na disposição normativa constitucional, tendo em vista que todos os atos processuais devem ser cognoscíveis, confiáveis e

¹⁰⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

¹⁰⁵ OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Coisa julgada e precedente: limites temporais e as relações jurídicas de trato continuado**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 23.

calculáveis. Luiz Guilherme Marinoni aponta que “a segurança jurídica processual exige respeito (i) à preclusão; (ii) à coisa julgada; (iii) à forma processual em geral; e (v) ao precedente”¹⁰⁶. Portanto, a aplicação da segurança jurídica processual deve ser observada durante todo o procedimento, assegurando as expectativas legítimas que se formam a partir da realização de atos processuais.

A segurança jurídica processual pode ser avaliada por diferentes perspectivas. É possível avaliar a segurança no processo, o que quer dizer a segurança no decorrer do procedimento. Também é possível avaliar a segurança pelo processo, o que quer dizer a segurança do resultado decorrente do procedimento. Em outras palavras, por um lado, fala-se na segurança das garantias do processo, como, por exemplo, a ampla defesa, o contraditório etc.; por outro lado, fala-se na segurança do direito constituído (segurança-cognoscibilidade) e da sua realização (segurança-realização), como, por exemplo, o respeito aos precedentes¹⁰⁷.

Processualistas brasileiros dedicaram-se principalmente ao estudo da segurança jurídica no processo. Os debates remontam a duas circunstâncias. A primeira é o suposto choque entre segurança e celeridade. Por exemplo, Heitor Sica aponta que a preclusão serve à segurança jurídica no sentido de que permite “que o processo caminhe com a certeza de que os incidentes e questões já superados não serão revistos”¹⁰⁸, favorecendo que o término do processo ocorra em prazo razoável. A segunda é o suposto choque entre segurança e justiça. Por exemplo, Humberto Theodoro Jr. defende a relativização da coisa julgada em caso de “injustiça muito mais grave do que o decorrente

¹⁰⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. 7. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 853.

¹⁰⁷ “Pela sua dimensão externa, o processo civil deve ser conformado de maneira a propiciar aos cidadãos a garantia de que o direito material será respeitado e, se necessário, regularmente tutelado. Um processo efetivo e tempestivo, portanto. É tal garantia de realização tempestiva dos direitos que viabiliza o pleno exercício da liberdade, conferindo-se a tranquilidade necessária de que os atos praticados no passado serão respeitados e o planejamento do futuro pode ser feito sem receios. É imprescindível, pois, que o ordenamento jurídico proporcione mecanismos de garantia de atuabilidade dos direitos, desempenhando o processo civil um papel fundamental nesse mister. Mas a segurança processual, como sói ser tratada pela doutrina, depende também de que o processo em si seja um ambiente seguro, porquanto adequado à idônea tutela das diversas relações substanciais e ao amplo exercício do direito de defesa pelos jurisdicionados. Trata-se, aqui, da sua dimensão interna, da adequada estruturação do processo para que possa alcançar os seus objetivos, com o devido respeito das garantias processuais dos jurisdicionados”. OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Segurança jurídica e processo: da rigidez à flexibilização processual**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 171.

¹⁰⁸ SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão processual civil**. São Paulo: Atlas, 2005.

da ilegalidade ou da contravenção ética”¹⁰⁹. Diante disso, observa-se que a segurança no processo é tida como protetora da forma ou da formalidade.

Sob viés liberal, o formalismo jurídico desenvolveu principalmente o objetivo de conter as arbitrariedades do Estado, tornando-o mínimo, neutro e previsível. A ideia era formular um procedimento universal, disponível a todos os cidadãos de maneira uniforme, contando com todas as fases procedimentais previstas em disposições normativas. Trata-se, portanto, de um procedimento rígido, no sentido de que sem espaços para adaptações. A segurança era entendida como protetora da forma ou da formalidade. Assim, torna-se possível compreender por que os debates relacionados à segurança jurídica processual voltaram os olhos especialmente para a dimensão interna do processo, ou seja, para a proteção das formalidades processuais¹¹⁰.

Ademais, considerando tratar-se de um procedimento rígido, as fases procedimentais são estanques e lineares. Isso quer dizer que os atos processuais seguem um encadeamento lógico em que um se realiza após a realização do outro. Ultrapassado o momento para realização de um ato processual, ocorre o fenômeno preclusivo, o que significa a estabilização da situação jurídica. Tal estabilização tem sido compreendida como se fosse a impossibilidade de rediscutir ou de modificar o ato processual consolidado. Com efeito, além de compreender a segurança como proteção às formalidades, entende-se que assegurar as formalidades pressupõe a cristalização das situações jurídicas passadas¹¹¹.

Nesse contexto, por exemplo, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça inadmitiu embargos de divergência por causa de irregularidade na representação processual. No caso, entendeu-se que os advogados subscritores não teriam poderes para

¹⁰⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. **A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para o seu controle**. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

¹¹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

¹¹¹ Repetindo o entendimento centenário, o atual Código de Processo Civil, no art. 503, dispõe que “denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”. No mesmo sentido, relativamente à preclusão, o *caput* do art. 505 afirma que “nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas relativas à mesma lide” e o art. 507 dispõe que “é vedado à parte discutir no curso do processo as questões já decididas a cujo respeito se operou a preclusão.”

atuar no processo, tendo em vista que o substabelecimento que se juntou aos autos não estava acompanhado de autorização da empresa, sendo tal autorização entendida como condição obrigatória para compor o instrumento de procuração. Opostos embargos de declaração contra o referido acórdão, os Ministros acordaram, de forma unânime, que não seria admissível retificação da irregularidade em razão do fenômeno da preclusão consumativa. O caso transitou em julgado sem análise do mérito¹¹².

Sob viés constitucional, a segurança jurídica não privilegia apenas a formalidade, contendora de arbitrariedades, mas também se preocupa com os meios e os resultados do procedimento. Nesse sentido, preocupa-se com um procedimento que se aproxime da realidade, a fim de que haja a declaração de um direito que se adeque efetivamente ao pretendido na demanda. Um procedimento universal, rígido e amplamente previsível não tem condições de se adequar às necessidades específicas das demandas, motivo pelo qual pouco a pouco autores têm defendido a flexibilização procedimental¹¹³.

Com efeito, Paulo Mendes de Oliveira defende uma visão holística da segurança jurídica processual. Diferentemente de uma análise da segurança a partir dos instrumentos que a concretizam, teoriza-se a respeito do próprio instituto da segurança jurídica no processo e pelo processo. Nesse sentido, aponta que o Estado Constitucional resguarda um estado de direito e um estado democrático, motivo pelo qual, a partir do ordenamento jurídico, a ordem estabelece-se como juridicidade, liberdade e participação¹¹⁴.

¹¹² BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. EDcl no AgRg nos EREsp 1262401/BA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/09/2013, DJe 07/10/2013.

¹¹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009; DIDIER JR., Fredie. **Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento**. Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Fredie%20Didier_3_-%20formatado.pdf]. Acesso em: 06.04.2021; GAJARDONI, Fernando. **Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC**. São Paulo: Atlas, 2008; OLIVEIRA, Paulo Mendes de. *Segurança jurídica e processo: da rigidez à flexibilização processual*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

¹¹⁴ “Pois bem, *juridicidade, liberdade e participação* são os elementos constitutivos do Estado Constitucional, vetores que devem guiar toda a atuação estatal, seja na conformação do direito, seja na sua aplicação. Se o Estado Constitucional tem por fundamento tais premissas, o processo civil, que ocupa papel de destaque na sua proteção, deve ser pensado também com base em tais parâmetros”. OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Segurança jurídica e processo: da rigidez à flexibilização processual**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 136.

Nesse contexto, a segurança jurídica se perfaz partindo de pressupostos sociais e jurídicos. No caso dos pressupostos sociais, observa-se a relação entre estado e sociedade, bem como a independência do Poder Judiciário. Por um lado, a relação estado e sociedade constitui-se como uma comunidade de trabalho, em que ambos devem colaborar para a solução de problemas por meio de um procedimento em contraditório, expressando-se a democratização no exercício do poder. Por outro lado, além da criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Poder Judiciário tem autonomia financeira e administrativa, o que permite ao julgador liberdade para tomar decisões sem interferências externas, motivo pelo qual se “justifica a possibilidade de lhe conferirem maiores poderes sem déficit de segurança”¹¹⁵.

No caso dos pressupostos jurídicos, observa-se que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais confere normatividade direta sobre o ordenamento jurídico, exigindo que o procedimento estatal se conforme às garantias constitucionais, o que, via de consequência, equivale à necessidade de adaptação do procedimento às demandas lançadas ao Judiciário e à formação de posições jurídicas horizontais entre juiz e partes na condução do processo. Finalmente, tendo em vista a distinção entre texto e norma e a necessidade de construir a norma solucionadora do problema a partir do debate durante o procedimento, é fundamental a obediência aos precedentes¹¹⁶.

Nesses moldes, diferentemente de um procedimento rígido, a segurança jurídica processual perfaz-se mediante a flexibilização das formalidades do procedimento, a fim de que tanto o juiz quanto as partes tenham condições de adaptar o processo à necessidade do julgamento. Na prática, desenvolvem-se técnicas de flexibilização procedimental, como, por exemplo, a possibilidade de flexibilização por conveniência das partes. Nessa senda, o Código de Processo Civil de 2015, no art. 190, dispõe que *é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo*. Portanto, ao contrário do

¹¹⁵ OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Segurança jurídica e processo: da rigidez à flexibilização processual**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 138-144.

¹¹⁶ OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Segurança jurídica e processo: da rigidez à flexibilização processual**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 145-167.

discurso liberal, atualmente a segurança jurídica processual pressupõe flexibilidade para resguardar as garantias processuais (segurança no processo) e para permitir a declaração de um direito mais próximo à realidade, sendo que tal declaração merece respeito das instituições em geral no decorrer do tempo (segurança pelo processo).

Além disso, tem-se constatado que as relações sociais são cada vez mais dinâmicas, maleáveis e personalizadas. As informações correm rapidamente. As situações da vida mudam rapidamente. Na perspectiva sociológica, Zygmunt Bauman argumenta que o grande problema é que “os padrões, códigos e regras a que podíamos nos conformar, que podíamos selecionar como pontos estáveis de orientação e pelos quais podíamos nos deixar depois guiar, que estão cada vez mais em falta”¹¹⁷. Em resposta, além de atos jurídicos adaptáveis, observa-se que o estado tem trabalhado com regras prospectivas e indutivas¹¹⁸.

Durante o período liberal, destacou-se principalmente que a segurança jurídica estaria ligada à imutabilidade das situações jurídicas estáveis. No entanto, numa sociedade em constante mudança, não parece conveniente que as situações jurídicas não sejam modificáveis no decorrer do tempo. Por isso, Antônio do Passo Cabral aponta que a segurança deve ser entendida como mudança com consistência, fazendo com que “as alterações transcorram através do direito, e não à margem dele”¹¹⁹.

Com efeito, no lugar da segurança-imutabilidade, defende-se a segurança como continuidade. Isso quer dizer que as estabilidades do processo são tendencialmente permanentes, mas podem ser modificadas em tempos de necessidade a partir de critérios objetivos. Dessa forma, criam-se duas perspectivas para a segurança jurídica: manutenção de situações jurídicas e alteração de situações jurídicas. A partir de critérios objetivos, torna-se possível tanto defender a manutenção ou a alteração da situação jurídica

¹¹⁷ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. p. 14.

¹¹⁸ CABRAL, Antônio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis**. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 285.

¹¹⁹ CABRAL, Antônio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis**. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 287.

estabilizada. Assim, em consonância com o sistema de invalidades, os atos jurídicos processuais são compreendidos como válidos *prima facie*¹²⁰.

Um dos maiores benefícios da técnica é a criação de regras de transição para situações passadas que dependem de modificações para adequarem-se ao presente. Tal circunstância permite falar em um sistema de estabilidades ou em um instituto jurídico sobre segurança jurídica processual. Assim, evitam-se tentativas de fazer justiça fora do devido processo, como no caso da relativização da coisa julgada. O enfoque está na justiça procedimental, uma vez que

a legitimação da ação estatal não é a cristalização dos resultados que fornece a segurança, mas a *força gerencial* dos procedimentos decisórios que assume um valor de destaque¹²¹.

O funcionamento da continuidade como segurança depende de um contraditório forte, consistente na possibilidade de todos os sujeitos integrarem o debate e influenciarem na tomada de decisão, circunstância essa que converge com o modelo cooperativo pretendido pelo Código de Processo Civil de 2015. Além disso, a continuidade traz o enfoque do procedimento para a boa-fé objetiva e, via de consequência, privilegia as preclusões lógicas, contrariando o sistema liberal, que se sustenta principalmente nas preclusões temporais.

2.2. Inoperabilidade da técnica preclusiva: desencontro entre o instituto classicamente concebido e os princípios que o orientam no ordenamento jurídico brasileiro

Como delineado anteriormente, a versão do instituto da preclusão que predomina na ordem jurídica brasileira é compreendida como técnica de exclusão de oportunidade em razão de um ato ou um ato-fato jurídico, podendo ser classificada como preclusão temporal, lógica ou consumativa, estabilizando-se a situação jurídica consolidada com o signo da imutabilidade e da indiscutibilidade, ressalvadas as hipóteses

¹²⁰ CABRAL, Antônio do Passo. **Teoria das nulidades processuais no direito contemporâneo**. Revista de Processo, vol. 255/maio, 2016.

¹²¹ CABRAL, Antônio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis**. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 289-315.

previstas em lei, sendo os efeitos da técnica limitados pela litispendência. A preclusão é normalmente dividida em preclusão para as partes e preclusão para o juiz, considerando-se os interesses protegidos nas respectivas perspectivas, sendo que, na perspectiva das partes, há interesse privado; na perspectiva do juiz, há interesse público¹²².

Em primeiro lugar, tenha-se em mente que a técnica da preclusão se desenvolve a partir de perspectivas específicas. De um lado, observam-se as atividades realizadas pelas partes. De outro lado, observam-se as atividades realizadas pelo juiz. Tal construção sugere que existe uma separação vertical entre os sujeitos envolvidos no processo, sendo que as partes apenas buscam a defesa dos seus interesses pessoais, enquanto o juiz busca exclusiva proteção do interesse público.

Nesse contexto, o primeiro ponto crítico da construção atualmente majoritária está em que se baseia em um modelo assimétrico, motivo pelo qual destoa do modelo cooperativo. No modelo assimétrico, entende-se que a relação jurídica processual se faz de modo hierárquico, de forma que o julgador faz as vezes de protetor da ordem jurídica e de declarador do direito, enquanto as partes apenas protegem seus próprios interesses e esperam pela declaração do seu direito. Assim, o debate desenvolve-se apenas entre as partes, sendo o juiz um terceiro observador. Analisa-se a boa-fé do ponto de vista subjetivo e em relação às atividades das partes, tendo em vista que o julgador apenas tem olhos para a justiça¹²³. Por sua vez, no modelo cooperativo, entende-se que a relação jurídica processual se desenvolve horizontalmente durante o debate, de modo que as partes dialogam diretamente com o julgador e vice-versa, tendo em vista o interesse comum de solucionar o problema jurídico deduzido em juízo. Analisa-se o comportamento dos sujeitos envolvidos, inclusive do julgador, a partir de uma análise objetiva da boa-fé, considerando que a construção da solução jurídica é dialogal¹²⁴. Há, portanto, uma mudança drástica de perspectivas, implicando diferentes padrões de conduta.

¹²² TOSCAN, Anissara. **Preclusão processual civil: estática e dinâmica**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

¹²³ SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão processual civil**. São Paulo: Atlas, 2005.

¹²⁴ MITIDIERO, Daniel. **Bases para construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo**. Tese (doutorado) Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2007.

