

Coleção GRANDES TEMAS DO NOVO CPC

Coordenador geral: FREDIE DIDIER JR.

12

COISA JULGADA E OUTRAS ESTABILIDADES PROCESSUAIS

COORDENADORES

Fredie Didier Jr.

Antonio do Passo Cabral

2018

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

As estabilidades processuais como categoria incorporada ao sistema do CPC

Antonio do Passo Cabral¹

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. O CPC/2015 E ADOÇÃO DA TERMINOLOGIA “ESTABILIDADES” PROCESSUAIS. A PREVISÃO EXPRESSA DE NOVAS FORMAS DE ESTABILIDADES TÍPICAMENTE DISCIPLINADAS NO CÓDIGO; 3. A COISA JULGADA COMO A “ESTABILIDADE POR EXCELÊNCIA”. A TENTATIVA DE ENXERGAR TODAS AS ESTABILIDADES DOS ATOS JURÍDICOS (INCLUSIVE ATOS ADMINISTRATIVOS) COMO A COISA JULGADA. UM VÍCIO DA DOUTRINA QUE PRECISA SER CORRIGIDO; 3.1. O EXEMPLO DE CONFUSÃO DA DOGMÁTICA TRADICIONAL A RESPEITO DAS ESTABILIDADES PROCESSUAIS NOS PROCESSOS EXECUTIVO E CAUTELAR. O CARÁTER COGNITIVISTA DO MODELO CLÁSSICO EM VER NA COISA JULGADA A ESTABILIDADE-PADRÃO; 3.2. A ESTABILIDADE DA SENTENÇA ARBITRAL E SUA CONCEITUAÇÃO COMO “COISA JULGADA ARBITRAL”; 3.3. A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA DO ART.304 DO CPC E SUA ASSOCIAÇÃO COM A COISA JULGADA. O VÍCIO METODOLÓGICO QUE CONTINUA A SE OBSERVAR NA DOUTRINA QUE COMENTA O CPC/2015; 4. POR UM ESTUDO CONJUNTO DAS ESTABILIDADES; 4.1. SUPOSTA LIGAÇÃO NECESSÁRIA DAS ESTABILIDADES COM O DIREITO POSITIVO E A CONCOMITANTE UTILIZAÇÃO DE PRINCÍPIOS NÃO POSITIVADOS; 4.2. ESTABILIDADE GERAL E ESTABILIDADES SETORIAIS; 5. O PROBLEMA QUE PERSISTE: DESCONSIDERAÇÃO DA VISÃO DE CONJUNTO DO FENÔMENO DAS ESTABILIDADES PROCESSUAIS. VARIABILIDADE DE REGIME E DIFERENÇA APENAS DE GRAU; 6. PELO FIM DA SEPARAÇÃO ENTRE PRECLUSÃO E COISA JULGADA; 6.1. COISA JULGADA E PRECLUSÃO: CONCEITOS TRADICIONAIS. ESCOPOS COMUNS E A INCOERÊNCIA DO SEU AFASTAMENTO HISTÓRICO; 6.2. O ENQUADRAMENTO DA “EFICÁCIA PRECLUSIVA DA COISA JULGADA” COMO UMA PRECLUSÃO EXTRAPROCESSUAL; 6.3. A INCONGRUÊNCIA DA CURIOSA “EFICÁCIA PRECLUSIVA DA COISA JULGADA” COM O MODELO TRADICIONAL. COMO UMA PRECLUSÃO EXTRAPROCESSUAL LIGADA À FUNDAMENTAÇÃO CABE NO SISTEMA?; 7. A PRECLUSÃO COMO A ESTABILIDADE GENÉRICA; 8. CONCLUSÃO: AS NOVAS FRONTEIRAS NO TRATAMENTO DO TEMA DAS ESTABILIDADES; 9. BIBLIOGRAFIA

1. INTRODUÇÃO

Quando publiquei meu trabalho sobre coisa julgada e preclusões dinâmicas, produzido até o início de 2012,² não imaginava que algumas das teses que sustentei viriam a ser incorporadas na legislação brasileira. Foi grande minha satisfação

-
1. Professor Adjunto de Direito Processual Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor Visitante nas Universidades de Passau e Kiel, Alemanha. Livre-Docente pela Universidade de São Paulo (USP). Doutor em Direito Processual pela UERJ, em cooperação com a Universidade de Munique, Alemanha (Ludwig-Maximilians-Universität). Mestre em Direito Público pela UERJ. Pós-doutorado na Universidade de Paris I (Panthéon-Sorbonne). Procurador da República no Rio de Janeiro e ex-Juiz Federal.
 2. CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Salvador: Jus Podivm, 2ª Ed., 2014.

acadêmica ao ver o CPC ser aprovado trazendo uma reformulação do sistema até então vigente, na linha do que propus. É verdade que muito faltou e poderia ter sido aprimorado no texto final do Código; mas o avanço foi imenso.

