FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

DPC - DEPARTAMENTO DE DIREITO PROCESSUAL

MARCELO PACHECO MACHADO

INCERTEZA E PROCESSO:

UM ESTUDO DIRECIONADO ÀS TÉCNICAS RECURSAIS E À AÇÃO RESCISÓRIA

SÃO PAULO

Junho/2009

MARCELO PACHECO MACHADO

INCERTEZA E PROCESSO:
UM ESTUDO DIRECIONADO ÀS TÉCNICAS RECURSAIS E À AÇÃO RESCISÓRIA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como requisito parcial para obtenção do título de mestre em Direito Processual.

Orientador: José Roberto dos Santos Bedaque

SÃO PAULO

Junho/2009

Aos meus avós

Laura, Marcílio, Maria Helena e Paulo

“Il vizio peggiore d’un sistema di forme processuali non è la sua complicazione, non le sue lungaggini; il vizio peggiore delle forme è l’incertezza e la sua discutibilità”. (Chiovenda, “Le forme nella difesa giudiziale del diritto”, *Saggi...*, vol. I, 1930, p. 374)

SUMÁRIO

Capítulo I	
PROCESSO E CRISES JURÍDICAS.....	6
1. <i>Técnica processual: entre certeza e incerteza</i>	6
2. <i>Processo: visão sociológica e visão normativa. Uma observação</i>	7
3. <i>Ciência processual: sincretismo e autonomia.....</i>	9
4. <i>Processo e seus escopos: visão normativa.....</i>	11
5. <i>Processo e direito material: relacionamento</i>	12
6. <i>Crises de direito material</i>	14
7. <i>Certezas presumidas: uma observação.....</i>	17
8. <i>Processo e incerteza</i>	19
Capítulo II	
TÉCNICA PROCESSUAL E INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO.....	20
9. <i>Instrumentalidade do processo: dois aspectos</i>	20
10. <i>Técnica processual.....</i>	21
11. <i>Formalismo processual e segurança jurídica</i>	22
12. <i>Técnica processual e efetividade</i>	23
13. <i>Formalismo como obstáculo à tutela jurisdicional.....</i>	25
14. <i>A forma dos atos processuais</i>	25
15. <i>Requisitos de modo, lugar e tempo: a forma em sentido estrito</i>	27
16. <i>Procedimento legal</i>	29
17. <i>Formalismo processual ou forma em sentido amplo.....</i>	31
18. <i>A forma e as conseqüências de seu descumprimento: validade e invalidade</i>	34
19. <i>Os atos do juiz e auxiliares e os atos das partes</i>	35
20. <i>Instrumentalidade das formas.....</i>	37
21. <i>Instrumentalidade das formas, nulidades absolutas e nulidades cominadas</i>	39
22. <i>Irregularidade, escopos dos atos processuais e prejuízo</i>	42
23. <i>Dever geral de saneamento de irregularidades.....</i>	43
24. <i>Saneamento de irregularidades: limites</i>	45
25. <i>Preclusão temporal e preclusão lógica.....</i>	46
26. <i>Preclusão consumativa e atos viciados: falso limite</i>	48
Capítulo III	
FLEXIBILIDADE DOS MEIOS PROCESSUAIS	50
27. <i>Um sistema de escopos.....</i>	50
28. <i>Flexibilidade de meios: o que representa</i>	51
29. <i>Flexibilidade e fungibilidade</i>	52
30. <i>Fungibilidade no direito material.....</i>	54
31. <i>Fungibilidade no processo: hipóteses legais</i>	55
32. <i>Fungibilidade no processo: a fungibilidade recursal</i>	57
33. <i>Flexibilidade e fungibilidade de meios.....</i>	59
34. <i>Fungibilidade no processo: problemas terminológicos</i>	61
35. <i>Conversão de meios e incerteza (dúvida objetiva).....</i>	63
36. <i>Hipóteses de flexibilização.....</i>	64
37. <i>Defesas do executado e embargos de terceiro</i>	64
38. <i>Embargos à execução e impugnação</i>	66
39. <i>Embargos à execução e ações autônomas</i>	68

40.	<i>Ações possessórias e procedimento comum ordinário</i>	69
41.	<i>Limites à flexibilidade de meios: a preclusão temporal</i>	70
42.	<i>Requisito formal tempo e instrumentalidade das formas</i>	71
43.	<i>Meios processuais típicos e incerteza</i>	72
 Capítulo IV		
	CRISES NA TÉCNICA PROCESSUAL: PROBLEMAS E SOLUÇÕES	74
44.	<i>Certeza e técnica processual</i>	74
45.	<i>A técnica processual e a pacificação de crises internas</i>	74
46.	<i>As crises de certeza quanto à técnica processual</i>	76
47.	<i>Reformas processuais</i>	80
48.	<i>Complexidade do ordenamento processual</i>	84
49.	<i>A função da doutrina</i>	86
50.	<i>A função dos tribunais no combate à incerteza jurídica</i>	90
 Capítulo V		
	INCERTEZA E TÉCNICA PROCESSUAL	93
51.	<i>Técnica processual e incerteza</i>	93
52.	<i>Segurança jurídica: sistema de vedação de surpresas ao jurisdicionado</i>	94
53.	<i>Previsibilidade e devido processo legal</i>	96
54.	<i>Princípio da cooperação</i>	98
55.	<i>Boa-fé objetiva e Poder Público</i>	100
56.	<i>Boa-fé objetiva e função jurisdicional</i>	103
57.	<i>Incertezas no processo e incertezas no direito material: opção por um caminho</i>	105
58.	<i>Incerteza e flexibilidade dos meios processuais</i>	107
59.	<i>Flexibilizando a preclusão temporal</i>	109
60.	<i>Conceito, requisitos e hipóteses de justa causa</i>	109
61.	<i>Justa causa e fato de terceiro: a incerteza</i>	113
62.	<i>Crises de interpretação e justa causa</i>	115
63.	<i>Crises de interpretação e justa causa: observações de direito estrangeiro</i>	116
64.	<i>Crises de adequação e justa causa</i>	118
65.	<i>Crises de adequação e justa causa: observações de direito estrangeiro</i>	119
 Capítulo VI		
	INCERTEZA E TÉCNICA RECURSAL	122
66.	<i>A incerteza no âmbito dos recursos</i>	122
67.	<i>Os recursos no CPC de 1939 e a fungibilidade recursal</i>	124
68.	<i>A fungibilidade do CPC de 1939: dificuldades</i>	126
69.	<i>CPC de 1973: alterações no sistema recursal</i>	129
70.	<i>Reforma de 2005: involução no sistema recursal</i>	132
71.	<i>Tentativas de justificar a fungibilidade recursal no CPC de 1973</i>	135
72.	<i>Fungibilidade recursal é um princípio?</i>	136
73.	<i>Fungibilidade recursal decorre da instrumentalidade das formas?</i>	138
74.	<i>Fungibilidade recursal: fundamentos legais</i>	140
75.	<i>Requisitos para aplicação da fungibilidade recursal</i>	141
76.	<i>Exemplos de aplicação da norma: procedimento a ser seguido</i>	144
77.	<i>Incerteza entre agravo e apelação</i>	144
78.	<i>Apelação e embargos infringentes (LEF)</i>	148
79.	<i>Embargos infringentes e recursos excepcionais</i>	149
80.	<i>Direito intertemporal e crises de adequação na técnica recursal</i>	152
 Capítulo VII		
	INCERTEZA E AÇÃO RESCISÓRIA	154
81.	<i>Ação rescisória e incerteza</i>	154
82.	<i>Ação rescisória: formalismo</i>	156
83.	<i>Competência para a ação rescisória</i>	158

84.	<i>Competência para a ação rescisória e incerteza</i>	159
85.	<i>Incerteza e incompetência: proposta de solução.....</i>	163
86.	<i>Prazo bianual: o trânsito em julgado</i>	166
87.	<i>Trânsito em julgado e recurso parcial</i>	167
88.	<i>Inexorabilidade do trânsito em julgado gradual.....</i>	169
89.	<i>Trânsito em julgado gradual e crise de certeza: proposta de solução</i>	173
90.	<i>Trânsito em julgado e inadmissibilidade recursal</i>	175
91.	<i>Recurso inadmissível não obsta o trânsito em julgado</i>	178
92.	<i>Recurso inadmissível e prazo para rescisória: proposta de solução</i>	179
 <i>CONCLUSÕES.....</i>		 182
<i>BIBLIOGRAFIA</i>		187
<i>RESUMO</i>		218
<i>ABSTRACT.....</i>		219

*Capítulo I***PROCESSO E CRISES JURÍDICAS****1. Técnica processual: entre certeza e incerteza**

A incerteza é fenômeno inerente ao direito. Há muito rompemos com a ilusão liberal de objetividade por meio de enunciados legais metodicamente concebidos e de códigos capazes de reger toda a conduta humana, sem margem para lacunas ou dubiedades. O fato é que o direito positivo, construído de linguagem, pressupõe sempre um juízo interpretativo e, por isso, não se isenta de diferentes leituras ou, tampouco, de incertezas quanto à sua aplicação (cf. *Capítulo IV*).

Esse mesmo fenômeno, com efeito, se repete no direito processual. Na interpretação e aplicação de seus enunciados, sempre existirá margem para crises de certeza, provocadas normalmente pela complexidade do direito positivo, por divergências na doutrina ou na jurisprudência ou, ainda, por mutações legislativas.

O presente trabalho, com efeito, tem como escopo tratar de tais questões, evidenciando os reflexos da incerteza nos meios de acesso à justiça.¹ O processo, como veremos, tem como escopo extinguir crises jurídicas estabelecidas na aplicação do direito material (crises de certeza, situação jurídica e adimplemento), não podendo, com efeito, figurar como fonte de novas crises, sob pena de inviabilizar o atendimento de seus objetivos.

Desse modo, analisaremos os escopos do processo e sua propensão a extinguir crises jurídicas. Depois, cuidaremos do formalismo processual e da flexibilidade do

¹ Neste trabalho adotamos o conceito de Gaetano Carcaterra, para quem a incerteza jurídica pode significar tanto a possibilidade de discussão sobre os enunciados prescritivos do direito quanto a incongruência ou a indecisão do juiz e, por consequência, do sistema jurídico. (“Certezza, scienza, diritto”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1962, p. 382).

procedimento, destacando sua aptidão e seus limites no tratamento das incertezas processuais. Ao final, e aí adentrando no objeto específico desta dissertação, analisaremos como surgem e como devem ser evitadas as crises de certeza no processo, para depois avaliarmos como a técnica processual deve lidar com tais situações.

Serão propostas soluções para problemas práticos, visando, sempre, ao atendimento dos objetivos constitucionais do processo, de modo a evitar que a incerteza imponha armadilhas e impeça as partes de atuar validamente no processo.

2. *Processo: visão sociológica e visão normativa. Uma observação*

Em qualquer estudo científico, a fixação – clara e rigorosa – do método de trabalho e do objeto de estudos é premissa fundamental para sua aceitabilidade. No estudo do direito processual isso não é diferente, motivo pelo qual fazemos questão de fixar, desde logo, as premissas de nosso estudo.

A questão aqui se torna relevante na medida em que não nos propusemos a utilizar apenas uma perspectiva metodológica ou a estudar apenas uma realidade (um único objeto), mas, ao contrário, pretendemos estudar o processo, tanto do ponto de vista sociológico quanto do ponto de vista jurídico.² Em síntese, queremos apreciar tanto “o que é o processo”, no mundo real, quanto “o que o processo deveria ser”, assim como determinam as normas jurídicas.

O processo – fenômeno sociológico³ – é representado por um suceder de atos realizados fundamentalmente por três sujeitos: demandante, demandado e juiz. Nessa perspectiva: (a) o demandante é aquele que dá início ao processo, *i.e.* formula uma demanda; (b) o demandado é quem recebe a citação e integra o pólo passivo da demanda; e

² A perspectiva metodológica da sociologia pressupõe a observação de eventos empíricos e a formulação de enunciados meramente descritivos, que podem ser verdadeiros ou falsos. A observação permite a identificação da causalidade de acordo com o sistema sociológico, verificando-se as causas e os efeitos dos variados fenômenos sociais. A perspectiva metodológica da ciência do direito, por sua vez, se dirige ao sistema de relações que o direito implanta nos fatos de conduta interhumana. A ciência do direito se direciona a enunciados prescritivos, que podem ser válidos ou inválidos e não verdadeiros e falsos. Nesse sentido, cf. Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, 2003, p. 79 e ss; Lourival Vilanova, *Causalidade e Relação no Direito*, 4ª ed., pp. 38-39; e Tarék Moysés Moussallem, *Revogação em matéria tributária*, 2005, pp. 101-104.

³ O processo é estudado na perspectiva sociológica por Luhmann, cf. *Legitimação pelo procedimento*, p. 18.

(c) o juiz, por sua vez, é o servidor estatal encarregado de conduzir esse processo, emitir uma sentença a seu respeito e, depois, determinar a realização de atos materiais que possibilitem a concretização do comando representado pela sentença.

No mundo real, o processo (fenômeno sociológico) sofre variadas limitações. Para que funcione adequadamente, necessita de servidores e juízes, probos e preparados, de uma estrutura burocrática organizada, de litigantes que se comportem em conformidade com a boa-fé e de um direito material justo, coeso e bem elaborado. Isso, contudo, nem sempre existe, o que torna o processo, muitas vezes, um mecanismo incapaz de pacificar adequadamente os conflitos, levando muito tempo ou produzindo resultados injustos.⁴

Essa é, portanto, a premissa sociológica da qual partimos que, em momento nenhum, prejudica a visão jurídica do processo civil, também a ser analisada neste trabalho.⁵

Na perspectiva jurídica, não nos preocupamos em analisar sociologicamente “o que o processo é”, mas em estudar o direito processual, interpretar a cláusula do devido processo legal, os princípios constitucionais do processo e a técnica infraconstitucional, que indicam “o que o processo deve ser”, quais são suas funções, quais valores visa a garantir e como deve se desenvolver. Essa visão será enunciada nos itens seguintes,

⁴ Essa perspectiva de processo, pela qual seu resultado não necessariamente reflete o direito material, é encontrada no trabalho de James Goldschmidt, para quem qualquer direito, por mais evidente que seja no plano substancial, converte-se em expectativas, ônus e possibilidades dentro do processo, podendo, assim, ser aniquilado em virtude do desaproveito de uma oportunidade ou pelo descuido de uma das partes. O processualista compara o resultado do processo ao resultado de uma guerra, que poderia proporcionar ao vencedor o desfrute de um direito que não lhe corresponde. (*Derecho procesal civil*, 1936, p. 8). No mesmo sentido, cf. Carlos Alberto Carmona, “Considerações sobre a evolução conceitual do processo”, *RePro* 57, p. 49.

A teoria de Goldschmidt, como aponta José Frederico Marques, foi severamente criticada entre os processualistas. Referindo-se aos trabalhos de Giuseppe Guarinere (*Sulla teoria General del Processo Penale*, 1939, p. 84) e de Eugênio Florian (*Elementos de Derecho Procesal Penal*, 1934, p. 83), José Frederico Marques relata que “disseram alguns que se tratava da teoria *amoral* que transforma em normal e constante a própria patologia do processo, fazendo deste coisa de puro fato submetida à sagacidade e destreza das partes”. (*Instituições...*, 1958, pp. 90-91). Parte da doutrina atribui a Goldschmidt a proposição de um conceito sociológico de processo (cf. Calamandrei, *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 4, p. 225). O próprio Goldschmidt, no entanto, rebatendo a crítica de Calamandrei, sustenta que sua visão de processo como situação jurídica não representaria uma posição meramente sociológica, ao argumento de que o arbítrio judicial não estaria livre frente às expectativas jurídicas, tendo em vista estar o juiz “vinculado por normas jurídicas ou da experiência” (*Derecho procesal civil*, 1936, p. 9).

⁵ A diferença entre essas perspectivas (ser e dever ser) é ressaltada por Carlos Cossio, com as seguintes palavras: “De hecho, ciertamente, un Juez puede juzgar o abstenerse de hacerlo, es decir puede emitir su pronunciamiento judicial o puede prorrogar indefinidamente y para siempre este pronunciamiento; pero esto interesa al Juez como persona sometida también al orden jurídico, actuando ineludiblemente de una manera lícita o de una manera ilícita, mas no se refiere al orden jurídico mismo como un conjunto de relaciones humanas que deben ser, pues lo que debe ser no se altera por lo que es: lo que debe ser siegue debiendo ser aunque no sea”. (*La plenitud del ordenamiento jurídico*. 2ª ed., 2005, p. 155).

quando tratarmos da instrumentalidade do processo e analisarmos seus escopos que – embora estejam todos eles enunciados em normas jurídicas – são chamados de jurídico, político e social.

Posteriormente, analisaremos “como o processo é”, de modo a destacarmos um de seus maiores obstáculos, a incerteza. Trataremos dos eventos sociológicos – tais como divergências doutrinárias, imprecisões nas leis e equívocos cometidos por juízes – que dificultam a interpretação e aplicação das normas processuais para, depois, tratarmos das soluções jurídicas que o sistema oferece para tais problemas.

Veremos, por fim, que essas realidades – sociológica e jurídica – não estão por completo dissociadas.⁶ Pelo contrário, a visão jurídica do processo exige que a técnica reconheça as imperfeições da realidade e, desse modo, se adapte, para que seja possível a produção de bons resultados. Nesse ponto, reside a necessidade de apreciarmos essas duas realidades (ontológica e deontológica), num mesmo trabalho, mas sempre deixando claro do que estaremos tratando, sob pena de incorremos em indesejados sincretismos metodológicos.

3. *Ciência processual: sincretismo e autonomia*

Existem diferentes modos de conceber o direito processual. Historicamente, a disciplina surge como mero apêndice do direito privado; uma sorte de “direito adjetivo”, sem autonomia e sem fundamentos próprios. Até meados do século XIX, víamos a Jurisdição como tutela de interesses privados, a ação como consequência do desrespeito de direitos subjetivos e o processo como mero suceder burocrático de atos do juiz e das partes.⁷

Nas décadas seguintes, porém, o desenvolvimento da disciplina propiciou o surgimento de novas teorias que apregoassem autonomia (metodológica/didática). Foi

⁶ Para Lourival Vilanova, “o direito, em si mesmo, é norma, regra, preceito. E norma jurídica positiva não se realiza socialmente sem estatuir relações, relações entre condutas, entre fatos do mundo social e do mundo natural socialmente relevantes (...). Juridicamente relevante é o fato do mundo (natural ou social) que se torna *suporte de incidência* de uma norma, norma que lhe atribui efeitos, que não os teria sem a norma”. (*Causalidade e Relação no Direito*, 4ª ed., p. 52).

⁷ Cf. Alfredo Buzaid, *Agravo de petição*, pp. 82 e ss.

sustentada a autonomia do direito de ação e, a partir dessa premissa, foi possível conceber autonomia a outros institutos fundamentais do processo – defesa, processo e jurisdição.⁸

Esse pensamento é caracterizado por grande precisão terminológica e permitiu o desenvolvimento e a disseminação da chamada “ciência processual”, possibilitando o desenvolvimento teórico desse novo ramo – apregoadamente autônomo – do Direito. No entanto, acabou por gerar algumas distorções. O estudo técnico, e a necessidade – quase obsessiva – de sustentar a autonomia do processo em relação ao direito material, propiciou um injustificado distanciamento entre técnica e realidade, de modo que o processo foi estudado, em si mesmo, nas suas vicissitudes formais, e suas finalidades, muitas vezes, foram olvidadas.⁹

Em virtude disso, novo pensamento surgiu, para retificar tais distorções. Pretendeu-se visualizar o processo – não como um fim em si mesmo –, mas como instrumento do direito material, sem, contudo, ignorar sua autonomia e as conquistas teóricas atingidas com a fase chamada autonomista. A tal fase, a doutrina logrou chamar de instrumentalista e é a partir desse pensamento que constituiremos as premissas deste trabalho.¹⁰

⁸ A visão privatística do processo foi inicialmente colocada em cheque por Windscheid e Mütther, nos anos de 1856 a 1857. Ao debaterem acerca da natureza da *actio* romana, os autores inauguraram distinções entre os planos material e processual do direito. Ao depois, atribuí-se a Von Bülow, com a publicação no ano de 1868 da sua *Teoria das exceções processuais e dos pressupostos processuais*, a racionalização e o desenvolvimento do conceito de relação jurídica processual, em oposição à relação jurídica de direito material. Cf. Dinamarco, *A Instrumentalidade...*, 12ª ed., p. 20; e Carlos Alberto Carmona, “Considerações sobre a evolução conceitual do processo”, *RePro* 57, p. 46 e ss.

⁹ É conhecida a lição segundo a qual o desenvolvimento da ciência processual acabou por gerar sérias distorções, a partir das quais o instrumento foi superestimado em relação ao direito material, de modo que se tornou, em si mesmo, obstáculo para o atendimento de seus fins. Bedaque, nesse sentido, aponta que em busca de autonomia para sua ciência, “passaram os processualistas a se dedicar tanto a conceitos, muitos de extrema sutileza, que as discussões sobre temas de direito processual acabaram por representar verdadeiro exercício de filosofia pura do Direito. Quando voltamos os olhos para a realidade, verificamos que o processo se encontra distante dela.” (*Direito e processo...*, 4ª ed., pp. 16-17). Relato similar faz Barbosa Moreira: “As gerações que imediatamente nos antecederam distinguiram-se pelo empenho na construção de uma dogmática sólida; em sua reflexão prevaleceram as especulações técnicas, que deixaram pouco espaço para preocupações de outra ordem, relacionadas com as dimensões políticas e sociais do fenômeno processual. Nada há disso, a rigor, que surpreenda. Era preciso, e foi útil, que se superassem as fronteiras do procedimentalismo antes dominante, em cujo quadro se refletia uma visão do processo restrita à contemplação de ritos e formalidades.” (*Temas...*: *Sexta Série*, p. 22).

¹⁰ Cf. Dinamarco, *A Instrumentalidade...*, 12ª ed., p. 22.

4. *Processo e seus escopos: visão normativa*

Tradicionalmente, afirmamos que a finalidade do processo é de natureza jurídica, cabendo a ele, segundo lição clássica de Chiovenda, declarar a vontade concreta da lei e propiciar, na medida do praticamente possível, “a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem direito de obter”.¹¹ Nessa perspectiva, o processo é compreendido como mecanismo destinado a dar aplicação ao direito material, assegurando integridade à ordem jurídica¹² e possibilitando às pessoas “meios adequados para a defesa de seus interesses”. Nisso reside o escopo jurídico do processo.¹³

Seria, no entanto, insuficiente afirmar que a atividade processual é, tão somente, um *iter* para a atuação do direito material.¹⁴ A visão contemporânea desta ciência exige que o processo seja estudado para além do “objetivo jurídico”, de modo a “encarar também as tarefas que lhe cabem perante a sociedade e perante o Estado”.¹⁵ O escopo jurídico do processo, portanto, deve ser analisado conjuntamente com o *político* e o *social*.¹⁶

No seu aspecto político, o escopo do processo diz respeito ao relacionamento da jurisdição com as distintas fontes de poder. Primeiramente, ao fornecer decisões de natureza imperativa, o processo deve propiciar concretização aos comandos jurídicos emitidos pelo Estado, nos âmbitos executivo, legislativo e judicial.¹⁷ Em segundo lugar, a jurisdição é dotada de mecanismos de limitação do poder estatal, influenciando no

¹¹ Dell’azione nascente dal contratto preliminare, p. 103.

¹² Cf. Bedaque, *Direito e processo...*, 4ª ed., p. 17; e Bruno Silveira de Oliveira, “Os princípios constitucionais...”, *RePro* 146/321.