Ademais, a cooperação pode ser tanto entendida como modelo de processo, quanto pode ser compreendida como princípio processual. Isso porque o modelo indica que a relação jurídica processual deve ser horizontal durante o debate e vertical apenas na tomada de decisão. Nesse sentido, o debate desenvolve-se entre partes e juiz. Assim, para operacionalizar o modelo, o princípio da cooperação sinaliza que o estado ideal de coisas a ser alcançado é o de dividir adequadamente o trabalho processual entre todos os sujeitos envolvidos, a fim de que surja uma resposta jurisdicional justa porque se baseia no que efetivamente debatido, evitando-se decisões-surpresa. Em decorrência disso, especialmente para o julgador, nasce o dever de esclarecimento, de diálogo, de prevenção e de auxílio¹²⁵. No modelo tradicional da preclusão, porém, não se considera o contraditório extensivo e muito menos se dele participou o julgador.

Em segundo lugar, a técnica da preclusão é predominantemente vinculada ao princípio da segurança jurídica, o que se faz a partir de duas perspectivas. Em primeiro lugar, em relação à finalidade pretendida, tem-se que a segurança deve ter por objetivo assegurar a previsibilidade do procedimento, o que se faz a partir da possibilidade de constante revisão dos critérios de validade do procedimento. Em segundo lugar, em relação ao modo de assegurar as situações jurídicas consolidadas, tem-se a impossibilidade de mudar ou de rediscutir o que ficou precluso¹²⁶.

Em referência à primeira perspectiva, nota-se o apego à noção de indisponibilidade das questões conhecíveis de ofício. Segundo se argumenta, tais questões devem ser objeto de revisão sempre que necessário, a fim de que o procedimento se mantenha hígido¹²⁷. No entanto, como amplamente registrado alhures, na perspectiva interna de segurança jurídica, objetiva-se assegurar as garantias fundamentais dos jurisdicionados, o que se faz a partir de uma visão flexível do procedimento para se adequar às variadas demandas que se apresentam no Poder Judiciário¹²⁸. Em razão disso, o procedimento se constrói a partir do contraditório e, com efeito, ultrapassadas

¹²⁵ MITIDIERO, Daniel. **A colaboração como modelo e como princípio no processo civil**. Revista de Processo Comparado, vol. 2, p. 83-97, jul./dez., 2015.

¹²⁶ RUBIN, Fernando. **A preclusão na dinâmica do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

¹²⁷ RUBIN, Fernando. **A preclusão na dinâmica do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

¹²⁸ OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Segurança jurídica e processo: da rigidez à flexibilização processual**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

determinadas etapas do processo, as situações jurídicas que se consolidaram devem ser mantidas como se fossem válidas, ao menos, *prima facie*¹²⁹.

Em referência à segunda perspectiva, observa-se que a segurança jurídica opera no sistema processual a partir da ideia de imutabilidade e de indiscutibilidade das situações jurídicas estabilizadas. Manter a estabilidade das situações jurídicas ultrapassadas é desejável, mas a realidade não é estática e, por vezes, situações imprevisíveis justificam modificações. Segundo a construção atual, porém, não existe espaço para pensar em hipóteses de modificação em razão de situações imprevisíveis. Nessa circunstância, segundo a doutrina tradicional, em caso de flexibilização da estabilidade, deixa-se ao sabor do temperamento do Poder Judiciário¹³⁰. Quer-se dizer que a segurança se apoia na discricionariedade do julgador.

Se a segurança jurídica se revela na medida em que as partes e o juiz têm condições calcular possíveis soluções para uma determinada situação jurídica, em nada se acomoda à segurança jurídica a técnica da preclusão enquanto dependente da discricionariedade do julgador, uma vez que a discricionariedade pressupõe uma decisão arbitrada conforme a perspectiva subjetiva do juiz, ou seja, incontrolável. Insegura¹³¹.

Ademais, a segurança jurídica comporta duas perspectivas ela própria. De um lado, na perspectiva interna, fala-se sobre a proteção das garantias fundamentais das partes. Na perspectiva externa, fala-se sobre a proteção do resultado decorrente do procedimento e, nessa perspectiva, há duas considerações importante: o respeito às decisões judiciais e o respeito à resposta jurisdicional em tempo razoável¹³². Como sustenta Paulo Mendes de Oliveira,

Pela sua dimensão externa, o processo civil deve ser conformado de maneira a propiciar aos cidadãos a garantia de que o direito material será respeitado e, se necessário, regularmente tutelado. Um processo

¹²⁹ CABRAL, Antônio do Passo. **Teoria das nulidades processuais no direito contemporâneo**. Revista de Processo, vol. 255/maio, 2016.

¹³⁰ TOSCAN, Anissara. **Preclusão processual civil: estática e dinâmica**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015; THEODORO JR., Humberto. **A preclusão no processo civil**. Revista dos Tribunais, v. 90, n. 784, p.11-28, fev., 2001.

¹³¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

¹³² OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Segurança jurídica e processo: da rigidez à flexibilização processual**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018

efetivo e tempestivo, portanto. É tal garantia de realização tempestiva dos direitos que viabiliza o pleno exercício da liberdade, conferindo-se a tranquilidade necessária de que os atos praticados no passado serão respeitados e o planejamento do futuro pode ser feito sem receios¹³³.

Nesse contexto, entende-se seguro o procedimento que resolve em tempo razoável a demanda judicial, o que não quer dizer resolver rápido ou devagar, mas trata-se de resolver no tempo necessário, de acordo com a complexidade da causa. Com efeito, parece defasada a forma tradicional de pensar a preclusão como medida para tornar célere o procedimento. A preclusão não tem a função de fornecer celeridade ao processo, mas, na verdade, tem o objetivo de estabelecer coerência processual. Nesse sentido, parece inoportuna a colocação da técnica preclusiva ao lado da celeridade, sendo mais adequado falar em eficiência processual.

A segurança jurídica como cognoscibilidade, confiança e calculabilidade é largamente ignorada na doutrina dedicada ao estudo da técnica da preclusão. Não era de se esperar menos da precária desenvoltura da técnica quando analisada do ponto de vista da segurança. Durante o desenvolvimento da presente pesquisa, observou-se que a técnica somente foi pensada tendo por referência o princípio da efetividade. Dessa forma, fica bem evidente que o instituto da preclusão guarda intimamente as duas primeiras fases metodológicas do processo civil: o rigor científico e a busca por efetividade jurisdicional¹³⁴. No entanto, não privilegia a segurança jurídica e os seus desdobramentos do ponto de vista interno e externo.

2.3. Dinâmica do processo a partir dos limites objetivos e subjetivos: determinadas posições jurídicas justificariam a existência ou não da preclusão?

O delineamento dos limites da preclusão tem íntima relação com as posições jurídicas das partes e do juiz no *iter* processual. Os interesses vinculados a cada uma das posições jurídicas justificam a possibilidade ou não de imprimir o caráter preclusivo sobre uma determinada atividade a ser promovida pelas partes ou pelo juiz. Contudo, nos

¹³³ OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Segurança jurídica e processo: da rigidez à flexibilização processual**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018

¹³⁴ Trata-se, portanto, da fase cientificista e da fase instrumentalista. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

moldes do modelo de processo civil, essas razões estruturantes da preclusão já não se sustentam, tampouco servem de sustentáculo para estabelecer os limites até então criados.

De início, observe-se a argumentação fundante do instituto da preclusão tal como atualmente preestabelecido. Em primeiro lugar, sustenta-se que o processo civil está acompanhado de interesses públicos e de interesses privados no decorrer do procedimento, de tal modo que se deve atomizar os atos processuais para saber de que tipo de interesse se encarregam. Em segundo, e em razão da distinção público-privada, aponta-se a existência de posições jurídicas disponíveis e indisponíveis, equivalente à possibilidade de preclusão ou não de uma determinada situação jurídica. Em terceiro e último, considera-se o processo uma atividade típica, portanto, somente atos lícitos podem ser objeto de preclusão, dentre os quais limita-se a preclusão aos ônus processuais¹³⁵.

Antes de dialogar com cada um dos argumentos, é fundamental uma palavra sobre a distinção entre ônus processuais e questões processuais. Segundo a doutrina tradicional, a preclusão recai sobre ônus processuais e sobre questões decididas incidentalmente no processo¹³⁶. Diante disso, questiona-se se a categorização realizada pelo mestre italiano e levada a cabo pelos doutrinadores refletiu a respeito da dimensão de cada uma dessas categorias. Isso porque a categoria de ônus processuais identifica uma atividade processuais por vez, enquanto a categoria de questões processuais identifica um complexo de atos processuais que conjuntamente resultam em uma decisão judicial. É notável a dificuldade de operar a técnica da preclusão ao distingui-la a partir de categorias não equivalentes. É apenas imaginar que no complexo de atos processuais realizados para formação de uma questão há evidentemente uma série de possíveis ônus processuais envolvidos¹³⁷.

Adentrando, a partir de agora, no âmbito dos argumentos que alicerçam a preclusão tradicionalmente, observa-se em primeiro a identificação do limite objetivo da preclusão a partir do interesse envolvido na situação jurídica processual objeto de análise.

¹³⁵ SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão processual civil**. São Paulo: Atlas, 2005.

¹³⁶ SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão processual civil**. São Paulo: Atlas, 2005.

¹³⁷ CABRAL, Antônio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis**. Salvador: Juspodivm, 2013.

Nesse sentido, tem-se que os interesses públicos não podem ser objeto de preclusão, enquanto os interesses privados podem. Para que seja possível a avaliação do interesse propriamente dito, atomiza-se uma determinada questão processual e identifica-se se o conteúdo dela é ou não de interesse público.

Tal construção, porém, desconsidera a construção do debate no modelo cooperativo, onde as questões debatidas envolvem diversos atos processuais que conjuntamente se enveredam para o mesmo fim: a resolução de mérito do processo. Do ponto de vista das partes, mesmo as questões conhecíveis de ofício são objeto de análise a partir de interesses estratégicos das partes. Do ponto de vista do juiz, há o dever de esclarecimento, de auxílio, de prevenção e de consulta. Todas as manifestações realizadas no decorrer do procedimento cooperam para o desenvolvimento válido do processo¹³⁸.

O dever de consideração nas decisões tomadas sugere que todas as manifestações realizadas no processo estimulam o produto da atividade jurisdicional. Diante dessa circunstância, não é possível atomizar as posições jurídicas, identificando-se o objeto da preclusão a partir do interesse público ou do interesse privado. Trata-se de momento de importante reflexão sobre a noção de interesse público no processo civil, tal como se fez na seara administrativa, onde se tem abraçado a tese de que não existe o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, uma vez que

se o ordenamento jurídico regula justamente uma relação de tensão (“Spannungsverhältnis”) entre o interesse público e o particular, bem exemplificada pela repartição de competência nos vários níveis estatais e pelo contraponto da instituição de direitos fundamentais, por sua vez só ajustável – com a ajuda de formas racionais de equidade – por meio de uma ponderação concreta e sistematicamente orientada, então a condição racional para o conhecimento do ordenamento jurídico deve ser outra, precisamente consubstanciada no postulado da unidade da reciprocidade de interesses (“Gegenseitigkeit Postulat”)¹³⁹.

¹³⁸ MITIDIERO, Daniel. **Bases para construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo**. Tese (doutorado) Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2007.

¹³⁹ ÁVILA, Humberto. **Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse público sobre o Particular.” In: Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público**. (Org. Daniel Sarmento). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

Argumenta-se que as questões conhecíveis de ofício, as questões de destacadas pelo legislador e, portanto, de interesse público, podem extinguir o processo sem resolução do mérito. Por esse motivo deve ser possível a reanálise enquanto durar a atividade judicante¹⁴⁰. Para quem se preocupa com a resolução mérito, porém, a perspectiva parece seguir o lado oposto. É exatamente em razão da possibilidade de extinguir o processo sem resolução do mérito que a possibilidade de reanálise não deve ser incentivada e, mais do que isso, deve ser impossibilitada. Isso porque se trata de uma ótima brecha para busca de vícios processuais na hipótese de iminente sucumbência. É o típico caso de ganhar a causa sem adentrar o mérito. Em outras palavras, na hipótese de vedar a preclusão sobre questões conhecíveis de ofício, alcança-se um sistema de invalidades fomentador de chicanas processuais e nulidades de algibeira.

Nesse sentido, interessante a reflexão de Fredie Didier Jr. ao questionar o fato de que as questões procedimentais (conhecíveis de ofício) não são objeto de preclusão, enquanto as questões resolvidoras do mérito (não conhecíveis de ofício) são objeto de preclusão. Parece um contrassenso, de modo que o autor faz a seguinte sugestão:

Há um dado curioso nesta discussão: não se nega a existência de preclusão em torno das questões de mérito já decididas (acolhimento da alegação de prescrição em relação a um dos pedidos, por exemplo), mas, em relação às questões de admissibilidade, se permite a rediscussão a qualquer tempo. Dá-se a essas últimas um tratamento diferenciado, como se fossem as questões mais relevantes a ser resolvidas pelo Judiciário, que estaria autorizado, mesmo já tendo manifestado a respeito, a voltar a discutir o tema e concluir pela inadmissibilidade do processo [...]. Parece haver uma intenção não revelada de permitir sempre a possibilidade de não enfrentamento do mérito, como se isso fosse o desejável, como se isso fosse o mais importante – ignorando o princípio da primazia da decisão de mérito, previsto no art. 4º do CPC¹⁴¹.

Ao que tudo indica, o Código de Processo Civil encampa o entendimento delineado. Basta observar que as questões conhecíveis de ofício – as questões

¹⁴⁰ TOSCAN, Anissara. **Preclusão processual civil: estática e dinâmica**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

¹⁴¹ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. Salvador: Jus Podivm, 2020.

procedimentais – podem ser objeto de negociação no curso do processo. O modelo cooperativo se baseia na construção da ordem a partir do diálogo, bem como na adequação do procedimento às circunstâncias específicas de uma demanda judicial. Tem-se pode objetivo uma justiça gerencial¹⁴². Por essa razão, além da liberdade para as partes e para o juiz conformarem o processo às necessidades da demanda, há também a possibilidade de o próprio Poder Judiciário construir técnicas de gerenciamento de demandas a partir de ato concertante entre juízes cooperantes¹⁴³. Ou seja, a ideia de indisponibilidade, de interesse público como sinônimo de matéria intocável, tem sido modificada para dar lugar à possibilidade de flexibilizações previsíveis, a fim de atender à efetiva resolução do mérito – real interesse do processo judicial.

Vale a pena ventilar também o argumento quanto à possibilidade de ação rescisória sobre questões processuais. Alguns autores argumentam que matérias que podem ser objeto de ação rescisória não devem ser objeto de preclusão no desenvolvimento do processo¹⁴⁴. Isso porque seria ineficiente um sistema que não permite a rediscussão ao longo do processo, mas, por outro lado, permite rediscutir após o trânsito em julgado. No entanto, é igualmente ineficiente um sistema que privilegia a rediscussão ilimitada das questões conhecíveis de ofício sem colocar sobre elas qualquer estabilidade. Considerando que o atual Código trabalha em prol da resolução de mérito, mesmo quando há a invalidação de uma determinada decisão judicial, não se quer dizer a anulação de todos os atos processuais, operando-se a conservação daqueles que podem ser aproveitados a partir da técnica da *translatio iudicij*¹⁴⁵.

Tem-se, portanto, que a distinção de matérias que podem ou não ser objeto de preclusão a partir da identificação de interesse público ou de interesse privado não se adequa ao modelo cooperativo e na verdade o contraria na medida em que dá privilégios a debates procedimentais e desprestigia a debate relativo à resolução de mérito.