Dentre as ideias que defendi, gostaria de trazer à discussão três delas que parecem ser relevantes no contexto da edição de uma obra coletiva sobre coisa julgada no Código de Processo Civil de 2015.

A primeira é que, na sistematização tradicional sobre a coisa julgada e as preclusões, verifica-se uma ausência de tratamento conjunto das estabilidades dos atos processuais. No direito brasileiro, o fenômeno da estabilização do conteúdo de um ato processual não é compreendido como algo mais amplo e abrangente do que a coisa julgada.

Na concepção clássica, existe uma velada (não verbalizada) aceitação de que as estabilidades são asseguradas por uma série de institutos processuais, definidos num grupo de sintagmas bem conhecido de todos os juristas: coisa julgada material, coisa julgada formal, preclusão, efeito preclusivo da coisa julgada etc. Porém, ao invés de enxergar todos eles como espécies de um mesmo gênero, a dogmática processual cujo entendimento ainda prevalece – ao menos na tradição romano-germânica – sempre buscou apartá-los. Diferencia-se, p. ex., coisa julgada e preclusão; diferencia-se ainda o efeito preclusivo da coisa julgada em relação à própria *res iudicata*.

Na minha visão, o fenômeno das estabilidades processuais deve ser visto em conjunto.

Isso nos leva à segunda ideia-chave para compreender o problema, que é admitir que o conceito de “estabilidade processual” deve ser incorporado à processualística, para que bem se possa teorizar sobre as diversas formas e os vários institutos pelos quais o sistema normativo atribui estabilidade aos atos do processo, impedindo rediscussão. “Estabilidade processual” é um gênero que compreende várias espécies.

Para trabalhar com o conceito de “estabilidades processuais”, deve-se, entretanto, afastar a suposição equivocada, comum à quase integralidade da doutrina de matriz romano-germânica, de que a coisa julgada é a estabilidade processual “por excelência” (veja-se que, normalmente, as discussões sobre a estabilidade de um ato processual começam pelo questionamento de se aquela estabilidade é a coisa julgada ou não). Na verdade, a coisa julgada deveria ser entendida apenas como mais uma das inúmeras manifestações do fenômeno, uma das várias espécies de estabilidade processual.³

3. Inclusive, ao que parece, a preclusão seria o formato mais abrangente, até porque a coisa julgada pode ser encarada como uma preclusão específica (veremos no detalhe adiante).

O tema das estabilidades como categoria do sistema processual tem caráter introdutório, e por isso a posição deste ensaio na coletânea. Mas é um tema que tem sobretudo uma destacada importância para compreender o sistema do Código de Processo Civil de 2015.

Como tentarei demonstrar, o CPC/2015: 1) passou a admitir as estabilidades processuais como um gênero no qual estão compreendidas diversas espécies; 2) ampliou as espécies de estabilidade expressamente disciplinadas em lei, se compararmos com o CPC/1973; e portanto 3) passou a exigir um exame conjunto das estabilidades processuais.

Ao final, concluirei propondo novas perspectivas para o estudo das estabilidades processuais.

2. O CPC/2015 E ADOÇÃO DA TERMINOLOGIA “ESTABILIDADES” PROCESSUAIS. A PREVISÃO EXPRESSA DE NOVAS FORMAS DE ESTABILIDADES TIPI-CAMENTE DISCIPLINADAS NO CÓDIGO

O CPC/2015 adotou as “estabilidades processuais” em sua terminologia, disciplinando expressamente várias espécies de estabilidade que não existiam (ao menos não expressamente) no CPC/73.

Por exemplo, o Código prevê uma nova forma de estabilidade denominada “estabilização da tutela antecipada” (art.304), dispondo, no § 6º do mesmo artigo, que a “estabilidade” dos seus efeitos só pode ser desfeita pelo ajuizamento de uma ação pelo interessado.