¹³ Liebman ressalta que o estudo do direito processual civil deve sempre levar em consideração seu relacionamento com as outras disciplinas do direito material, sob pena de correremos o risco de transformá-lo num “pouco interessante somatório de formalidades e prazos.” (*Manuale di diritto processuale civile, Principi*, 5ª ed., p. 32). No mesmo sentido, cf. Canelutti, *Instituciones del nuevo proceso civil italiano*, p. 17; Arruda Alvim, *Tratado de direito processual civil*, vol. II, 2. ed., p. 98; Marinoni, *Técnica processual e tutela dos direitos*, p. 191; Bedaque, *Direito e processo...*, 4ª ed., p. 54; e Watanabe, *Da cognição no processo civil*, 2ª ed., p. 21.

¹⁴ Cf. Dinamarco, *A Instrumentalidade...*, 12ª ed., p. 215.

¹⁵ Nesse sentido, cf. Dinamarco, *A Instrumentalidade...*, 12ª ed. p. 186. Parte da doutrina, no entanto, entende que os escopos sociais e políticos do processo estariam inseridos no seu escopo jurídico. Cf. Bedaque, *Direito e processo...*, 4ª ed., p. 60; e Flávio Luiz Yarshell, *Tutela Jurisdicional...*, p. 17.

¹⁶ Nesse sentido temos a lição de Miguel Reale: “Não há dúvidas de que para o jurista, enquanto jurista, o Direito é norma, mas a norma não é algo que se possa conceber em si mesma e por si mesma, sem o seu conteúdo social, sem os valores que nela se concretizam e que por ela queremos ver realizados e garantidos.” (*Teoria do direito e do estado*, 3ª ed., p. 28.).

¹⁷ Dinamarco, *Instrumentalidade...*, 12ª ed., p. 204.

relacionamento entre os diversos “Poderes” (Judiciário, Legislativo e Executivo).¹⁸ Em terceiro lugar, o processo, por meio de instrumentos técnicos, viabiliza a atuação democrática da população na escolha dos rumos a serem tomados pelas esferas públicas de poder, figurando como canal de participação política,¹⁹ ao fornecer instrumentos como a ação popular ou a ação civil pública.²⁰

Por fim, o escopo social do processo diz respeito à pacificação social: ele deve extinguir conflitos e propiciar o estado de paz na sociedade, figurando como “mecanismo institucionalizado de resolução de controvérsias”, (a) responsável pela identificação, no caso concreto, da norma jurídica aplicável; e (b) responsável pela realização de atos materiais, com o fim de impor a aplicação prática dessa norma enunciada. Disso trataremos – pormenorizadamente – nos itens seguintes.

5. *Processo e direito material: relacionamento*

A edição de regras jurídicas é justificada pela necessidade de organização da sociedade. O Estado, no âmbito legislativo, especifica em abstrato como se dará a distribuição dos chamados “bens da vida”²¹ e define condutas que julga favoráveis e desfavoráveis, estabelecendo a forma de realização da justiça distributiva.²²

As normas jurídicas selecionam modelos de conduta que valoram positiva ou negativamente, especificando condutas lícitas, que podem ser devidas (obrigatórias) ou

¹⁸ Cf. J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 6ª ed., 1993, p. 712.

¹⁹ Democracia não é tão somente o exercício da capacidade eleitoral ativa e passiva. Segundo aponta Dinamarco, “todas as formas de influência sobre os centros do poder são participativas, no sentido de que representam algum peso para a tomada de decisões; conferir ou conquistar a capacidade de influir é praticar democracia” (*A Instrumentalidade...*, 12ª ed., p. 208).

²⁰ Cf. Carlos Alberto de Salles, “Processo civil de interesse público”, *Processo civil e interesse público...*, 2003, p. 56.

²¹ Dinamarco define o conceito de bens da vida como “todas as coisas, situações ou mesmo pessoas que de algum modo possam ser objeto de aspirações e de direitos. As *coisas* são bens materiais (móveis, imóveis), as situações relevantes para o direito são bens imateriais (p.e.x., a liberdade ou o estado de casado) e as pessoas podem ser objeto de uma relação jurídica, p.ex., quando se trata de sobre elas exercer o pátrio poder ou a guarda. Fala-se em *bens da vida* porque é em relação a eles que, na vida em comum e independente de qualquer atividade processual, os direitos são exercidos e as pretensões incidem (*pretensão*, no sentido de aspiração ou atitude mental endereçada à obtenção ou conservação do bem da vida...)”. (*Instituições...*, vol. I, p. 36).

²² *O direito quântico*, 3ª tir., p. 258.

simplesmente permitidas, e condutas ilícitas, que são *proibidas* pelo sistema e estão atreladas a consequências negativas (sanções).²³

O sistema, assim, cria expectativas em relação a seus destinatários, no sentido de que, agindo em sua desconformidade (é dizer, realizando condutas ilícitas), estes devem ser apenados. Ao mesmo tempo, dá tranquilidade aos que pretendem “cumprir” os preceitos normativos, lhes assegurando que, agindo desse modo, não devem sofrer sanções legais.

A ordem jurídica, portanto, atua de modo a encorajar condutas lícitas, inibir condutas ilícitas e conceder, simultaneamente, segurança jurídica,²⁴ na medida em que fornece *certeza* e *previsibilidade* ao jurisdicionado relativamente às possíveis consequências de seus comportamentos.²⁵ Em observação às regras de direito substancial, o cidadão deve ter plenas condições de avaliar como deve reger sua conduta (segurança jurídica).²⁶

O descumprimento do direito (realização de condutas ilícitas), assim, não é, nem poderia ser, impossibilitado pela ordem jurídica material. Constituído apenas de linguagem e restrito ao plano abstrato (*dever ser*), o direito material não pode de *per se* tocar a realidade e impedir a ocorrência do ilícito. Por isso, o processo é um elemento fundamental na dinâmica de concretização do direito. Ao fazer cumprir o direito material, traz uma

²³ Calmon de Passos nesse sentido assevera: “No espaço jurídico, o *sentido* nuclear do sistema é a dicotomia *lícito-ilícito*. E se estamos certos ao afirmar a impossibilidade de se entender a conduta humana como pura materialidade, dissociada do sentido e da significação que os homens lhe emprestam, correto será concluirmos que nenhum comportamento humano é, em si mesmo, por qualidade própria (essência) lícito ou ilícito, proibido, permitido ou devido. (...). O que enseja a compreensão do fato social como fato jurídico é a sua apropriação por uma norma com os atributos de norma jurídica”. (*Esboço de uma teoria...*, 1ª ed., 3ª tir., pp. 15-16).

²⁴ Para José Afonso da Silva, “a segurança é um dos valores que informam o direito positivo. Em verdade, a positividade do direito é uma exigência dos valores da ordem, da segurança e da certeza jurídicas”. (*Constituição e segurança jurídica*, p. 15).

²⁵ Como aponta Carlos Aurélio Mota de Souza, “a certeza é a confiança do cidadão nas leis, que lhe permitem agir eticamente, adotando condutas razoáveis e previsíveis, de que seu agir é ‘direito’ e não ‘torto’, de que suas atuações em sociedade não poderão sofrer sanções, pois as rodovias (leis) não mudam seu traçado (princípio da legalidade), para não surpreender os cidadãos” (*Segurança jurídica...*, p. 26). No mesmo sentido, cf. Calmon de Passos, *Esboço de uma teoria...*, 1ª ed., 3ª tir., p. 10; e Alvaro de Oliveira, “Direito material, processo e tutela jurisdicional”, *Revista Magister* 10.

²⁶ Nesse ponto, Goffredo Telles Junior ressalta que “o mais comum, o normal, é a eficácia pacífica do Direito, sem a necessidade do recurso à intimidação ou à violência, para obrigar os homens a se sujeitarem às normas jurídicas. Os homens obedecem voluntariamente ao Direito, por um imperativo racional.” (*O Direito Quântico...*, pp. 266-7).

mensagem, no sentido de que consequências negativas (sanções) serão aplicadas aos que descumprem o direito material (escopo educativo do processo).²⁷⁻²⁸

6. *Crises de direito material*

Ao cumprir sua função de aplicar o direito aos casos concretos, o processo é sempre colocado diante de crises,²⁹ sejam elas decorrentes do descumprimento, puro e simples, do direito material ou de incertezas na sua aplicação.³⁰

A partir do momento em que crise é levada ao conhecimento do judiciário (por meio do exercício do direito de ação (demanda), esta passa a corresponder ao objeto de um processo, que deverá se desenvolver de modo a produzir resultado suficiente para sua

²⁷ A doutrina, nesse sentido, desenvolve a idéia segundo a qual a sentença condenatória e o processo de execução seriam atividades predispostas à concretização da sanção prevista na regra de direito material. Cf., Liebman “Execução e ação executiva...”, *Estudos...*, p. 40; e *Manuale...*, *Principi*, 5ª ed., pp. 199-200; e Carnelutti, “In valore della sanzione del diritto”, *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1955, I, p. 237 ss.

²⁸ Dinamarco ressalva que o escopo último do processo “continua sendo a pacificação”, mas, ao mesmo tempo, acentua o fato de que “[a] educação através do adequado exercício da jurisdição é assim, portanto, um escopo instrumental do processo, ou seja, um objetivo a ser conseguido com a finalidade de chamar a própria população a trazer suas insatisfações a serem remediadas em juízo”. (*A Instrumentalidade...*, 12ª ed., p. 198). No mesmo sentido, cf. Humberto Theodoro Júnior, “A coisa julgada e a rescindibilidade da sentença”, *Revista Jurídica* 219/5.

²⁹ Para Dinamarco, “a função jurisdicional e a legislação estão ligados pela unidade do escopo fundamental de ambas: a *paz social*” (*A Instrumentalidade...*, 12ª ed. p. 193). Segundo o professor titular das arcadas, “o processo na condição de técnica pacificadora, deita raízes na existência de conflitos a dirimir (ou crises jurídicas)”. (*Instituições...*, vol. I, p. 116). No mesmo sentido, cf. Carnelutti, *Sistema de direito processual civil*, vol. 1, 1ª ed., pp. 62-63.

³⁰ Niklas Luhmann, referindo-se, não apenas ao processo judicial, mas a todas as formas de processo decisório estatal (administrativo, legislativo e judicial), assevera que “um processo só existe quando há incerteza sobre conclusão, a qual é superada através dele mesmo enquanto processo decisório seletivo”. (*Sociologia do direito*, vol. I, p. 178).

Alchourion e Bulygin, ao destacarem a situação de incerteza na relação de direito material, lecionam que os conflitos de interesses se originam de suas classes de situações: “A) duda o ignorancia acerca la solución que corresponde a un caso individual, y B) incumplimiento o transgresión de las normas”. Lecionam os professores que a crise descrita na letra A (falta de conhecimento) poderia decorrer de um defeito no sistema que, por sua vez, decorreria da ausência de uma solução legal (lacuna da lei) ou da existência de mais varias soluções incompatíveis. (*Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas...*, 2006, pp. 202-203).

pacificação.³¹ Como cada crise apresenta suas peculiaridades, caberá ao processo um exercício (cognitivo e executivo) específico para solucionar cada uma delas.³²

Na doutrina, as crises jurídicas são classificadas em três espécies: crises de certeza, crises de situação jurídica e crises de adimplemento.³³

As crises de certeza são produto de divergências instauradas em relação ao mero reconhecimento de direitos. Tratam, como afirma Dinamarco, de “dúvidas objetivas criadas no meio social no tocante a direitos e obrigações ou à existência, inexistência ou modo-de-ser de relações jurídicas”.³⁴ Nelas se questiona se determinado fato social se submete, ou não, a uma *fattispecie* normativa, de modo que seja possível reconhecer a existência e os contornos de determinada relação jurídica substancial.³⁵ Para a solução

³¹ Para Paulo Lucon, “o direito processual procura a certeza jurídica, na medida do que for praticamente possível, mediante a convicção do juiz diante do direito e da prova constante dos autos, dentro de um procedimento que impõe regras de participação a serem cumpridas. Por isso, o direito processual pode ser considerado como o direito da incerteza, já que seu desfecho é uma incógnita”. (“Abuso do exercício do direito de recorrer...”, *Aspectos polêmicos...*, p. 880).

³² Proto Pisani ressalta a necessidade de se visualizar a tutela jurisdicional sob o ponto de vista do direito material, afirmando que a diversidade estrutural das situações de direito material, carentes de tutela, impõem a adoção de parte do Estado de distintos meios formais de concessão de tutela jurisdicional. (*Lezioni...*, 5ª ed., p. 33 e ss.).

Dinamarco, seguindo linha de raciocínio similar, desenvolve seu estudo com base em três modelos de crises jurídicas: “Como é sabido, todo litígio em juízo gira em torno de *crises jurídicas* trazidas pelo demandante em busca de eliminação e com o objetivo de receber solução favorável. A tutela desejada pelo autor consistirá (a) na *certeza jurídica* quando a crise exposta for exclusivamente de incerteza, a ser dirimida mediante sentença meramente declaratória; (b) na *satisfação* de um direito ordinariamente dependente de uma prestação do obrigado, quando se trata de crise de adimplemento e o autor busca a satisfação mediante atividades inerentes ao processo executivo; (c) na implantação de uma *situação jurídico-substancial nova*, quando o autor lamenta a existência ou inexistência de uma relação jurídica e pede sentença constitutiva. Tais são os possíveis resultados do processo civil, a que o demandante pode aspirar quando vem demandar em juízo, obter efetivamente um desses resultados é obter a tutela jurisdicional”. (*Instituições...*, vol. II, p. 618). No mesmo, cf. Bedaque, *Efetividade do processo...*, 2005, p. 520.

³³ Aponta Bedaque: “A diferença entre as espécies de tutela decorre das circunstâncias inerentes à situação da vida que clama pela proteção jurisdicional. Na grande maioria das vezes é o próprio direito material que determina a espécie de tutela. Será ela declaratória, condenatória ou constitutiva, por exemplo, em função da relação jurídica substancial e da pretensão exposta pelo autor. A crise de certeza e de adimplemento conduz às tutelas declaratória e condenatória. Já, o direito à modificação jurídica (direito potestativo, na terminologia chiovendiana) autoriza a tutela constitutiva. Tanto a tutela declaratória quanto a tutela constitutiva implicam o reconhecimento de um direito”. (*Direito e processo...*, p. 31). No mesmo sentido, cf. Dinamarco, *Instituições...*, vol. 1, pp. 149 e ss; e Liebman, *Manual...*, vol. 1, 3ª ed., p. 232 e ss.

Proto Pisani, por sua vez, desenvolve uma classificação das crises de cooperação em função de hipóteses mais específicas, o que propicia a indicação de dezenas de tipos de crises de direito material. (*Lezione...*, 5ª ed., p. 32 e ss.).

³⁴ *Instituições...*, vol. 1, p. 149. No mesmo sentido, cf. Bedaque, *Cogitação e decisões do juiz...*, p. 359.

³⁵ A subsunção do fato ao enunciado previsto no antecedente (*fattispecie*) da norma abstrata não é mero exercício mecânico. Identificando essa questão, Hervé Croze e Christian Morel evidenciam o processo de qualificação jurídica de fatos, efetuado pelo juiz no decurso de um “debate” jurídico, como um ato essencialmente racional. Para os professores franceses, “il lui faut certes un certain nombre d’informations sur l’existence de certains faits et de certaines règles de droit positif, mais il faut aussi une raison de décider de telle ou telle manière en l’espèce.” (*Procédure civile*, p. 148).

dessa sorte de crise, é suficiente o provimento de natureza meramente declaratória, que reconheça, ou não, a existência, a validade e os contornos de uma relação jurídica.³⁶

As crises de situação jurídica, por sua vez, caracterizam-se por uma pretensão resistida à modificação de um estado jurídico, tratando de *incerteza* quanto ao reconhecimento de determinado direito potestativo à criação, modificação ou extinção de uma situação jurídica. A sentença constitutiva, que se presta à solução dessa sorte de crise, também é suficiente para a pacificação do conflito,³⁷ mas se difere da sentença meramente declaratória, na medida em que, não apenas reconhece a existência ou inexistência do direito, mas, também, provoca alterações no plano jurídico, criando, modificando ou extinguindo situações jurídicas.

Por fim, as crises de adimplemento se instauram quando estamos diante de obrigações resistidas: de dar, de fazer, de não fazer ou de pagar quantia. Nessas hipóteses, é necessário também o reconhecimento do direito material. No entanto, esse mero reconhecimento abstrato (*accertamento*) não é suficiente para a plena concessão da tutela.³⁸ Para tanto, se faz necessário transformar a realidade – com a substituição da vontade da parte (execução em sentido estrito) ou mediante atos de coerção que incentivem a conduta devida (execução em sentido lato). São, tradicionalmente, os provimentos jurisdicionais de natureza condenatória – seguidos do devido procedimento executivo – que propiciam a entrega plena da tutela jurisdicional, nas crises de adimplemento.³⁹

³⁶ Em princípio, a tutela declaratória não se presta ao mero reconhecimento da existência ou inexistência de situações de fato. Nesse sentido, Morello leciona que a chamada *ação declaratória* “permite, en situaciones jurídicas (es decir de Derecho, no fácticas) dudosas, que la jurisdicción expida una decisión de certeza (art. 322, Cód. Proc. Nac.) mediante la cual acuerde el sentido, contenido y alcance de una relación o institución normativa, cual es, antológicamente, *su dimensión u proyección en el plano del Derecho*. Que fije su contorno y ponga fin a interpretaciones opuestas o discordantes que impiden saber, a ciencia cierta, ‘qué derecho tengo’, como pudiendo ejercerlo y obtener su satisfacción en la *medida y modalidades* que establezca esa emanación jurisdiccional de mero *accertamento*”. (*Avances procesales*, p. 43). No entanto, não se pode ignorar que, na hipótese de declaração de veracidade ou falsidade de documento, o objeto da tutela declaratória não se refere, propriamente, a uma situação ou relação jurídica, mas ao reconhecimento de uma situação de fato, qual seja, *ser ou não ser* falso determinado documento, que poderá servir, ou não, para comprovar determinado direito subjetivo.

³⁷ Para Ítalo Andolina a sentença constitutiva se apresentada como “uno strumento autosufficiente di tutela giurisdizionale” (*Cognizione ed esecuzione...*, 1983, p. 6).

³⁸ Cf. Marcelo Abelha Rodrigues, *Elementos de direito processual*, vol. I, 3ª ed., p. 40 e ss.

³⁹ A respeito dos efeitos da sentença condenatória, cf. Ítalo Andolina, *Cognizione ed esecuzione...*, pp. 7-9.

7. *Certezas presumidas: uma observação*

Quando falamos que a finalidade da fase cognitiva do processo é conceder certeza à incidência do direito material, não estamos a afirmar que toda a atividade cognitiva do juiz propiciará, sempre, convicção inequívoca a respeito dos fatos e da justa e precisa interpretação dos enunciados jurídicos.⁴⁰

A certeza, como aqui tratada, não é um elemento subjetivo do julgador, no sentido de que ele estaria “certo” ao decidir. Nem sempre o juiz se convence de como, efetivamente, ocorreram os fatos relevantes para a solução do litígio ou, ainda, da correta forma de interpretação do direito positivo. Ainda que tratemos, apenas, das situações em que há cognição exauriente, não é possível afirmar que o juiz poderá atingir – sempre – um convencimento pessoal, carente de dúvidas, a respeito da justa solução do litígio.

De fato, como ao juiz é vedado se abster de julgar a demanda (*non liquet*), seu julgamento é uma conduta obrigatória, tendo, ou não, se constituído uma forte convicção em seu espírito. É, exatamente, por este motivo que o direito processual propicia técnicas de julgamento, como a distribuição dos ônus da prova, que permitem a estipulação de presunções, quanto à verdade, na hipótese de não haverem sido produzidas provas suficientes no curso do processo.⁴¹

Há ainda outras hipóteses, como a revelia (CPC, art. 319) e a ausência de impugnação específica (CPC, art. 302), nas quais ao juiz é lícito decidir com base em meras presunções, sem que tenha estabelecido cognição – atividade gnosiológica – em relação aos fatos constitutivos da relação jurídica de direito material.⁴²

⁴⁰ Não se afirma, ademais, que a missão do juiz é atingir a verdade. Esta é um resultado perfeito, que não se exige, nem se pode exigir do processo. Cf. Fredie Didier Jr., “Sobre a fundamentação da decisão judicial”, *Direito Processual Civil*, pp. 253/254; e Alvaro de Oliveira, *Do formalismo no processo civil*, 2ª ed., p. 147.

⁴¹ O art. 330 do CPC indica regra geral, segundo a qual “o ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”. Há, no entanto, regras especiais, como o art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, que permite a modificação dessa regra geral, em hipóteses específicas (hipossuficiência de uma das partes e verossimilhança de suas alegações).

⁴² Isso contudo não quer dizer que nosso sistema tenha adotado o princípio “adversarial”, segundo o qual “a decision should be given that is known to be wrong if that happens to be the result of the way the parties have conducted their battle”. (J.A. Jolowicz, “Comparative law and the reform of civil procedure”, *Legal Studies*, 1988, vol. 8, n. 1). O juiz deverá sempre aplicar o direito material ao caso concreto, aplicando as regras de julgamento somente quando não for possível a produção de provas necessárias a averiguar a veracidade das alegações das partes.

Portanto, quando afirmamos que os provimentos cognitivos de mérito têm como finalidade dar certeza a respeito da aplicação do direito, não sustentamos que esta certeza se estabelece, necessariamente, em função de uma convicção do juiz na mesma intensidade. A certeza aqui é mera presunção concedida aos provimentos jurisdicionais.

O juiz deve solucionar a crise de direito material e, ao solucioná-la, pacifica o conflito declarando “a vontade concreta da lei” (Chiovenda), é dizer, ditando a solução que o direito material fornece ao caso concreto. A partir do momento em que uma decisão judicial é tomada e, especialmente, depois que ela se torna imutável (coisa julgada material), passa a ser irrelevante o fato de o juiz ter estado “certo”, ou não, a respeito da correta solução a ser dada ao caso concreto.⁴³ Proferida a sentença, esta passa a carregar uma presunção de certeza,⁴⁴ e é essa presunção que possui essencial relevância para a pacificação social.⁴⁵ O que importa é que seja proferida uma palavra final a respeito da solução do litígio.⁴⁶

⁴³ A doutrina alemã evidenciada por Luhmann aponta, nesse sentido, o binômio *manutenção da paz social – segurança jurídica* como indicador da finalidade da atividade jurisdicional, exacerbando o escopo social da jurisdição. Notamos, nesse prisma, forte influência do pensamento de James Goldschmidt, segundo o qual o processo é “uma instância destinada a conduzir à autoridade da coisa julgada”, minorando-se, assim, a relevância concedida à qualidades das decisões fornecidas e à sua aceitação social. (*Der Prozess als Rechtslage*, p. 150 e ss. *apud* Habscheid, “As bases...”, *RePro* 11-12, p. 122). A visão relatada, com efeito, peca por deixar o processo fragilizado em relação à possibilidade de abusos no seu uso político. O isolamento do processo em relação a seu escopo social, da mesma forma que o seu isolamento em si mesmo, figura como impedimento para que a jurisdição viabilize a concretização das idéias e conceitos previstos no corpo constitucional (*devido processo legal substancial*). Nesse sentido Habscheid assevera que “sob este aspecto um abuso político do direito processual civil não poderá, certamente, ser evitado pela determinação formalística do escopo do processo civil. A experiência alemã confere, a esse respeito, vários exemplos da época do nacional-socialismo”. (“As bases...”, *RePro* 11-12, p. 123).

⁴⁴ Cf. Dinamarco, *A instrumentalidade...*, 12ª ed., pp. 289-290.

⁴⁵ Para Paulo César Conrado, “em termos puramente processuais, o princípio da certeza do direito tem importância vital, pois que, tendo por escopo a composição de um conflito de interesses, o processo impescinde, quando menos em seu ato culminante, de determinação, no exato sentido de certeza”. (*Introdução à teoria geral do processo civil*, 2ª ed, p. 64).