¹⁴² OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Segurança jurídica e processo: da rigidez à flexibilização processual**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

¹⁴³ NETO, Camilo Amin Jreige; FILHO, Davi da Silva. **Ressignificação do princípio do juiz natural: a busca por uma jurisdição efetiva por meio de ato concertante para organizar demandas decorrentes da Covid-19**. Caderno Virtual, Brasília, v. 2, n. 47, Maio/Julho, 2020.

¹⁴⁴ TESHEINER, José Maria Rosa. **Elementos para uma teoria geral do processo**. São Paulo: Saraiva, 1993.

¹⁴⁵ CABRAL, Antônio do Passo. **Teoria das nulidades processuais no direito contemporâneo**. Revista de Processo, vol. 255/maio, 2016.

Ato contínuo, se não existe razão para distinção público-privada na análise do objeto da preclusão, não tem razão a análise do objeto da preclusão depender das posições jurídicas das partes e do juiz. Rememora-se que, segundo a versão tradicional, as posições jurídicas das partes e do juiz são sempre diferentes. Por um lado, as partes defendem interesse próprios; por outro lado, juiz defende interesses públicos. Os interesses próprios identificam-se com ônus processuais, equivalente à exclusão de um direito da parte – ou seja, preclusão. Os interesses públicos identificam-se com deveres processuais, que não podem ser objeto de preclusão.

Tal construção leva em consideração apenas uma das perspectivas em jogo: a das partes ou a do juiz. As decisões judiciais levam em consideração todo o debate perfilhado pelas partes e pelo juiz, constituindo-se a norma jurídica a partir dos elementos debatidos. Essa construção *trium personarum* afasta-se do *mihi factum tibi ius, dado tibi ius e iura novit curia*¹⁴⁶. Com efeito, deve-se considerar os atos processuais relevantes para formação da decisão, o que inclui as atividades promovidas pelas partes bem como aquelas promovidas pelo juiz. Trata-se de uma abordagem que pretende levar a sério a ideia de contraditório como influência, fomentando a consciência de que os atos processuais consolidados fundamentam os atos processuais futuros, motivo pelo qual os consolidados merecem respeito a fim de evitar surpresas. Vale a pena ter por referência a teoria de Goldschmidt, segundo a qual os atos devem ser analisados como estimulantes ou determinantes¹⁴⁷. Diante disso, não importa a característica de poder-dever, dever, direito, faculdade, ônus processuais a fim de definir o conteúdo estabilizado pela preclusão. A preclusão recai sobre todos os atos processuais, afinal, todos eles são dignos de boa-fé e de confiança, na medida em que inspiram expectativas legítimas.

Com efeito, desinteressada a natureza do ato processual para formação do conteúdo da preclusão, a técnica preclusiva passa a ter uma visão mais ampla da sua operacionalidade. Isso porque a técnica se baseia na teoria do fato jurídico, de tal modo que a preclusão pode ser encarada como efeito de um determinado fato qualificado

¹⁴⁶ MITIDIERO, Daniel. **Bases para construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo**. Tese (doutorado) Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2007.

¹⁴⁷ CABRAL, Antônio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis**. Salvador: Juspodivm, 2013.

relevante para o direito. Nada impede, portanto, a identificação de um ato ilícito como suporte fático da preclusão. Nesses termos, novamente, Fredie Didier Jr. com razão expõe

Cabe ao legislador determinar a eficácia jurídica que pretende ver produzida a partir de um fato jurídico. Nada impede que o legislador atribua uma mesma eficácia a um *ato lícito* e a um *ato ilícito*: veja, por exemplo, o dever de indenizar, que tanto pode decorrer de um ato ilícito (art. 186 do Código Civil) como de um ato lícito (art. 188, II, c/c art. 929 do Código Civil). Nem por isso esses atos têm a mesma natureza: embora tenham a mesma eficácia, são fatos jurídicos distintos, sendo a conformidade ao direito o critério distintivo¹⁴⁸.

Nesse contexto, portanto, o conteúdo objeto da preclusão não está dependente das posições jurídicas das partes. Não diz respeito a uma delas. Trata-se da conformação da situação jurídica a partir do diálogo entre todas elas. Com efeito, voltando para as origens teóricas da técnica preclusiva, observa-se uma mudança significativa na maneira de observar o processo. É de se rememorar que a preclusão, conforme a sistematização de Chiovenda, baseou-se no processo a partir de uma perspectiva privada, amparada nos ensinamentos de Oskar Von Bülow. Não é para onde se destina a atual construção da técnica, sendo mais provável sua identificação com o sentido público do processo empregado por Degenkolb, importando na avaliação da situação jurídica a partir de elementos de boa-fé objetiva. É possível afirmar também uma maior aproximação com a corrente doutrinária que sugere a preclusão sobre a situação jurídica processual, encapada por José Carlos Barbosa Moreira¹⁴⁹.

Dessa forma, torna-se possível concluir que a estrutura dos limites objetivos da preclusão merece reparos. Em primeiro lugar, considerando a dificuldade em distinguir interesses públicos e privados, mais oportuno seria que os limites objetivos da preclusão se referissem à situação jurídica processual como um todo. Em segundo, por consequência do primeiro, não é razoável a distinção utilizar-se das perspectivas isoladas de partes e do juiz para identificar quem é afetado pela preclusão, pois afeta a todos. Em

¹⁴⁸ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. Salvador: Jus Podivm, 2020.

¹⁴⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento**. 28. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010

terceiro, considerando a teoria do fato jurídico como fundamento da técnica da preclusão, não existe razão na limitação apenas aos atos lícitos, sendo plausível a preclusão decorrente de atos ilícitos, o que depende essencialmente da atividade legislativa.

2.4. Incoerência sistêmica: uma breve reflexão sobre a desnecessidade de restringir a preclusão aos limites da litispendência

A sistematização do fenômeno preclusivo descreve duas diferentes naturezas para a preclusão, sendo elas, por um lado, a natureza de efeito jurídico; por outro lado, de fato jurídico. Focalizando apenas na segunda natureza, a de fato jurídico, observa-se que a preclusão também gera efeitos próprios, os quais apenas vinculam-se ao processo em que ocorrida a preclusão, ou seja, da preclusão decorrem apenas efeitos endoprocessuais.

A discussão relativamente aos efeitos da preclusão conserva-se no sentido de que tais efeitos devem persistir apenas nos limites da litispendência. Isso porque a preclusão normalmente atinge apenas questões incidentais de caráter processual, que tradicionalmente encontram-se fora dos limites objetivos da coisa julgada material. Com efeito, como esclarece Bruno Garcia Redondo, “a única diferença entre coisa julgada formal e material refere-se, pois, ao conteúdo da decisão que foi estabilizada”¹⁵⁰. Nesse sentido, a coisa julgada formal abarcaria principalmente questões processuais, enquanto a coisa julgada material abarcaria as questões de mérito. Apenas para rememorar, coisa julgada formal é um fenômeno preclusivo que pode ser entendido como espécie de preclusão¹⁵¹.

No entanto, constringe o fato de que a preclusão apenas tenha aptidão para gerar efeitos endoprocessuais, uma vez que, a partir desta linha de raciocínio, as questões incidentais de natureza processual, que já foram decididas, podem ser objeto de rediscussão infinitamente. Nesse contexto, ao defender a construção de um sistema de estabilidades unificado, Antônio do Passo Cabral indaga

¹⁵⁰ REDONDO, Bruno Garcia. **Questões prejudiciais e limites objetivos da coisa julgada no novo CPC**. Revista de Processo, São Paulo: RT, a. 40, v. 248, out. 2015, p. 43-67.

¹⁵¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Preclusões para o juiz: pro iudicato e preclusão judicial no processo civil**. São Paulo: Editora Macedo, 2004.

A sentença que pronuncia a ilegitimidade *ad causam*, mesmo sendo uma decisão final, apenas por ser decisão puramente processual não seria abrangida pela coisa julgada material. Ora, significa então que a mesma questão pode ser levada novamente ao Judiciário, desde que em outro procedimento?¹⁵²

No Código de Processo Civil, porém, inovou-se significativamente em relação ao debate sobre a estabilização de questões incidentais decididas no decorrer do processo. Com efeito, no art. 503, §§1º e 2º, do CPC, reconhece-se a possibilidade de que questões prejudiciais sejam estabilizadas, irradiando efeitos endoprocessuais e extraprocessuais. Conforme expõe o Código, as questões prejudiciais se estabilizam a partir de três grandes critérios: (i) a questão prejudicial precisa ser debatida; (ii) o debate precisa de amplo contraditório; (iii) o juízo precisa ter absoluta competência para tratar do conteúdo controvertido¹⁵³.

Na cátedra de José Carlos Barbosa Moreira, explica-se que as questões são divididas em questões principais e questões prévias. As questões principais são aquelas que se referem ao objeto do pedido. As questões prévias se referem às questões que precisam ser resolvidas antes do objeto do pedido. Tais questões podem ser preliminares ou prejudiciais. Nesse sentido, por um lado, as preliminares são as questões procedimentais que convalidam a possibilidade de analisar o mérito, subdividindo-se em peremptórias e dilatórias. Por outro lado, as prejudiciais são as questões que influenciam a resolução do objeto do pedido, um antecedente lógico necessário¹⁵⁴.

Em relação ao conteúdo das questões prévias, Barbosa Moreira afirma que

Uma questão prévia – e o mesmo se dirá da questão a ela subordinada – pode dizer respeito ao processo, à ação ou ao mérito, sem que essa característica, relevantíssima de outros pontos-de-vista, nos esclareça sobre a função que a questão prévia exerce como tal, isto é, sobre a natureza de sua relação com a questão subordinada. Mas se é precisamente essa relação, e só ela, que a faz prévia, que justifica o

¹⁵² CABRAL, Antônio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis**. Salvador: Juspodivm, 2013.

¹⁵³ REDONDO, Bruno Garcia. **Questões prejudiciais e limites objetivos da coisa julgada no novo CPC**. Revista de Processo, São Paulo: RT, a. 40, v. 248, out. 2015, p. 43-67.

¹⁵⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Questões Prejudiciais e Coisa Julgada**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1967.

caráter prioritário da sua solução, a luz projetada não atingiu ainda o essencial¹⁵⁵.

Tal entendimento justifica a afirmação de que a questão prejudicial pode ser tanto um conteúdo de teor procedimental, quanto um conteúdo de teor material. Dependerá, principalmente, do objeto do pedido. Por esse motivo, ao enfrentar o tema de cognição judicial, Fredie Didier Jr. afirma que

Quando uma questão, que inicialmente era processual, compõe o mérito, haverá outras questões processuais que serão questões de admissibilidade. Essa observação é importante, pois, sendo questão de mérito de um procedimento principal um pressuposto processual, a sua análise estará apta a ficar imune com a coisa julgada material. O mérito de um procedimento pode ser composto exclusivamente por questões que anteriormente eram processuais. A partir do momento em que se torna o objeto litigioso do processo, a questão deixa de ser processual e passa a ser uma questão material ou de mérito¹⁵⁶.

Ao que tudo indica, o Código permite que as questões processuais decididas também sejam objeto de estabilidade, evitando-se a renovação de demandas idênticas e a consequente possibilidade de decisões diferenciadas em detrimento da segurança do sistema jurídico. Assim, na hipótese de ter-se extinto o processo sem resolução do mérito e ainda persistir o interesse em avançar sobre o mérito, deve-se propor a demanda com as necessárias modificações a fim de que se supere a estabilidade formada. Com base no Código de Processo Civil, tal afirmação se confirma ao observar o que dispõe o art. 486, §1º, do CPC¹⁵⁷.

Finalmente, nas hipóteses de cabimento da ação rescisória, o Código sublinha a possibilidade de rescisão de decisões terminativas, desde que a questão processual impugnada impeça nova propositura da demanda ou a admissibilidade do recurso correspondente. Como assinala Rodrigo Barioni, “o CPC/15 inova, no §2º do art. 966, ao permitir a rescindibilidade de decisão que, embora não seja de mérito, impeça a ‘nova

¹⁵⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Questões Prejudiciais e Coisa Julgada**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1967.

¹⁵⁶ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. Salvador: Jus Podivm, 2020.

¹⁵⁷ O pronunciamento judicial que não resolve o mérito não obsta a que a parte proponha de novo a ação. § 1º No caso de extinção em razão de litispendência e nos casos dos incisos I, IV, VI e VII do art. 485, a propositura da nova ação depende da correção do vício que levou à sentença sem resolução do mérito.

propositura da demanda””. Tal disposição normativa confirma a existência de estabilidade das questões processuais decididas, bem como estabelece hipóteses específicas para o cabimento da ação autônoma de revisão para referida estabilidade¹⁵⁸.

Dessa forma, no atual Código de Processo Civil, prevê-se a estabilização de questões processuais, motivo pelo qual revela-se imprescindível rediscutir o alcance dos efeitos da preclusão para além dos limites da litispendência, evitando-se que questões processuais idênticas, envolvendo os mesmos litigantes, venham ter tratamento diferenciado sem qualquer critério distintivo. Dessa maneira, indica-se que o dogma dos efeitos endoprocessuais tem sido gradualmente derretido pelo sistema processual brasileiro. Se inegavelmente questões processuais decididas alcançam efeitos extraprocessuais, faz sentido passar a discutir os possíveis efeitos extraprocessuais decorrentes do efeito da preclusão.

3. Remodelagem do instituto da preclusão: necessária construção racional de condições para manutenção e superação da estabilidade

Um procedimento complexo que pretende resolver relações humanas precisa de hipóteses de flexibilização a fim de se adequar à realidade demandada judicialmente, como reiteradas vezes se afirmou no decorrer deste trabalho. Nesse contexto, o debate principal está relacionado aos mecanismos formais contedores de arbitrariedades no percurso dessas possíveis flexibilizações. É quase como dizer que se debate a criação de formalidades para flexibilização de outras formalidades processuais.

Rememora-se que o formalismo processual cuida de importante elemento na formação do procedimento judicial, uma vez que estabelece diretrizes claras sobre como e de que modo se desenvolverá etapa por etapa do debate em relação ao objeto litigioso. Trata-se do estabelecimento das orientações fundamentais para o desenvolvimento de um devido processo legal, fortalecendo a liberdade dos litigantes ao passo que os permitem a previsão de estratégias para defesa de seus interesses¹⁵⁹.

¹⁵⁸ BARIONI, Rodrigo. **Da ação rescisória**. In *breves comentários ao novo código de processo civil*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

¹⁵⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2009.

Diante dos avanços nos debates doutrinários e na prática forense, no Estado Constitucional, consignou-se que o devido processo legal se desenvolve a partir de um modelo cooperativo que privilegia a formação de um procedimento dialogal, em que juiz e partes trabalham conjuntamente em prol de um resultado que resolve o problema demandado a partir do efetivo debate elaborado nos autos¹⁶⁰.

Dessa maneira, para qualquer situação e, em especial para os casos de flexibilização de uma estabilidade no processo, tem-se que um processo judicial depende de cooperação entre juiz e partes, que inspire um contraditório efetivo, confiança nos atos processuais realizados e respeito à autonomia individual das partes¹⁶¹.

Além do mais, as estabilidades nada mais são do que uma proteção que imuniza as etapas ultrapassadas no decorrer do *iter* processual, de modo que as decisões tomadas se tornam tendencialmente imunes a modificações. Se tais decisões foram tomadas a partir de amplo contraditório, nada mais relevante do que considerar que a modificação de uma questão decidida depende da análise dos argumentos desenvolvidos e que fundamentaram referida decisão¹⁶².

Com efeito, a seguir, em primeiro lugar, pretende-se demonstrar que o ordenamento jurídico brasileiro contribui para uma visão de coerência processual, legitimando modificações em momentos específicos; em segundo, pretende-se apresentar os vetores interpretativos da estabilidade, bem como a forma de analisar os esquemas argumentativos de uma situação jurídica estabilizada; em terceiro, com base nos vetores interpretativos, apresenta-se um critério que justifica a mudança de uma posição estável.