Além disso, utiliza-se do termo “estável” no *caput* do art.304 e no art.357 § 1º, expressamente disciplinando, neste último dispositivo, outra nova forma de estabilidade típica para as questões resolvidas na decisão de saneamento e organização do processo.⁴

Por outro lado, o art.926 menciona o dever de coerência e integridade dos tribunais no sistema de precedentes vinculativos, determinando que devam manter sua jurisprudência “estável”. É fora de dúvida que a estabilidade decorrente dos precedentes também é uma espécie de estabilidade processual,⁵ mais uma inovação do CPC/2015.

4. Sobre o tema, à luz do CPC/2015, veja-se CABRAL, Antonio do Passo. Comentário. in WAMBIER, Teresa Aruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. *Breves Comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, p.1280 ss.

5. Como é a estabilidade da “jurisprudência consolidada”. Sobre o tema, confira-se CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada. *Revista de Processo*, v. 221, 2013, p.1-48.

O Código dispõe ainda sobre uma preclusão extraprocessual para atribuir estabilidade às decisões que extinguem o processo, total ou parcialmente, por razões puramente procedimentais (art.486 § 1º).⁶

Todas essas estabilidades da nova legislação se somam à coisa julgada material (art.502) e a outros muitos dispositivos que estabelecem preclusões variadas (eficácia da intervenção, eficácia preclusiva da coisa julgada, perempção etc), já previstas no CPC/73 (p. ex. os art. 123, 223, 486 § 3º, 494, 508, dentre outros).

Assim, veja-se que o sistema do CPC/2015 não só incorporou o tema das estabilidades, como introjetou essa nomenclatura (usa as expressões “estabilidade”, “estável”, “estabilização”) e também a ideia de que se trata de um gênero, continente de muitas espécies.

Não estamos diante, portanto, de uma simples mudança terminológica. No novo sistema, a coisa julgada não pode mais ser considerada a estabilidade processual por excelência. O CPC/2015 quis ampliar as espécies e formas de estabilidade processual, dispondo expressamente sobre várias delas.

3. A COISA JULGADA COMO A “ESTABILIDADE POR EXCELÊNCIA”. A TENTATIVA DE ENXERGAR TODAS AS ESTABILIDADES DOS ATOS JURÍDICOS (INCLUSIVE ATOS ADMINISTRATIVOS) COMO A COISA JULGADA. UM VÍCIO DA DOUTRINA QUE PRECISA SER CORRIGIDO

Durante muitos anos, qualquer tentativa de uniformização teórica em torno das estabilidades focou-se na possibilidade de aplicarmos a estabilidade “por excelência” dos atos jurisdicionais (a coisa julgada) à disciplina dos atos jurídicos em geral.

No direito administrativo, p. ex., chegou-se a cogitar se a coisa julgada tornaria imutável o ato administrativo. Foi Bernatzik quem primeiro fez a relação da coisa julgada com a imutabilidade de certos atos administrativos,⁷ seguido pela escola publicista austríaca, sobretudo por Tezner e Merkl, e posteriormente por outros no Brasil e no exterior.⁸ No debate clássico, geralmente se

6. Além do artigo nesta coletânea a respeito do conceito da coisa julgada formal, confira-se CABRAL, Antonio do Passo. Comentário. in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. *Breves Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Op. cit., p.1284-1287.

7. A proeminência de Bernatzik foi reconhecida por FORSTHOFF, Ernst. *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*. München: C.H.Beck, vol. 1, 9ª Ed., 1966, p.244; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Efficacia ed autorità della sentenza*. Milano: Giuffré, 1935, p.108; TEZNER, Friedrich. *Das Rechtskraftsproblem im Verwaltungsrechte*. *Verwaltungsarchiv*, n.19, 1911, p.128, 146, 162.

8. TEZNER, Friedrich. *Das Rechtskraftsproblem im Verwaltungsrechte*. Op.cit., p.128 e ss; MERKL, Adolf. *Die Lehre von der Rechtskraft*. *Eine rechtstheoretische Untersuchung*. Wien: Franz Deuticke, 1923, p.1-5, 14; COESTER,

conclui que há muitas diferenças entre os atos jurisdicionais e os demais atos do Estado, diversidades que não permitiriam a aplicação da *res iudicata* aos atos administrativos.⁹

Seja qual fosse a opinião a que se chegasse, tanto no sentido da adequação da coisa julgada à disciplina dos atos administrativos quanto na vertente de sua inaplicabilidade a outros atos estatais, a perspectiva metodológica do debate era invertida. Ou seja, partia-se da coisa julgada (um caso específico de estabilidade), para então, por indução, tentar aplicá-la a outros atos estatais.