⁴⁶ Tampouco a aceitação das decisões judiciais, em especial, por parte do sucumbente, se dá em função de uma concordância. Dada a imperatividade do poder estatal, não há outra escolha senão aceitar o que foi decidido. Tércio Sampaio Feraz Jr., nesse sentido, assevera que “a função legitimadora do procedimento não está em se produzir consenso entre as partes, mas em tornar inevitáveis e prováveis decepções em decepções difusas: apesar de descontentes, as partes aceitam a decisão. Um comportamento contrário é possível, mas a parte que teima em manter sua expectativa decepcionada acaba pagando um preço muito alto, o que a força a ceder. Neste sentido, a força legitimadora do procedimento não está em substituir uma decepção por um reconhecimento, mas em *imunizar* a decisão final contra as decepções inevitáveis”. (Apresentação à obra de Luhmann, *Legitimação pelo procedimento*, p. 4).

8. *Processo e incerteza*

Até o momento, restou claro que o objetivo da fase cognitiva do processo é conceder certeza à aplicação do direito material, o que se faz necessário para extirpar determinadas crises (crises de certeza e de situação jurídica) ou, ainda, para se permitir futuros atos executivos, tendentes, do mesmo modo, à pacificação de crises jurídicas (crises de adimplemento).

Ocorre que, da mesma forma que se estabelecem crises quanto à aplicação do direito material, surgem – constantemente – crises na aplicação das regras técnicas do processo, seja em função de (a) problemas relacionados à compreensão da técnica processual, em abstrato, ou; ainda em função de (b) dificuldades em se avaliar a incidência de normas processuais às situações concretas.⁴⁷

Essas crises geram danos ao regular exercício da jurisdição e, por consequência, ao direito das partes. Quando colocamos em cheque a interpretação de determinada regra processual, ou ainda, questionamos a incidência de determinada regra ao caso concreto, o processo que, teoricamente, seria o mecanismo destinado a fornecer certezas à sociedade, pacificando crises jurídicas, passa a figurar como fonte de novas crises, que dificultam ou inviabilizam sua função.

Nessa medida, nos capítulos subsequêntes, estudaremos do que é constituída a técnica processual, como ela lida com suas crises internas e em que medida o formalismo processual possui instrumentos para lidar com incertezas que surgem na aplicação de suas regras.

⁴⁷ Em sentido diverso do aqui empregado, Dinamarco se utiliza da expressão “crises processuais” para denotar casos de (a) ausência de qualquer um dos requisitos de admissibilidade do julgamento de mérito; ou, ainda (b) de suspensão do processo. (*Instituições...*, vol. II, p. 628).

*Capítulo II****TÉCNICA PROCESSUAL******E INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO******9. Instrumentalidade do processo: dois aspectos***

No capítulo anterior, identificamos os escopos do processo e a forma de atuação de seus mecanismos, na chamada visão positiva da instrumentalidade do processo.⁴⁸ Vimos que o processo (a) se destina a atingir escopos jurídicos, políticos e sociais e; para tanto, (b) necessita fornecer certezas institucionalizadas à sociedade, a respeito da incidência das regras de direito material.

Fixadas essas premissas, passaremos a estudar o aspecto negativo da instrumentalidade do processo, identificando os objetivos, não do processo como um todo, mas de cada um dos atos processuais, e avaliando do que é constituída a técnica, quais são suas finalidades e, em especial, como ela lida com suas próprias crises. Ressaltaremos, em última análise, a necessidade de a forma (em sentido amplo) não ser enxergada como um valor em si mesmo, mas como instrumento, evitando a supervalorização do formalismo processual.⁴⁹

⁴⁸ Para Dinamarco, efetividade do processo representa sua “capacidade de exaurir os objetivos” que legitimam o processo. Para o processualista “o empenho em se operacionalizar o sistema, buscando extrair dele todo o proveito que ele seja potencialmente apto a proporcionar, sem deixar resíduos de insatisfação por eliminar e sem se satisfazer com soluções que não sejam jurídica ou socialmente legítimas, constitui o motivo central dos estudos mais avançados, na ciência processual da atualidade”. (*A Instrumentalidade...*, 12ª ed., p. 326). Barbosa Moreira, na mesma linha de raciocínio, ao referir-se ao tema, propõe um ‘programa básico’ da campanha em prol da efetividade do processo. (“Efetividade do processo e técnica processual”, *Temas... Sexta série*, pp. 17 e 18).

⁴⁹ Cf. Dinamarco, *A Instrumentalidade...*, 12ª ed., p. 329.

10. Técnica processual

A técnica processual é antes de tudo jurídica. É o direito abstrato (direito processual) que regulamenta o seu modo-de-ser, oferecendo um verdadeiro manual de instruções para os que se inserem, de alguma forma, na relação jurídica processual. Ao fazê-lo, o ordenamento faz opções entre valores, pois cada norma processual visa à concretização de escopos específicos que, em última análise, devem atender aos princípios gerais do processo.⁵⁰

Num primeiro momento, a técnica processual tem como finalidade assegurar o cumprimento das chamadas garantias constitucionais do processo:⁵¹ contraditório, ampla defesa, motivação das decisões judiciais, imparcialidade do julgador e igualdade no tratamento das partes – em suma, o devido processo legal.⁵² E o faz estipulando requisitos de forma que consagram tais valores.

Requisitos como os da citação têm clara afinidade com o princípio do contraditório e da ampla defesa e requisitos da sentença (relatório, fundamentação e dispositivo) atendem nitidamente à exigência de fundamentação das decisões judiciais. Assim também normas de competência, bem como técnicas de exceção de suspeição e de impedimento, estão diretamente relacionadas ao princípio do juiz natural, à garantia de imparcialidade do julgador e de igualdade no tratamento das partes. Entre muitos outros exemplos.

Além disso, as formas são responsáveis por estabelecer um caminho prévio a ser seguido pelos sujeitos do processo, de modo que possam saber, de antemão, as consequências jurídicas de suas ações.⁵³ Um processo sem fases pré-determinadas e sem poderes, deveres, faculdades e ônus previamente estipulados em lei levaria ao caos e à desordem, impedindo que as partes obtivessem a tutela de seus direitos materiais.⁵⁴ A

⁵⁰ Cf. Dinamarco, *Instituições...*, vol. I, p. 250 e ss.; e Liebman, “L’opera scientifica di James Goldschmidt e la teoria del rapporto processuale”, *Rivista di Processo*, 1949, p. 331.

⁵¹ Cf. Dinamarco, *Instituições...*, vol. I, p. 188 e ss.

⁵² As garantias da igualdade de tratamento e do contraditório são aproximadas na visão de Ada Pellegrini Grinover, para quem “plenitude e efetividade de contraditório indicam a necessidade de se utilizarem todos os meios necessários para evitar que a disparidade de posições no processo possa influir sobre seu êxito, condicionando-o a uma distribuição desigual de forças.” (“O conteúdo da garantia do contraditório”, *Novas tendências do direito processual*, p. 18).

⁵³ Cf. Chiovenda, *Instituições...*, vol. III, 1945, p. 12; e Bedaque, *Efetividade...*, 2006, p. 77.

⁵⁴ Cf. Cintra, Grinover e Dinamarco, *Teoria geral...*, 17ª ed., p. 321; Bedaque, *Efetividade...*, 2006, p. 104; e Rogerio Mollica, “O excesso de formalismo como obstáculo à celeridade processual”, *Bases científicas para um renovado Direito Processual*, vol. 1, p. 387.

devida equalização desses distintos valores determinará a melhor ou pior qualidade dos resultados que poderemos obter.⁵⁵

11. *Formalismo processual e segurança jurídica*

As formas dos atos processuais são tradicionalmente retratadas como elementos de garantia da liberdade e têm, nas palavras de Liebman, “o intuito de dar ordem, clareza, precisão e segurança de resultados às atividades processuais, bem como de salvaguardar os direitos de muitas pessoas interessadas nelas”.⁵⁶

Ainda que, de fato, tenhamos nos distanciado do modelo liberal de culto irrestrito às formalidades da lei, é assente a premissa de que o minucioso rigor formal maximiza a segurança processual e a certeza nos julgamentos.⁵⁷ Essa é inclusive a lição de Alvaro de Oliveira, para quem “se o processo não obedecesse a uma ordem determinada, cada ato devendo ser praticado a seu devido tempo e no seu devido lugar, fácil entender que o litígio desembocaria numa disputa desordenada, sem limites ou garantias para as partes, prevalecendo ou podendo prevalecer a arbitrariedade e a parcialidade do órgão judicial ou a chicana do adversário”. O formalismo é, por isso, a “organização da desordem, emprestando previsibilidade a todo o procedimento”.⁵⁸

Assim, o direito traça um caminho prévio para os sujeitos do processo, com base no qual estes deverão ter a certeza de atuar validamente. Especifica de antemão as

⁵⁵ Por isso, para Bedaque, “processo efetivo é aquele que, observado o equilíbrio entre os valores segurança e celeridade, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material”. (*Efetividade...*, 2006, p. 49). No mesmo sentido, Franco Cipriani assevera a necessidade de se obter um equilíbrio entre a efetividade do processo e a observância das garantias constitucionais. (“Il processo civile italiano tra efficienza e garanzie”, *Rivista Trimestrale...*, 2002, n. 4, p. 1253). Ada Pellegrini Grinover enxerga a efetividade do processo na “real viabilização do direito material”. (“As garantias constitucionais do processo nas ações coletivas”, *Novas tendências do direito processual*, pp. 47-48). Da mesma forma, cf. Comoglio, *La garanzia costituzionale dell'azione nel proceso civile*, 1970, pp. 154-157.

⁵⁶ Continua Liebman, em relação às formas dos atos processuais, afirmando que “sua escrupulosa observância representa garantia de andamento regular e leal do processo e de respeito aos direitos das partes. O formalismo é necessário no processo, muito mais que nas outras atividades jurídicas”. (*Manual...*, vol. I, p. 290).

⁵⁷ Nesse sentido, cf. Ovídio Baptista da Silva, *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*, p. 143. Em outra obra, o mesmo autor assevera que: “Como se sabe, a forma dos atos em geral não é só uma necessidade inerente à comunicação jurídica, mas fundamentalmente uma garantia de segurança da própria liberdade jurídica”. (*Curso...*, vol. I, p. 203). Assim também entende a jurisprudência, cf. STJ, 5ª T., RMS 8005/SC, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 06.04.2000.

⁵⁸ Cf. Alvaro de Oliveira, *Do formalismo no processo civil*, 2ª ed., p. 7.

consequências a serem geradas, nas hipóteses de desvio desse caminho (invalidade) e concede expectativas em relação ao procedimento e à relação jurídica processual, evitando tumultos e surpresas.⁵⁹

Cumprindo seu dever de segurança jurídica, o formalismo assegura um mínimo de previsibilidade (ao procedimento e à relação jurídica processual) e, ao mesmo tempo, fomenta o respeito às garantias constitucionais do processo, assegurando o devido processo legal.⁶⁰ Para que o processo funcione e seja capaz de atingir seus objetivos, é necessário que a técnica informe os sujeitos processuais com clareza e precisão como estes devem se comportar, deixando claras as consequências jurídicas de suas condutas.⁶¹

12. Técnica processual e efetividade

Além de seu papel relacionado à segurança jurídica, as formas processuais são relevantes para a efetividade do processo, permitindo, se responsabilmente observadas, melhores resultados e em menor tempo.

Na verdade, deficiências na técnica são fonte de inúmeros problemas, dando ensejo “à inútil sobrevivência de boa quantidade de processos que decerto não contribuiriam como contribuem para obstruir os canais judiciais”.⁶² Tais circunstâncias podem ser comprovadas com exemplos práticos. Vejamos o caso dos chamados pressupostos de admissibilidade do provimento jurisdicional de mérito.⁶³

⁵⁹ Cf. Bedaque, *Efetividade...*, 2006, p. 101.

⁶⁰ Para Roberto Poli, a exigência de certeza na técnica processual está ligada com exigências de garantia “aa) del principio del contraddittorio; bb) del diritto di difesa; cc) di imparzialità de giudice”. (Cf. “Sulla sanabilità...”, *Rivista di diritto processuale*, 1996, p. 467).

⁶¹ Cf. Chiovenda, *Instituições...*, 1945, pp. 201 e ss.; Heitor Sica, *Preclusão...*, p. 111; e Pedro Dinamarco, *Ônus Processuais...*, p. 60.

⁶² “Efetividade do processo...”, *Temas... Sexta Série*, pp. 23 e 24.

⁶³ Assim acentua Dinamarco: “Como o nome indica, pressupostos de admissibilidade do provimento jurisdicional são exigências postas pela lei como requisitos sem os quais o juiz não pode emití-lo. A verificação da presença ou ausência de cada um deles é feita ao longo do arco do procedimento, a partir do momento em que o juiz aprecia a petição inicial (que será indeferida se faltar algum: arts. 295 e 616), depois no momentos críticos indicados pela lei (arts. 329, 331) e, afinal, até mesmo quando o procedimento todo já foi cumprido e chega ao ponto de sentenciar. Não há preclusões para o juiz, quanto aos pressupostos do provimento (art. 267, § 3º - infra, n. 849)”. (*Instituições...*, vol. II, 3ª ed., p. 619).

Por meio destes, a técnica oferece parâmetros para avaliarmos a viabilidade de um processo produzir os resultados substanciais pretendidos,⁶⁴ exigindo a presença das condições da ação, a propositura de demanda em face de órgão revestido de função jurisdicional, tríplice capacidade do demandante (ser parte, estar em juízo e postular em juízo), personalidade jurídica do demandado, não ocorrência de fatos obstativos (litispendência, coisa julgada e perempção) e a regularidade do procedimento.⁶⁵

O juiz, ao receber a demanda, deve verificar se todos esses requisitos estão presentes. Na resposta negativa, deve determinar o saneamento de eventuais irregularidades (CPC, art. 284) ou, então, indeferir a petição inicial e extinguir o processo sem julgamento de mérito (CPC, arts. 267 e 295). Fazendo-o, privilegiará a economia processual, evitando a pendência de demandas fadadas ao insucesso, que, desde o princípio, já não contavam com os elementos mínimos necessários à emissão de um provimento de mérito. Assim, é evitada uma série de atos inúteis, fato que gera economia de esforços para os sujeitos processuais e economia financeira para o Estado, principal “patrocinador” do processo.

As circunstâncias são as mesmas se tomamos o exemplo dos pressupostos de admissibilidade recursal, que, se severamente observados, evitam a pendência de recurso inadmissível e que, portanto, não terá o condão de modificar o provimento impugnado. Inadmitindo esse feito, o mais cedo possível, o órgão jurisdicional terá tomado medida de salutar economia.⁶⁶

A correta aplicação da técnica processual é, portanto, circunstância desejada pelo sistema, cabendo ao juiz identificar com precisão e o mais cedo possível a presença de eventuais irregularidades no processo, com o fim de supri-las, quando admissível (CPC, art. 284) ou, desde logo, determinar sua extinção, na resposta negativa. Tal atitude evita a pendência de uma série de feitos destinados ao insucesso e que apenas contribuem para aumentar o congestionamento dos foros e tribunais.⁶⁷

⁶⁴ Para Miguel Teixeira de Souza, os pressupostos processuais “constituem limites intrínsecos à concessão da tutela jurisdicional e realizam função reguladora ou ordenatória, pois determinam os condicionalismos processuais nos quais essa tutela pode ser concedida à parte requerente” (“Sobre o sentido e a função dos pressupostos processuais...”, *RePro* 63, p. 71).

⁶⁵ Em relação a cada um dos pressupostos e à sua relação com o mérito da demanda, cf. Dinamarco, *Instituições...*, vol. II. 3ª ed., pp. 620-622.

⁶⁶ Cf. Barbosa Moreira, *Comentários...*, vol. V., 11ª ed., p. 262 e ss.

⁶⁷ A técnica processual, também nesse aspecto, de filtrar demandas irregulares, funciona de modo a propiciar o valor da efetividade do processo, contribuindo sensivelmente para a economia processual. (Cf.

13. *Formalismo como obstáculo à tutela jurisdicional*

Uma vez valorizado o papel da técnica processual, devemos agora colocá-la no seu devido lugar. A despeito de extremamente relevante, a técnica é apenas meio e não fim em si mesmo;⁶⁸ é instrumento dos escopos do processo e, por isso, se legitima pela capacidade de permitir resultados justos.⁶⁹ Não desejamos, portanto, um processo que decida, apenas, a respeito de matérias processuais, procurando sempre a perfeição técnica e fechando as portas para eventuais equívocos, ou, o que é mais grave, ignorando suas próprias falhas e impondo às partes verdadeiras armadilhas processuais.

Assim, fixadas essas premissas, estudaremos a técnica processual nas suas nuances e identificaremos os elementos nela presentes que caracterizam sua flexibilidade, tudo isso para que o processo sirva, com mais eficiência, ao direito material.

14. *A forma dos atos processuais*

Atos processuais são fatos,⁷⁰ eventos empíricos produzidos pela vontade humana, aos quais o direito atribui a qualidade de criar, modificar ou extinguir novas situações jurídicas dentro do processo.⁷¹ Tratam, como assevera Liebman, do elemento mínimo do

Bedaque, *Efetividade...*, 2006, p. 177). A extinção do processo sem julgamento de mérito é, porém, medida indesejada. Ela representa o fracasso, a impossibilidade de o sistema processual oferecer resposta adequada aos anseios sociais. Por isso, deve ser evitada, justificando-se, apenas, nessas hipóteses restritas, nas quais os vícios são tão graves que seria impossível suprir as irregularidades apresentadas, sendo a extinção do processo, mais cedo ou mais tarde, inevitável. Cf. Dinamarco, *Instituições...*, vol. III, p. 181.

⁶⁸ Galeno Lacerda leciona nesse sentido que o formalismo atingiu valor absoluto no procedimento romano das “*legis actiones*” e no período germânico primitivo. Cf. “Processo e Cultura”, *Revista de Direito Processual Civil*, 3º vol., pp. 77-78.

⁶⁹ Augusto Morello afirma que “*el cuerpo de la magistratura y los abogados sienten, al presente, que si tienen el deber de custodiar las formas a que deben ajustarse los procesos, lo han de hacer, sin embargo, atendiendo en todo momento al fin último al que las mismas se enderezan: contribuir a la más efectiva realización de los derechos substanciales*”. (*Avances procesales*, 2003, p. 51). No mesmo sentido, cf. Roberto Poli, “*Sulla sanabilità...*”, *Rivista di diritto processuale*, 1996, p. 451.

⁷⁰ Cf. Luis Alberto Vieira, “*Teoría general del acto jurídico y los presupuestos procesales*”, *Estudios Jurídicos en Memoria de Eduardo J. Couture*, p. 893.

⁷¹ É exatamente a manifestação da vontade humana que diferencia um fato de um ato processual. Nesse sentido, Couture conceitua fatos processuais como “*aquellos acaecimientos de la vida que proyectan sus efectos sobre el proceso. Así, la pérdida de la capacidad de una de las partes, la amnesia de un testigo, la destrucción involuntaria de una o más piezas del proceso escrito, son hechos jurídicos procesales. Cuando los hechos aparecen dominados por una voluntad jurídica idónea para crear, modificar o extinguir derechos procesales, se denominan actos procesales*”. (*Fundamentos...*, 4ª ed., p. 166).

procedimento, por meio do qual os sujeitos do processo exercem seus poderes⁷² e cumprem seus deveres e ônus processuais.⁷³

Do ponto de vista do agente, existem atos realizados pelos sujeitos parciais (partes) e pelos sujeitos imparciais do processo (juiz e auxiliares),⁷⁴ todos visando ao atendimento de distintos escopos imediatos.⁷⁵

Os atos dos sujeitos parciais do processo são normalmente de natureza postulatória e produzem “imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais” (CPC, art. 158).⁷⁶ Os atos do juiz, por sua vez, são arrolados pelo art. 162 do CPC, em despachos, decisões interlocutórias e sentenças. O primeiro é ato de ordenação do processo, sem atividade cognitiva relevante. Os dois últimos são atos de natureza decisória, onde se decide questão incidental (prejudicial ou preliminar) ou se decide conforme os arts. 267 e 269 do CPC.

A peculiaridade que permite diferenciar os atos processuais dos demais atos jurídicos se refere à destinação de sua eficácia. Um ato é processual quando seus efeitos se direcionam ao interior de determinada relação processual, e, nessa medida, tem o condão de criar, modificar ou extinguir situações jurídicas dentro do processo.⁷⁷

⁷² Cf. Crisanto Mandrioli, *Diritto Processuale Civile*, 18º ed., vol. I, p. 416.

⁷³ Cf. Liebman, *Manuale...*, *Principi*, 5ª ed., pp. 211-212.

⁷⁴ Eduardo Couture, ao conceituar “ato processual” inclui o terceiro, além dos sujeitos do processo, como seu agente. “Por acto procesal se entiende el acto jurídico emanado de las partes, de los agentes de la jurisdicción o aun de los terceros ligados al proceso, susceptible de crear, modificar o extinguir efectos procesales”. (*Fundamentos...*, p. 165). Pedro da Silva Dinamarco, no mesmo sentido, acentua que, além das partes do juiz e de seus auxiliares, o advogado também realizaria ato processual, citando, como exemplo, a renúncia a poderes outorgados por uma das partes. (*Ônus processuais...*, p. 54). No mesmo sentido, cf. Liebman, *Manuale...*, *Principi*, 5ª ed., p. 213.

⁷⁵ As partes visam a seus interesses particulares. (Cf. Couture, *Fundamentos...*, 4ª ed., p. 169). Normalmente, aspirações conflitantes manifestadas no contraditório (Cf. Chiovenda, *Instituições...*, vol. I, 1942, p. 97), por meio das quais buscam a tutela jurisdicional; seja ela o reconhecimento de um direito próprio ou apenas a negativa do direito pleiteado pela parte contrária. A doutrina nesse sentido reconhece que a tutela jurisdicional pode ser entregue tanto ao autor quanto ao réu, no processo de conhecimento. (Cf. Bedaque, *Direito e processo...*, 3ª ed., p. 59; Comoglio, Ferri e Tarufo, *Lezioni sul proceso civile*, p. 64-65; Yarshell, *Tutela jurisdicional...*, 1ª ed., p. 28; e Dinamarco, *Instituições...*, vol. I, p. 107). O Estado, por sua vez, representado no processo pelo juiz e seus auxiliares, busca a atuação de um interesse público; quer atingir os escopos da própria função jurisdicional, ou seja, dar a tutela a aquele que, de fato, tem razão, e exatamente na forma que esta seria concedida acaso o direito material tivesse sido espontaneamente cumprido (Chiovenda). E quer fazê-lo em respeito às garantias constitucionais do processo.

⁷⁶ Cf. Paulo de César Conrado, *Introdução à teoria geral do processo*, 2ª ed., p. 244.

⁷⁷ Angel Fermín Garrote aponta que um ato processual pode consistir tanto numa ação quanto numa omissão, na medida em que o direito processual atribuiria conseqüências relevantes para essas duas espécies de conduta. Conclui, assim, que “más exacto sería decir, que el acto procesal es todo acontecimiento que de cualquier manera influye en la relación procesal”. (“Los actos jurídicos procesales”, *Estudios de nulidades procesales...*, p. 35).