3.1. A necessidade da existência de condições objetivas para superação da preclusão como estabilidade processual

¹⁶⁰ MITIDIERO, Daniel. **Bases para construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo**. Tese (doutorado) Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2007.

¹⁶¹ OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Segurança jurídica e processo: da rigidez à flexibilização processual**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

¹⁶² CABRAL, Antônio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis**. Salvador: Juspodivm, 2013.

No século XIV, navegadores que voltavam da Ásia à Europa trouxeram consigo uma doença mortal. Transmitida originariamente por pulgas parasitárias de ratos, a bactéria *Yersinia pestis* contamina o ser humano e passa a ser compartilhada a partir de secreções corporais ou pelas vias respiratórias. Em razão da facilidade de transmissão, não demorou muito para se espalhar pelo continente. Em dois anos espalhou-se pela Europa e foi vencida no século XVIII¹⁶³.

No século XXI, em 2020, confirmou-se a presença de um vírus que contamina seres humanos e que, dentre outras consequências, causa pneumonia aguda nos contaminados. Uma doença também mortal. Em pouco menos de três meses, todos os continentes do planeta relatavam contaminações. Alguns meses após a deflagração da doença, desenvolveram vacinas e em 2021 milhões de pessoas já a receberam ao redor do mundo e alguns países já erradicaram a doença¹⁶⁴.

Isso demonstra como as relações humanas aceleraram. O intercâmbio de informação, de pessoas, de coisas pelo mundo depende de segundos, minutos ou horas. Não se fala em dias, semanas ou anos. O imediatismo é constante. Assim, o mundo tem se reinventado rapidamente. A ressignificação do tempo e do espaço é notável. Diante das rápidas mudanças no mundo, Zygmunt Bauman sustenta que as relações humanas atualmente podem ser retratadas a partir do conceito de líquidos, uma vez que

[...] não fixam o espaço nem prendem o tempo. Enquanto os sólidos têm dimensões espaciais claras, mas neutralizam o impacto e, portanto, diminuem a significação do tempo (resistem efetivamente a seu fluxo ou o tornam irrelevante), os fluidos não se atêm muito a qualquer forma e estão constantemente prontos (e propensos) a mudá-la; assim, para eles, o que conta é o tempo, mais do que o espaço que lhes toca ocupar; espaço que, afinal, preenchem apenas “por um momento”¹⁶⁵.

¹⁶³ SILVA, Daniel Neves. **Peste negra**; Brasil Escola. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/historiag/pandemia-de-peste-negra-seculo-xiv.htm>. Acesso em 27 de abril de 2021.

¹⁶⁴ MARQUES, Rita de Cassia; SILVEIRA, Anny Jackeline Torres; PIMENTA, Denise Nacif. **A pandemia de covid-19: interseções e desafios para a história da saúde e do tempo presente**. In: *Coleção História do Tempo Presente*, vol. III. Disponível em: [https://portal.fiocruz.br/sites/portal.fiocruz.br/files/documentos/a-pandemia-de-covid-19_intersecoes-e-desafios-para-a-historia-da-saude-e-do-tempo-presente.pdf]. Acesso em: 27.04.2021.

¹⁶⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

Na função de ordenar a sociedade, o sistema jurídico precisa de aderência à realidade¹⁶⁶. Reconhecer a existência de uma sociedade em constante estado de mudança torna-se fundamental para elaborar normas jurídicas capazes de assegurar as garantias e os direitos dos cidadãos. Isso quer dizer que se faz necessária a existência de mecanismos jurídicos capazes de lidar com mudanças circunstanciais na medida em que as relações humanas podem mudar rapidamente.

No tempo do discurso liberal, a ideia de assegurar as garantias e os direitos dos cidadãos relaciona-se à solidez das tomadas de decisão no sentido de se tornarem imutáveis e indiscutíveis. A segurança estava em cristalizar situações jurídicas para sempre. Mas a instabilidade dos tempos atuais não se adequa muito bem aos contornos de uma ordem rígida, que apenas cristaliza formalmente as relações humanas como se elas não se modificassem na realidade¹⁶⁷.

Uma ordem jurídica rígida num momento histórico de grande flexibilidade parece encontrar um estado não ideal de coisas: a imprevisibilidade. Isso porque as estabilidades jurídicas, sob o signo da imutabilidade e da indiscutibilidade, não favorecem uma visão clara a respeito do futuro de relações humanas mutáveis, por que são inaptas à rediscussão¹⁶⁸.

No discurso constitucional, o desenvolvimento das normas jurídicas depende de um diálogo intenso entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário. Isso porque o texto legislativo depende da interpretação jurídica para que se extraia o comando normativo que resolve um determinado problema deduzido em juízo. Em tempos de rápida transformação social, os textos legislativos são desenvolvidos a partir de uma textura aberta, permitindo que o julgador tenha melhores condições de adequar o ordenamento jurídico às peculiaridades das demandas judiciais. Nesse sentido, Daniel Mitidiero afirma que

¹⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. 7. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

¹⁶⁷ OSNA, Gustavo. **Do “ceticismo moderado” ao “panprocessualismo”: atando as pontas por um processo real**. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 02/09/2016.

¹⁶⁸ OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Segurança jurídica e processo: da rigidez à flexibilização processual**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

as normas jurídicas passam a ser vistas como o resultado de uma colaboração entre o legislador e o juiz a partir de elementos textuais e não textuais da ordem jurídica e a interpretação jurídica deixa de ser encarada como uma atividade puramente cognitivista¹⁶⁹.

É possível dizer que a conformação do direito que informa o padrão de conduta ideal para sociedade perpassa necessariamente as vias processuais. Trata-se, de um modo geral, de uma aproximação à tese Kelseniana quanto à constituição do direito nos Tribunais¹⁷⁰. Notadamente, se não era uma necessidade, tornou-se essencial que o procedimento tenha condições de traduzir a realidade de maneira fidedigna. Uma verdade formal, a verdade dos autos apenas, não é interessante para um direito processual que assegura quais são as normas jurídicas regentes da sociedade.

Na seara processual, é fácil perceber o problema do desencontro entre a realidade e a formalidade jurídica a partir do instituto da coisa julgada. Nos moldes tradicionais, a coisa julgada representa a qualidade da decisão transitada em julgado que não pode ser modificada e muito menos rediscutida. No entanto, se existirem mudanças no contexto fático que justifiquem a compreensão de que se trata de nova relação jurídica, torna-se possível a rediscussão e a consequente modificação do que decidido a fim de que o direito acomode adequadamente a realidade dos jurisdicionados. Por exemplo, Paulo Mendes de Oliveira apresenta um problema esclarecedor:

Pense-se na hipótese de um trabalhador obter decisão transitada em julgado ao seu favor, reconhecendo que, pelo fato de trabalhar com determinado produto químico, tem direito ao recebimento de um adicional de insalubridade. Diante desse quadro, caso o empregador deixe de utilizar tal substância nas suas atividades, seria possível cogitar que o trabalhador ainda titulariza o direito reconhecido na decisão antes referida e, com base no julgado, exija que a empresa continue honrando com o incremento salarial?¹⁷¹

¹⁶⁹ MITIDIERO, Daniel. **A colaboração como modelo e como princípio no processo civil**. Revista de Processo Comparado, vol. 2, p. 83-97, jul./dez., 2015.

¹⁷⁰ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 8. Ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

¹⁷¹ OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Coisa julgada e precedente: limites temporais e as relações jurídicas de trato continuado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

No mesmo sentido, o ordenamento jurídico brasileiro prevê um sistema de precedentes obrigatórios. Isso quer dizer que determinadas decisões proferidas pelo Poder Judiciário vinculam os demais julgadores, tornando-os obrigados a observar a norma jurídica se tiverem um caso semelhante em mãos. No caso de modificação do entendimento jurisprudencial, o art. 927, §3º, do CPC, dispõe que *pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica*.

No caso de mudança de jurisprudência dominante, torna-se essencial observar a possibilidade de modulação dos efeitos a fim de que a transição de um estado jurídico para o outro seja suave. Trata-se, portanto, de uma flexibilização da eficácia retroativa das decisões judiciais, a fim de que mudanças no contexto jurídico não prejudiquem as relações humanas até então orientadas pelas normas jurídicas estabelecidas antes da modificação jurisprudencial¹⁷².

Perseguindo o mesmo raciocínio, as atualizações da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro (LINDB) informam preocupações a respeito da capacidade de controlar juridicamente as possíveis mudanças no decorrer de um procedimento, bem como a necessidade de preservar situações jurídicas anteriores às modificações. Observe-se:

Art. 23. **A decisão** administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, **deverá prever regime de transição** quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais

Art. 24. **A revisão**, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado **levará em conta as orientações gerais da época**, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas¹⁷³.

As reformulações do direito brasileiro a fim de que se adeque à realidade procuram trazer a possibilidade de o procedimento acompanhar mudanças naturais que

¹⁷² PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

¹⁷³ Destaques do autor.

acontecem na medida em que as relações humanas se desenvolvem. Isso não quer dizer, porém, ausência de segurança jurídica. Ao contrário, trata-se de fornecer mecanismos processuais capazes de aferir quando e de que modo devem ser feitas modificações em situações jurídicas consolidadas, o que significa também a possibilidade de aferir quando não deve haver modificação.

A preclusão é uma estabilidade jurídica no processo. Trata-se de proteção às situações jurídicas consolidadas incidentalmente, impedindo-se a repetição de atos processuais, bem como impede a realização de atos processuais de forma extemporânea ou a realização de atos processuais contraditórios. É fundamental, portanto, a configuração de rotas seguras para as hipóteses de superação dessa estabilidade, especialmente se houver questões processuais capazes de extinguir o processo sem resolução do mérito.

3.1.1. O caráter excepcional da superação da preclusão como estabilidade processual

A estabilidade processual tem por finalidade assegurar manutenção das situações jurídicas consolidadas, privilegiando a coerência dos atos processuais realizados no decorrer do procedimento. Em razão disso, nada mais oportuno do que identificar a estabilidade como uma regra jurídica, uma vez que a estabilidade predetermina uma consequência específica na ultrapassagem de uma etapa do processo, identificada com a formação de uma decisão judicial, que é a impossibilidade de rediscutir o que ficou decidido¹⁷⁴.

Rememora-se que as regras jurídicas são caracterizadas exatamente por estabelecerem uma conduta específica para determinadas situações da vida, inclusive situações processuais. A previsão de um comportamento específico tem por objetivo orientar a conduta de todos os jurisdicionados, motivo pelo qual uma regra jurídica se conforma para atender ao público em geral. Portanto, em regra, deve-se privilegiar as

¹⁷⁴ ¹⁷⁴ TOSCAN, Anissara. **Preclusão processual civil: estática e dinâmica**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

consequências previstas, sendo as exceções à regra casos dependentes de condições especiais¹⁷⁵.

Nesse sentido, conforme dispõe Paulo Mendes de Oliveira

a superação de regras constitui delicada exceção à necessidade de sua observância, não podendo ser realizada de maneira aleatória e sem critérios bem definidos, sob pena de transformar o direito processual, consoante já alertado, em uma mera referência, tornando-se facultativa a sua observância¹⁷⁶

Nesse contexto, segundo Humberto Ávila, a superação de regras depende da análise de dois requisitos: um, material; outro, procedimental. Em relação ao requisito material, observa-se a correspondência entre a promoção do valor subjacente à regra e a solução pretendida, bem como se a solução pretendida pode ser generalizável. Em relação ao requisito procedimental, trata-se do percurso a ser perseguido para comprovar a condição de superabilidade, que consiste em quatro passos: (i) demonstração da incompatibilidade entre a hipótese da regra e a sua finalidade subjacente; (ii) demonstração de que o afastamento da regra não provocará expressiva insegurança jurídica; (iii) apresentação de razões condizentes; (iv) comprovação das razões mediante documentos probatórios¹⁷⁷.

Em outras palavras, a superação da regra geral ocorre apenas nos casos em que a concretização da conduta prevista não equivalha à concretização finalidade pretendida pela regra. Nesse sentido o modo de aplicação de regra não está totalmente condicionado pela descrição do comportamento, mas, às vezes, depende de circunstâncias

¹⁷⁵ Os sujeitos integrantes de uma sociedade habitualmente possuem o comportamento de categorizar aquilo que os cerca, apresentando determinadas propriedades e singularidades de sujeitos e objetos. Schauer aponta para o fato da simultaneidade das categorias, demonstrando, assim, uma maleabilidade e um amplo espectro de descrição. De acordo com o autor, não se trata de categorias que se sobrepõem umas às outras, mas sim de uma gama complexa utilizada para descrever algo ou alguém. Consequentemente, um acontecimento poderá afetar inúmeras categorias em que determinado sujeito se encontra. Quando generalizamos não vemos os indivíduos de maneira isolada, mas sim como membros de determinadas classes. DA ROSA, Natalia Amaral. **Filosofia e regras jurídicas: uma análise do problema da sub e sobreinclusão em Frederick Schauer**. Dissertação de mestrado. Programa de pós-graduação em filosofia, área de concentração Filosofia Teórica e Prática, linha de pesquisa Análise da Linguagem e Justificação da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, RS), 2019.

¹⁷⁶ OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Segurança jurídica e processo: da rigidez à flexibilização processual**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

¹⁷⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

e de argumentos. Por exemplo, observe-se o caso do taxista que ultrapassa a velocidade de trânsito e comprova documentalmente que carregou uma pessoa gravemente ferida para o hospital. De fato, “embora tenha sido concretizada a hipótese normativa, o aplicador recorre a outras razões, baseadas em outras normas, para justificar o descumprimento daquela regra”¹⁷⁸. Dessa forma, observa-se que as regras jurídicas só podem ser superadas a partir de critérios específicos que têm o condão de proteger as próprias finalidades que elas pretendem concretizar.

No caso da estabilidade processual, portanto, há de se observar os vetores interpretativos que a sustentam no modelo cooperativo, a fim de que as condições de superabilidade estejam aptas a fomentar a finalidade de segurança jurídica processual – que se supõe não apenas a partir da coerência formal, mas sim a partir de uma coerência material, que pode ser traduzida como aderência do processo à realidade.

3.2. Construção de critérios objetivos para superação da preclusão como estabilidade processual

3.2.1. Vetores interpretativos: contraditório forte, boa-fé e autonomia das partes no processo

A análise de reavaliação das situações jurídicas depende de uma análise que se sustente no modelo cooperativo, que, por sua vez, sustenta-se na fórmula do diálogo efetivo. Nesse contexto, há três elementos fundamentais para aferir a validade da situação jurídica acobertada pela estabilidade processual, os quais são: o princípio do contraditório, da boa-fé processual e da autonomia das partes.

Em relação ao princípio do contraditório, o legislador Constituinte prevê que o devido processo legal (art. 5º, LIV, CF) depende do contraditório (art. 5º, LIV, CF). Por sua vez, o legislador ordinário densifica os comandos constitucionais ao dispor que compete ao juiz preservar o efetivo contraditório (art. 7º, CPC).

¹⁷⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

A dedicação normativa em relação ao referido princípio não é sem razão. O objetivo de preservá-lo se fundamenta na própria natureza humana que depende do diálogo para se desenvolver e, principalmente, para resolver problemas em conjunto. Um procedimento que privilegia a resolução de questões a partir de um terceiro imparcial, naturalmente, depende de alguém que apresente um problema e, se se trata de um problema envolvendo mais de uma pessoa, evidentemente todas precisam ser ouvidas para construir o objeto de análise.