A solução não poderia ter sido mais desastrosa, pois nunca houve qualquer consenso: a discussão sobre a aplicabilidade da coisa julgada aos atos administrativos sempre foi confusa, tendo sido definida como um “labirinto de opiniões”¹⁰ causado pela falta de uniformidade na terminologia adotada.¹¹

3.1. O exemplo de confusão da dogmática tradicional a respeito das estabilidades processuais nos processos executivo e cautelar. O caráter cognitivista do modelo clássico em ver na coisa julgada a estabilidade-padrão

A literatura tradicional sobre coisa julgada traça uma recorrente ligação da *res iudicata* com o mérito do processo, com a atividade cognitiva do juiz sobre o direito material alegado e disputado pelas partes, pois a coisa julgada

Robert. *Die Rechtskraft der Staatsakte*. München: Duncker & Humblot, 1927, p.100 e ss. E note-se que muitos aplicam coisa julgada aos atos administrativos, não apenas às decisões da jurisdição administrativa. Cf. FORSTHOFF, Ernst. *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*. Op.cit., p.245-251. Sobre o tema, confira-se o relato crítico de SAUER, Hubert. *Die Bestandskraft von Verwaltungsakten: Zugleich ein Beitrag zur Problematik der Rücknahme rechtswidriger belastender Verwaltungsakte*. *Die Öffentliche Verwaltung*, ano 24, n.5, mar, 1971, p.151 e ss. No Brasil, por todos, CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Curso de Direito Administrativo*, 7ª Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, p.73.

9. Na teoria administrativista, aproxima-se a estabilidade dos atos à “irrevogabilidade” (*Unwiderruflichkeit*). No processo administrativo, seria a inimpugnabilidade (*Unanfechtbarkeit*), mas esta seria correta apenas se fôssemos trabalhar com o conceito de coisa julgada formal. Confira-se BÖTTICHER, Eduard. *Kritische Beiträge zur Lehre von der materiellen Rechtskraft im Zivilprozeß*. Berlin: Otto Liebermann, 1930, p.36, 68-69; MAYER, Otto. *Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft in Verwaltungssachen*. *Archiv des öffentlichen Rechts*, XXI, 1906, p.24.
10. A expressão é de FORSTHOFF, Ernst. *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*. Op.cit., p.246, embora tenha sido usada anteriormente por Almindigen para referir-se à dificuldade de chegar-se a um consenso sobre o fundamento da coisa julgada. von ALMENDIGEN, Ludwig Harscher. *Metaphysik des Civil-Processes*. Gießen: Müller, 1821, p.155. Confira-se a crítica sobre a falta de uniformidade no tratamento do tema em WEBER-DÜRLER, Beatrice. *Vetruuensschutz im öffentlichen Recht*. Basel und Frankfurt am Main: Helbing Von Lichtenhahn, 1983, p.171.
11. Merkl, p.ex., sofreu críticas de Bötticher e Allorio, porque, segundo eles, seria equivocado assimilar a coisa julgada à estabilidade dos atos estatais pois as leis e os atos administrativos são mutáveis. Ver BÖTTICHER, Eduard. *Kritische Beiträge zur Lehre von der materiellen Rechtskraft im Zivilprozeß*. Op.cit., p.71-72; ALLORIO, Enrico. *Natura della cosa giudicata*. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, vol.XII, I, 1935, p.216 nota 1.

só surgiria no julgamento de mérito no processo de conhecimento.¹² Foi essa conexão que fez Hellwig afirmar que a coisa julgada só residiria no elemento declaratório da decisão;¹³ e talvez esta constante referência na tradição romano-germânica seja influência da ligação comum que faz a doutrina alemã entre coisa julgada e o conteúdo declaratório da sentença.

Essa abordagem merece críticas porque afasta do exame das estabilidades processuais as decisões proferidas em outros tipos de procedimento. Sem embargo, a ligação da coisa julgada com a declaração (o aspecto cognitivo), é constantemente usada para negar a existência de coisa julgada nos processos cautelar e de execução,¹⁴ como se nestes não houvesse qualquer exigência de paz, segurança, certeza, boa-fé, estabilidade.