No direito processual, ao contrário do direito privado, a eficácia do ato realizado não depende da manifestação da vontade do agente. Os atos do processo têm eficácia vinculada por normas pré-estabelecidas, que especificam requisitos para a sua realização e estipulam, desde logo, todos os efeitos a serem produzidos no mundo jurídico.⁷⁸ Na verdade, para avaliarmos a eficácia de um ato processual basta, em princípio, analisarmos a compatibilidade entre a forma de sua realização e o modelo formal previsto na lei.⁷⁹

Avaliamos, primeiramente, a lei que trata de requisitos de validade e eficácia dos atos processuais. Em segundo lugar, observamos a forma de exteriorização do ato processual, em concreto, é dizer, o invólucro físico de que se reveste determinada manifestação de vontade. A subsunção desses dois critérios – ato processual (evento físico) e requisitos previstos pela norma – permitirá a conclusão relativa à sua regularidade e, portanto, à sua propensão a produzir efeitos.⁸⁰

15. Requisitos de modo, lugar e tempo: a forma em sentido estrito

Os requisitos de regularidade dos atos processuais são classificados em duas categorias. A primeira trata dos elementos intrínsecos do ato, que se referem à sua substância física, é dizer, ao modo de sua manifestação em concreto (palavra escrita ou oral). A segunda, por sua vez, trata dos elementos extrínsecos do ato, que se referem ao tempo e ao local onde se realizou a ação ou omissão.

O modo de realização dos atos processuais é minuciosamente tratado pelo Código de Processo Civil, em variadas oportunidades. Neste aspecto, esclarecem Cintra,

⁷⁸ A doutrina assevera a importância meramente secundária da vontade, no que tange à eficácia dos atos processuais. Cf. Liebman, *Manuale...*, *Principi*, 5ª ed. p. 216; Crisanto Mandrioli, *Diritto Processuale Civile...*, 18ª ed, vol I, p. 418; Bedaque, *Efetividade...*, 2006, p. 413; e Marcelo Bonício, *Capítulos de sentença...*, p. 20.

⁷⁹ Alvaro de Oliveira, ao definir *forma em sentido estrito*, adota posição metodológica criticável ao se utilizar da citada expressão para indicar duas coisas completamente distintas. Afirma o processualista que *forma em sentido estrito* seria tanto a exteriorização do ato quanto os requisitos legais previstos para a sua validade. Vejamos suas palavras: “a forma em sentido estrito é o invólucro do ato processual, a maneira como deve se exteriorizar; cuida-se portanto do conjunto de signos pelos quais a vontade se manifesta e dos requisitos a serem observados na sua celebração”. (*Do formalismo no processo civil*, 2ª ed., p. 5).

⁸⁰ Calmon de Passos, evidenciando, inclusive, os eventos anteriores ao ato processual, que influenciam em sua validade, diferencia entre *pressupostos, condições e requisitos* dos atos jurídicos (*Esboço de uma teoria...* pp. 35-36).

Dinamarco e Grinover que “o procedimento pode ser analisado relativamente à linguagem, à atividade que o move de fase em fase, e ao rito”.⁸¹

Do ponto de vista da linguagem, os atos processuais são representados pela palavra, como os atos jurídicos em geral. Ainda que seja admitido o uso de expressões em idiomas estrangeiros, a forma de expressão da palavra é a língua portuguesa (CPC, arts. 139, 151, 156 e 157; CPP, arts. 193, 223, 236 e 784, § 1º). Em acréscimo, dependendo da fase processual e da natureza do procedimento legal utilizado (procedimento oral, escrito ou misto), a manifestação da palavra pode ser tanto oral quanto escrita. Sendo certo que, para efeitos de documentação, quando realizados oralmente, os atos processuais deverão ser reduzidos a termo, podendo também ser registrados por meio eletrônico (CPC, arts. 169, §§ 2º e 3º, 417, 457).⁸² Aponta, ainda, Dinamarco que “outro requisito geral de primeira grandeza, alusivo ao *como* o ato processual deve ser, é o da assinatura do sujeito que o realiza (CPC, art. 169). Assinar um papel significa atestar a vontade de exarar a declaração que ele contém. Sem a assinatura, as declarações ali constantes não chegam sequer a existir perante o direito”.⁸³

O critério lugar está estampado no art. 176 do CPC: “os atos processuais realizam-se de ordinário na sede do juízo. Podem, todavia, efetuar-se em outro lugar, em razão de deferência, de interesse da justiça, ou de obstáculo argüido pelo interessado e acolhido pelo juiz”. Os atos postulatórios e decisórios normalmente ocorrem na sede do juízo. Os de comunicação e de constrição de bens, por sua vez, como a citação, a notificação, a penhora e o arresto, dado a sua natureza, são, via de regra, realizados em lugares distintos *i.e.* no local onde se encontra o citado ou o notificado ou ainda os bens penhorados ou arrestados (quando bens móveis).⁸⁴

O requisito tempo, por fim, pressupõe o estudo dos prazos e das fases processuais;⁸⁵ “espaço de tempo dentro do qual o ato processual deve ser praticado”.⁸⁶

⁸¹ Cintra, Grinover e Dinamarco, *Teoria geral...*, 17ª ed., p. 324.

⁸² A respeito da oralidade e do uso da palavra escrita no Código de Processo Civil, cf. José Roberto do Santos Bedaque, Samuel Brasil Jr. e Bruno Silveira de Oliveira, “A oralidade no processo civil brasileiro”, *Processo Civil: novas tendências*, p. 415 e ss.

⁸³ *Instituições...*, vol. II, 3ª ed., p. 538.

⁸⁴ Cf. Cintra, Grinover e Dinamarco, *Teoria geral...*, 17ª ed., p. 323.

⁸⁵ Os prazos processuais podem ser classificados em legais e judiciais. Os primeiros são estipulados diretamente pela lei, e não dependem de determinação judicial. Os segundos são fixados pelo juiz, nas hipóteses em que a lei processual se mostra omissa (CPC, art. 177). Além disso, podemos falar em prazos comuns e particulares. Os comuns são assinados contemporaneamente a mais de um sujeito processual. Os particulares, por sua vez, se estabelecem individualmente. Há, ainda, prazos próprios e impróprios. Os

Tratamos de formalidades que “atendem, de ordinário, o mister de impulsionar o desenvolvimento das relações processuais, dando-lhes a celeridade considerada *ex lege*, necessária e adequada, e deferindo, ao final de tudo, o mínimo de estabilidade às relações”.⁸⁷

16. *Procedimento legal*

A despeito de estudados isoladamente, os atos processuais jamais se apresentam a sós, estão sempre inseridos no contexto de um dado procedimento e de uma relação jurídica processual, de modo que cada ato processual encontra sua razão de ser nos atos que o precederam (à exceção da demanda, que é o primeiro deles) e, por consequência, deverá influenciar os atos a serem subsequentelemente realizados. Assim é que a citação se justifica pela prévia demanda, do mesmo modo que a defesa se justifica pela prévia citação, ou, então, como o recurso encontra sua razão de ser na sentença que, em última análise, só é proferida porque houve uma demanda, uma citação, uma resposta, etc.⁸⁸

É, portanto, à organização do conjunto desses atos processuais que denominamos procedimento. Nele se concretiza o modelo técnico previsto pela lei para a tutela dos direitos materiais: “o procedimento é a faceta dinâmica do processo, é o modo pelo qual os diversos atos processuais se relacionam na série constitutiva do processo, representando o modo do processo autuar em juízo (seu movimento)”.⁸⁹

primeiros são associados à preclusão. Se não realizado o ato dentro do prazo, não mais poderão ser realizados. Os segundos, por sua vez, ainda que intempestivos, terão plena eficácia. Por fim, fala-se em prazos dilatórios e peremptórios. Os prazos dilatórios comportam prorrogação, que pode ser convencionada entre as partes (CPC, art. 181). Os peremptórios, por sua vez, são tidos como improrrogáveis, não podendo ser alterados mediante a manifestação de vontade (CPC, art. 182). (Cf. Chiovenda, *Instituições...*, vol. III, 1945, p. 19).

⁸⁶ Cf. José Frederico Marques, *Instituições...*, vol. II, p. 266; e Roberto Poli, “Sulla sanabilità...”, *Rivista di diritto processuale*, 1996, p. 448.

⁸⁷ Cf. Paulo César Conrado, *Introdução à teoria geral do processo civil*, 2ª ed., p. 260.

⁸⁸ Segundo a lição de Liebman, os atos do processo não se apresentam isolados, “pois cada ato se encontra ligado e coordenado a um grupo mais ou menos numeroso de outros atos processual que se sucedem no tempo e formam uma série contínua, como os elos de uma corrente; o grupo forma uma unidade que recebe o nome de procedimento e os atos são os elementos constitutivos dessa unidade”. (Liebman, *Manual...*, vol. I, p. 293).

⁸⁹ Cf. Fernando Gajardoni, *Flexibilização procedimental...*, p. 80; e Rodrigo Klippel, *Teoria geral do processo...*, p. 314.

O mais usual dos procedimentos (modelos procedimentais) é o comum ordinário, aplicável à grande maioria das situações conflituosas, que não se subsume a qualquer dos “procedimentos especiais”. Além disso, pode ser objeto de escolha da parte, ainda que cabível outra espécie procedimental, como a ação monitória ou o mandado de segurança. Trata-se, por este motivo, da via comum do processo civil.

Há, ainda, o procedimento comum sumário, que se refere às hipóteses do art. 275 do CPC, o qual exige o preenchimento dos critérios econômico (causas que envolvam até 60 salários mínimos), material (natureza do direito envolvido no litígio, art. 275, II, do CPC) e de complexidade probatória (a prova a ser produzida deve ser compatível com a simplicidade e celeridade do procedimento, art. 277, §5º, do CPC).⁹⁰

Existem os chamados procedimentos especiais, que se subdividem entre aqueles que são previstos pelo livro IV do CPC e os demais, previstos na legislação processual isolada. Para Marcato, “a especialidade resulta ora de uma peculiaridade pertinente à relação jurídica material controvertida, ora da necessidade de uma tutela jurisdicional mais rápida; pode ainda resultar de circunstâncias meramente históricas ou então, como ensina Chiovenda, os procedimentos especiais atendem ou a particularidades das formas admitidas para certos grupos de relações jurídicas isoladas, ou, então, à particularidade da cognição”.⁹¹

Além disso, podemos falar na existência de diferentes tipos de procedimentos executivos. Dependendo da natureza da crise de inadimplemento (obrigação de dar, entregar coisa, fazer, não fazer ou pagar quantia), da espécie de título (judicial, extrajudicial, provisório ou definitivo) ou da natureza das partes (execução fiscal, execução contra a Fazenda Pública), a lei processual prescreve um procedimento executivo distinto.

Falamos, ainda, em procedimentos cautelares fundados no poder geral de cautela e em procedimentos cautelares específicos, desenhados pelo legislador para tutelar

⁹⁰ Para Ovídio Baptista da Silva, a natureza plenária da técnica de cognição possibilitada pelo procedimento legal é o que determina a sua natureza ordinária. Nesse contexto, para professor, tanto o nosso procedimento comum ordinário quanto o procedimento comum sumário poderiam ser classificados como procedimentos ordinários. Segundo leciona, procedimento ordinário “é mais que um procedimento (apenas formalmente) ordinário: – é o procedimento da ‘cognição ordinária, como o refere Chiovenda que conceitualmente, elimina as demanda *sumárias*. É nosso procedimento comum, ordinário e sumário, pois o sumário do art. 275 do CPC é também ordinário e *plenário*, que teve apenas suas fases comprimidas, porém não modificadas ou invertidas, tornando-se, como disse Victor Fairén Guillén, apenas um plenário rápido”. (*Processo e Ideologia*, 2ª ed., pp. 151 e 152).

⁹¹ *Procedimentos especiais...*, 7ª ed., p. 38.

determinadas situações de direito material, *e.g.* cautelar de arresto, cautelar de seqüestro, produção antecipada de provas, etc (CPC, art. 813 e ss.).

Os tipos de procedimento previstos pelas leis processuais são, portanto, variados e representam diversas escolhas feitas em relação à técnica processual. Optamos, em determinadas hipóteses, pela maior celeridade (ação monitória, mandado de segurança, procedimentos sumários e sumaríssimos, etc.) e, noutros casos, privilegiamos uma mais profunda análise do litígio (procedimento comum ordinário, ação de prestação de contas, ação de consignação em pagamento, etc.).

O procedimento é muitas vezes planejado especificamente em função das situações de direito material, numa espécie de “simbiose entre o processo e o direito que ele visa a tutelar”, permitindo formas distintas de tutela, que variam em função das peculiaridades do direito material.⁹²

17. Formalismo processual ou forma em sentido amplo

Além das regras que regulam os atos processuais e o procedimento, especificando o modo, o tempo e o local de sua realização, existem normas cuja finalidade é regular as variadas situações jurídicas – ativas e passivas⁹³ – que se sucedem no processo, delimitando os contornos da chamada relação jurídica processual.⁹⁴

Para tanto, ditas normas especificam poderes, deveres, ônus e faculdades dos sujeitos do processo.⁹⁵ Roque Komatsu assim esclarece: “em virtude do caráter

⁹² Cf. Rodrigo Klippel, *Teoria geral do processo...*, p. 315.

⁹³ Como leciona Dinamarco “são ativas ou passivas as situações jurídicas em que sucessivamente se encontram os sujeitos do processo. São situações processuais ativas as que permitem realizar atos processuais segundo a deliberação ou interesse do seu titular, ou exigir de outro sujeito processual a prática de algum ato. Elas são sempre favoráveis ao titular, porque apontam à realização, por ele próprio, ou por outrem, de um ato de seu interesse. As situações jurídicas ativas caracterizam-se como faculdades que a lei outorga às partes, ou poderes de que elas ou o juiz são titulares no processo. (*Instituições...*, vol. II, p. 201).

⁹⁴ Para Dinamarco, “define-se a relação jurídica processual, mediante a junção desses elementos conceituais, como sistema dos vínculos regidos pelo direito que interligam os sujeitos do processo. Ou, em palavras mais simples e igualmente expressivas, relação entre os sujeitos do processo (Liebman)”. Referindo-se às lições de Bülow, o professor das arcadas assevera que “o objeto dessa relação não é o próprio bem da vida em torno do qual as partes litigam, mas a *tutela jurisdicional* que o autor postula para si à qual terá direito ou não, conforme a sentença se dirá”. (*Instituições...*, vol. II, pp. 196-197).

⁹⁵ Assim como aponta Bedaque, “o desenvolvimento do processo é regido por normas destinadas a ordená-lo. Os poderes, deveres, ônus e faculdades dos sujeitos envolvidos na relação jurídica processual submetem-se a regras previamente estabelecidas, e cuja observância é fundamental.” (*Efetividade...*, 2006, p.

progressivo, continuativo, dinâmico do processo, passam os seus sujeitos, de momento em momento, pela ocorrência de fatos juridicamente relevantes, decorrentes do exercício de poderes, faculdades, direitos subjetivos ou do cumprimento de deveres e da sujeição e da satisfação dos ônus. E todos os atos do processo e todas as posições jurídicas e os momentos processuais têm um objetivo comum, a prestação jurisdicional”.⁹⁶

Em princípio, no processo, o sujeito que tipicamente exerce poderes é o juiz. Manifestando a função jurisdicional, tem o magistrado o poder produzir efeitos em relação a esferas jurídicas alheias, impondo, às partes, decisões imperativas para seus conflitos. No entanto, as partes também exercem poderes dentro do processo: em determinadas situações, o direito lhes atribui determinadas condutas cuja eficácia de *per se* afeta a esfera jurídica de outrem.⁹⁷ Tratamos, aqui, do exercício dos chamados direitos potestativos, categoria profundamente estudada por Chiovenda, cujos exemplos clássicos são: direito de ação e direito de recorrer.

Os ônus processuais, por sua vez, por se tratarem de imperativos da vontade individual,⁹⁸ são característicos das partes.⁹⁹ O direito prescreve, aos sujeitos parciais do processo, determinadas condutas a serem realizadas, no entanto, não condiciona o descumprimento de tais preceitos à imposição de uma verdadeira penalidade.¹⁰⁰ O descumprimento de ônus processual não é conduta proibida pelo sistema, ele tão somente acarreta (a) a não obtenção de um provável benefício; (b) a atribuição de alguma circunstância desfavorável (ônus próprio); ou (c) a mera possibilidade de vir a ser agravada a situação do sujeito no processo (ônus impróprio).¹⁰¹

92). A essas três categoriais, Couture insere as chamadas obrigações processuais. Para ele, “la más acentuada de las obligaciones procesales es la que surge de la condena en costas. En nuestro concepto existe además una *responsabilidad procesal*, derivada del abuso del derecho de acción o del derecho de defensa. El daño que se cause con ese abuso, genera una obligación de reparación”. (*Fundamentos...*, 4ª ed., p. 173).

⁹⁶ *Da invalidez...*, 1991, p. 110.

⁹⁷ Cf. Dinamarco, *Instituições...*, vol II, p. 206.

⁹⁸ Cf. James Goldschmidt, *Princípios gerais...*, p. 55 e ss.

⁹⁹ O juiz exerce função pública no processo e, nessa medida, toda sua conduta é regulada por normas de natureza imperativa. Por isso, não se pode falar na existência de ônus judiciais. Nesse sentido, cf. Dinamarco, *Instituições...*, vol. II, p. 204.

¹⁰⁰ Arruda Alvim diferencia ônus da idéia de obrigação. Para o professor, “a obrigação pede uma conduta cujo adimplemento ou cumprimento trás benefícios à parte (...) havendo omissão do obrigado este será ou poderá ser coercitivamente obrigado pelo sujeito ativo”. Relativamente ao ônus, explica que “o indivíduo que não o cumprir sofrerá, pura e simplesmente, via de regra, as consequências negativas do descumprimento que recairão sobre ele próprio”. (*Manual de direito processual...*, vol. 2, p. 493).

¹⁰¹ Fala-se ainda em ônus absolutos, nas hipóteses em que o seu não cumprimento acarretaria necessariamente uma situação desfavorável e ônus relativos, que apenas potencialmente podem gerar uma condição desfavorável. Cf. Dinamarco, *Instituições...*, vol. II, p. 205.

Os deveres processuais, por sua vez, manifestam-se em relação ao juiz na medida das necessidades de sua função – essencialmente no que tange ao dever de julgar a causa e prover com, probidade e efetividade, a tutela jurisdicional.¹⁰² Em relação às partes, os deveres dizem respeito à exigência de lealdade processual e boa-fé (CPC, art. 14).¹⁰³ Ao contrário dos ônus, o descumprimento de um dever processual é uma conduta ilícita, passível de ser sancionada, com multas processuais (às partes) ou penalidades civis (CC, arts. 186 e 927), administrativas (ao juiz ou seus auxiliares) ou criminais (*e.g.* crime de desacato – CP, art. 331).

Por fim, as faculdades processuais se referem às possibilidades de livre escolha que a lei atribui aos sujeitos do processo. Quando inexistente regra que especifique determinada conduta, os sujeitos são livres para atuar como bem entenderem (CPC, art. 154). Para Dinamarco, as faculdades processuais nada mais seriam que decorrência, no processo, do princípio geral de liberdade de conduta pessoal.¹⁰⁴ Exemplos de faculdades processuais são a escolha das expressões utilizadas nas peças processuais, escolha do momento de interposição do recurso ou da apresentação da defesa, desde que dentro do prazo legal (no primeiro, segundo, terceiro, quarto ou quinto dia, etc), usar ou não citações de doutrina e jurisprudência, e assim por diante.¹⁰⁵

O conjunto de todas essas espécies de normas, que engloba, portanto, as regras que especificam os requisitos de forma dos mais variados atos processuais (modo, tempo e lugar), bem como as regras que estipulam os contornos da relação jurídica processual

¹⁰² Roberto Marengo, nesse sentido, ensina que o caráter público da jurisdição e os escopos do processo impõem que a função do juiz “seja disciplinada em termos de obrigatoriedade”. (cf. “Note in tema di discrezionalità...”, *RePro* 86, p. 160).

¹⁰³ Em relação à ZPO alemã, Othmar Jauernig relata a mesma situação, esclarecendo que “a lei, em princípio, não conhece quaisquer deveres processuais às partes, antes deixa à sua opção como agir no processo”, mas lhe condena apenas “o comportamento desonesto, tal como nas relações privadas. A luta pelo direito não consente todos os meios”. (*Direito processual civil*, 2002, pp. 150-151).

¹⁰⁴ *Instituições...*, vol. II, p. 202.

¹⁰⁵ Em princípio, só existem faculdades processuais em relação às partes, na medida em que o juiz exerce uma função pública no processo, estando limitado por normas de natureza cogente. No entanto, se se entende aqui a idéia de faculdades *puras* como a possibilidade de livre escolha entre aspectos meramente estéticos (redigir à mão ou datilografar) ou à forma de argumentação (citação de doutrina ou jurisprudência), seria imprescindível a conclusão segundo a qual existiriam faculdades processuais, não apenas em relação aos sujeitos parciais do processo, mas, também, em relação ao juiz e seus auxiliares. Afinal, estes também estariam autorizados pelo ordenamento processual a realizar livremente escolhas dessa natureza. Em sentido contrário, cf. Dinamarco. *Instituições...*, vol. II, pp. 208-209.

(poderes, ônus, deveres e faculdades dos sujeitos do processo), chamamos formalismo processual,¹⁰⁶ ou, forma em sentido amplo.¹⁰⁷

18. *A forma e as conseqüências de seu descumprimento: validade e invalidade*

Vimos até o momento que, para analisarmos a validade de um ato processual, precisamos, em princípio, identificar as características do ato, em concreto, de modo a compará-lo com o ordenamento abstrato. Estando ele em conformidade com os parâmetros legais de modo, tempo e lugar, temos um ato processual perfeito. Um ato processual imperfeito/viciado, pelo raciocínio inverso, surge do descumprimento de determinado requisito formal.

Isso não quer dizer, contudo, que todo ato imperfeito é nulo.¹⁰⁸ Diante de um vício, o ordenamento positivo prescreve distintas conseqüências jurídicas, que variam de acordo com sua gravidade.¹⁰⁹

Como veremos, existem (a) vícios capazes de gerar prejuízo, impedindo que o ato atinja sua finalidade; e (b) vícios incapazes gerar prejuízo, que não impedem que o ato atinja seu escopo. Quando o ato é contaminado por vício descrito na alínea *a* – *i.e.* o descumprimento da forma impede que o ato atinja sua finalidade –, a conseqüência gerada no plano jurídico é a invalidade, cuja principal característica é o impedimento da eficácia jurídica desejada. Quando o vício se enquadra no conceito da alínea *b* – ou seja, a irregularidade formal não tem o condão de gerar qualquer prejuízo –, deve o ato ser

¹⁰⁶ A idéia de formalismo processual é, antes de tudo, ambígua. Em um primeiro sentido, formalismo denota o pensamento, ora repudiado, de excessiva valorização de aspectos formais do direito processual em detrimento da substância. Reflete a premissa segundo a qual os requisitos de forma dos atos processuais não tratariam de meros instrumentos para o atendimento de finalidades exteriores, mas, na verdade, possuiriam valores intrínsecos. Um segundo sentido, no entanto, pode ser extraído dessa expressão. Formalismo processual, assim, denotaria “a totalidade formal do processo, compreendendo não só a forma, ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais.” (Alvaro de Oliveira, *Do formalismo no processo civil*, 2ª ed., pp. 6-7).

¹⁰⁷ A respeito da evolução histórica do formalismo no processo civil, cf. Sidnei Amendoeira Jr., *Fungibilidade de meios...*, pp. 123 e ss.; e Alvaro de Oliveira, *Do formalismo no processo civil*, 2ª ed., p. 12 e ss.

¹⁰⁸ Nesse sentido cabe trazer a ponderação de Roque Komatsu, para quem: “a ineficácia não se identifica com a invalidade. Há atos perfeitos e portanto válidos, que não são eficazes, como há atos imperfeitos (não necessariamente inválidos) que produzem efeitos”. (*Da invalidade...*, p. 206).

¹⁰⁹ Cf. Liebman, *Manual de direito processual civil*. vol. I. p. 327.

pautado como válido, aplicando-se, na hipótese, a regra da instrumentalidade das formas.¹¹⁰

Nos itens subsequentes trataremos dos casos em que o formalismo processual é descumprido, analisando como a técnica lida com suas irregularidades e como é possível evitar que atos processuais, realizados em desconformidade com parâmetros formais, sejam invalidados.