Nas primeiras acepções do princípio do contraditório, o seu conteúdo pressupõe dois elementos: informação e reação. Tal como a terceira Lei de Newton, tem-se em mente a possibilidade de falar e de responder, de atacar e de se defender, de acusar e de se defender da acusação. Nesse sentido, em relação à informação, supõe-se que só é possível conversar sobre aquilo de que se tem ciência. Isso quer dizer que é fundamental que a parte tenha condições de ter ciência dos atos processuais realizados, a fim de que possa reagir a eles. Ato contínuo, em relação à reação, tem-se em mente a possibilidade de se manifestar a favor ou contra o que se tomou ciência¹⁷⁹.

Como afirma Fredie Didier Jr., trata-se de uma dimensão formal do princípio do contraditório, em que a preocupação se vincula apenas à constatação da dinâmica inerente a qualquer diálogo: a possibilidade de falar (informação) e de responder (reação). Na perspectiva do procedimento, portanto, tem-se como enfoque apenas a atividade realizada pelas partes¹⁸⁰.

A dimensão formal do princípio do contraditório encontra respaldo no modelo liberal de processo, em que o papel das partes se justifica no brocardo *mihi factum, dado tibi ius*, segundo o qual as partes têm o dever de apenas trazer os fatos para que recebam a resolução declarada pelo juiz – que supostamente sabe integralmente o direito, conforme o brocardo *iura novit curia*. Dessa forma, as informações trazidas pelas partes e as

¹⁷⁹ DIDIER JR., Fredie. **Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010

¹⁸⁰ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. Salvador: Jus Podivm, 2020.

respectivas reações a cada uma delas resultam em elementos persuasivos para o livre convencimento do julgador – mas não precisam ser levados em consideração¹⁸¹.

A dimensão formal do contraditório não fornece uma resposta jurisdicional congruente, tendo em vista que informação e reação não são necessariamente consideradas na decisão do julgador. Nesse sentido, tendo em vista que o Código de Processo Civil de 1973 se referia ao princípio do contraditório apenas na sua dimensão formal¹⁸², Ronaldo Bretas Carvalho Dias afirma que o procedimento passava pelo complexo de Magnaud¹⁸³.

Nesse sentido, em busca de um contraditório efetivo, além da perspectiva das partes, buscou-se avaliar o papel do juiz em relação ao contraditório. Nesse sentido, desenvolveu-se mais um elemento fundamental: influência. Trata-se da dimensão substancial do contraditório. A partir do novo elemento, passa-se a entender que o diálogo (informação-reação) deve ser levado em consideração nas decisões judiciais, de forma que influencie efetivamente o julgamento¹⁸⁴.

Dessa maneira, o princípio do contraditório revela uma nova dinâmica que pode ser compreendida da seguinte forma: (i) as partes devem ser informadas (informação); (ii) o juiz tem o dever de informá-las (oportunidade); (iii) e, quando

¹⁸¹ João Roberto Machado Neves de Oliveira. **As vertentes do princípio do contraditório no código de processo civil**. Revista de Processo, vol. 217, setembro, 2017.

¹⁸² Como explica João Roberto Machado Neves de Oliveira, “a ausência de manifestação do magistrado sobre os argumentos levantados pela parte sucumbente não incorria em negativa de prestação jurisdicional. Para tanto, bastava a demonstração de que a fundamentação lançada era suficiente para decidir a controvérsia colocada. OLIVEIRA, João Roberto Machado Neves de. **As vertentes do princípio do contraditório no código de processo civil**. Revista de Processo, vol. 271, p. 101-120, setembro, 2017.

¹⁸³ Jean-Marie Bernard Magnaud foi o juiz que, na França, presidiu o Tribunal de Primeira Instância de Châteu-Thierry no período de 1899 a 1904, cujos julgamentos se tornaram célebres, mas assim sobressaindo porque subvertiam a ordem jurídica. Almejava ser o bom juiz, clemente com os miseráveis e severo com os poderosos. Apesar de bem redigidas, suas sentenças, muitas vezes, eram distanciadas das fontes do direito, sem qualquer preocupação com regras e princípios jurídicos, com a doutrina ou com jurisprudência. Algumas decisões por ele lavradas revelavam incerteza e insegurança jurídicas, formulando regras apoiadas unicamente no sentimentalismo e nos seus juízos e opiniões pessoais, que variavam em cada situação apreciada, ainda que semelhantes os casos julgados. Essas decisões assim proferidas simbolizavam anarquia jurídica, porque levavam em conta a classe, a mentalidade religiosa ou a ideologia política das pessoas que postulavam a jurisdição. Ao ditar suas sentenças, comportava-se Magnaud como se fosse a própria encarnação do direito, um misto de legislador, de vidente, de apóstolo e de evangelizador, dir-se-ia espécie mitológica do Juiz-Zeus. OLIVEIRA, João Roberto Machado Neves de. **As vertentes do princípio do contraditório no código de processo civil**. Revista de Processo, vol. 271, p. 101-120, setembro, 2017.

¹⁸⁴ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. Salvador: Jus Podivm, 2020.

informadas, têm a ônus de se manifestarem a respeito da informação transmitida (manifestação); (iv) finalmente, ao fundamentar a decisão, o juiz tem o dever de considerar as manifestações trazidas e debatidas (consideração).

O princípio do contraditório e o princípio da cooperação se apresentam como complementares. Do ponto de vista da oportunidade e da manifestação, delineado no princípio do contraditório, observam-se os deveres de esclarecimento, diálogo, prevenção e de auxílio insculpidos no princípio da cooperação.

Além do mais, quando as manifestações são levadas em consideração para resolução conjunta de partes e juiz, os comportamentos processuais passam a ser reflexivos, o que quer dizer que cada um dos atos processuais influencia a todos os sujeitos na produção do ato seguinte, criando uma cadeia de autovinculação argumentativa. Por isso, os atos processuais não podem ser analisados individualmente, mas dentro do contexto de vínculos argumentativos que o levaram à existência¹⁸⁵.

Diante disso, todos os atos processuais são relevantes – inclusive o silêncio. Atos omissivos, por muito tempo, foram considerados como indiferentes. No entanto, como ressalta Bruno Redondo Garcia, ao criticar a vedação à proteção da coisa julgada sobre questões prejudiciais em casos de julgamento ocorridos à revelia do réu,

o direito de expressão – é apenas um dos aspectos do contraditório – consiste em mera *faculdade* das partes. É possível interpretar o silêncio, por diversas vezes, como uma forma de *manifestação intencional* de vontade. Além disso, a inércia, enquanto um não fazer, apresenta-se como *conduta* processual (omissiva). Sendo o silêncio uma forma de exteriorização de vontade e, a omissão, uma conduta, a ausência de resposta não reflete, obrigatoriamente, uma ausência de contraditório¹⁸⁶.

Dessa forma, preservam-se as situações jurídicas consolidadas a partir da confiança que se deposita nas manifestações processuais, motivando a coerência nas

¹⁸⁵ CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, influência e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

¹⁸⁶ REDONDO, Bruno Garcia. **Questões prejudiciais e limites objetivos da coisa julgada no novo CPC**. Revista de Processo, São Paulo: RT, a. 40, v. 248, out. 2015, p. 43-67.

manifestações futuras se comparadas às manifestações passadas. Um dos benefícios dessa configuração procedimental é apresentada por João Roberto Machado Neves de Oliveira ao afirmar que

O contraditório, em sua vertente da concessão de oportunidade, ganha relevância quando verificada questão prejudicial cognoscível de ofício, situação em que a atuação oficiosa do magistrado deve ser limitada justamente em razão do princípio aqui amplamente debatido, não permitindo que o processo seja palco de armadilhas¹⁸⁷.

Diante disso, um dos critérios fundamentais para identificar a necessidade de revisão de atos processuais consolidados está na observação do contraditório forte, privilegiando o que decidiram as partes e o juiz durante o diálogo. Assim, firma-se a impossibilidade de revisar uma situação jurídica consolidada se estabilizada em conformidade com o contraditório.

Ato contínuo, no curso do processo, a coerência nas manifestações realizadas pelas partes e nas decisões definidas pelo juiz só poderá ser aferida adequadamente a partir de uma análise de boa-fé objetiva, segundo a qual os atos processuais devem ser realizados de acordo com a honestidade, lealdade e probidade.

Em todas as relações humanas, jurídicas ou não jurídicas, a boa-fé aborda a ideia de que as pessoas devem agir com honestidade, lealdade e probidade. Um instituto cujo conteúdo guarda relação direta com o estudo da ética, de modo que, Rui Stoco, ao citar Agnes Heller, afirma que a boa-fé tem relação direta com a própria noção de humanidade, uma vez que se trata de

ser o homem um animal que saiu da esfera da regulação pelos instintos e foi compelido a definir, ele próprio, regras para seu agir individual e coletivo, nisso residindo, precisamente, sua humanidade¹⁸⁸.

¹⁸⁷ OLIVEIRA, João Roberto Machado Neves. **As vertentes do princípio do contraditório no Código de Processo Civil**. Revista de Processo, vol. 271, setembro, 2017.

¹⁸⁸ STOCO, Rui. **Abuso do direito e má-fé processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

No mundo jurídico, por sua vez, alguns autores sustentam que a boa-fé é decorrência do objetivo constitucional de construir uma sociedade livre, justa e solidária¹⁸⁹. Em específico, no universo jurídico processual, defende-se a ligação da boa-fé ao princípio do contraditório¹⁹⁰, bem como ao princípio da cooperação¹⁹¹. Há também quem defenda a boa-fé como decorrência do princípio do devido processo legal¹⁹².

A partir dessas construções, observa-se que a boa-fé foi relegada ao papel de produto de um determinado princípio. No entanto, o fato de ser produto de uma diversidade de princípios revela que, na verdade, possivelmente a boa-fé pode ser compreendida ela mesma como um ideal que inspira todas as relações jurídicas. Com efeito, considerando que a boa-fé é uma constante nas relações em geral, não existe razão de colocá-la como produto de um princípio específico. Não deve nem sequer ser considerada um princípio, *a priori*, tendo em vista que a boa-fé pode ser caracterizada como um pressuposto essencial de todas as relações jurídicas. Trata-se, portanto, de um postulado¹⁹³.

Como um estado ideal de coisas a ser alcançado no processo civil, Rafael Wobeto Pinter justifica que a boa-fé processual deriva de um princípio geral de boa-fé. A operacionalização do princípio da boa-fé, segundo o autor, faz-se a partir da aplicação do princípio da igualdade, de forma que funciona como “mecanismo de efetiva compensação da desigualdade entre todos os participantes de uma relação interpessoal”¹⁹⁴. Além da igualdade, cumpre ressaltar a presença do princípio da segurança jurídica, uma vez que a boa-fé se vale do cumprimento de expectativas legítimas¹⁹⁵.

¹⁸⁹ VICENZI, Brunela Vieira de. **A boa-fé no processo civil**. São Paulo: Atlas, 2003.

¹⁹⁰ CABRAL, Antônio do Passo. **"O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva"**. Revista de Processo. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

¹⁹¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2009.

¹⁹² DIDIER JR., Fredie. **Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010

¹⁹³ ÁVILA, Humberto. **Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse público sobre o Particular.” In: Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público**. (Org. Daniel Sarmento). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

¹⁹⁴ PINTER, Rafael Wobeto. **A boa-fé no processo civil e o abuso de direitos processuais**. Revista de Processo, vol. 253, março, 2016.

¹⁹⁵ CABRAL, Antônio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis**. Salvador: Juspodivm, 2013.

Por um lado, a boa-fé implica na realização de atos honestos. Por outro lado, serve convenientemente para a contenção de atos de má-fé e de abuso do exercício do direito. A finalidade principal da boa-fé está na confiança de que os atos realizados no decorrer do processo o serão de forma honesta, motivo pelo qual os instrumentos de boa-fé guardam como interesse o esclarecimento de situações jurídicas equilibradas e desequilibradas, a fim de que seja possível aferir a necessidade de reparação ou de manutenção.

A observação de atos honestos – e desonestos – nas relações jurídicas foi principalmente conduzida pelo Direito Civil, donde decorre a base da boa-fé processual¹⁹⁶. Nesse contexto, revela-se que a boa-fé nasce num ambiente privado e que se sustenta especialmente a partir da vontade. Tal circunstância vincula-se à boa-fé subjetiva, segundo a qual “denota estado de consciência ou convencimento individual de obrar em conformidade com o direito aplicável”¹⁹⁷. Relaciona-se diretamente com a ideia de má-fé, segundo o qual “decorre do conhecimento do mal, que se encerra no ato executado, ou do vício contido na coisa, que se quer mostrar como perfeita, sabendo-se que não o é”¹⁹⁸.

Sem embargo à boa-fé vinculada diretamente à vontade, também existe espaço para pensar na boa-fé sem ligação direta com o elemento volitivo. Nesse caso, trata-se da avaliação objetiva de uma situação jurídica. Em outras palavras, boa-fé objetiva cuida de um “*standard* jurídico, segundo o qual ‘cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade’”¹⁹⁹. Relaciona-se diretamente com a ideia de abuso do exercício do direito, que, de modo geral, pode ser entendido como o uso abusivo de uma prerrogativa “para satisfação de interesse próprio ou defesa de prerrogativa que lhe foi assegurada”²⁰⁰. No universo do abuso do exercício do direito, é possível usar como exemplo didático as duas regras informais do jogo político, tal como expõem Steven Levitsky e Daniel Ziblatt:

¹⁹⁶ PINTER, Rafael Wobeto. **A boa-fé no processo civil e o abuso de direitos processuais**. Revista de Processo, vol. 253, março, 2016.

¹⁹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Ed. RT, 1999.

¹⁹⁸ STOCO, Rui. **Abuso do direito e má-fé processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

¹⁹⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Ed. RT, 1999.

²⁰⁰ STOCO, Rui. **Abuso do direito e má-fé processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

As duas regras informais decisivas para o funcionamento de uma democracia seriam a tolerância mútua e a reserva institucional. Tolerância mútua é reconhecer que os rivais, caso joguem pelas regras institucionais, têm o mesmo direito de existir, competir pelo poder e governar. A reserva institucional significa evitar as ações que, embora respeitem a letra da lei, violam claramente o seu espírito²⁰¹.

No Código de Processo Civil de 1973, o procedimento era considerado idôneo se não houvesse a comprovação de que um dos sujeitos agiu de má-fé. Nesse sentido, o procedimento tinha como forma de contenção de atos ímprobos apenas a avaliação do elemento volitivo, desconsiderando-se situações jurídicas descompensadas – em que se poderia verificar a existência de abuso do exercício do direito. Isso porque a

doutrina brasileira ainda não tinha o conhecimento ou não dominava o repertório teórico da boa-fé objetiva. O texto normativo, à época, era encarado como uma proibição geral de comportamentos dolosos e apenas isso²⁰².

Inspirado num modelo liberal, o Código de 1973 se interessa apenas pela prerrogativa do indivíduo e se desinteressa por compreender o equilíbrio existente nas situações jurídicas. A boa-fé, portanto, relaciona-se apenas ao indivíduo e não à relação jurídica, motivo pelo qual topograficamente encontra-se no Livro I, Capítulo II, Seção I, em que se dispõe sobre os deveres das partes. Desse modo, se não permite, facilita o abuso do direito no decorrer do procedimento judicial.

Ademais, na medida em que se consagra a boa-fé apenas no seu aspecto subjetivo, revelando-se como um dever estritamente das partes, o Código basicamente dá a impressão de que os atos realizáveis pelo julgador – ou pelo Estado – são sempre justos. Afinal, o julgador não age em favor de um interesse próprio, mas em favor de um interesse de terceiro, um suposto interesse público.

²⁰¹ LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel (2018). **Como as democracias morrem**. Rio de Janeiro: Zahar.