Trata-se, de fato, da compreensão do procedimento cognitivo como sendo a forma mais nobre ou o formato padrão da tutela jurisdicional,¹⁵ e também de uma ultrapassada visão das relações entre o processo de conhecimento e outros tipos de processo.¹⁶

Assim, grande parte da discussão a respeito da estabilidade da sentença cautelar leva em consideração os conceitos de “mérito”, “lide”, “sentença de mérito”, “sentença definitiva” etc.¹⁷ Porém, em verdade, a provisoriedade e

-
12. ARMELIN, Donaldo. *Flexibilização da coisa julgada*. in COSTA, Hélio Rubens B.R., RIBEIRO, José Horácio, H.R., DINAMARCO, Pedro da Silva (Coord.). *Linhas Mestras do Processo Civil*. Comemoração dos 30 anos de vigência do CPC. São Paulo: Atlas, 2004, p.144-146. Theodoro Jr. chega a afirmar que “muito embora questões de conveniência de ordem prática levem o legislador a permitir a execução, em vários casos, antes da existência da *res iudicata*, o certo é que a fonte primária, básica, da faculdade de executar, se localiza na força e nos efeitos da sentença trãnsita em julgado”. THEODORO JR., Humberto. Da inexistência de coisa julgada ou preclusão *pro iudicato* no processo de execução. *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos*, vol.1, n.1, 1994, p.107. Não obstante, em outro texto, o autor afirma, com razão, que, ainda que não haja coisa julgada na execução, deve haver algum tipo de estabilidade para as decisões executivas. THEODORO JR., Humberto. Execução forçada e coisa julgada. *Revista Brasileira de Direito Processual*, ano II, vol.8, out-dez. 1976, p.67. Confira-se ainda OLIVEIRA, Fernando César Ribeiro de. *Execução e coisa julgada*. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, ano II, n.7, set-out. 2000, p.40 e 53-54. Na literatura italiana, Cf.TOMEI, Giovanni. *Cosa giudicata o preclusione nei processi sommari ed esecutivi*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano XLVIII, n.3, 1994, p.829 e ss. Na Espanha, o mesmo vício pode ser visto em CASTILLEJO MANZANARES, Raquel. *Hechos nuevos o de nueva noticia en el proceso civil de la LEC*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p.248.
 13. CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. *Op. cit.*, p.72 ss.
 14. Assim, GARBAGNATI, Edoardo. *Preclusione ‘pro iudicato’ e titolo ingiuntivo*. *Rivista di Diritto Processuale*, vol.IV, I, 1949, p.305; MENCHINI, Sergio. *Regiudicata civile*. *Digesto delle discipline privatistiche*. Sezione Civile, Torino: Utet, vol.XVI, 1997, p.421-423.
 15. Sobre o tema, Cf.PAWLOWSKI, Hans-Martin. *Aufgabe des Zivilprozesses*. *Zeitschrift für Zivilprozeß*, ano 80, n.5-6, 1977, p.350; BLÉRY, Corinne. *L’efficacité substantielle des jugements civils*. Paris: L.G.D.J, 2000, p.60.
 16. O mesmo pode ser observado na exceção de litispendência. Sobre ambos os temas, Cf.ASSIS, Araken de. *Litispendência e coisa julgada no processo de execução*. *Estudos Jurídicos*, vol.19, n.45, jan/abr. 1986, p.15, 20.
 17. DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*. Madrid: Civitas, 2005, p.124 e ss; SILVA, Ovídio Baptista da. *A ação cautelar inominada no direito brasileiro*, 3ª Ed. Rio de Janeiro:

modificabilidade (ou perda) dos efeitos da tutela cautelar decorre da acessoriedade da tutela cautelar;¹⁸ e sua alterabilidade não é apta a excluir qualquer efeito preclusivo, ou negar que exista estabilidade da decisão cautelar.¹⁹

Se a doutrina pensasse nas estabilidades processuais como um gênero, ao invés de teimar em procurar enquadrá-las sempre na disciplina da coisa julgada, talvez tais discussões não tivessem ido longe.

O mesmo se pode dizer do processo de execução. Segundo a processualística antiga, a execução não compreenderia juízos cognitivos, congregando apenas a realização de atos materiais. Então, na perspectiva ortodoxa, se o juiz não pronuncia a regra jurídica concreta, se não exercita juízos cognitivos sobre pretensões, não haveria necessidade de coisa julgada na execução.²⁰ Nessa linha, parte da literatura clássica afirma que as objeções conhecidas e decididas na execução só criam preclusões no mesmo processo.²¹ Bom, então as medidas executivas não possuem nenhuma estabilidade extraprocessual?