19. Os atos do juiz e auxiliares e os atos das partes

A invalidade é fenômeno que acomete tanto os atos das partes como os atos do juiz e de seus auxiliares.¹¹¹ Independentemente do nome que atribuamos ao fenômeno (nulidade, inadmissibilidade¹¹² ou mera ineficácia¹¹³), a consequência jurídica do seu reconhecimento será sempre a impossibilidade de o ato atingir seus objetivos.

Assim e.g. uma sentença declarada inválida não terá o condão de pôr fim ao processo (*rectius*: fase cognitiva do processo) ou provocar o *accertamento* da relação jurídica de direito material; ou uma decisão interlocutória pautada como inválida não resolverá a questão incidental. Da mesma forma, um recurso de apelação tido como inválido não impedirá o trânsito em julgado da sentença nem levará ao conhecimento do

¹¹⁰ Cf. Calmon de Passos, *Esboço de uma teoria das nulidades...* p. 111.

¹¹¹ A doutrina nega a possibilidade de se falar em nulidade dos atos das partes. Cf. Dinamarco, *Instituições...*, vol. II, p. 590-591; Samuel Meira Brasil Jr., *Justiça, Direito e Processo*, p. 22.

¹¹² Calmon de Passos, referindo-se a vícios decorrentes da inexistência de pressupostos inerentes ao procedimento, e não apenas a um só ato, identifica espécie de invalidade a que denomina inadmissibilidade. (*Esboço de uma teoria das nulidades...*, pp. 115 e ss.).

¹¹³ Dinamarco aponta que a expressão *nulidade* seria inadequada para designar os atos de parte inválidos. Segundo o processualista “fala-se em nulidade quando se tem presente a imperfeição dos atos do juiz e seus auxiliares, os quais devem ser conformes à lei para serem portadores de segurança para os litigantes. (...) O ato viciado não é um *nada*, ele existe juridicamente e produz os efeitos normais até que uma decisão do próprio Poder Judiciário o declare nulo e lhe subtraia a eficácia. Não existe nulidade de pleno direito no sistema processual, dado a qualificação deste como ramo do direito público. A relação entre Estado e indivíduo, exercendo aquele o *poder* de estando este em estado de *sujeição*, impede que a pessoa faça seu próprio juízo sobre a regularidade do ato e conclua por mostrar-se indiferente a ele. Tal decisão, como também ocorre em relação aos atos administrativos nulos, compete sempre a um órgão estatal (Súmula 473 STF). Eis como os atos judiciais são eficazes ainda que nulos – e até que essa eficácia lhes seja regularmente subtraída. *Não se fala em nulidade dos atos da parte*. São outras as técnicas pelas quais a invalidade se passa à sua incapacidade de produzir os efeitos desejados pelo agente. (...) Mesmo sem qualificar de *nulidade* o defeito dos atos processuais de parte, a lei lhes nega eficácia quando transgredirem exigências formais relativas ao modo, ao lugar ou ao tempo de sua realização.” (*Instituições...*, vol. II, p. 589-591).

tribunal a matéria impugnada; ou uma petição inicial reconhecidamente inválida não permitirá a regular formação e desenvolvimento do processo.

Os atos processuais – tanto das partes quanto do juiz e de seus auxiliares – são todos eles dotados de presunção legal de regularidade. Apenas quando o estado-juiz se dirige especialmente para um ato processual, reconhecendo-o como inválido, poderão lhe ser atribuídas as conseqüências práticas da invalidade. “Não há invalidade processual sem pronunciamento judicial” (CPC, art. 158).¹¹⁴

Por este motivo, um recurso de apelação, ainda que patentemente inadmissível, será presumido válido, até declaração em contrário, devendo ser juntado aos autos, ter suas folhas numeradas e, ainda, ser levado ao órgão competente para avaliar sua regularidade. Da mesma forma, uma petição inicial inepta – ainda que de forma insanável – enseja todos os efeitos práticos, com a formação de autos e o seu regular processamento, até que o órgão competente (*i.e.* juiz) reconheça, por sentença, sua inaptidão para produzir os efeitos desejados.

Nas hipóteses narradas, não poderia o servidor responsável por receber a petição reconhecer, ele mesmo, a ineficácia do ato inválido e devolver o instrumento (petição) ao sujeito responsável por levá-la ao protocolo. Não poderia, igualmente, o juiz determinar o arquivamento dos autos, sem que, previamente, declarasse (por decisão judicial fundamentada) a invalidade de todo o processo (por carência de um dos pressupostos de admissibilidade do julgamento de mérito) ou a inadmissibilidade do recurso.

A mesma presunção, com efeito, é estabelecida em relação aos atos do juiz e seus auxiliares. O art. 249 do CPC é expresso ao proclamar a necessidade de o juiz pronunciar as nulidades processuais, sob pena destas não gerarem quaisquer conseqüências relevantes. Sistema distinto ocasionaria seriíssimos problemas, na medida em que comprometeria o estado de sujeição a que as partes – assim como terceiros, reflexamente – devem se acometer em relação ao Estado-juiz; não saberiam como agir, se se sujeitariam, ou não, ao ato judicial que acreditam ser inválido. Por isso, como afirma Roque Komatsu, “a pronuncia do juiz tem a função de remover a apontada dúvida ou incerteza”.¹¹⁵ Imaginar a possibilidade de descumprimento de uma decisão judicial, sob o fundamento de que o

¹¹⁴ Cf. Roque Komatsu, *Da invalidade...*, pp. 206/207; e Calmon de Passos, *Esboço de uma teoria...*, pp. 130-131.

¹¹⁵ Cf. Roque Komatsu, *Da invalidade...*, p. 207; e Mandrioli, *Diritto processuale...*, 18ª ed., vol. I, p. 468.

destinatário desta a pautaria como inválida, é subverter qualquer possibilidade de efetividade do sistema jurídico. Para que as decisões judiciais sejam universalmente respeitadas, não podemos deixar ao arbítrio do jurisdicionado avaliar sua regularidade. Cabe-lhe apenas cumprir e respeitar essa decisão.

Na verdade, quando, no âmbito do processo, ato inválido é realizado e passa despercebido pelo órgão jurisdicional, é possível que este seja convalidado. Isso ocorre com a preclusão endoprocessual ou com a formação da coisa julgada material, a partir da qual todos os vícios processuais se convalidam, não sendo mais passíveis de impugnação, senão pela via rescisória.

Não há, pois, distinções relevantes entre a invalidade que acomete os atos da parte ou os atos do juiz e de seus auxiliares. Todos eles (a) se sujeitam à aplicação da regra da instrumentalidade das formas; (b) se presumem regulares, produzindo seus efeitos práticos até que a invalidade seja reconhecida por ato judicial; e (c) poderão ser convalidados, não havendo motivos para tratamento diferenciado destes atos.

20. *Instrumentalidade das formas*

Vimos, nos itens precedentes, a importância que exerce o formalismo processual, assegurando segurança jurídica e previsibilidade aos jurisdicionados e, ao mesmo tempo, propiciando efetividade e economia. As formas existem e se justificam por objetivos relevantes e, por este motivo, devem ser respeitadas.

No entanto, é preciso considerar que, em determinadas hipóteses, o descumprimento da forma não impede que estes objetivos – tutelados pelo formalismo – sejam atingidos dentro do processo. É possível que, a despeito da irregularidade formal, o ato processual atinja seus escopos, sem trazer prejuízo para os jurisdicionados ou para o próprio sistema processual.

Para estes casos, foi concebida a regra da instrumentalidade das formas, que é uma norma de equilíbrio (sobre-regra processual), a regular a aplicação de outras normas do processo (regras que tratam de requisitos formais), proclamando quando o descumprimento da forma deverá, ou não, produzir efeitos relevantes, é dizer, gerar a invalidade do ato irregular.

A instrumentalidade das formas é, com efeito, uma norma jurídica, parte integrante do formalismo processual, cujo conteúdo é extraído de variados dispositivos do CPC. Nesse sentido, temos o art. 154, art. 244, art. 249, § 2º, e art. 250, dos quais tiramos duas idéias centrais: a primeira é que o ato processual irregular deverá ser pautado como válido, se atingir sua finalidade; e a segunda – que, na verdade, complementa a primeira¹¹⁶ – é a de que não haverá declaração de nulidade sem que tenha se operado prejuízo.¹¹⁷

Todo ato processual, como visto, é concebido para que determinados objetivos sejam atingidos. Para Proto Pisani, “o elemento central quanto aos requisitos de forma-conteúdo é que o ato individualizado seja munido dos requisitos indispensáveis para o atendimento de seu escopo”.¹¹⁸

Contudo, isso não quer dizer que, se desrespeitada a forma, não será possível atingir essas finalidades. Como ensina Calmon de Passos, “atos atípicos existem que, por haverem alcançado os fins que objetivam (na ótica do sistema), ainda quando imperfeitos, permanecem válidos”.¹¹⁹ E é exatamente para essas situações que se presta a regra da instrumentalidade das formas, pela qual o descumprimento formal só terá relevância se impedir que o ato atinja seu escopo, caso contrário, deverá ser desconsiderada a irregularidade, mantendo-se a eficácia do ato.¹²⁰

¹¹⁶ Para Bedaque, “*finalidade e prejuízo* são idéias fundamentais à compreensão do sistema das nulidades processuais. Embora ambas possam representar fenômenos distintos, sua aplicação como mecanismos de determinação da relevância, ou não, da atipicidade do ato processual acaba por equipará-las, ao menos no que se refere aos resultados obtidos. Para verificação da nulidade tanto faz pensarmos em *prejuízo* como em *finalidade*. Qualquer um é suficiente para determinar a natureza do vício”. (*Efetividade...*, 2006, p. 437). Em sentido contrário, Roque Komatsu, ao limitar à idéia de prejuízo aos interesses das partes, tenta diferenciar os fenômenos. Para ele “por princípio da finalidade entende-se aquele que conclui pela desnecessidade de invalidação do ato que, embora afastado do modelo, tenha atingido seu objetivo. E o princípio do prejuízo é aquele que reputa inviável a decretação de invalidade do ato defeituoso que não traga prejuízo (que significa efeito, dano sofrido por alguém) à parte”. (*Da invalidade...*, p. 215).

¹¹⁷ Vicent e Guinchard, após se referirem ao sistema romano primitivo das *legis actiones*, no qual um erro de forma era suficiente para se perder todo o processo, e ao sistema de nulidades puramente *comminatoires* (adotado por códigos de países germânicos), que permitia excessiva liberdade ao tribunal, na desconsideração das irregularidades, asseveram que o desejo de limitar os poderes do juiz inspirou a adoção de um sistema intermediário, a partir das ordenações de 1667, e que se apresenta pelo seguinte brocado: “nullité sans grief n’opere point”. (*Procès civile*, 25ª ed., p. 564).

¹¹⁸ Cf. Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, p. 214.

¹¹⁹ Cf. Calmon de Passos, *Esboço de uma teoria...*, p. 111.

¹²⁰ Cf. Calmon de Passos. *Esboço de uma teoria...*, p. 130.

A instrumentalidade das formas, portanto, estabelece um equilíbrio entre a necessidade de cumprimento dos requisitos formais e a necessidade de impedir que o rigor formal constitua empecilho ao desenvolvimento do processo.¹²¹

Nessas circunstâncias, surgem duas questões fundamentais. A primeira delas seria saber se toda sorte de irregularidade estaria submetida à regra da instrumentalidade. Estariam as “nulidades absolutas” e as “nulidades cominadas” dentro de seu espectro normativo? A segunda se refere à identificação dos escopos dos atos processuais e, conseqüentemente, à identificação do prejuízo. Disso trataremos nos dois tópicos seguintes.

21. Instrumentalidade das formas, nulidades absolutas e nulidades cominadas

A instrumentalidade das formas, como visto, atua de modo a regular a aplicação de outras normas, prescrevendo quando as regras formais do processo – que proclamam a invalidade do ato irregular – produzirão efeitos. Neste ponto, é importante acentuar que a técnica processual não faz qualquer restrição quanto à natureza do requisito formal descumprido, aplicando-se, não apenas às nulidades relativas, mas também às absolutas e às cominadas.¹²² Senão vejamos.

Distinguindo as nulidades relativas das absolutas, a doutrina se utiliza do critério teleológico. A nulidade não se confunde com o vício, tampouco com a ineficácia, ela é efeito do vício; uma conseqüência que pode ser gerada a partir da atipicidade do ato processual. Dependendo da natureza do vício processual, a nulidade é classificada pela doutrina em relativa ou absoluta.

Se a norma que prescreve determinado requisito formal tiver por escopo assegurar, predominantemente, interesse da parte, estamos diante de nulidade relativa. Nesse caso, o legislador estipula que, não manifestada a nulidade pelo interessado, não mais será possível sua declaração, por isso, a parte possivelmente prejudicada tem total poder de dispor a seu respeito, bastando restar silente que a nulidade não será reconhecida. É exatamente o que

¹²¹ Cf. Marcelo Abelha Rodrigues, *Manual...*, 4ª ed., p. 250; e Samuel Meira Brasil Jr., *Direito, Justiça e Processo*, p. 26.

¹²² *Esboço de uma teoria...*, p. 131.

ocorre nas hipóteses de incompetência relativa, quando a regra é estipulada em favor do demandado, que tem plena possibilidade de disposição a este respeito (CPC, art. 102 e 111).

Por sua vez, se a norma processual tiver a finalidade direta de assegurar interesse público, relativo à própria função jurisdicional, estaremos diante de nulidade absoluta.¹²³ Nela, o legislador presume que, descumpridos os requisitos formais, haverá prejuízo e, por este motivo, a nulidade deverá ser declarada de ofício pelo juiz da causa. Assim, a nulidade gerada por defeito de citação, por visar diretamente ao princípio do contraditório, ou a nulidade gerada pela não intervenção do Ministério Público, em causas que envolvam interesses de menores, será uma nulidade absoluta, que transcende o mero interesse e a esfera de disponibilidade das partes.

No entanto, é preciso considerar que ainda que tratemos de vícios que gerem nulidades absolutas, é possível que, a despeito da atipicidade do ato, nenhum prejuízo se verifique, de modo que a presunção legal de prejuízo – que em si mesma é relativa – admitirá a demonstração em contrário, possibilitando que o ato gere seus regulares efeitos.¹²⁴ Para Bedaque “a nulidade absoluta explica-se exatamente por esse juízo prévio feito pelo legislador a respeito do prejuízo. Mas, se a lesão não ocorrer concretamente, a presunção pode ser afastada, pois, embora gere nulidade absoluta, ela, em si, tem natureza relativa, admitindo prova em contrário. Independentemente da natureza do vício, o ato processual não será anulado se atingir a finalidade para a qual fora programado”.¹²⁵

Outra possível classificação das nulidades – levando em consideração critério distinto¹²⁶ – as divide em cominadas e não cominadas.

A lei processual, em grande parte, estipula os requisitos formais dos atos processuais, sem estabelecer expressamente as consequências do descumprimento dessas formas. Via de regra, sabemos que um ato atípico poderá ser declarado nulo por força de

¹²³ Cf. Galeno Lacerda, *Despacho Saneador*, p. 160.

¹²⁴ Em sentido contrário, Roque Komatsu leciona que os vícios que caracterizam a nulidade absoluta são insanáveis, fugindo do âmbito da aplicabilidade da instrumentalidade das formas. (*Da invalidade...*, p. 210).

¹²⁵ Cf. Bedque, *Efetividade do processo...*, pp. 437/438; e Roberto Poli, “Sulla sanabilità...”, *Rivista di diritto processuale*, 1996, p. 450.

¹²⁶ As classificações entre nulidades relativas e absolutas e nulidades cominadas e não cominadas partem de critérios distintos. Nesse sentido, não há identidade necessária entre nulidade absoluta e nulidade cominada. Cf. Roque Komatsu, *Da invalidade...*, p. 212; Edson Ribas Malachini, “Das nulidades no processo civil”, *RBDP*, n.12, p. 31.

regras gerais do processo, que prescrevem a nulidade do ato irregular (CPC, arts. 154, 243, 244 e 250 do CPC), e não porque há previsão específica de nulidade. Isto, de fato, ocorre somente em algumas ocasiões, nas quais há, na lei, expressa previsão da consequência ou efeito da nulidade.

São casos de nulidades cominadas: (a) ausência da outorga uxória (CPC, art. 11); (b) incapacidade processual ou irregularidade de representação (CPC, art. 13, I); (c) necessidade de intervenção do Ministério Público (CPC, arts. 84 e 246); (d) incompetência absoluta (CPC, art. 113, § 2º); (e) citação do réu (CPC, art. 214); (f) requisitos da publicação (CPC, art. 236, § 1º); (g) irregularidade dos atos de citação e intimação (CPC, art. 247); (h) execução (CPC, art. 618); (i) citação dos interessados e do Ministério Público na jurisdição voluntária (CPC, art. 1.105). Nessas hipóteses, o que faz presumir a inatingibilidade do fim é a existência da cominação e não a natureza do vício, ou a “espécie da invalidade”. Há uma norma ditando expressamente a nulidade, quando descumprido determinado preceito formal.

A cominação da nulidade do ato, assim como nos casos de nulidades absolutas, gera uma presunção legal. Um ato atípico – se vinculado a nulidade cominada – deverá ser presumido nulo, por uma opção feita pelo próprio legislador. Tal cominação, contudo, não impede que o ato tenha, efetivamente, atingido seu objetivo e que a atipicidade, a despeito da cominação legal, não tenha gerado qualquer prejuízo às partes ou ao sistema processual.¹²⁷

Nessas circunstâncias não haverá impedimento para a aplicação da instrumentalidade das formas. A despeito da “nulidade cominada”, o ato irregular poderá atingir seus escopos, sem trazer prejuízo para as partes ou para o sistema jurídico e, por este motivo, poderá ser reconhecido como válido, submetendo-se aos mesmos princípios de todo o formalismo processual.¹²⁸

¹²⁷ Cf. Mandrioli, *Diritto processuale...*, 18ª ed., vol. I, p. 471.

¹²⁸ Como ressalta Calmon de Passos, “o ato imperfeito, mesmo quando tal imperfeição haja sido sancionada expressamente com a consequência da nulidade, é ato eficaz, desde que a imperfeição não haja ocasionado prejuízo”. (*Esboço de uma teoria...*, p. 131). Assim também Bedaque: “Ainda que haja previsão expressa de nulidade pelo descumprimento da forma, não se justifica invalidar o ato processual se a falha não impedir o resultado desejado. Mesmo a inexistência de determinado ato do procedimento não contamina necessariamente os subseqüentes se não houver prejuízo” (*Efetividade do processo...*, p. 438). No mesmo sentido, cf. Roque Komatsu, *Da invalidade...*, p. 215.

22. Irregularidade, escopos dos atos processuais e prejuízo

Como visto, as formas legais carregam a presunção de que, se observadas, o ato processual deverá atingir sua finalidade, tanto do ponto de vista das garantias constitucionais do processo, quanto do ponto de vista da efetividade. Tratando de ato regular (típico), o problema dos escopos não se coloca. Questionamos as finalidades destes diante de atos irregulares, para que possamos verificar se da irregularidade serão, ou não, trazidas relevantes conseqüências para o processo.¹²⁹

A questão é: como podemos identificar os fins de cada ato processual?

De fato, os textos da lei não os consagram de forma literal. Não diz o CPC – nem precisaria fazê-lo – qual é a finalidade da citação, da intervenção do Ministério Público, da narrativa dos fundamentos da demanda, etc.

A identificação de tais finalidades pressupõe interpretação sistemática. É necessário, primeiramente, verificar o papel que o ato investigado exerce no “todo procedimental” e, depois, apontar o “porquê” de sua existência, quais os valores que a norma jurídica visa a tutelar com a prescrição daquele ato específico e quais os resultados materiais que pretendemos ver alcançados. Bedaque aponta, nesse sentido, ser “necessário considerar todas as regras que integram o respectivo procedimento, para extrair o sentido de cada uma delas. Somente mediante o exame global e comparativo do conjunto de dispositivos relacionados a determinado sistema processual é possível estabelecer a finalidade dos atos e da forma estabelecida para eles”.¹³⁰

Os escopos do ato processual, nesta perspectiva, não devem ser enxergados pelo ponto de vista dos sujeitos parciais do processo, mas na perspectiva da Jurisdição. E isto ocorre, pois, como afirma Calmon de Passos, “as formas processuais tutelam as partes, ora assegurando-as contra o arbítrio judicial, ora contra os abusos do adversário, bem como tutelam o exercício do poder-dever jurisdicional do Estado. Mesmo as primeiras, indiretamente, estão a serviço deste último”.¹³¹

¹²⁹ Cf. Bedaque, *Efetividade do processo...*, 2006, p. 420.

¹³⁰ *Efetividade do processo...*, 2006, pp. 439-440.

¹³¹ *Esboço de uma teoria...*, p. 132.

O prejuízo, portanto, existirá quando estes valores que as formas pretendem assegurar, relativamente às partes e à função jurisdicional (Estado-juiz), não forem atingidos, e não, exatamente, porque a vontade das partes não foi concretizada.¹³²

23. Dever geral de saneamento de irregularidades

Ainda que presente vício processual que traga prejuízo ao sistema, impedindo que o ato processual atinja suas finalidades, não necessariamente haverá de ser proclamada a nulidade do ato processual. Para essas hipóteses – em que a instrumentalidade das formas não é mais útil – o sistema prescreve o dever geral de saneamento das irregularidades.

Grande parte dos problemas surgidos com o formalismo – *i.e.* com o descumprimento dos requisitos formais do processo – pode ser solucionada a partir dessa atuação. Antes de proclamar a nulidade, o juiz deve sempre permitir que as irregularidades sejam sanadas, estejam elas presentes na petição inicial ou em atos subseqüentes, inclusive em sede recursal.

O saneamento de nulidades não é, portanto, uma mera faculdade do juiz, mas um dever, por estar vinculado a normas cogentes, que concretizam valores constitucionais (devido processo legal), o juiz deve sempre propiciar ao processo os resultados almejados, estando, por isso, proibido de decretar a nulidade de atos processuais sempre que passíveis de serem sanados pela conduta das partes (emenda, retificação ou ratificação de atos processuais).¹³³

Bedaque ressalta que “às vezes as soluções são simples. Evitam-se a decretação de nulidades e a extinção do processo mediante a adoção de medidas saneadoras, destinadas a afastar os vícios e restabelecer a regularidade do instrumento”. O processualista cita, nesse

¹³² Calmon de Passos ressalta a impossibilidade “encontrar um só exemplo prático, em centenas de decisões examinadas, que nos autorizasse a distinguir prejuízo e inatingibilidade do fim. Sempre que se afirma prejuízo, o fim deixou de ser atingido. Sempre que se declara a inatingibilidade do fim, se constata o prejuízo”. (*Esboço de uma teoria...*, p. 133). No mesmo sentido, cf. Bedaque, *Efetividade do processo...*, 2006, p. 438.

Em sentido contrário, Roque Komatsu, ao limitar à idéia de prejuízo aos interesses das partes, tenta diferenciar os fenômenos. Para ele “por princípio da finalidade entende-se aquele que conclui pela desnecessidade de invalidação do ato que, embora afastado do modelo, tenha atingido seu objetivo. E o princípio do prejuízo é aquele que reputa inviável a decretação de invalidade do ato defeituoso que não traga prejuízo (que significa efeito, dano sofrido por alguém) à parte”. (*Da invalidade...*, p. 215).