²⁰² DIDIER JR., Fredie. **Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

No Código de Processo Civil de 2015, porém, tudo indica uma mudança de entendimento quanto à aplicabilidade da boa-fé processual. A boa-fé parece inspirar todo o procedimento, incluindo partes e juiz, de modo que se abre espaço para raciocinar tanto em relação à má-fé, quanto em relação ao abuso do exercício do direito. Com efeito, Gustavo Viegas Marcondes afirma que “além da verificação do comportamento do agente, sob o prisma volitivo, o que se busca é a aferição de sua adequação jurídica sob a perspectiva de seus resultados concretos”²⁰³.

Inspirado no modelo cooperativo, o Código de 2015 se interessa pela construção de decisões fundamentadas no diálogo – pressupondo que todos falam a verdade e que as expectativas surgidas em razão de um ato passado sejam concretizadas no ato presente, confirmando-se a coerência das decisões formadas incidentalmente até a decisão definitiva. A boa-fé, portanto, relaciona-se com a construção conjunta dos atos processuais, motivo pelo qual topograficamente encontra-se no Livro I, Capítulo I, que dispõe sobre as normas fundamentais do processo civil.

Ainda, por considerar o conjunto de atos processuais que se somam e que resultam na formação de uma situação jurídica processual, inclui tanto os atos realizados pelas partes quanto os atos realizados pelo juiz. Nada obstante a função de diretor do processo, sem interesses próprios em jogo, torna-se possível visualizar a existência de situações jurídicas em desconformidade com o direito em razão do abuso de uma prerrogativa, de forma que serve

para impedir que a justa expectativa das partes pela efetiva decisão quanto ao mérito da demanda fosse frustrada, suprimindo do juiz o poder de extinguir, sem exame do mérito, após atingido determinado estágio procedimental em que tal expectativa já tinha sido idoneamente alcançada²⁰⁴.

Avançando sobre os mecanismos de averiguação da boa-fé objetiva, ou seja, sobre os mecanismos de avaliação qualitativa das situações em que se pode enxergar a

²⁰³ MARCONDES, Gustavo Viegas. **A boa-fé processual objetiva e a estabilização das questões de admissibilidade**. Revista de Processo, vol. 311, janeiro, 2021.

²⁰⁴ MARCONDES, Gustavo Viegas. **A boa-fé processual objetiva e a estabilização das questões de admissibilidade**. Revista de Processo, vol. 311, janeiro, 2021.

existência do abuso do exercício do direito, tem-se por referência o que até então se construiu no Direito Civil, especialmente, a construção dos alemães que se dedicaram ao tema com base no §242 do BGB. Tal construção tem por pressuposto, principalmente, o princípio da proteção da confiança, o princípio do *nemo potest venire contra factum proprium*, o *tu quoque* e a *supressio*²⁰⁵.

Tais elementos, de fato, contribuem grandemente para os estudos em direito processual civil. No entanto, como princípio, a boa-fé se revelará especialmente a partir da análise do caso concreto. As construções do Direito Civil foram realizadas a partir de relações jurídicas de direito civil e, embora possam se adequar uma vez e outra às relações jurídicas de direito processual civil, não significa que são estruturas jurídicas adequadas ao estudo do processo civil.

A importação dos conceitos, portanto, depende de cuidados e adequações para que se revele clareza na aplicação dos conceitos no âmbito do processo. Nesse sentido, no lugar de importar os mecanismos, impõe-se a construção de mecanismos processuais. No caso, porém, nem sequer se faz necessária a construção de novo instituto para comportar tais mecanismos. Isso porque o processo já conta com instituto pronto para ser alimentado com mecanismos que procuram avaliar a coerência e as contradições de uma dada situação jurídica processual. Tal instituto é a preclusão, em especial, na sua espécie de preclusão lógica.

Finalmente, somando a necessidade de um contraditório forte e de uma análise de boa-fé objetiva para que seja possível avaliar o estado de validade de situações jurídicas processuais, claramente deve-se ter em mente que os atos processuais, especialmente das partes, são condutas tomadas em razão de interesses particulares. Por esse motivo, deve-se respeitar ao que escolheram como estratégia no curso do processo, de forma a manter a coerência do curso natural do processo.

Em respeito à autonomia dos jurisdicionados, tenha-se em mente que as manifestações realizadas identificam os limites do objeto litigioso. Nesses termos, por um

²⁰⁵ PINTER, Rafael Wobeto. **A boa-fé no processo civil e o abuso de direitos processuais**. Revista de Processo, vol. 253, março, 2016.

lado, a parte autora apresenta as razões que constituem o seu direito, enquanto a parte ré apresenta as razões que excepcionam o direito alegado. Na primeira oportunidade, portanto, as partes delimitam o objeto litigioso. Nasce, portanto, mais uma forma de proteção ao direito de consideração e à vedação a decisões-surpresa. Tal circunstância revela um “verdadeiro direito bloqueador às partes em relação a posturas judiciais que entenderem inadequadas ou inconvenientes e, ao mesmo tempo, dever do magistrado de respeitar as opções livremente adotadas pelos litigantes”²⁰⁶.

3.2.2. Análise dos vínculos argumentativos em cadeia no lugar da autoridade preclusiva

Diante da conformação de um procedimento preocupado em se aproximar da verdade, privilegiando a consideração das manifestações debatidas, o equilíbrio das situações jurídicas, a autonomia dos cidadãos na medida em que constroem suas estratégias processuais para alcançar uma resolução jurídica acomodada aos seus interesses, torna-se plausível repensar a estabilidade calcada apenas na estática autoridade que consolida a situação jurídica, permitindo-se uma reflexão sobre sua reformulação para uma estabilidade tendencialmente resistente, aberta para possíveis revisões a partir de mecanismos processuais que convalidam as situações jurídicas consolidadas.

No entanto, não se trata de esquecer do modelo tradicionalmente construído. Trata-se de aprimorar as técnicas construídas até o momento presente, adequando-as na melhor forma possível ao atual estágio de evolução da ciência processual. A preocupação, portanto, está em evoluir o formato de estabilidade processual sem excluir os avanços conquistados pela doutrina processual.

Nesse sentido, observa-se que o modelo tradicionalmente aplicável no processo civil conta com dois pontos de vista. Por um lado, considera a preclusão sobre a atividade das partes, a partir da ideia de ônus processuais. Por outro lado, considera a preclusão sobre questões, segundo a qual a preclusão recai sobre ônus processuais, ou seja, sobre a atividade promovida pelas partes e, no que for apenas interesse particular, equivalerá à impossibilidade de rediscussão, enquanto, no que for interesse público,

²⁰⁶ OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Segurança jurídica e processo: da rigidez à flexibilização processual**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

equivalerá à possibilidade de rediscussão a partir de impulso oficial, porque somente o juiz encontra-se livre para rever as questões conhecíveis de ofício²⁰⁷.

Ao consultar o Código de Processo Civil, observa-se que a construção do referido entendimento doutrinário decorre da seguinte soma de disposições normativas. Em primeiro lugar, no art. 505, *caput*, do CPC dispõe que *nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas relativas à mesma lide*. Em segundo lugar, no art. 505, II, do CPC, afirma-se que é possível a rediscussão, como exceção, *nos demais casos prescritos em lei*. Ato contínuo, em terceiro lugar, no art. 485, §3º, do CPC, *o juiz conhecerá de ofício da matéria constante dos incisos IV, V, VI e IX, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado*. Ademais, no art. 487, II, do CPC, dispõe que haverá resolução de mérito *quando decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição*.

Nesse contexto, firma-se o entendimento de preclusão consumativa para o juiz no que tange às questões decididas, exceto nos casos de questões conhecíveis de ofício. Em relação à preclusão temporal, tradicionalmente sustenta-se que a atividade do julgador deve ser caracterizada por prazos impróprios, o que pode encontrar respaldo no art. 227 do CPC, que dispõe que *em qualquer grau de jurisdição, havendo motivo justificado, pode o juiz exceder, por igual tempo, os prazos a que está submetido*. Além do mais, afirma-se a impossibilidade de preclusão lógica sobre a atividade do juiz, especialmente nas questões conhecíveis de ofício, em razão de a atividade judicante apenas se encerrar no trânsito em julgado²⁰⁸.

Torna-se possível afirmar que as questões não conhecíveis de ofício são acobertadas pela preclusão, enquanto as questões conhecíveis de ofício não são acobertadas pela preclusão. A preclusão sobre as questões não conhecíveis de ofício gera o efeito de imutabilidade e indiscutibilidade; sobre as questões conhecíveis de ofício não gera qualquer estabilidade.

²⁰⁷ SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão processual civil**. São Paulo: Atlas, 2005.

²⁰⁸ TOSCAN, Anissara. **Preclusão processual civil: estática e dinâmica**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

Em relação às questões não conhecíveis de ofício, ou seja, aquelas cujo interesse particular pode ser considerado predominante, não existe a possibilidade de revisitar situações jurídicas consolidadas. Em relação às questões conhecíveis de ofício, ou seja, cujo interesse público pode ser considerado predominante, existe a possibilidade de revisitar as situações jurídicas consolidadas sem qualquer critério objetivo²⁰⁹. Dessa forma, não existem condições para convalidar o respeito às garantias fundamentais nas situações jurídicas consolidadas em qualquer uma das questões debatidas.

Trata-se de um modelo voltado exclusivamente para autoridade da preclusão, motivando construções que se sustentam a partir de relações de hierarquia²¹⁰. Um fruto desse modelo pode ser encontrado na construção doutrinária da preclusão hierárquica: a decisão do Tribunal supera a do Juízo, sendo assim, ocorre preclusão sobre o juiz em relação ao que decidiu o Tribunal²¹¹. Essa construção dá crédito a um contraditório utilitarista pernicioso, no que se permite alcançar decisões sem contraditório, tal como exemplo de Felipe Borring Rocha:

O juiz, então, rejeita a alegação defensiva. Intimado, o réu interpõe em face de tal decisão agravo de instrumento, sustentando a prescrição do direito do autor. O relator do agravo de instrumento, ao receber o recurso, rejeita a alegação em sede monocrática, sem ouvir o recorrido. Em seguida, o réu interpõe agravo interno para submeter a questão ao colegiado. Finalmente, o colegiado, sem ouvir o autor da demanda, acolhe a tese da prescrição e encerra o procedimento com resolução do mérito. Nesse exemplo, o autor teve que assistir, passiva e impotentemente, seu processo, que estava trilhando a fase instrutória no primeiro grau, receber uma sentença colegiada de improcedência no tribunal²¹².

A garantia dos direitos fundamentais depende de uma análise do contraditório, anotando a existência de boa-fé objetiva na formação das situações jurídicas consolidadas, sendo, em tudo, em conformidade com a própria vontade proposta pelas partes em suas manifestações, recaindo devido ônus sobre cada um dos sujeitos

²⁰⁹ TOSCAN, Anissara. **Preclusão processual civil: estática e dinâmica**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

²¹⁰ SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão processual civil**. São Paulo: Atlas, 2005.

²¹¹ RUBIN, Fernando. **A preclusão na dinâmica do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

²¹² ROCHA, Felipe Borring. **O contraditório utilitarista**. Revista de Processo, vol. 229, março, 2014.

processuais envolvidos na relação jurídica processual. Essa construção só é possível a partir da análise da situação jurídica propriamente dita e não apenas uma análise da existência ou não de estabilidade sobre a situação jurídica²¹³.

Tenha-se em mente que a análise da situação jurídica propriamente dita deve ser entendida como a análise do objeto litigioso formado a partir dos argumentos lançados pelas partes na primeira oportunidade, quando, então, estabiliza-se a demanda, impedindo-se inovação argumentativa em momentos posteriores. Por exemplo, a partir do art. 357, §1º, do CPC, parece evidente que o Código se empenha para que todas as alegações sejam apresentadas na primeira oportunidade. Os fatos e as respectivas qualificações jurídicas devem ser apresentados de uma só vez, inspirando verdadeira concentração dos atos das partes. Dá sentido, portanto, ao ponto de vista de Fredie Didier Jr. ao afirmar a eficácia preclusiva da decisão de saneamento, que, nesse ponto, parece relevante apresentar o ponto de vista do autor quanto às questões de admissibilidade:

A função principal da decisão de saneamento e organização do processo é a estabilização desse mesmo processo. Ela serve exatamente para evitar futura marcha-a-ré processual. Negar eficácia preclusiva à decisão que reputa presentes pressupostos processuais de validade é interpretar o Código de modo disfuncional: dá-se ao texto normativa interpretação oposta à função que o instituto a ser aplicado busca alcançar²¹⁴.

Para analisar a situação jurídica estabilizada, entende-se razoável a utilização da análise dos vínculos argumentativos em cadeia como formato adequado para avaliação das situações jurídicas consolidadas, a fim de convalidá-las e, então, possibilitar a existência de condições para julgar pela sua modificação ou manutenção. Tal modelo foi desenvolvido no estudo do tráfego jurídico interprocessual, onde se comparam situações jurídicas em demandas distintas. No entanto, sem embargo da origem do modelo, nada impede a sua incorporação nos casos de análise de situações jurídicas dentro de uma mesma demanda, ou seja, em casos endoprocessuais. Isso porque, como se verá, os mecanismos trabalhados importam-se com a comparação do conteúdo debatido nas

²¹³ CABRAL, Antônio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis**. Salvador: Juspodivm, 2013.

²¹⁴ DIDIER, Fredie. **Curso de direito processual: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 22. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2020.

situações jurídicas consolidadas, o que também pode ser feito na análise das questões decididas incidentalmente no decorrer do processo.

Nos estudos de Albert Zeuner em relação à estabilidade da coisa julgada, observa-se que a vinculação da coisa julgada apenas ao dispositivo da sentença equivale à possibilidade de situações incoerentes no tráfego jurídico. Isso porque duas demandas autônomas podem se diferenciar do ponto de vista formal, ou seja, na comparação de partes, causa de pedir e pedido²¹⁵. No entanto, alcançam o mesmo campo de regulação. Tenha-se como exemplo a jurisprudência do Tribunal da União Europeia:

No caso *Gubisch v. Palumbo*, uma empresa alemã (Gubisch Maschinenfabrik) processou um cidadão italiano (Guido Palumbo) na Alemanha, pedindo o pagamento de uma quantia em dinheiro em virtude do inadimplemento do réu. Pouco tempo depois, Palumbo processou a mesma empresa adversária, desta vez em Roma, postulando a declaração de ineficácia da oferta porque esta teria sido revogada antes de chegar ao seu destinatário. Neste segundo processo, alegou a ré Gubisch que haveria litispendência, objeção que foi rejeitada pelo tribunal italiano. Levada a discussão ao Tribunal Europeu, por interpretação do art. 21 da Convenção Europeia sobre Competência Judiciária e Execução de Sentenças Estrangeiras, decidiu-se que havia litispendência entre as duas causas porque o “centro da discussão” dos dois processos era ineficácia do mesmo contrato, ainda que não houvesse coincidência formal entre todos os elementos da demanda²¹⁶.

Em razão da possibilidade de situações jurídicas distintas encontrarem-se em um mesmo espaço de regulação, nota-se essencial a avaliação da situação jurídica propriamente dita. Caso contrário, referindo-se ao exemplo supracitado, tornar-se-ia razoável a existência de duas decisões que se valeram de situações jurídicas distintas, mas que alcançaram o mesmo escopo de regulação. Preocupa-se, portanto, com o nexo-lógico substancial entre o que for pedido e o que foi pedido, esclarecendo-se a existência ou não de interdependência teológico-jurídica²¹⁷.

²¹⁵ ZEUNER, Albrecht. **Die objektiven grezen der rechtskraft im rahmen rechtlicher sinnzusammenhänge. Zur lehre über das verhältnis von rechtskraft und entscheidungsgründen in zivilproz.** Tübingen: Mohr Siebeck, 1959. apud CABRAL, Antônio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Salvador: Juspodivm, 2013.