Alguns autores perceberam essa necessidade e defenderam que a vontade privada, por ação ou omissão, corresponderia à estabilidade na execução. Nesse sentido, a tese da “aquiescência” como estabilidade executiva fora defendida por Carnelutti ao falar da execução injusta e da repetição do indébito.²²

Já para Redenti²³ e Micheli,²⁴ a estabilidade executiva seria a chamada “preclusão *pro iudicato*”, que corresponderia a uma estabilidade simétrica à

Forense, 1991, p.32-41, 91-96, 225-236. Confira-se ainda FACHIN, Luiz Edson. Coisa julgada no processo cautelar. *Revista de Processo*, ano XIII, n.49, jan/mar. 1988, p.52-53.

18. Não se desconsidera que a questão é polêmica. Há vários autores que diferenciam o direito à cautela e o direito acautelado, entendendo, portanto, que a acessoriedade e a instrumentalidade da tutela cautelar só existiriam em relação ao direito acautelado.
19. É errado pensar também que a acessoriedade do processo cautelar, cujo destino pode ser influenciado pela solução do processo principal, tenha alguma repercussão na coisa julgada. Com razão SOUZA, Gelson Amaro de. Coisa julgada no processo cautelar. *Revista dos Tribunais*, ano 94, vol.842, dez. 2005, p.708-714, considerando haver coisa julgada material no processo cautelar, o que reflete posição minoritária na doutrina.
20. THEODORO JR., Humberto. *Execução forçada e coisa julgada*. *Op.cit.*, p.59; GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*. *Revista Jurídica*, ano 51, n.305, mar, 2003, p.74: “na jurisdição de conhecimento, a coisa julgada é garantia da segurança jurídica e da tutela jurisdicional efetiva”.
21. GAUL, Hans Friedhelm. *Ungerechtfertigte Zwangsvollstreckung und materielle Ausgleichsansprüche*. *Archiv für die civilistische Praxis*, ano 173, 1973, p.323, 330.
22. Alguns autores são contrários a tal ideia, afirmando que não se pode pensar que, não tendo manejado embargos, a simples omissão em impugnar o título geraria efeitos de estabilidade próximos aos da coisa julgada, “com efeito de acerto positivo em favor do credor”. Não havendo lei, a preclusão seria restrita àquele processo e não se projetaria no direito material. Cf. MICHELI, Gian Antonio. *Corso di Diritto Processuale Civile*, vol. II. Milano: Giuffrè, 1959, p.317; THEODORO JR., Humberto. *Execução forçada e coisa julgada*. *Op.cit.*, p.70.
23. REDENTI, Enrico. *Diritto Processuale Civile*, vol. III, 2ª Ed. Milano: Giuffrè, 1954, p.307 e ss.
24. MICHELI, Gian Antonio. *Corso di Diritto Processuale Civile*. *Op.cit.*, p.304 e ss.

autoridade da coisa julgada, vale dizer, uma preclusão com efeitos análogos à *res iudicata* (e com resultado prático idêntico).²⁵

Em sentido contrário, Garbagnati refutou a ideia de que a execução teria que ser vista juntamente com o direito material, e de que a estabilidade da execução seria similar à coisa julgada material. Segundo ele, com a técnica do título executivo, isola-se o processo de execução do crédito ou de quaisquer considerações sobre o direito material. Claro que, quando conflitam processo e direito material, prevalece este, como se mostra nos efeitos dos embargos do executado, que por razões substanciais podem desfazer a força do título. Porém, a separação é a regra.

Além disso, Garbagnati afirma que, no processo cognitivo, haveria a ação rescisória para a quebra da estabilidade, mas qual seria o mecanismo para impugnar a preclusão *pro iudicato*? Em se adotando a tese de Redenti, o documento extrajudicial não impugnado teria mais estabilidade do que a sentença final de mérito.²⁶ Seria, portanto, absurdo pensar que a estabilidade da execução fosse maior do que a estabilidade da sentença de mérito passada em julgado no processo de cognição.