¹³³ Cf. Comoglio, *Il principio di economia...*, p. 176.

sentido, acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo no qual, em sede de recurso de apelação, foi determinada a intimação dos autores, para fornecerem “outorga uxória ou autorização marital, por se tratar de demanda fundada em direito real”, de modo a evitar que ocorresse a extinção do processo, sem julgamento de mérito, depois de 10 anos de litispendência.¹³⁴ Outras hipóteses bastante corriqueiras se referem à intimação da parte para regularizar sua representação processual, a intimação da parte para complementação de custas iniciais ou de preparo recursal, a intimação do demandante para incluir litisconsorte passivo necessário ou para retificar petição inicial inepta, ajustando pedido ou causa de pedir, etc.

No Código de Processo Civil encontramos variadas normas específicas que concretizam esse princípio geral. Em relação à petição inicial, determina o art. 284 que, “verificando o juiz que a petição inicial não preenche os requisitos exigidos nos arts. 282 e 283, ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor a emende, ou a complete, no prazo de 10 (dez) dias”, antes de declarar sua inépcia, e extinguir o processo sem julgamento de mérito.

Em momento posterior, quando da análise das questões preliminares surgidas após o contraditório, outro dispositivo, o art. 327, determina que o juiz identifique eventuais irregularidade passíveis de correção e fixe prazo, não superior a 30 dias, para que a parte interessada supra o equívoco.

Temos também o art. 511, §2º, do CPC, que na hipótese de erro no recolhimento do preparo, exige que o recorrente seja intimado para complementar a quantia, antes de ser declarada a inadmissibilidade recursal. Por fim, o art. 515, § 4º, inserido pela reforma de 2006, afirma que “constatado a ocorrência de nulidade sanável, o tribunal poderá determinar a realização ou renovação do ato processual, intimadas as partes”.

Nesses casos, como sói de ocorrer, o juiz deve reconhecer a existência de um vício capaz de gerar a invalidade do ato processual, ou seja, capaz de impedir que este atinja seus escopos, no entanto, a despeito disso, a nulidade não é pronunciada, ensejando oportunidade de saneamento do vício.¹³⁵ Apenas quando a parte se omite, poderá o juiz pronunciar a nulidade ou, ainda, julgar extinto do processo.

¹³⁴ Cf. Bedaque, *Efetividade...*, 2006, p. 106.

¹³⁵ Para Calmon de Passos, nesses casos, o juiz deve certificar a exigência de nulidade, embora não a proclame. Para o processualista, “o art. 327 do CPC, inserido no capítulo que cuida das providências

24. Saneamento de irregularidades: limites

Como vimos, o dever de saneamento das irregularidades processuais é norma subsidiária, que tem aplicação nos casos em que não podemos mais lançar mão da instrumentalidade das formas, isto é, quando o ato (comissivo ou omissivo) não puder atingir seus objetivos, mas puder ser retificado ou ratificado.

A aplicabilidade de tal norma, portanto, é amplíssima, de tal modo que, tratando de questões de ordem pública, a doutrina e a jurisprudência têm entendido que essa correção pode se dar em qualquer grau de jurisdição, por força do art. 327 do CPC, aplicável em primeiro grau, e do art. 515, § 4º, do CPC, que se destina especificamente ao saneamento de invalidades no âmbito dos recursos.¹³⁶

Essa possibilidade de saneamento, no entanto, possui dois limites fundamentais: (a) em relação ao pedido, às partes e à causa de pedir, o sistema processual não permite o concerto de atos viciados em momento posterior à citação, salvo se houver concordância da parte contrária; e (b) em relação aos requisitos de admissibilidade dos recursos, o sistema não admite correção depois de decorrido o prazo recursal.

Isto se dá pela preclusão, mais especificamente, por força da preclusão temporal, que, ao ditar prazos e fases específicas para o procedimento, não mais admite retrocessos.¹³⁷ Essas circunstâncias, como demonstraremos, trazem consequências para a aplicação das normas acima mencionadas, dificultando ou inviabilizando, em determinados casos, o aproveitamento de atos irregularmente realizados.

preliminares, manda que o juiz, verificando a existência de irregularidades ou de *nulidade sanáveis*, mande supri-las, fixando prazo nunca superior a 30 dias. Devendo o juiz determinar o suprimento das sanáveis, infere-se que a nulidade é certificada, mas se dá à parte o ensejo de saná-la, antes de sua decretação ou em que pese sua decretação” (*Esboço de uma teoria...*, p. 135).

¹³⁶ A limitação se refere, apenas, ao âmbito dos recursos excepcionais, onde tal reconhecimento oficioso não seria possível, acaso não prequestionada a matéria. Cf. STJ, 2ª T., REsp 852.941/SC, Rel. Ministro Castro Meira, j. 23/09/2008.

¹³⁷ Cf. Francesco De Santis, “Riforme processuali e <<disponibilità>> del regime preclusivo”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* 4,2004, pp. 1257-1258; Bedaque. Apelação. “Apelação: questões sobre admissibilidade e efeitos”. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*, v. 7, p. 444; e Heitor Sica. *Preclusão processual Civil*, pp. 145-147.

25. Preclusão temporal e preclusão lógica

Como o próprio formalismo, a preclusão visa a evitar o arbítrio, assegurando ordem, segurança e celeridade.¹³⁸ Existem fases e momentos apropriados para a realização dos diversos atos processuais, para que seja assegurado um tempo razoável e um mínimo de ordenação na sucessão dos atos processuais.¹³⁹

Como já dito, a conduta da partes está relacionada a uma série de ônus¹⁴⁰ e o descumprimento destes não é *proibido a priori* pelo sistema.¹⁴¹⁻¹⁴² Porém, tal desatendimento pode trazer conseqüências para as partes, e a principal delas é a preclusão.¹⁴³

A preclusão é a perda ou extinção do direito ou poder de realizar ato processual em virtude (a) da falta do exercício do direito no momento oportuno, entendido esse como o prazo peremptório apropriado ou a ordem legalmente estabelecida para a sucessão das atividades processuais ou, (b) da incompatibilidade com uma atividade já realizada no processo.¹⁴⁴ Nessa definição, identificamos duas figuras distintas: a preclusão temporal e a preclusão lógica.

A técnica processual estabelece, em variadas oportunidades, lapsos de tempo, dentro dos quais os sujeitos devem realizar seus atos e que podem ser medidos em *prazos*

¹³⁸ Cf. Bedaque, *Efetividade...*, 2006, p. 127.

¹³⁹ No mesmo sentido, Bedaque esclarece que “a não observância do prazo estabelecido no Código para a prática de determinado ato processual implica perda da possibilidade de fazê-lo posteriormente, tendo em vista a necessidade de assegurar o regular desenvolvimento do processo. Com o objetivo de garantir a progressão, estabelecem-se momentos e fases para que as partes desenvolvam sua atividade. O descumprimento das normas a respeito do tempo do ato acarreta a inadmissibilidade de o exercício dar-se após esgotado o prazo por uma única razão: o processo tem de seguir em sua marcha rumo à decisão final”. (*Efetividade...*, 2006, p. 130).

¹⁴⁰ O juiz exerce função pública no processo e, nessa medida, toda sua conduta é regulada por normas de natureza imperativa. Por isso, não se pode falar na existência de ônus judiciais. Nesse sentido, cf. Dinamarco, *Instituições...*, vol. II, p. 204.

¹⁴¹ Com isso quer-se dizer que o descumprimento de um ônus não é valorado negativamente pelo sistema processual. Do ponto de vista dos escopos da jurisdição, não é melhor, nem pior, que os sujeitos do processo dêem efetivo cumprimento a seus ônus processuais. O mesmo, contudo, não ocorre em relação aos deveres dentro do processo. Quando estes são inobservados, há, de fato, uma conduta ilícita, não desejada pelo sistema processual e que enseja a aplicação de verdadeiras sanções processuais (CPC, art. 18).

¹⁴² Por este motivo, é errônea a idéia segundo a qual a preclusão poderia ser conceituada como uma sanção processual. Cf. Fernando Cais, *Preclusão...*, p. 29 e ss; e Arruda Alvim, *Manual de Direito Processual Civil*, 7ª ed., p. 505.

¹⁴³ Por isso, afirma-se que as preclusões são a faceta oposta dos ônus processuais. Cf. Cássio Scapinella Bueno, *Curso Sistematizado...*, 2007, p. 435.

¹⁴⁴ Cf. Fernando Cais, *Preclusão...*, pp. 23-24.

ou *fases processuais*. Os prazos no processo civil são mensurados em horas e dias (CPC, art. 177 e ss.) e, como já visto, apenas os chamados prazos próprios se submetem ao regime da preclusão.¹⁴⁵ As fases processuais, diferentemente, não se restringem a períodos pré-estabelecidos, mas, uma vez superadas, não admitem retrocessos.¹⁴⁶ A preclusão temporal, com efeito, é a consequência jurídica do descumprimento do requisito *tempo* (prazo ou fase processual) provocando a ineficácia do ato intempestivo (CPC, art. 183).¹⁴⁷ -
148

A preclusão lógica, por sua vez, decorre da incompatibilidade da prática de um ato processual com relação a outro já praticado (CPC, art. 503).¹⁴⁹ Em função da disponibilidade do direito material, a parte tem a faculdade de reconhecer o direito ou admitir a veracidade dos fatos (confessar) que fundamentam a pretensão manifestada pela parte contrária. Tem ainda a faculdade de desistir da própria demanda, de recursos, de requerimentos formulados no curso do processo (principalmente de cunho probatório) ou de incidentes, como exceções de incompetência, impugnação ao valor da causa ou exceções de suspeição ou impedimento. A desistência ou o reconhecimento de direitos são atos que produzem efeitos, de imediato; depois disso, e por força da preclusão lógica, a parte não mais está autorizada a voltar atrás, não mais podendo exercitar os direitos aos quais renunciou.

Assim, se as partes transacionam e pedem a homologação de acordo em juízo, não podem mais interpor recurso contra a sentença, questionando a aplicação do direito material. Do mesmo modo, o sujeito que renuncia unilateralmente ao recurso, não pode, depois disso, “mudar de idéia” e pretender a reforma da sentença com recurso de apelação ou pretender a reforma de decisão interlocutória com agravo. O art. 503 do CPC, nesse sentido, esclarece que aquele que aceitou – expressa ou tacitamente – a sentença ou a decisão interlocutória não pode interpor recurso contra ela.

¹⁴⁵ Cintra-Grinover-Dinamarco, *Teoria geral...*, 17ª ed., p. 323.

¹⁴⁶ Cf. Dinamarco, nota 177 à tradução brasileira do *Manual* de Liebman, para quem a preclusão decorrente do decurso de um prazo teria natureza distinta da preclusão decorrente da superação de uma fase processual. (*Manual...*, vol. I, 3ª Ed., p. 302).

¹⁴⁷ Cf. Heitor Sica, *Preclusão...*, p. 128.

¹⁴⁸ Roberto Puoli se utiliza dos conceitos de termos intrínsecos e termos extrínsecos para diferenciar, respectivamente, a preclusão que decorre de fases ou prazos processuais. O autor, nesse sentido, conclui que, por se referirem a fases do procedimento, e não a prazos, os termos intrínsecos não tratariam propriamente de preclusão temporal. (Cf. “Sulla Sanabilità della inosservanza...”, *Rivista di Diritto Processuale* 2, 1996, p. 449).

¹⁴⁹ Cf. Cintra, Grinover e Dinamarco, *Teoria geral...*, 17ª ed., p. 329.

Outro exemplo de preclusão lógica ocorre quando a parte que alega exceção de incompetência (CPC, art. 112) pretende, em momento posterior, suscitar conflito de competência (CPC, art. 115). Tais atos são entre si incompatíveis e, por este motivo, o art. 117 do CPC é claro ao vedar expressamente tal possibilidade.

Estes são apenas exemplos, expressamente previstos na lei. A preclusão lógica, no entanto, não se restringe a tais hipóteses, podendo se estender a outras, desde que a conduta das partes se mostre contraditória, pretendendo o exercício de direito que, no passado, já foi por ela renunciado tácita ou expressamente.¹⁵⁰

26. Preclusão consumativa e atos viciados: falso limite

Além da preclusão temporal e da preclusão lógica, parte da doutrina cogita a existência da chamada preclusão consumativa, pela qual a realização de um ato processual, ainda que irregular, deveria conduzir à impossibilidade de complementá-lo ou de novamente realizá-lo. Seu fundamento residiria no fato de o processo ser uma “marcha avante, sendo ínsita à sua concepção a sucessão de atos, e não o retrocesso”.¹⁵¹

Essa modalidade preclusiva é normalmente utilizada como fundamento para se sustentar a impossibilidade de se “praticar um ato processual que foi realizado de maneira defeituosa”, ainda que dentro do prazo legal. São citados, entre outros exemplos, o caso “de o autor, quando deferida a produção de prova pericial, nomear o seu assistente técnico (...) mas deixar de apresentar quesitos”. Afirma-se, nesse caso, que “como o prazo para a prática desses dois atos processuais é um só (art. 421, § 1º, I e II), a prática de um só deles ‘consoma’ o prazo para o outro, inviabilizando sua emenda”.¹⁵² Outro exemplo importante ocorre no âmbito dos recursos, onde parte da doutrina entende impossível sanear eventuais equívocos formais ou complementar as razões recursais, ainda que dentro do prazo recursal.¹⁵³ Ocorreria, também nessa hipótese, a chamada preclusão consumativa.¹⁵⁴

¹⁵⁰ Em complemento, Heitor Sica arrola como exemplos de preclusão lógica (a) a impossibilidade da parte que, em primeiro grau, se opôs ao ingresso de outrem ao pólo passivo da demanda, pretender o contrário em sede recursal requereu; e (b) a impossibilidade da parte que concordou com o julgamento antecipado da lide pleitear a anulação da sentença por cerceamento de defesa. (*Preclusão...*, p. 149).

¹⁵¹ Cf. Rodrigo Klippel, *Teoria geral do processo civil*, p. 354.

¹⁵² Cf. Cássio Scarpinella Bueno, *Curso sistematizado...*, vol. 1, 2007, p. 436.

¹⁵³ Cf. Flávio Cheim Jorge, *Teoria geral dos recursos...*, 2ª ed., p. 148.

Não concordamos com essa posição. Como aponta Fernando Cais, “não existe qualquer dispositivo no Código de Processo Civil que preveja, de maneira geral, a modalidade de preclusão denominada *consumativa*”.¹⁵⁵ A lei, de fato, não permite a presunção de que, ao realizar determinado ato, a parte desistiu ou renunciou tacitamente ao restante do prazo a que tinha direito.¹⁵⁶

A lógica de que o processo é um caminhar para frente, que não admitiria retrocessos, é plenamente válida para os atos processuais regulares, que devem produzir todos os seus efeitos legais e que não precisam ser complementados. No entanto, proibir a parte, no prazo legal, de sanear vícios presentes no seu ato é dizer mais do que a lei, impondo-lhes um limite suplementar, além do temporal. Ademais, precisamos considerar que, no fim das contas, a preclusão consumativa não traz qualquer benefício para o sistema processual, muito pelo contrário, ela propicia, sem justificativa razoável, a invalidade e a ineficácia dos atos processuais, impedindo que estes exerçam as funções para as quais foram concebidos.

Assim, a figura da preclusão consumativa, além de não conter embasamento na técnica processual, vai de encontro com os princípios constitucionais do processo, já enunciados neste trabalho, não devendo, portanto, ser considerada uma norma eficaz no âmbito do direito processual.¹⁵⁷

¹⁵⁴ Flávio Cheim Jorge complementa ainda que o recém introduzido § 4º do art. 515 do CPC “não se relaciona com os requisitos de admissibilidade da regularidade formal dos recursos” (*Teoria geral dos recursos...*, 2ª ed., p. 148).

¹⁵⁵ Cf. Fernando Cais, *Preclusão e a instrumentalidade...*, pp. 53-54. No mesmo sentido, cf. Bedaque, *Efetividade...*, 2006, p. 143; Dinamarco, *A Reforma...*, p. 164; e Heitor Sica, *Preclusão...*, p. 152.

¹⁵⁶ Para Fernando Cais, “a vinculação das preclusões consumativas dirigidas às atividades das partes com a busca de celeridade processual somente é possível quando se ignora que a parte prejudicada pela ocorrência da preclusão será justamente a que buscou imprimir um ritmo mais célere ao desenvolvimento do processo. Um tal raciocínio, além de partir de uma premissa um tanto duvidosa, pois não seria razoável acreditar que o legislador buscou imprimir maior celeridade ao procedimento contanto com a diligência da parte, não se sustenta, por ferir princípios éticos do processo ao prejudicar aquele que foi diligente”. (*Preclusão e a instrumentalidade...*, p. 61).

¹⁵⁷ Referindo-se às lições de Chiovenda, Heitor Sica afirma que “o estudo da sua obra permite afirmar, sem qualquer hesitação, que não se pode sequer cogitar de preclusão consumativa se o ato não foi validamente praticado. Afinal, quando o ato é praticado irregularmente, a própria lei o considera ineficaz para atingir os objetivos almejados pela parte. Ora, se assim é, não se pode admitir que a própria lei confira-lhe eficácia para consumir o direito da parte em praticá-lo. Se o ato é ineficaz, não produz nenhum efeito, nem o de consumir o direito da parte”. (*Preclusão processual civil*, pp. 123-124).

Capítulo III

FLEXIBILIDADE DOS MEIOS PROCESSUAIS

27. Um sistema de escopos

Como visto no Capítulo II, existem, na lei processual, incontáveis regras a prescrever tão somente formalidades.¹⁵⁸ Leciona Dinamarco, em trecho já citado, que “os mais importantes atos processuais são severamente submetidos a exigências específicas relativas ao *modo* como devem ser realizados, quando não também à sua situação no *tempo* e no *espaço*”.¹⁵⁹

Isso, contudo, não quer dizer que o direito positivo tenha adotado um sistema de rigidez formal, já que a regra da instrumentalidade das formas,¹⁶⁰ ao indicar a prevalência do escopo à forma, nos leva a configuração de um sistema misto,¹⁶¹ no qual as formas dos atos processuais serão relevantes, apenas, se o ato não atingir sua finalidade, ou se houver prejuízo (CPC, arts. 154 e 249, § 2º, e 250). A irregularidade processual de *per se* não é valorada negativamente pelo sistema, passando a o ser somente quando associada ao

¹⁵⁸ Cf. Bedaque, *Efetividade do processo...*, 2006, pp. 91-92; Pedro Dinamarco, *Ônus processuais...*, p. 76; e Fabio Marelli, *La conservazione degli atti Invalidi nel Processo Civile*, pp. 62-63.

¹⁵⁹ Cf. Dinamarco, *Instituições...*, vol. II, 3ª ed., pp. 534-535; e Guilherme Teixeira, *O princípio da fungibilidade...*, p. 38-45.

¹⁶⁰ Para Galeno Lacerda, “o capítulo mais importante e fundamental de um Código de Processo Moderno se encontra nos preceitos relativizantes das nulidades. Eles é que asseguram ao processo cumprir sua missão sem transformar-se em fim em si mesmo, eles é que libertam do contra-senso de desvirtuar-se em estorvo da justiça”. (“O código e o formalismo...”, *Ajuris* 28, 1993, p. 11).

¹⁶¹ Tito Prates nesse sentido fala em um certo grau de indiferença que a lei dá às suas formalidades: “A forma dos atos processuais deve obedecer às finalidades do processo. Desde a constituição da relação processual até a sua decisão, pondo-se de parte os atos prejudiciais, que alteram a qualidade do litígio, predominam as formas. Embora determinadas em lei, desde que não cominada a nulidade, a forma processual tem um certo grau de indiferença. O rigorismo formulário antigo constituía uma perversão da noção de forma. Pervertia a noção de forma aquele juiz, que não queria abrir audiência, porque a companhia, a cujo som se iniciava os trabalhos, estava seriamente danificada, e não havia outra”. (*As nulidades...*, p. 46).

descumprimento do escopo do ato,¹⁶² por isso, o sistema das chamadas nulidades processuais – como todo o direito processual – não é um sistema de formalidades, mas um sistema de escopos.¹⁶³ Dessa premissa, partiremos para o desenvolvimento dos itens seguintes.

28. Flexibilidade de meios: o que representa

A idéia tradicional de flexibilidade de meios representa mera decorrência da concepção finalística da técnica processual, já enunciada acima, e parte de premissas da teoria das nulidades e da instrumentalidade das formas, que permitem valorizar a substância do ato processual – e os valores por ele efetivamente atingidos –, em detrimento de sua exteriorização.¹⁶⁴

Não nos preocupamos em realizar um raciocínio mecânico, de mera subsunção entre o ato, em concreto, e modelo legal abstrato, mas em identificar os escopos desejados pelo ordenamento – em cada ato processual – e, desse modo, avaliar se estes foram atingidos. Mais que isso, essa visão instrumental permite que o operador do processo se afaste dos rótulos atribuídos aos variados atos e comece a se preocupar, mais intensamente, com a substância.¹⁶⁵ Não importa como o sujeito do processo nomeou seu ato, mas a

¹⁶² Para Luigi Paolo Comoglio, a nulidade não representa, de fato, uma penalidade em si mesma, mas teria efeito apenas quando se amolda a um critério de justa proporção entre a entidade da inobservância e os efeitos da sanção cominada. (*Il Principio di Economia...*, vol I, p. 168). No mesmo sentido, Fernando Gajardoni: “a absoluta rigidez formal é regra estéril e que dissipa os fins do processo, que é o de oferecer em cada caso, processado individualmente e conforme suas particularidades, a tutela mais justa. A preocupação do processo há de se ater aos resultados, e não com formas pré-estabelecidas e engessadas com o passar dos séculos”. (*Flexibilidade procedimental...*, p. 102).

¹⁶³ Cf. Berizonce, “Las formas de los actos procesales”, *Estudios de nulidades procesales*, p. 29; e Calmon de Passos, *Esboço de uma teoria...*, p. 133.

¹⁶⁴ Nesse sentido, cf. José Roberto dos Santos Bedaque, *Efetividade...*, 2006, p. 118; Fernando da Fonseca Gajardoni, *Flexibilidade procedimental...*, p. 210; Guilherme Freire de Barros Teixeira, *O princípio da fungibilidade no processo civil...*, p. 99; Sidnei Amendoeira Jr., *Fungibilidade de meios...*, p. 18; Eduardo de Avelar Lamy, *Princípio da fungibilidade...*, p. 59; Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos, *Princípio da fungibilidade...*, p. 63.

¹⁶⁵ Nesse sentido Bedaque alerta que “estamos tão contaminados pela forma que acabamos achando natural argüições de nulidades muitas vezes por questões puramente terminológicas. A esse respeito tive oportunidade de relatar agravo de instrumento em que o agravante insurgia-se contra suposta conversão de pedido de produção antecipada de provas em justificação judicial, com fundamento na impossibilidade de modificação do pedido. Argumentou, também, com a inadmissibilidade de prova pericial na justificação. Concluí que: ‘Seja mediante depoimento de testemunhas, seja por exame pericial, dúvida não há de que a agravada tem direito à produção de prova sobre a pretensão de serviços à agravante. Não importa a denominação atribuída ao procedimento judicial adotado para essa finalidade, muito embora, no caso, pareça tratar-se de verdadeira produção antecipada de provas. Deve-se verificar apenas se a medida é adequada aos

natureza da pretensão, os requisitos de forma efetivamente preenchidos e os resultados que se pretende atingir.¹⁶⁶

Desse modo, são sensivelmente privilegiados os escopos do processo, evitando que métodos de trabalho sejam inutilizados (extintos sem julgamento de mérito) quando ainda é possível remediar equívocos formais (CPC, art. 284) ou desconsiderar meras irregularidades (CPC, art. 250).