²¹⁶ CABRAL, Antônio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis**. Salvador: Juspodivm, 2013.

²¹⁷ CABRAL, Antônio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis**. Salvador: Juspodivm, 2013.

A dinâmica de avaliação da existência ou não de interdependência teológico-jurídica perpassa um exame estático, no qual se propõe a identificação do conteúdo das cadeias de vínculo, e um exame dinâmico, no qual se propõe a análise dos esquemas argumentativos formados no decorrer do contraditório, onde serão analisadas basicamente a higidez das garantias fundamentais do processo no decorrer do debate²¹⁸.

Em relação à identificação do conteúdo das cadeias de vínculo, observa-se a existência de uma situação jurídica processual consolidada, a estabilização de uma diversidade de questões debatidas e a possibilidade de revisitação da referida situação jurídica. Nesse momento, interessa a visualização do pedido de revisitação de uma determinada situação jurídica consolidada. Isso porque, a partir daí, é possível comparar as questões decididas e as questões que se pretendem rediscutidas²¹⁹.

Como parâmetro de comparação, tem-se fundamentalmente a análise do conteúdo das questões que se pretendem discutidas, donde se torna possível avaliar a existência de reprodução de um determinado debate na situação jurídica ou a existência de inclusão de um determinado debate na situação jurídica. No caso de reprodução de um determinado debate, tem-se em vista uma análise de necessidade de reavaliação, enquanto, por outro lado, no caso de inclusão de um determinado debate, tem-se em vista uma análise de pertinência para incorporação²²⁰.

3.2.3. Superação da estabilidade a partir da demonstração de elemento novo

À luz dos limites judiciais ou dos vetores interpretativos, observa-se que a análise da estabilidade deve privilegiar três pontos de vista. Em relação ao contraditório, nota-se a necessidade de considerar as manifestações, expressas ou não, realizadas pelas partes. Em complemento, reforçando o contraditório, observa-se a boa-fé de um ponto de vista objetivo, limitando os atos processuais futuros a partir dos atos processuais

²¹⁸ CABRAL, Antônio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis**. Salvador: Juspodivm, 2013.

²¹⁹ CABRAL, Antônio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis**. Salvador: Juspodivm, 2013.

²²⁰ CABRAL, Antônio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis**. Salvador: Juspodivm, 2013.

passados, no sentido de preservar a coerência quando comparados. Em terceiro e último, deve-se privilegiar a autonomia processual das partes, a fim de que seja preservada a vontade por elas manifestadas – o que, de certo modo, também converge para a coerência processual.

Fundamentalmente, a ideia que se revela a partir da combinação desses vetores interpretativos é a de que não deve haver incoerência nas manifestações realizadas em dois momentos processuais diferentes. Com efeito, um dos critérios favoráveis ao bom desenvolvimento das estabilidades pode ser o de resistência temporal dos esquemas argumentativos, segundo o qual as situações jurídicas consolidadas somente podem ser revisadas a partir da demonstração de um elemento novo no processo.

No entanto, diferentemente do Código de 1973, o que se supõe como elemento novo não é a presença exatamente de um elemento extemporâneo ao debatido. Na verdade, tem-se em mente a observação dos elementos cambiantes ou permanentes. Tais elementos são autoexplicativos. Exemplo de elemento cambiante pode ser uma nota técnica que pretende responder às condições climáticas e, em razão de um fenômeno natural, acaba defasada. Exemplo de elemento permanente é a legislação que define a competência de um determinado juízo para resolução de uma matéria – a não ser que a lei seja modificada, a definição da competência continua até o infinito. Nesse contexto, a ideia de elemento novo comporta também “alegações de fatos anteriores desde que a parte que pleiteia a superação da estabilidade não tivesse notícia daquelas ocorrências à época em que lhe cabia alegá-las”²²¹.

Nesse contexto, tenha-se, por exemplo, a decisão de saneamento do processo. Após a manifestação inicial das partes, dentre as quais, a apresentação de petição inicial, contestação e réplica, abre-se espaço para o julgamento conforme o estado do processo, momento em que o diretor do processo analisa a existência de condições para o julgamento antecipado do mérito, que pode ser um pronunciamento que resolve a causa integral ou parcialmente. Ato contínuo, no que interessa daqui em diante, se a causa

²²¹ CABRAL, Antônio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis**. Salvador: Juspodivm, 2013.

depende de dilação probatória, inicia-se o momento de sanear e de organizar os rumos do processo até a resolução final.

A fase de saneamento e de organização do processo está indicada no art. 357, no qual, em conformidade com os seus cinco incisos, define-se que serão realizadas as seguintes atividades: (i) resolução de questões processuais pendentes, se houver; (ii) delimitação das questões de fato; (iii) delimitação das questões de direito; (iv) definição da distribuição do ônus probatório; (v) designação de audiência de instrução e julgamento, se for necessário. Ato contínuo, resolvidas tais questões, segundo o §1º, do art. 357, do CPC, abre-se prazo de cinco dias para as partes apresentarem pedidos de esclarecimento e possíveis ajustes, de modo que, ultrapassado o referido prazo, a decisão torna-se estável.

A estabilidade da decisão de saneamento é novidade trazida pelo Código, tendo em vista que o Código de 1973 não se refere a qualquer estabilidade depois de prolatada a decisão saneadora. Na verdade, como explica Gustavo Gonçalves Gomes, a decisão de saneamento era sempre impugnada estrategicamente pelas partes para evitar a preclusão, de modo que

As partes mantinham *sub judice* todos os temas acessórios ao direito material em si, o que tornava o processo um grande arsenal de guerra que nunca se esgotava. A estratégia, portanto, só era bem executada se a parte, representada por seus advogados, apresentasse todos os recursos necessários à defesa dos seus direitos, mesmo sabendo que algumas das questões recorridas seriam totalmente impertinentes e sem chances de reversão no tribunal²²².

Nesse contexto, diferentemente do CPC de 1973, no modelo do atual Código as questões processuais se estabilizam. Por exemplo, confirmada a competência do juízo na decisão de saneamento ou na sentença, inexistente posterior impugnação via pedidos de esclarecimentos, embargos de declaração ou o recurso propriamente cabível, estabilizando-se a decisão saneadora, ocorre o fenômeno preclusivo. As questões decididas nessa fase, portanto, estão imunes à rediscussão – mesmo aquelas conhecíveis de ofício. A reabertura de qualquer uma das questões debatidas dependerá da apresentação de elementos novos, imprevisíveis à época da estabilização da demanda.

²²² GOMES, Gustavo Gonçalves. **O saneamento cooperativo como roteiro de organização e de julgamento do processo**. Tese (doutorado) Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2016.

Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a compreensão do Tribunal se revela no sentido de que as questões decididas e não impugnadas no momento oportuno devem ser consideradas estáveis, confirmando-se a existência de preclusão consumativa²²³. *A priori*, o entendimento consolidado no Tribunal Superior está em consonância com o que se defende no presente estudo. No entanto, há duas diferenças: (i) o Tribunal não abre margem para rediscussões a partir de elementos novos; (ii) em relação às matérias conhecíveis de ofício, o Tribunal respeita apenas a preclusão consumativa e em sede de recurso especial²²⁴.

Em relação ao primeiro ponto, em conformidade com o modelo tradicional de segurança jurídica, o Tribunal assume que a preclusão consumativa equivale à indiscutibilidade e à imutabilidade das situações jurídicas consolidadas. Não existe oportunidade, portanto, para rediscutir – mesmo na presença de elementos novos. Contudo, como se observou no desenvolvimento do presente estudo, a segurança jurídica convalida o modelo cooperativo ao assegurar a aderência do processo à realidade, permitindo-se que, excepcionalmente, haja revisão de determinadas questões decididas em razão de elementos novos.

Em relação ao segundo ponto, baseando-se no efeito translativo do recurso de apelação, o Tribunal sustenta a possibilidade de rediscussão de matérias conhecíveis de ofício enquanto o debate persistir nas vias ordinárias. Tal possibilidade de rediscussão, porém, não se faz a partir do respeito à preclusão consumativa, lógica ou temporal. Trata-se da possibilidade de rediscutir a qualquer tempo porquanto o processo estiver nas vias ordinárias, independentemente do que já se decidiu.

Tal posicionamento do Tribunal vai de encontro à orientação do Código de Processo Civil. De modo específico, desprestigia os limites judiciais que balizam o sistema processual, dentre os quais o princípio do contraditório, da boa-fé objetiva e da autonomia das partes. Em geral, e por consequência, desmotiva a coerência processual

²²³ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, **AgInt no AREsp 1764458/SP**, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 24/05/2021, DJe 28/05/2021

²²⁴ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, **AgInt no REsp 1598978/RS**, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 07/12/2020, DJe 14/12/2020

nas vias ordinárias, confirmando a possibilidade de estratégias abusivas, como, por exemplo, guardar na algibeira alguns vícios procedimentais para um momento conveniente no lugar de apresentá-lo na primeira oportunidade, como determina o art. 278 do CPC.

No mesmo sentido do exemplo anterior, observe-se a impenhorabilidade de bem de família. A penhora, basicamente, tem por objetivo assegurar a satisfação do crédito a partir da adjudicação ou da expropriação de bens do devedor. No entanto, na forma do art. 833 do CPC, alguns bens foram destacados como impenhoráveis. Dentre os bens impenhoráveis, há os bens de família, especialmente destacados na Lei n. 9.009/1990.

No processo de execução, frustrada a satisfação voluntária do crédito, nasce a necessidade de realização de penhora. Nessa fase, basicamente, o oficial de justiça descreve os bens que podem ser objeto de penhora em auto ou termo. Após a formalização do referido documento, o executado deve ser imediatamente intimado para que tome ciência da possível penhora dos seus bens, momento em que pode se insurgir contra a lista de bens formalizada, circunstância essa que oportuniza a impugnação dos bens impenhoráveis²²⁵.

Ultrapassada a oportunidade para impugnação da lista, estabilizam-se os bens descritos para penhora, tendo em vista o art. 278 do CPC. Notadamente, portanto, a não ser que se demonstrem elementos novos, imprevisíveis à época da primeira manifestação, inexistente motivo para se permitir a rediscussão da lista.

No posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, porém, especialmente nos casos de bens de família, afirma-se que a matéria é de interesse público e, a partir disso, pode ser rediscutida a qualquer tempo nas vias ordinárias²²⁶. Tal como no caso anterior, não faz sentido a possibilidade de rediscussão da matéria após a sua

²²⁵ DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: execução**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. v. 5.

²²⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no REsp 1874885/PR**, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/02/2021, DJe 01/03/2021

estabilização, exceto se houver a apresentação de justificativas válidas para a superação da estabilidade, o que pode ser feito a partir da demonstração de elemento novo.

Dessa forma, modifica-se inteiramente a lógica do sistema de preclusões, revelando-se a estabilidade como medida fundamental para manutenção e para superação das situações jurídicas consolidadas, tendo-se como regra a impossibilidade de revisão das matérias estáveis – de ordem pública ou não – em favor da previsibilidade do procedimento. Se anteriormente havia discricionariedade na hora de revisar situações jurídicas consolidadas, especialmente as conhecíveis de ofício, agora, nasce espaço para construção de mecanismos protetores da controvérsia a partir do instituto da preclusão nas suas distintas acepções temporal, lógica e consumativa, que preservam a segurança jurídica externa e internamente.

CONCLUSÃO

Diante das recentes mudanças legislativas ocorridas no âmbito do processo civil, o presente trabalho de conclusão de curso objetivou apresentar a estrutura formal da técnica de preclusão, a fim de refletir amplamente a necessidade ou não de atualizações da técnica no procedimento. Para isso, basicamente, perpassou-se a construção histórica do instituto da preclusão até a linha de raciocínio que atualmente predomina no Brasil, empreendimento que levou em conta o conceito de preclusão, os limites objetivos e subjetivos, bem como os efeitos produzidos pela técnica.

Observou-se que a versão do instituto da preclusão que predomina na ordem jurídica brasileira é compreendida como técnica de exclusão de oportunidade em razão de um ato ou um ato-fato jurídico, podendo ser classificada como preclusão temporal, lógica ou consumativa, estabilizando-se a situação jurídica consolidada com o signo da imutabilidade e da indiscutibilidade, ressalvadas as hipóteses previstas em lei, sendo os efeitos da técnica limitados pela litispendência. A preclusão é normalmente dividida em preclusão para as partes e preclusão para o juiz, considerando-se os interesses protegidos nas respectivas perspectivas, sendo que, na perspectiva das partes, há interesse privado; na perspectiva do juiz, há interesse público.

Diante do referido modelo de preclusão, observou-se que os contornos da técnica se encontram baseados em um modelo liberal, segundo o qual as partes e juiz estão envolvidos numa relação hierárquica, onde o juiz é declarador do direito e as partes meras apresentadoras de fatos. Isso porque os limites objetivos e subjetivos da técnica se fundamentam numa visão privatista de processo, na qual a identificação de matérias que podem ou não ser objeto de preclusão depende de uma análise atomizada de cada ato processual, importando na análise a perspectiva individual da parte ou do juiz. A partir da perspectiva da parte ou do juiz, torna-se possível qualificar os interesses como públicos ou privados. Ainda, tal modelo liberal analisa os atos processuais realizados no processo a partir da boa-fé subjetiva.

Observou-se também que a técnica se orienta principalmente a partir do princípio da segurança jurídica, sendo que, na visão tradicional, tal princípio se concretiza na ordem jurídica a partir de duas perspectivas. Em primeiro lugar, na perspectiva do que será protegido pela técnica preclusiva, tradicionalmente se reconhece a proteção do ordenamento jurídico, privilegiando a previsibilidade. Em segundo, na perspectiva de como a situação jurídica estabilizada será protegida pela técnica preclusiva, tradicionalmente se reconhece a proteção a partir da imutabilidade e da indiscutibilidade.

O principal problema da técnica da preclusão está no fato de que o fenômeno preclusivo qualificado pela marca da indiscutibilidade e da imutabilidade não permite que, no caso de situações imprevisíveis, haja a possibilidade de renovação da situação jurídica consolidada a partir de critérios objetivos, que assegurem uma passagem do estado passado para o presente a partir de um mecanismo que controle as hipóteses que podem ou não ser modificadas.

Ato contínuo, em comparação ao modelo cooperativo de processo civil, tem-se que a relação desenvolvida entre as partes e o juiz é baseada na horizontalidade no percurso procedimental e se torna hierárquica apenas no ato decisório, de modo que juiz e partes constroem conjuntamente os fundamentos da decisão. Nesses moldes, os limites objetivos e subjetivos que sustentam a técnica da preclusão se desestruturam no modelo cooperativo, uma vez que a análise das situações jurídicas consolidadas deixa de ser a partir de uma visão atomizada para dar lugar a uma visão ampla, que leva em consideração todos os elementos debatidos no esquema argumentativo. Diante disso, no

lugar de uma avaliação subjetiva de boa-fé, o atual modelo se fundamenta numa avaliação objetiva de boa-fé.

Do ponto de vista do princípio da segurança jurídica, observa-se que a técnica da preclusão se sistematiza a partir de uma estrutura ultrapassada. Dentro de uma visão contemporânea de segurança jurídica, o princípio pode ser encarado a partir de duas perspectivas: interna e externa. Na perspectiva interna, pressupõe-se a proteção das garantias fundamentais dos jurisdicionados, dentre as quais um contraditório efetivo, a consideração de todos os elementos debatidos nos fundamentos da decisão judicial. Não se trata, portanto, da mera conservação do formalismo jurídico. Muito pelo contrário, trata-se da acomodação das formalidades às necessidades da demanda, sempre tendo em vista a coerência das manifestações das partes no decorrer do procedimento. Na perspectiva externa, pressupõe-se o respeito às decisões tomadas, mas não significa a impossibilidade de rediscuti-las ou de reformá-las, mas quer dizer a possibilidade de rediscuti-las ou reformá-las se houver necessidade para tanto, o que depende da criação de hipóteses objetivas para superação da estabilidade.