Garbagnati sustenta ainda que, como a preclusão ficaria restrita ao próprio processo, não se poderia invocá-la como sendo a estabilidade da execução não embargada.²⁷ Ademais, Redenti pretendia que a preclusão tivesse “efeitos de direito material”.²⁸ Ora, se a preclusão, na concepção clássica, tem efeitos de natureza puramente processual, não se poderia a ela atribuir o rótulo de “preclusão *pro iudicato*”.²⁹

Allorio, a partir dessas inquietações, asseverou que, se a lei trata as hipóteses de maneira diversa, teria que haver alguma diferença entre a preclusão

25. Afirma-se que Redenti teria atenuado sua opinião na segunda edição de seu manual, admitindo que, mesmo depois do término da *opposizione* poderia haver alguma previsão de remédio para o devedor executado injustamente pudesse obter ressarcimento. Essa forma seria, p.ex., uma ação de repetição do indébito. Confirma-se, sobre o ponto, MICHELI, Gian Antonio. *Corso di Diritto Processuale Civile*. *Op.cit.*, p.317; THEODORO JR., Humberto. *Execução forçada e coisa julgada*. *Op.cit.*, p.68-69. Sobre a preclusão *pro iudicato* na doutrina brasileira, NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz. Preclusão pro iudicato e preclusão judicial no processo civil*. São Paulo: Método, 2004, p.20-21; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Os elementos da demanda e a configuração da coisa julgada*. *Revista Dialética de Direito Processual*, n.22, jan. 2005, p.117. Em Portugal, SAMPAIO, José Maria Gonçalves. *A acção executiva e a problemática das execuções injustas*. Lisboa: Cosmos, 1992, p.334-343.

26. É a indagação de THEODORO JR., Humberto. *Execução forçada e coisa julgada*. *Op.cit.*, p.72 e 77-78.

27. GARBAGNATI, Edoardo. *Preclusione ‘pro iudicato’ e titolo ingiuntivo*. *Op.cit.*, p.308.

28. Como afirma Theodoro Jr., THEODORO JR., Humberto. *Execução forçada e coisa julgada*. *Op.cit.*, p.79.

29. THEODORO JR., Humberto. *Da inexistência de coisa julgada ou preclusão pro iudicato no processo de execução*. *Op.cit.*, p.104 ss. Note-se que Garbagnati estava preso à ruptura clássica entre preclusão e coisa julgada, bem como ao conceito chiovendiano de preclusão (limitada sua eficácia pela litispendência). Voltaremos ao tema.

pro iudicato e a coisa julgada, ainda que seus efeitos fossem análogos. Mas qual seria então essa diferença?

Pois bem, estudando hoje aquele debate, observamos que a doutrina não consegue resolver adequadamente a questão da estabilidade processual na execução. E, depois do breve inventário sobre a controvérsia, podemos extrair três conclusões. A primeira delas é que, muitas vezes, aparentemente as divergências são apenas de nomenclatura; a segunda é que todas as abordagens possuem um ponto em comum: mesmo os autores que propagam uma ligação necessária entre cognição e coisa julgada admitem que deva haver algum tipo de estabilidade para as decisões executivas,³⁰ e a questão é em que medida esta estabilidade deve se operar;³¹ a terceira conclusão é que a aproximação que se faz da estabilidade da sentença executiva (chamada de preclusão *pro iudicato*) à disciplina da coisa julgada evidencia o parentesco próximo entre preclusões e *res iudicata*, reforçando nosso apelo por uma análise conjunta das estabilidades.

Faz-se necessária, portanto, uma abordagem menos “cognitivista” das estabilidades processuais.³² O cerne das estabilidades não é a declaração sobre o mérito, mas a “normatividade” (*Maßgeblichkeit*)³³ do vínculo, e este caráter regulatório de conduta não poderia ser restrito à atividade cognitiva, devendo

30. Cf. THEODORO JR., Humberto. *Execução forçada e coisa julgada*. *Op.cit.*, p.67 ss.

31. Nesse sentido, LAKKIS, Panajotta. *Präklusion von Einwendungen aus zivilrechtlichen Ausgleichsansprüchen analog § 767 III ZPO? Zeitschrift für Zivilprozeß*, ano 119, n.4, 2006, p.440-443; ASSIS, Araken de. *Litispêndência e coisa julgada no processo de execução*. *Op.cit.*, p.22.