Além disso, a idéia aqui defendida de flexibilidade de meios tem íntima relação com o princípio da adaptabilidade, por meio do qual o procedimento deve se adaptar às necessidades dos casos concretos.¹⁶⁷ Como visto, as crises jurídicas, carentes de tutela jurisdicional, são demasiadamente complexas (cf. *Capítulo I*), motivo pelo qual as técnicas processuais, concebidas para a tutela dessas situações, não podem ser rígidas e inflexíveis, sob pena de serem incapazes de cumprir sua função.¹⁶⁸

Em suma, a flexibilidade dos meios processuais tem relevantes repercussões (a) sobre a teoria das nulidades, exigindo do juiz uma postura comissiva, no que tange ao saneamento de irregularidades e à aplicação da instrumentalidade das formas (aspecto negativo da instrumentalidade do processo); e (b) sobre o princípio da adaptabilidade, exigindo maleabilidade do procedimento, que deverá se adequar às nuances das situações de direito material (aspecto positivo da instrumentalidade do processo).

29. Flexibilidade e fungibilidade

A expressão fungibilidade é utilizada para designar uma grande gama de situações jurídicas. No âmbito do direito positivo, o Código Civil, tratando dos direitos reais e das

objetivos propostos.’ (TJSP, 1ª C. de Direito Público, AI 279.655-5/8, j. 10.9.2002, v.u.)”. (*Efetividade...*, 2006, p. 99, nota n.º 34).

¹⁶⁶ Cf. Dinamarco, *Instituições...*, vol. I, 2ª ed., p. 170.

¹⁶⁷ Cf. Flávio Luiz Yarshell, *Tutela Jurisdicional*, 2ª ed., p. 200.

¹⁶⁸ Para Bedaque, “não se admite mais o procedimento único, rígido, sem possibilidade de adaptação às exigências do caso concreto. Muitas vezes, a maior ou menor complexidade do litígio exige sejam tomadas providências diferentes, a fim de se obter o resultado do processo” (*Direito e Processo*, 4ª ed., p. 60). Sidnei Amendoeira Jr., no mesmo sentido, complementa que “pode e deve o juiz adaptar o procedimento ao caso concreto ou flexibilizá-lo, de modo a garantir que o *due process of law* seja efetivamente observado, já que, por vezes, a observância estrita do procedimento previsto em lei não se traduz na efetivação substancial das garantias constitucionais, mas uma mera observância formal das mesmas, o que não se pode admitir” (*Fungibilidade de meios...*, pp. 107-108).

obrigações, fala em bens e obrigações fungíveis e infungíveis. No processo, por sua vez, a lei trata da fungibilidade entre as ações possessórias e fungibilidade entre as tutelas de urgência (cautelar e antecipatória de tutela) e entre cautelares.

Fora das hipóteses legais, é possível encontrar, ainda, variadas menções à expressão. Na maioria das vezes, falamos na conhecida fungibilidade recursal, fenômeno que estudaremos pormenorizadamente no Capítulo VI, e, cada vez mais, escutamos a expressão “fungibilidade de meios” ou “princípio da fungibilidade”, utilizada para designar duas coisas distintas: (a) meios processuais igualmente predispostos à concessão da tutela jurisdicional; e (b) a própria noção de flexibilidade de meios processuais, enunciada nos itens precedentes.

A questão terminológica, de fato, é uma escolha, em princípio, discricionária do cientista, que tem a obrigação, apenas, de se utilizar de critérios uniformes e coerentes na classificação de gêneros e espécies, no seu objeto de estudos. Nada há, portanto, a ser dito quanto à escolha do nome, em si mesmo.¹⁶⁹

Ocorre que a expressão “fungibilidade” é empregada, pela doutrina e pela jurisprudência, para denotar fenômenos processuais bem distintos, o que, ao menos, seria desaconselhável. Já lecionava Buzaid que o rigor da ciência jurídica depende substancialmente da pureza da linguagem não devendo designar com um nome comum institutos diversos”.¹⁷⁰ No mesmo sentido Dinamarco: “uma classificação não é correta quando não for exauriente de todas as figuras classificadas ou quando contiver superposições capazes de gerar dúvidas ou conduzir a inaceitáveis duplicidades ou pluralidade de tratamentos da mesma figura”.¹⁷¹

Assim, nos itens subseqüentes, tentaremos demonstrar essas incongruências, tratando da fungibilidade no direito material e do que a doutrina e a jurisprudência chamam

¹⁶⁹ Para Tarék Moysés Moussallem, o ato de classificar é “intrínseco ao sujeito cognoscente”, podendo os conceitos, nessa medida, variarem de acordo com o ponto de vista que se faz a investigação. Ressalta que, por este motivo, que não cabe ao jurista procurar saber a “essência das coisas” ou a “natureza jurídica” dos institutos, cabe-lhe descobrir o possível significado dos conceitos jurídicos. Para o professor, esta questão metodológica é fonte de inúmeros pseudoproblemas no estudo do direito, tais quais as discussões sobre a “natureza jurídica da contribuição social”, sobre a “natureza jurídica da posse” (fato ou direito?), “natureza jurídica da letra de câmbio” e a “natureza jurídica do casamento”. (*Fontes do direito tributário*, 2ª ed., pp. 29-30).

¹⁷⁰ Exposição de motivos do Código de Processo Civil, item 26, § 2º.

¹⁷¹ *Instituições...*, vol. II, 3ª ed., p. 144.

de “fungibilidade” no processo, para, ao fim, propor uma classificação, que será tomada como premissa deste trabalho.

30. *Fungibilidade no direito material*

No âmbito do direito material, mais especificamente, no direito civil, sabemos que a fungibilidade é uma propriedade ínsita de um bem ou de uma prestação: bem fungível ou prestação fungível (CC, arts. 85, 243 e 249), que representa a possibilidade de troca de um pelo outro, sem que haja qualquer prejuízo para o cumprimento da obrigação.

Um bem é fungível porque sua substância física não permite distingui-lo de outros que, como ele, podem ser classificados mediante expressões genéricas, mas não podem e não precisam ser individualizados.¹⁷² Falamos em sacas de café, com tais e tais características (café tipo X com X% de umidade, etc.), e não num específico grão de café ou numa determinada saca. “São fungíveis os móveis que podem substituir-se por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade” (CC, art. 85).

Uma prestação é fungível, por sua vez, quando não necessariamente precisa ser cumprida pela pessoa do devedor (CC, art. 249). Ela pode ser executada por terceiro, tendo em vista que não exige circunstâncias específicas ou características personalíssimas do devedor para que possa ser adimplida.¹⁷³

Nesses casos, um bem ou uma prestação, quando fungíveis, podem ser facilmente trocados, substituídos, por outros de mesma natureza. Uma saca de café do tipo X, um saco de arroz tipo Y, construir um muro de 15 metros de comprimento e 2 metros de altura, etc.

Assim, vemos que, para o direito privado, a fungibilidade é uma qualidade de um bem ou de uma prestação que pode ser substituída por outra, para o efetivo cumprimento da obrigação.¹⁷⁴

¹⁷² Cf. Silvio Rodrigues, *Direito Civil...*, vol. 1, 32ª ed., p. 128; e Francisco Amaral, *Direito Civil. Introdução*, 4ª ed., p. 312.

¹⁷³ Cf. Orlando Gomes, *Obrigações*, 15ª ed., p. 38; e Sílvio de Salvo Venosa, *Direito Civil...*, vol. II, 2ª ed., p. 101.

¹⁷⁴ Cf. Luiz Gustavo Tardin, *Fungibilidade das tutelas de urgência*, p. 147; e Eduardo Lamy, *Princípio da fungibilidade...*, pp. 95-101.

31. *Fungibilidade no processo: hipóteses legais*

No processo civil, a expressão fungibilidade também é empregada em distintos momentos, porém, denota fenômeno muito distinto daquele que ocorre no direito material. As hipóteses recorrentemente tratadas são as da fungibilidade entre as ações possessórias (CPC, art. 920), fungibilidade entre tutela cautelar e antecipação de tutela (CPC, art. 273, § 7º) e fungibilidade entre medidas cautelares (CPC, art. 798).

Em relação às possessórias, verificam-se três situações fáticas modelo, que correspondem a três espécies distintas de tutela jurisdicional. Havendo turbacão, a medida a ser deferida será a manutenção de posse, havendo esbulho, a medida será a reintegração de posse e, havendo justo receio de moléstia, a medida será o interdito proibitório (CPC, arts. 926 e 932). Nesse contexto, “fungibilidade” configura não indiferença entre meios disponíveis, como ocorre no direito material, mas possibilidade de conversão oficiosa, da medida requisitada naquela cujos requisitos fáticos restaram demonstrados no caso concreto.¹⁷⁵

Acaso se trate de mero receio de moléstia, o interdito proibitório será concedido, ou se trate de turbacão ou esbulho, será concedida a manutenção ou reintegração de posse, respectivamente, sem prejuízo da tutela inicialmente requerida pela parte. Isto porque, “a propositura de uma ação possessória em vez de outra não obstará a que o juiz conheça do pedido e outorgue proteção legal correspondente àquela, cujos requisitos estejam provados” (CPC, art. 920).¹⁷⁶

Fenômeno similar existe em relação às medidas cautelares e antecipatórias de tutela.¹⁷⁷ Partindo da literalidade do direito positivo, segundo a qual estas medidas teriam

¹⁷⁵ Cf. José Rogério Cruz e Tucci, *A causa pretendi...*, pp. 181-182.

¹⁷⁶ Antonio Carlos Marcato ensina que “essa fungibilidade é justificável, posto que o autor pleiteia, junto ao órgão jurisdicional, a proteção possessória pertinente e idônea, sendo irrelevante, portanto, uma vez demonstrada a ofensa a sua posse, tenha ele originalmente requerido proteção diversa daquela adequada à solução da injusta situação criada pelo réu. Aliás, por vezes o autor promove ação em razão de determinada conduta do réu e esta vem a ser modificada no curso do processo, impondo ao juiz, demonstrada tal circunstância, a concessão da proteção possessória pertinente” (*Procedimentos especiais*, 7ª ed., pp. 115-116).

¹⁷⁷ Cássio Scarpinella Bueno, referindo-se às dificuldades encontradas pela doutrina em diferenciar as tutelas antecipadas das cautelares, identifica que “as incertezas da doutrina passaram a ter aptidão para causar prejuízos aos jurisdicionados, que, ao baterem nas portas do Judiciário, muitas vezes viam seus pleitos indeferidos por questões técnicas (...) indiferentes ao *fato* que reclamava o exercício de uma tutela de urgência, independentemente de seu nome ou natureza”. Assim, segundo o autor, “resolveu-se criar uma espécie de fungibilidade entre as tutelas ‘antecipada’ e ‘cautelar’ para que ninguém mais se visse barrado a

natureza e requisitos distintos,¹⁷⁸ notamos que o legislador determina que “se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado” (CPC, art. 273, § 7º).

O que o legislador faz, nesse caso, é autorizar ao juiz que defira uma medida cautelar, incidentalmente ao processo de conhecimento, a despeito de o autor ter requerido (ou ter nomeado seu requerimento) uma tutela antecipada. E, para tanto, exige que os requisitos legais da tutela a ser deferida estejam presentes.¹⁷⁹

É bem verdade que, nesse caso, muita divergência existe.¹⁸⁰ Em relação à existência de uma “fungibilidade” de mão dupla ou em relação à existência de distinções ontológicas entre as medidas, que possuiriam – ou não – os mesmos requisitos legais. Poderíamos, quiçá, reduzir essa discussão a uma discussão meramente terminológica.¹⁸¹ Mas, para os fins desse trabalho, é relevante observar que, ao menos textualmente, o fim da lei é permitir que o juiz conceda medida diferente da requerida, pelo fato de, no caso concreto, estarem presentes os requisitos que autorizam uma delas (a deferida) e não a outra (a requerida).¹⁸²

Também nesse caso, observamos com clareza que os meios processuais disponíveis não são indiferentes, como ocorre na fungibilidade do direito material (bens e prestações fungíveis), mas haveria um meio correto e outro incorreto, e a possibilidade de conversão, deste naquele.

Por fim, a chamada “fungibilidade” entre medidas cautelares segue o mesmo raciocínio.

litigar no Estado-juiz em função de uma discussão, utilíssima e importantíssima no plano teórico mas que não faz nenhuma diferença no foro, no dia-a-dia forense”. (*Tutela antecipada*, pp. 122-123).

¹⁷⁸ Essa consideração é necessária na medida em que, assumindo que ambas as medidas teriam natureza cautelar (satisfativa e conservativa), seria, de fato, indiferente requerer uma medida em detrimento da outra, tornando completamente inútil o enunciado citado.

¹⁷⁹ Cf. Cássio Scarpinella Bueno, *Tutela antecipada*, p. 128.

¹⁸⁰ Cf. Dinamarco, “Regime jurídico das medidas urgentes”, *A nova era...*, 2ª ed., p. 70.

¹⁸¹ Cf. Bedaque, *Tutela cautelar e tutela antecipada...*, p. 388 e ss.

¹⁸² Para Lúcio Delfino, a situação de incerteza é o que justifica a fungibilidade das tutelas de urgência. Para o autor, não raro, ingressava-se com ações cautelares que acabavam extintas, sem apreciação do mérito, porquanto o entendimento do magistrado (ou do tribunal) destoava-se daquele talhado na petição inicial: acreditava o julgador que se tratava aquele pedido de antecipação de tutela e não propriamente acautelamento. A situação inversa também era muito comum. (...) Em tais casos – não seria exagero afirmar – o jurisdicionado efetivamente participava de verdadeiro jugo de azar, como se entretendo de um passatempo estivesse, desejando avidamente que os ‘números sorteados’ correspondessem ao ‘bilhete’ retratado em sua petição inicial”. (“Breves reflexões sobre a fungibilidade...”, *RePro* 122, p. 187).

Em função do disposto no art. 798 do CPC, é possível que, a despeito de haver a parte requerido uma determinada espécie de tutela cautelar, possa o juiz conceder medida distinta, que se mostre mais adequada à situação de direito material trazida pela parte. Pode o juiz conceder *ex officio* a medida adequada, convertendo o procedimento indicado pelo demandante, sem a necessidade de emenda da petição.

Portanto, também na hipótese de fungibilidade entre medidas cautelares, haverá sempre uma espécie de tutela adequada à situação fática adjacente ao litígio e outra espécie inadequada. O que faz a técnica processual é permitir que o juiz conceda *ex officio* aquela (medida adequada) a despeito de ter a parte requerido esta (medida inadequada).

Assim, podemos concluir que todos esses casos, que chamamos de fungibilidade no processo civil, têm em comum o fato de não apresentarem caminhos fungíveis para a tutela jurisdicional, é dizer, não haver indiferença quanto aos meios. Muito pelo contrário, do ponto de vista da situação de direito material, sempre haverá uma técnica de tutela adequada e uma inadequada, e a possibilidade de conversão pelo juiz, desta naquela.

Com efeito, se tomarmos a comparação com o conceito de fungibilidade no direito material ou, mesmo, com a própria construção semântica da palavra “fungibilidade”, vemos que as hipóteses narradas (de possessórias ou de tutelas de urgência ou de cautelares) não tratam, verdadeiramente, de meios fungíveis, mas da possibilidade de conversão oficiosa de meios.¹⁸³

32. Fungibilidade no processo: a fungibilidade recursal

Talvez a forma mais comum de uso da expressão “fungibilidade”, no processo civil, seja para indicar a fungibilidade recursal, que representaria, a grosso modo, a possibilidade de recebermos uma espécie recursal por outra, sem que isso represente a inadmissibilidade do recurso interposto.¹⁸⁴

¹⁸³ Essa também é a constatação feita por Eduardo Lamy, para quem “no direito processual a norma da fungibilidade deixa de ter o caráter de troca, de substituição, de generalidade de determinados objetos, como ocorre no direito material, para adquirir caráter de tolerância, de aproveitamento de atos imperfeitos, promovendo a aceitação de um meio processual em lugar do outro”. (*Princípio da fungibilidade...*, p. 101).

¹⁸⁴ De fato, a origem imediata da fungibilidade recursal se encontra na redação do art. 810 do revogado Código de Processo Civil de 1939, que se referia às hipóteses de incerteza quanto ao cabimento de um ou outro recurso. Ignorando-se divergências quanto a requisitos exigidos pela doutrina e pela jurisprudência,

Ocorre, porém, que, também sob o nome “fungibilidade recursal” a doutrina e a jurisprudência designam fenômenos variados.

A expressão, em sentido mais tradicional, denota a possibilidade de recebimento de um recurso pelo outro, nos casos de incerteza na técnica processual (dúvida objetiva), assim como proclama a doutrina e grande parte da jurisprudência.¹⁸⁵ No entanto, a mesma expressão também é comumente usada para descrever fenômenos que nada tem a ver com situações de incerteza na técnica. Podemos citar, como exemplo, precedentes do STJ (a) que admitem o “recebimento” de embargos de declaração (opostos contra decisões monocráticas) como agravo regimental, supostamente, por força do “princípio da fungibilidade recursal”; e (b) que recebem pedido de reconsideração como agravo regimental, também ao invocar a suposta fungibilidade recursal.¹⁸⁶

Nesses casos, como é evidente, não há qualquer indício de dúvida objetiva. Na primeira hipótese, inexistente qualquer incerteza quanto às hipóteses de cabimento dos recursos, já que os embargos de declaração visam a sanar vícios de omissão, contradição ou obscuridade (CPC, art. 535) e o agravo regimental, por sua vez, tem natureza tipicamente infringente, visando à reforma ou à anulação da decisão impugnada (CPC, art. 520).¹⁸⁷ No segundo caso, por sua vez, a imprecisão é ainda maior, pois, além de (a) não haver qualquer incerteza quanto à técnica processual (não há dúvida objetiva entre as “hipóteses de cabimento” de pedido de reconsideração e agravo regimental); (b) sequer tratamos de dois tipos de recurso, sendo inviável falar em fungibilidade recursal.

Os exemplos citados, na verdade, muito longe de se tratarem de hipótese de fungibilidade recursal, se aproximam da idéia, já enunciada, de flexibilidade de meios processuais, viabilizada ou pela aplicação da instrumentalidade das formas ou pela interpretação dos requisitos de forma efetivamente preenchidos pelo ato, desconsiderando-se o nome a ele atribuído. Chamá-las de fungibilidade recursal, além de gerar problemas

como ausência de erro grosseiro e interposição no prazo do menor recurso, a idéia era admitir qualquer dos tipos recursais postos em dúvida. Essa mesma noção foi encampada pela doutrina e pela jurisprudência, à luz do CPC de 1973, mesmo com a revogação da mencionada norma. Afirma-se, ainda hoje, que a fungibilidade recursal admitiria, nos casos de dúvida objetiva (leia-se *incerteza*), o recebimento de um recurso por outro.

¹⁸⁵ Em relação à doutrina, cf. Flávio Cheim Jorge, *Teoria geral dos recursos...*, 3ª ed., pp. 211 e ss. Em relação à jurisprudência, cf. STJ, 4ª T., REsp 113.443/PR, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, j. 11.12.2001; e STJ, 4ª T., REsp 645.388/MS, Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, j. 15.03.2007.

¹⁸⁶ Cf. STJ, 1ª T., RCREAG 789.738/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, j. 05.12.2006.

¹⁸⁷ A doutrina nesse sentido esclarece que o efeito infringente, nos embargos de declaração, constituiria “apenas efeito secundário do saneamento das hipóteses de *erros in procedendo* tipificadas”. Cf. Rodrigo Mazzei, “Embargos de declaração...”, *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*, p. 57; Flávio Luiz Yarshell, *Ação Rescisória...*, 2005, p. 58 e ss.

metodológicos, pode dificultar o uso dos instrumentos, causando confusões quanto à identificação dos verdadeiros requisitos legais para aplicação destas técnicas. Disso trataremos adiante.

33. *Flexibilidade e fungibilidade de meios*

Além das hipóteses legais e da fungibilidade recursal, a expressão “fungibilidade de meios” ou “princípio da fungibilidade” expressa, em doutrina, dois conceitos distintos, que representam (a) uma peculiaridade da técnica processual, que permite mais de um caminho para a tutela da mesma relação conflituosa – idéia muito similar àquela do direito material –, ou, ainda, (b) a possibilidade de conversão de uma técnica (a equivocadamente escolhida) noutra (a supostamente adequada).¹⁸⁸

Na primeira acepção, podemos falar em meios processuais fungíveis, a partir da atipicidade da tutela jurisdicional. O tema, para Flávio Luiz Yarshell, “sugere a existência de múltiplos canais de acesso ao judiciário, todos eles aptos a conduzir à tutela de direitos no âmbito jurisdicional”.¹⁸⁹

Em determinados casos, o sistema processual permite que o demandante se utilize – indistintamente – de diferentes técnicas processuais (procedimentos) para a tutela de uma mesma situação jurídica conflituosa. É possível que lance mão de mais de um caminho, podendo optar por técnicas que, à luz dos resultados substanciais, são fungíveis. Isso ocorre, especialmente, nas chamadas tutelas diferenciadas,¹⁹⁰ onde se terá a faculdade de escolha entre as vias “especiais” e as comuns do processo civil.¹⁹¹

Assim, por exemplo, quando presentes os requisitos do procedimento monitorio,¹⁹² pode o demandante optar pelo comum ordinário, pode se utilizar deste, ainda que presentes

¹⁸⁸ Essa circunstância é estudada de forma minuciosa no trabalho de Sidney Amendoeira Jr. *Fungibilidade de meios...*, pp. 226 e ss.

¹⁸⁹ Cf. Flávio Luiz Yarshell, *Tutela jurisdicional*, 2ª ed., p. 123.

¹⁹⁰ Cf. Ovídio Baptista, “Processo de conhecimento e procedimentos especiais”, in *Da sentença liminar...*, 2002, p. 97.

¹⁹¹ Cf. Dinamarco, *Instituições*, 2ª ed., vol. I, p. 169.

¹⁹² “A monitoria é uma faculdade do autor, que, não obstante preenchidos os requisitos do art. 1.102a, pode optar pelo procedimento comum ou sumário (RSTJ, 120/393: 4ª Turma)”. Cf. Theotônio Negrão, *Comentários...*, p. 1073, art. 1.102a, nota 2.

os requisitos do procedimento comum sumário¹⁹³ ou sumaríssimo (juizados especiais), pode pleitear a mesma tutela pelo procedimento comum ou pelo mandado de segurança ou pode, ainda, formular pedidos possessórios no procedimento comum ordinário, dentre outros casos.¹⁹⁴

Essa concepção de fungibilidade se aproxima da fungibilidade estabelecida no direito material e permite tanto o uso de um meio, quanto de outro, indistintamente. Qualquer dos caminhos escolhidos terá a mesma aptidão de conceder a tutela jurisdicional a quem tem direito, muito embora em determinadas hipóteses um caminho possa ser mais longo e custoso do que o outro.¹⁹⁵

Na segunda acepção do termo, fungibilidade de meios denota fenômeno bem distinto. Nesse caso, não há meios fungíveis, mas um meio correto e outro equivocado, e a possibilidade de conversão¹⁹⁶ deste naquele, seja esta conversão propiciada *ex officio*, com base na instrumentalidade das formas (CPC, art. 154 e 249, §2º), ou mediante emenda do ato pela parte (CPC, art. 284, 327 e 515, § 4º).¹⁹⁷ Assim, “se permite aproveitar e aceitar

¹⁹³ O STJ, nesse sentido, entende que “o emprego do procedimento ordinário, em vez do procedimento sumário ou mesmo especial, não é causa de nulidade do processo, pois prejuízo algum traz para o recorrente, uma vez que no rito ordinário a possibilidade de dilação probatória é mais ampla, em atendimento à garantia constitucional de ampla defesa” (STJ, 1ª T., REsp 844.357/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, j. 26.09.2006).

¹⁹⁴ Flávio Luiz Yarshell acrescenta alguns exemplos “quanto a esse sentido de fungibilidade”, mencionando a livre possibilidade de escolha “a) entre ação rescisória e mandado de segurança para atacar sentença transitada em julgado; b) entre ação rescisória e declaratória de nulidade para desfazer sentença em processo com vício de falta ou nulidade de citação; c) entre a chamada ação de adjudicação compulsória e a dita ação condenatória dos arts. 466-A; 466-B e 466-C da Lei nº 11.232/2005; d) entre os embargos do devedor e os embargos de terceiro, em certas hipóteses”. (*Tutela jurisdicional*, 2ª ed., pp. 127-128).