Diante da necessidade da criação de hipóteses objetivas para superação da estabilidade processual, observou-se que o ordenamento jurídico brasileiro abraça a possibilidade de superação das estabilidades como forma de assegurar as garantias fundamentais dos jurisdicionados. Demonstrou-se que a superação da estabilidade precisa ser entendida como excepcional, tendo em vista que a estabilidade serve tal como uma regra de conduta no decorrer do processo, funcionando como uma balizadora da coerência no curso do processo. Para isso, apontou-se que a criação dos critérios objetivos depende de vetores interpretativos calcados no modelo cooperativo, sendo eles o contraditório, a boa-fé objetiva e autonomia processual das partes.

A partir desses princípios orientadores da técnica da preclusão, observou-se que a análise da superação da estabilidade depende da avaliação de todos os elementos debatidos numa dada situação jurídica estabilizada, sendo que a expressão todos os elementos significa todas as manifestações da parte autora, da parte ré e também do juiz, ou seja, considera-se o contraditório efetivamente realizado. Nesses moldes, na hipótese de pedido para reanálise de uma determinada questão debatida, faz-se a comparação do que se estabilizou com o que foi pedido. Ao comparar situação passada e a situação que se

deseja no presente, sugere-se a utilização do critério do elemento novo como forma de admitir ou não a rediscussão da situação consolidada.

Dessa forma, observa-se que a técnica da preclusão, de fato, merece renovações na estrutura formal que a fundamenta no âmbito do processo civil, especialmente, em relação aos princípios que a orientam e também em relação às suas características, tendo especial atenção aos limites objetivos e subjetivos. No lugar da construção tradicional, para fins de acomodação da técnica ao modelo cooperativo, nota-se relevante a visualização de uma orientação calcada no princípio da segurança jurídica como proteção às garantias fundamentais do processo, bem como nota-se relevante a ideia de consistência na mudança, que significa a possibilidade de discutir e modificar situações jurídicas consolidadas a partir de critérios objetivos que justifiquem mudanças excepcionais.

EPÍLOGO

Às 14h, o sino toca e todos sentados em suas cadeiras levantam-se em reverência ao símbolo da justiça: os julgadores do Tribunal. Enquanto o público posiciona-se em pé, os julgadores ajeitam-se em suas cadeiras. Quando todos os julgadores se sentam, o público senta-se também. Na cadeira ao centro da corte, o presidente do Tribunal dá ordem para começarem os trabalhos. Não demorou muito e os processos da pauta passaram a ser chamados. O primeiro caso a ser tratado era do próprio desembargador presidente. Ao tomar o caso nas mãos, passou a relatar que se tratava de recurso de apelação sobre o qual discutia-se um contrato de compra e venda. No voto do desembargador relator, julgou-se extinto sem resolução de mérito. Na sua análise, ao perquirir o contrato, constatou-se a ilegitimidade de uma das partes processuais. Afirmou que a regularidade do processo é fundamental, podendo-se haver a reanálise dos seus pressupostos de validade a qualquer tempo e grau de jurisdição. Ato contínuo, antes de proferir o próximo voto, uma das colegas do Relator propôs um debate a respeito da liberdade do julgador em analisar os pressupostos de validade do processo, considerando que a decisão de saneamento havia contado com a participação do juiz e das partes e todos naquela oportunidade concordaram com a regularidade processual. Segundo ela, a decisão de saneamento poderia ter sido impugnada, no prazo de cinco dias, caso houvesse alguma dúvida por

parte dos jurisdicionados. Entende um tanto frustrante que Poder Judiciário e Partes concordem entre si mas não mantenham a palavra. E a palavra só não se mantém quando se lança mão da desconfiança entre os próprios pares. Isso mesmo, entre os próprios julgadores. A compreensão da desconfiança entre os próprios pares do Poder Judiciário equivale também à desconfiança dos jurisdicionados no referido órgão. Afinal, os jurisdicionados não sabem dizer se o seu processo será entendido regular pelo próximo julgador da estratificação judiciária. Outros jurisdicionados aproveitam-se das divergências gerenciais para protelar casos - e até mesmo prejudicar todo o encadeamento lógico criado até então a partir de chicanas processuais ou vícios de algibeira - que procuram diariamente na hipótese de recuperar um caso perdido. Os esforços somente serão efetivos, continua dizendo, ao passo que houver confiança nas decisões tomadas pelos uns pelos outros no Poder Judiciário. Esta é uma questão moral. Além disso, o Código de Processo Civil ordena a estabilidade da decisão de saneamento se não houver qualquer dúvida sobre a sua regularidade. É uma ordem para que se respeite a decisão orquestrada pelas partes e pelo juiz, preservando, objetivamente, a confiança e a boa-fé processual. Esta questão fala de um dever jurídico do magistrado. Ao final do discurso, questionou o colegiado: Vossas Excelências não concordam?. A proposta de debate da colega magistrada aparentemente abalou o desembargador presidente, mas, antes que outros colegas se manifestassem, o relator pediu vista dos autos.

REFERÊNCIAS

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Preclusão (processo civil). OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de (org.). **Saneamento do processo: estudos em homenagem ao prof. Galeno Lacerda**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989;

ARMELIN, Donaldo. **Ensaio sobre a legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro**. 1977. 251 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 1977.

ARRUDA ALVIM, Teresa. **Nulidades do processo e da sentença**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

ATTARDI, Aldo. **Per una critica del concetto di preclusione**. Jus – Rivista di scienze giuridiche. Nuova Serie. Anno X. p. 1-17. Università Cattolica del Sacro Cuore, marzo, 1959. Fasc.

ÁVILA, Humberto. **Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse público sobre o Particular.”** In: Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. (Org. Daniel Sarmento). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 9. Ed. São Paulo: Malheiros Editores. p. 31 e ss.

BARBI, Celso Agrícola. **Da preclusão no processo civil**. Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense, vol. 158, ano 52, mar.-abr./1995.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento**. 28. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Questões Prejudiciais e Coisa Julgada**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1967.

BARBOSA, Antônio Alberto Alves. **Da preclusão processual civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992. p. 55.

BARIONI, Rodrigo. **Da ação rescisória**. In breves comentários ao novo código de processo civil. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BAUMAN, Zygmunt. **A individualidade numa época de incertezas**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, **AgInt no AREsp 1764458/SP**, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 24/05/2021, DJe 28/05/2021

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, **AgInt no REsp 1598978/RS**, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 07/12/2020, DJe 14/12/2020

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no REsp 1874885/PR**, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/02/2021, DJe 01/03/2021

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **EDcl no AgRg nos EREsp 1262401/BA**, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/09/2013, DJe 07/10/2013.

BULLOW, Oskar Von. **Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten**. AcP, 61-63, 1879.

CABRAL, Antônio do Passo. "**O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva**". Revista de Processo. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

CABRAL, Antônio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis**. Salvador: Juspodivm, 2013.

CABRAL, Antônio do Passo. **Teoria das nulidades processuais no direito contemporâneo**. Revista de Processo, vol. 255/maio, 2016.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Lei nº5.869, de 11 de janeiro de 1973. Vol. III: arts. 270 a 331. Rio de Janeiro: Forense, 2005;

ROCHA, Raquel Heck Mariano da. *Preclusão no processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 134.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie. Porto Alegre: Fabris, 1998.

CARNELUTTI, Francesco. **Como se hace un proceso**. Bogotá: Temis, 1994, p. 14.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Cosa giudicata e preclusione*. **Saggi di diritto processuale civile**. Vol. III. Milano: Giuffrè, 1993, p. 267.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Trad. J. Guimarães Menegale, v. 1. São Paulo: Saraiva, 1969.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do Direito Processual Civil**. Trad. Rubens Gomes de Sousa. Ed. Saraiva, 1946, p. 129.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Sobre a eficácia preclusiva da decisão declaratória de saneamento**. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de (org.). Saneamento do processo:

estudos em homenagem ao prof. Galeno Lacerda. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989;

D'ONOFRIO, Paolo. **Sul concetto di preclusione. Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda nel centocinquantesimo anno del suo insegnamento.** Padova: Cedam, 1927.

DA ROSA, Natalia Amaral. **Filosofia e regras jurídicas: uma análise do problema da sub e sobreinclusão em Frederick Schauer.** Dissertação de mestrado. Programa de pós-graduação em filosofia, área de concentração Filosofia Teórica e Prática, linha de pesquisa Análise da Linguagem e Justificação da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, RS), 2019.

DEGENKOLB, Heinrich. **Beitrag zum Zivilprozess.** Leipzig: W. Engelmann, 1905. P.59-64.

Dez anos de pareceres, v.8, parecer n. 211, n.171. *apud* SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil.* São Paulo: Atlas, 2005.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento.** Salvador: Jus Podivm, 2020.

DIDIER JR., Fredie. **Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português.** Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

DIDIER JR., Fredie. **Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento.** Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Fredie%20Didier_3_--%20formatado.pdf]. Acesso em: 06.04.2021. p. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** 14. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009;

FALZEA, Angelo. **Accertamento (teoria generale).** Enciclopedia del diritto. Vol. I. Milano: Giuffrè, 1958, p. 205-219.

FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. **A preclusão no direito processual civil.** Curitiba, Juruá, 1991. p. 72-73.

FRIGINI, Flávia Spinassé. **A dimensão dinâmica do contraditório no direito processual civil cooperativo: revisitando o dever de fundamentação das decisões judiciais.** 2016. 90 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Vitória, 2016.

GAJARDONI, Fernando. **Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC.** São Paulo: Atlas, 2008;

GIANNICO, Maurício. **A preclusão do direito processual civil brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2007.

GOMES, Gustavo Gonçalves. **O saneamento cooperativo como roteiro de organização e de julgamento do processo.** Tese (doutorado) Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2016.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Trad. João Baptista Machado. 8. Ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 390.

LACERDA, Galeno. **Despacho saneador.** 3. Ed. Porto Alegre: Fabris, 1985;

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel (2018). **Como as democracias morrem.** Rio de Janeiro: Zahar.

LOPES, João Batista. **Breves considerações sobre o instituto da preclusão.** Revista de processo. N. 23. P.-45-60. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, jul-set, 1981.

MARCONDES, Gustavo Viegas. **A boa-fé processual objetiva e a estabilização das questões de admissibilidade.** Revista de Processo, vol. 311, janeiro, 2021.

MARELLI, Fabio. **La trattazione dela causa nel regime dele preclusioni.** Padova: CEDAM, 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade do supremo tribunal federal.** Disponível em: [<http://marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2020/06/A-COISA-JULGADA-DIANTE-DA-DECISÃO-DE-INCONSTITUCIONALIDADE-DO-SUPREMO-TRIBUNAL-FEDERAL-1.pdf>]. Acesso em: 06.04.2021.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil.** Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil.** vol. II: processo de conhecimento. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

MARQUES, Rita de Cassia; SILVEIRA, Anny Jackeline Torres; PIMENTA, Denise Nacif. **A pandemia de covid-19: interseções e desafios para a história da saúde e do tempo presente.** In: *Coleção História do Tempo Presente*, vol. III. Disponível em: [https://portal.fiocruz.br/sites/portal.fiocruz.br/files/documentos/a-pandemia-de-covid-19_intersecoes-e-desafios-para-a-historia-da-saude-e-do-tempo-presente.pdf]. Acesso em: 27.04.2021.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado.** São Paulo: Ed. RT, 1999.

MITIDIERO, Daniel. **A colaboração como modelo e como princípio no processo civil.** Revista de Processo Comparado, vol. 2, p. 83-97, jul./dez., 2015.

MITIDIERO, Daniel. **Bases para construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo.** Tese (doutorado) Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2007.

NETO, Camilo Amin Jreige; FILHO, Davi da Silva. **Ressignificação do princípio do juiz natural: a busca por uma jurisdição efetiva por meio de ato concertante para organizar demandas decorrentes da Covid-19.** Caderno Virtual, Brasília, v. 2, n. 47, Maio/Julho, 2020.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Preclusões para o juiz: pro iudicato e preclusão judicial no processo civil.** São Paulo: Editora Macedo, 2004.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de (org.). **Saneamento do processo: estudos em homenagem ao prof. Galeno Lacerda.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. **Do formalismo no processo civil.** São Paulo: Saraiva, 1997, p. 6-7.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **O formalismo -valorativo no confronto com o formalismo excessivo.** Repro nº 137. São Paulo: RT, 2006.

OLIVEIRA, João Roberto Machado Neves de. **As vertentes do princípio do contraditório no código de processo civil.** Revista de Processo, vol. 271, p. 101-120, setembro, 2017.

OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Segurança jurídica e processo: da rigidez à flexibilização processual.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

OSNA, Gustavo. **Do “ceticismo moderado” ao “panprocessualismo”: atando as pontas por um processo real.** Tese (doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 02/09/2016.

PAULA RAMOS, Vitor de. **Ônus e deveres probatórios das partes no novo CPC brasileiro.** Disponível em: [https://www.academia.edu/16134403/Ônus e Deberes Probatórios das Part es no No vo CPC](https://www.academia.edu/16134403/Ônus_e_Deberes_Probatórios_das_Part es_no_Novo_CPC). Acesso em 08.06.2021.

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

PINTER, Rafael Wobeto. **A boa-fé no processo civil e o abuso de direitos processuais.** Revista de Processo, vol. 253, março, 2016.

REDENTI, Enrico. **Diritto processuale civile.** Vol. III, Milano, Giuffrè, 1957.

REDONDO, Bruno Garcia. **Questões prejudiciais e limites objetivos da coisa julgada no novo CPC.** Revista de Processo, São Paulo: RT, a. 40, v. 248, out. 2015, p. 43-67.

RIGUETTI, Gabriel Felipe Roqueto. **Processo e Verdade: brevíssimas considerações sobre funções e conceitos.** Revista de Processo, vol. 250/dez, 2015.

ROCHA, Felipe Borring. **O contraditório utilitarista**. Revista de Processo, vol. 229, março, 2014.

RUBIN, Fernando. **A preclusão na dinâmica do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. P. 68-98.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. 7. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SCHORN, Remi. **O problema da verdade do conhecimento no racionalismo crítico**. 2008. 262 f. Tese (Doutorado em Filosofia) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008. p. 30-31.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão processual civil**. São Paulo: Atlas, 2005.

SILVA, Daniel Neves. **Peste negra; Brasil Escola**. Disponível em: <https://brasilescola.uol.com.br/historiag/pandemia-de-pestes-negras-seculo-xiv.htm>. Acesso em 27 de abril de 2021.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de Processo Civil**, vol. 1, 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, p. 51.

STOCO, Rui. **Abuso do direito e má-fé processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TESHEINER, José Maria Rosa. **Elementos para uma teoria geral do processo**. São Paulo: Saraiva, 1993.

THEODORO JR., Humberto. **A preclusão no processo civil**. Revista dos Tribunais, v. 90, n. 784, p.11-28, fev., 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. **A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para o seu controle**. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). **Coisa julgada inconstitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

TOSCAN, Anissara. **Preclusão processual civil: estática e dinâmica**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

TUCCI, Rogério Lauria. **Do julgamento conforme o estado do processo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1988;

VICENZI, Brunela Vieira de. **A boa-fé no processo civil**. São Paulo: Atlas, 2003.

ZEUNER, Albrecht. **Die objektiven grezen der rechtskraft im rahmen rechtlicher sinnzusammenhänge. Zur lehre über das verhältnis von rechtskraft und entscheidungsgründen in zivilprozb**. Tübingen: Mohr Siebeck, 1959.