32. Correto, no ponto, FAZZALARI, Elio. *Cosa giudicata e convalida di sfratto*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano X, 1956, p.1310. Essa tendência cognitivista se iniciou, como vimos anteriormente, com a limitação da coisa julgada ao conteúdo declaratório da sentença, através da tese de Konrad Hellwig. Para Barbosa Moreira, a crítica que se pode fazer à tese de Hellwig deriva da finalidade eminentemente prática da coisa julgada. Em razão desta função pragmática do instituto, de nada adiantaria a coisa julgada para os escopos de estabilidade se não fizesse imune a futuras contestações o resultado final do processo. Seria muito pouco para a garantia da coisa julgada se ficasse restrita à declaração, permitindo que o resultado em si (a modificação, a prestação) pudessem ser rediscutidos. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Coisa julgada e declaração*. *Revista dos Tribunais*, ano 60, vol.429, julho, 1971, p.22; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Efficacia ed autorità della sentenza*. *Op.cit.*, p.12. Deveria haver incontestabilidade do resultado todo, e não apenas da declaração. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Coisa julgada e declaração*. *Op.cit.*, p.22-23. Na página 24, afirma que: “A exigência de estabilidade, inerente ao mecanismo da tutela jurisdicional, não fica satisfeita com o ter-se de reconhecer como produzido o resultado do processo em que se proferiu a sentença constitutiva. É necessário que semelhante resultado, ao menos dentro de certos limites, seja reconhecido como indiscutível, como incontestável, como inimpugnável. Ora, a isso não se pode chegar ‘independentemente dalla cosa giudicata’, a não ser que se queira admitir duas espécies de incontestabilidade, uma identificada com a ‘auctoritas rei iudicatae’, outra relacionada com causa ou circunstância diversa (mas qual seria?)”.

33. ROSENBERG, Leo. *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*. München: C.H.Beck, 5ª edição, 1951, p.675. Mais recentemente, FASCHING, Hans W. *Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts*. Wien: Manz, 2ª Ed., 1990, p.756-757; RECHBERGER, Walther H. e SIMOTTA, Daphne-Ariane. *Zivilprozessrecht*. Wien: Manz, 7ª Ed., 2009, p.467.

compreender os efeitos dela decorrentes e os impactos em outros atos e processos.³⁴

Compreender as estabilidades processuais como um fenômeno geral, comum a todos os atos de qualquer processo, permite pensar outras formas de estabilidade que não a coisa julgada, o que será um grande passo na ultrapassagem dos métodos tradicionais que procuravam testar a aplicação da coisa julgada a outros atos ou procedimentos.³⁵

3.2. A estabilidade da sentença arbitral e sua conceituação como “coisa julgada arbitral”

Outra comprovação deste vício metodológico de tentar enquadrar todas as formas de estabilidade como sendo a coisa julgada é encontrado na arbitragem.

A lei de arbitragem (lei n.9.307/96) prevê que a sentença arbitral produz os mesmos efeitos da sentença judicial (art.31) e só pode ser impugnada no Judiciário por uma demanda autônoma no prazo de 90 dias (art.33).

Desde quando proferida, a sentença arbitral adquire alguma estabilidade, até porque os árbitros têm preclusões que impedem sua rediscussão, especialmente no caso de não ter sido convencionado entre as partes recurso contra a sentença (art.29). As restritas hipóteses em que pode haver reapreciação de questões pelo árbitro estão disciplinadas no art.30, um pedido de esclarecimento similar aos embargos declaratórios no processo judicial. Para alguns autores, a partir deste momento em que foram feitos os esclarecimentos, formar-se-ia uma estabilidade; partindo da natureza jurisdicional da arbitragem, afirma-se frequentemente que a sentença arbitral, desde que de mérito, poderia ser coberta pela coisa julgada material.³⁶ São raras as vozes que reconhecem que as estabilidades não precisariam ser sempre a coisa julgada, e veem o equívoco de tentar sempre enquadrá-la na disciplina da *res iudicata*.³⁷

34. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Efficacia ed autorità della sentenza*. *Op.cit.*, p.20-21; *Idem*. *Effetti della sentenza e cosa giudicata*. *Rivista di Diritto Processuale*, n.1, 1979, p.3.

35. TOMEI, Giovanni. *Cosa giudicata o preclusione nei processi sommari ed esecutivi*. *Op.cit.*, p.832-837

36. CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*. São Paulo: Atlas, 3a ed., 2009, p.56-57; NAGAO, Paulo Isamu. *Do controle judicial da sentença arbitral*. Brasília: *Gazeta Jurídica*, 2013, p.248-249; NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. São Paulo: RT, 16a ed., 2016, p.1293-1294.

37. Confira-se o provocativo texto da professora Paula Costa e Silva nesta coletânea. E também CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 3a ed., 2002, p.135-137, reconhece que há vários graus de estabilidade que se pode atribuir para os atos processuais, e que tais estabilidades não precisam ser a coisa julgada.