¹⁹⁵ Essa é a razão da crítica de Ovídio Baptista ao processo de conhecimento, a que chama de “marcadamente conservador, ao privilegiar a posição do demandado, mantendo-o no ‘cômodo da posse’, mesmo que as probabilidades de vitória sejam reduzidas ou nulas” (“Processo de conhecimento e procedimentos especiais”, *Da sentença liminar...*, 2002, pp. 96-97).

¹⁹⁶ Sidnei Amendoeira faz distinção relevante entre o que chama de casos de verdadeira fungibilidade, quando é irrelevante se utilizar de um meio processual ou de outro, e casos de conversão de meios, quando um meio é adequado e outro meio não é. Aponta que, neste segundo caso, os meios não seriam fungíveis, exatamente porque precisariam ser convertidos, uns nos outros. Depois afirma: “em função do uso que a doutrina em geral faz do termo ‘fungibilidade’, optamos por nos referir à ‘fungibilidade’ de meios e, com isso, queremos nos referir não só aos verdadeiros casos de fungibilidade em que compete à parte escolher entre os diversos meios processuais postos à sua disposição, mas também para significar a possibilidade de aproveitamento de atos e meios efetivamente utilizados, mediante na sua conversão para o meio adequado”. (*Fungibilidade de meios...*, p. 226). Roque Komatsu, no mesmo sentido, se utiliza da expressão conversão, referindo-se a casos de fungibilidade recursal, conversão do processo executivo em processo de conhecimento e conversão de procedimentos (*Da invalidade...*, pp. 252-253, nota 29).

¹⁹⁷ Guilherme Teixeira afirma que o princípio da fungibilidade no processo civil permitiria a “substituição de uma medida processual por outra, admitindo-se aquela erroneamente utilizada como se tivesse sido empregada uma outra mais adequada à situação concreta existente nos autos, sendo irrelevante eventual equívoco no manejo da medida apropriada pela parte, adotando-se como premissa para o seu

como válidos e eficazes – exatamente por não haver nulidade – os meios formalmente irregulares escolhidos pelas partes, para o fim de prestar-lhes a tutela jurisdicional”.¹⁹⁸ Permite-se, também, ao demandante emendar seu ato, indicando a técnica correta e preenchendo eventuais requisitos de forma anteriormente não preenchidos. A substituição de uma via processual por outra não impedirá a entrega da tutela jurisdicional.

As hipóteses acima narradas, como visto, não se confundem com os casos de fungibilidade recursal. Elas ocorrem quando há mais de um meio processual para a tutela da mesma relação de direito material ou quando é possível converter um meio processual (equivocado) noutro (correto), com base na instrumentalidade das formas ou no dever de saneamento das irregularidades. A fungibilidade recursal, por sua vez, pressupõe a existência de um meio processual típico (cujo cabimento exclui o cabimento de qualquer outro meio) e, além disso, pressupõe a incerteza na técnica processual, requisito que não é exigido a nenhuma das hipóteses acima tratadas. A incerteza, por sinal, é fato determinante que diferencia a fungibilidade recursal das demais hipóteses ora tratadas, pois seu fundamento não está na instrumentalidade das formas ou no dever de saneamento das nulidades, como veremos no Capítulo V.

34. *Fungibilidade no processo: problemas terminológicos*

Em conclusão, vemos que, no processo civil, a expressão “fungibilidade” pode significar coisas muito distintas, fato que comumente gera confusões.

- Em primeiro lugar, falamos em fungibilidade entre as possessórias, tutelas de urgência e cautelares para tratar, não de meios fungíveis, mas da possibilidade de conversão de meios;
- Em segundo lugar, chamamos de fungibilidade recursal a possibilidade de, nos casos de dúvida objetiva (incerteza), ser recebido um recurso por outro;

emprego a idéia de que a forma não deve prejudicar o exercício do direito”. (*O princípio da fungibilidade...*, p. 95).

¹⁹⁸ Eduardo Lamy, *Princípio da fungibilidade...*, p. 102.

- Em terceiro lugar, chamamos também de fungibilidade recursal, fenômenos alheios à dúvida objetiva, tais como o recebimento de embargos de declaração ou pedido de reconsideração como agravo regimental (STJ);
- Em quarto lugar, chamamos de fungibilidade de meios, casos em que há mais de um caminho apto à concessão da tutela jurisdicional, como os procedimentos especiais e o procedimento comum;
- Em quinto lugar, chamamos também de fungibilidade de meios, hipóteses de correção ou conversão de meios, quando a parte escolhe a técnica inadequada para a tutela do direito material e o juiz a converte, *ex officio*, ou determina sua conversão.

Diante das distintas acepções semânticas do fenômeno, o uso indiscriminado da expressão “fungibilidade” pode gerar sérios problemas. Podemos chegar a conclusões equivocadas – com sérias repercussões práticas – em decorrência dessa confusão terminológica. Já há uma tendência doutrinária em vincular as possibilidades de conversão de procedimentos, fora dos casos legais, à existência de “dúvida objetiva”.¹⁹⁹

O problema semântico, portanto, que inicialmente se limitava à classificação científica, acaba por gerar conseqüências na utilização e na compreensão dos instrumentos processuais. Nessa medida, com o fim de evitar imprecisões terminológicas e, dentro do possível, levando em conta a terminologia já colocada em prática pela doutrina e pela jurisprudência, passaremos a utilizar os seguintes termos:²⁰⁰

(a) *fungibilidade de meios*, para indicar as hipóteses em que as partes podem lançar mão de procedimentos distintos para a mesma finalidade;

(b) *conversão de meios*, para designar a possibilidade de determinar a correção ou ignorar equívocos formais, modificando o procedimento ou a técnica indicada pelo demandante; e

(c) *fungibilidade recursal*, para indicar a possibilidade de recebimento de um recurso por outro, nos casos de incerteza.

¹⁹⁹ Cf. Tereza Arruda Alvim Wambier, “O óbvio que não se vê...”, *RePro* 137, p. 134 e ss.; e Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos, *Princípio da fungibilidade*..., p. 63.

²⁰⁰ A respeito da necessidade de precisão terminológica na ciência processual, cf. Barbosa Moreira, “O transitório e o permanente no direito”, *Temas...: Quinta série*, p. 227.

35. Conversão de meios e incerteza (dúvida objetiva)

A conversão de meios, com já visto, se motiva em duas normas fundamentais. A primeira delas é a instrumentalidade das formas que, como visto, permite a desconsideração de meras irregularidades, desde que atingidos os objetivos queridos pelo sistema (CPC, art. 154 e 249, §2º). A segunda é o dever geral de saneamento de irregularidades (CPC, arts. 284, 327 e 515, § 4º).²⁰¹

Ao verificar que o demandante se utilizou do procedimento equivocado ou pleiteou técnica inapropriada para a tutela de sua pretensão de direito material, deve o juiz, quando ausentes os requisitos legais para o procedimento correto, (a) avaliar se o descumprimento de formalidades trouxe algum prejuízo e, na resposta positiva, (b) determinar a correção dessas irregularidades.

Ao se utilizar desses mecanismos, o juiz pode interpretar os requisitos de forma preenchidos pelo demandante de tal modo que o processo siga utilizando técnica adequada (embora o erro na indicação) ou, ainda, determinar que o demandante emende seu ato e preencha as formalidades exigidas pela técnica correta.

Para que seja possível realizar essa conversão de meios, não há razão para exigirmos qualquer incerteza na técnica processual (dúvida objetiva). A possibilidade de desconsideração de irregularidades – quando ausente prejuízo –, bem como o dever geral de saneamento, não se justifica por dificuldades na aplicação da técnica, mas pela necessidade de garantir a efetividade do processo, imposta pela própria lei processual (CPC, arts. 284, 327 e 515, § 4º).²⁰²

Por isso, não apenas os chamados “erros” justificados pela incerteza, como também aqueles que decorrem da má aplicação da técnica, pura e simples, podem ser remediados. Seja porque estes não têm o condão de trazer qualquer prejuízo ou porque o juiz tem o

²⁰¹ A respeito da doutrina e da jurisprudência de inadmitirem a conversão de meios processuais, cf. Edson Malachini, “Da conversibilidade de um processo em outro...”, *RePro* 54, p. 7 e ss.

²⁰² Esse parece ser o entendimento de Comoglio que, referindo-se à jurisprudência italiana da década de 70, assevera que “Invero, se gli atti da convertire (specialmente, quelli d’impulso iniziale) vengono analizzati nella loro idoneità tecnica a promuovere validamente la fase o il grado di giudizio, la fungibilità delle forme prevale sulle divergenze di struttura, solo quando non compromette l’attuazione effettiva del contraddittorio fra le parti (fine ritenuto comune a qualsiasi regola procedurale)” (*Il Principio di economia...*, tomo I, p. 173).

dever de propiciar às partes oportunidade para sanar equívocos, antes de declarar inválido o ato ou todo o processo.²⁰³

36. Hipóteses de flexibilização

Uma vez demonstrado que as normas processuais nos permitem a concepção de um sistema que privilegie os escopos dos atos, em detrimento de sua exteriorização, passaremos a elencar hipóteses concretas, nas quais a aplicação desse raciocínio pode trazer grandes benefícios para a função jurisdicional.

Com fundamento na instrumentalidade das formas e no dever de saneamento das irregularidades, é possível converter ou determinar a conversão do procedimento escolhido erroneamente pela parte no procedimento adequado, sem que isso importe na extinção do processo. Esse é o entendimento da doutrina que, embora se utilize de terminologia distinta, trata especificamente do tema, dentre os quais podemos citar José Roberto dos Santos Bedaque,²⁰⁴ Teresa Arruda Alvim Wambier,²⁰⁵ Sidnei Amendoeira Jr.,²⁰⁶ Guilherme Teixeira,²⁰⁷ Rita de Cássia Vasconcelos²⁰⁸ e Eduardo Lamy.²⁰⁹

37. Defesas do executado e embargos de terceiro

Caso que representa muito bem a flexibilidade da técnica processual, diz respeito à possibilidade de recebimento de embargos de terceiro como embargos à execução ou impugnação.

²⁰³ Bedaque aponta, nesse sentido, que “o exemplo da incompetência relativa argüida em contestação é típico. Mesmo inexistindo controvérsia a respeito, tem a jurisprudência aceitado a adoção do meio inadequado, pois desse equívoco não resulta prejuízo para a parte contrária”. (*Efetividade...*, 2006, p. 122).

²⁰⁴ *Efetividade do processo...*, 2006, p. 121 e ss.

²⁰⁵ “O óbvio que não se vê...”, *RePro* 137, p. 134 e ss.

²⁰⁶ *Fungibilidade de meios...*, p. 226.

²⁰⁷ *O princípio da fungibilidade...*, p. 99.

²⁰⁸ *Princípio da fungibilidade...*, p. 63.

²⁰⁹ *Princípio da fungibilidade...*, p. 59.

O CPC elenca nominalmente duas técnicas específicas de defesa do executado, a chamada ação de embargos à execução²¹⁰ e a impugnação, introduzida pela reforma de 2006. Todas elas servem como instrumentos de defesa do executado, por meio do qual este pode se contrapor, direta ou indiretamente, à pretensão do exequente em ver satisfeita a obrigação representada pelo título executivo.

Há casos, porém, em que, por não sabermos exatamente quem é executado (parte) e quem é terceiro, ocorrem equívocos – ou mesmo incertezas objetivas – entre as técnicas de defesa do executado, especialmente, entre as defesas típicas do executado e os embargos de terceiros, que são o meio de defesa dos terceiros (não parte) atingidos pelo processo executivo (CPC, art. 1.046).²¹¹

O exemplo mais recorrente se verifica em casos como o da “desconsideração da personalidade jurídica”, em que o sócio de empresa, que passa a ser executado, pretende se defender por meio de embargos de terceiro, em detrimento de embargos à execução ou de impugnação (que em tese seriam os meios adequados).²¹²

Nessas hipóteses, não há impedimentos para que o juiz, de ofício, receba os embargos de terceiro como embargos à execução. Isto porque, via de regra, o que haverá de distinto entre as medidas é a nomenclatura atribuída às peças processuais, bem como algumas repercussões relativas às custas, que podem facilmente ser sanadas por mecanismos já previstos pela lei (CPC, art. 284).²¹³

²¹⁰ Sob a nomenclatura de *embargos à execução*, o ordenamento processual, reformado pela Lei n.º 11.382/2006, regula apenas as técnicas de tutela dos interesses do executado (a) nos processos de execução fundados em títulos executivos extrajudiciais; (b) nas execuções movidas em face da Fazenda Pública (art. 741 do CPC); e (c) nas execuções movidas em face do suposto *devedor* de alimentos (art. 732 do CPC). Na execução fundada em título judicial, o executado deve se defender por meio da impugnação (CPC, art. 475-J e ss.) Cf. Marcelo Pacheco Machado, “Os novos embargos...”, *Execução Extrajudicial*, p. 340.

²¹¹ Para Cruz e Tucci, “o protagonista dos *embargos* é um *terceiro*, isto é, todo aquele que não participa do contraditório e que não tem qualquer relação com o direito debatido ou responsabilidade pelo adimplemento da obrigação discutida, dispõe desse meio processual apto a salvaguardar o seu respectivo patrimônio. A lei processual também considera *terceiro* o litigante que, a despeito de atuar no processo, visa a proteger bens que, pela origem de sua aquisição ou da posse (título jurídico), não são suscetíveis de apreensão judicial. O cônjuge - geralmente a mulher casada - é legitimado a aforar, sem a outorga do outro, *embargos de terceiro* para defender os seus próprios bens, a sua meação ou os bens reservados, quando a dívida exigida não tiver sido contraída em prol da família (cf. Súmula 134 do STJ: *Embora intimado da penhora em imóvel do casal, o cônjuge do executado pode opor embargos de terceiro para defesa de sua meação*)”. (*Embargos de terceiro...*, p. 62).

²¹² Cf. Súmula 184 do TFR e STJ-RT 761/2006.

²¹³ Favoravelmente à possibilidade de conversão, cf. STJ, 1ª S., EREsp 98.484/ES, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 17.12.2004, STJ, 1ª T., AgRg no Ag 847.616/MG, Rel. Ministra Denise Arruda, j. 04.09.2007 e STJ, 3ª T., REsp 141.821/GO, Rel. Ministro Eduardo Ribeiro, j. 6.04.2000.

Tanto nas defesas típicas do executado quanto nos embargos de terceiros,²¹⁴ o demandante terá formulado pedido da mesma natureza, seguirá os requisitos do art. 282 do CPC, pleiteará a mesma tutela declaratória ou constitutiva negativa e se utilizará dos mesmos fundamentos, independentemente do rótulo que atribui à sua demanda. O procedimento a ser seguido será, na essência, o procedimento comum ordinário, com ampla possibilidade de produção de provas e de formação do contraditório.²¹⁵

Ademais, a necessidade de reunião das demandas pela conexão estará presente em todas as hipóteses (CPC, arts. 102 e 105) e a necessidade de juntada de cópia dos autos da execução, exigida pelo art. 736, no caso dos embargos à execução, também estará presente nos embargos de terceiro, por força do art. 283 do CPC.

Seria, portanto, absolutamente temerária qualquer decisão que extinguisse os embargos de terceiro, sob o fundamento de serem cabíveis embargos à execução, ou vice versa. É possível que o juiz processe os embargos de terceiro como embargos à execução (tratando-se de título extrajudicial) ou impugnação (tratando-se de título judicial), sem qualquer prejuízo.²¹⁶

38. Embargos à execução e impugnação

Outro caso de equívoco, que se aproxima ainda mais da mera alteração terminológica do ato, ocorre quando, confundido pelas excessivas reformas, o executado em fase de

²¹⁴ Conforme leciona Cruz e Tucci, a técnica dos embargos de terceiro tem “como pressuposto inafastável a pendência de precedente processo e, por esta razão, sempre será incidental. Trata-se, contudo, de demanda autônoma, autuada em apartado, sendo certo que, se for concedida a liminar determinante de efeito suspensivo integral atinente ao processo em que ocorrida a constrição, os *embargos* poderão ser autuados em apenso”. (*Embargos de terceiro...*, p. 60).

²¹⁵ Essa parece ser a posição de Heitor Sica, para quem “mostra-se irrelevante que as diversas formas de defesa do réu sejam ‘rotuladas’ com as denominações que a lei lhes dá. Isso porque há dois milênios tem-se reconhecido que não importa o *nomen iuris* que se dê à demanda, como, aliás, a qualquer ato processual, como, por exemplo, o recurso. Afinal, o juiz também conhece as leis do processo (*iura novit curia*), de tal sorte que a falta de identificação da resposta com sua matriz legal não impede que o juiz reconheça verdadeira demanda reconvençional ou declaratória incidental”. (*Direito de defesa e tutela jurisdicional...*, 2008, p. 68).

²¹⁶ Quanto à atipicidade da “ação” de embargos à execução e dos embargos de terceiro, cf. Flávio Luiz Yarshell, *Tutela Jurisdicional*, 2ª ed., pp. 95-97.

cumprimento de sentença, oferece embargos à execução, quando na verdade deveria ter oferecido a nova impugnação.²¹⁷

À exceção de questões tributárias/administrativas, que se referem às custas devidas para cada um desses atos, o processo civil não traz relevantes distinções entre os procedimentos. A própria Lei 11.382/2006 foi responsável por conceder aos embargos à execução “certo grau de simetria em relação ao novíssimo procedimento previsto para a defesa do executado em sede de cumprimento de sentença”.²¹⁸

Assim, uma petição inicial regular de embargos à execução em nada se diferencia de uma petição regular de impugnação, senão pela eventual referência ao nome da peça e aos artigos do CPC. Haverá o mesmo pedido declaratório ou constitutivo, destinado a reconhecer a carência de pressupostos do processo executivo. A causa de pedir será a mesma (prescrição, decadência, pagamento, novação, inexigibilidade, excesso de execução, etc.) e as partes serão sempre exequente e executado.

Em última análise, ambas as técnicas processuais têm o mesmo propósito, qual seja, atacar, de forma direta ou indireta, parcial ou integralmente, a pretensão executiva. O fato de um procedimento dar origem a um “processo autônomo”, e o outro não, não produz qualquer reflexo relevante para o formalismo processual, permitindo que o juiz, ao receber uma demanda de embargos à execução, erroneamente ajuizada, passe a processá-la como impugnação.²¹⁹

²¹⁷ Questão também relevante é a possibilidade de conversão da exceção de pré-executividade em embargos à execução, da qual tratamos, nos seguintes termos: “Suponha-se, então, que, ciente da possibilidade de utilização de mera petição simples para a finalidade de se defender no processo executivo, determinado executado lance mão de *exceção de pré-executividade* em situação na qual a comprovação de suas alegações exigiria a produção de provas distintas da documental. Tais espécies probatórias, certamente, não poderiam ser produzidas no curso do procedimento executivo, pois este é, com elas, patentemente incompatível. Assim, pergunta-se: o que o juiz deve fazer? Rejeitar liminarmente a *exceção*? A solução mais adequada – à luz da necessidade de aproveitamento dos atos processuais e do princípio da instrumentalidade do processo – é a de determinar que o executado emende sua petição, logrando cumprir os requisitos previstos pelo art. 736, parágrafo único, do CPC, a fim de que seja possível o recebimento da *exceção de pré-executividade* como *embargos à execução*. No passado, em princípio, não se poderia falar nessa possibilidade, eis que os embargos exigiam prévia *garantia do juízo* para seu recebimento. Hoje, no entanto, tal óbice não mais prevalece. Pode-se falar, aqui, no que parte da doutrina denomina *princípio da fungibilidade*, tendo em vista que o recebimento de um mecanismo (técnica processual) na condição de outro não traz prejuízo para as partes. Na verdade, trata-se de prática que tão somente contribui para o atingimento dos escopos da atividade processual”. (Marcelo Pacheco Machado, “Os novos embargos...”, *Execução Extrajudicial*, pp. 347-348).

²¹⁸ Cf. Marcelo Pacheco Machado, “Os novos embargos...”, *Execução Extrajudicial*, p. 340.

²¹⁹ Em sentido contrário, cf. TJSP, 11ª C. D. Priv., Agravo de Instrumento n.º 7207472500, Relator Eduardo Sá Pinto Sandeville, j. 13/03/2008.

39. Embargos à execução e ações autônomas

As mesmas premissas colocadas acima são aplicáveis ao caso em que se pretende processar embargos à execução como “ação ordinária”, tendo em vista que, na sua essência, tais procedimentos se mostram completamente compatíveis. Nessa hipótese, porém, as conseqüências de tal conversão são peculiares; a intempestividade do pedido formulado não importará na negativa da tutela jurisdicional.

Uma vez decorrido o prazo legal de 15 (quinze) dias, é inquestionável que o executado não pode mais lançar mão do procedimento específico dos *embargos à execução* ou da *impugnação*, por um imperativo legal, que vincula o uso destes procedimentos especiais ao cumprimento de prazos peremptórios.²²⁰ Isso, contudo, não quer dizer que o direito do executado não mais poderá ser tutelado. Os embargos à execução, bem como a impugnação, não são defesas de natureza típica e, nessa medida, ainda que estejam ausentes seus requisitos específicos (de modo, tempo e lugar), será possível tutelar os interesses das partes pelo uso de outro procedimento, no caso, o comum ordinário.²²¹

É bem verdade que persistem distinções entre os mencionados procedimentos, dentre as quais se destaca (a) a obrigatoriedade de autuação em apartado; (b) a instrução dos autos com cópias do instrumento executivo (CPC, art. 736, parágrafo único); e (c) as custas processuais. No entanto, tais peculiaridades não tornam incompatível a via procedimental ordinária em relação aos procedimentos específicos de defesa do executado.

Em princípio, a necessidade de autuação em apartado dos autos do processo de embargos à execução poderia se justificar pela redação do art. 105 do CPC, tendo em vista a inquestionável relação de conexidade entre o processo executivo e o processo de

²²⁰ Conforme já nos manifestamos em trabalho anterior, “a imposição de exigências específicas, para que o jurisdicionado possa fazer uso de procedimento especial – como o cumprimento de prazo, oferecimento de garantia do juízo, etc – normalmente é justificada por benefício que a via processual especial possa vir a trazer para o demandante. No passado, a exigência de requisitos especiais para que o executado pudesse lançar mão da via dos *embargos do executado* (i.e.: cumprimento de prazo processual e *garantia do juízo*) se justificava por um benefício de grande relevância, qual seja, a eficácia suspensiva, imediata e incondicionada, do processo de execução. No entanto, tal benefício foi extinto com a edição da Lei n.º 11.382/2006 que, ao instituir o art. 739-A ao CPC, especificou que ‘os embargos do executado não terão efeito suspensivo’. Dessa forma, a via processual dos *embargos do executado* foi equiparada, pela lei reformadora, ao procedimento comum ordinário”. (Marcelo Pacheco Machado, “Os novos embargos...”, *Execução Extrajudicial*, p. 350.). No mesmo sentido, cf. Araken de Assis, *Manual do processo executivo*, 8ª Ed., p. 578; e Marcelo Abelha Rodrigues, *Manual de execução civil*, 1ª ed., p. 499.

²²¹ Cf. Flávio Luiz Yarshell, *Tutela Jurisdicional*, 2ª ed., pp. 95-97.

embargos (conexidade por oposição).²²² A necessidade de juntada de cópias, por sua vez, estaria presente, tanto no procedimento de embargos à execução, como no procedimento comum ordinário, tendo em vista o que prescreve o art. 283 do CPC. Em acréscimo, são análogos os requisitos que o CPC exige para que seja atribuído efeito suspensivo aos embargos à execução (739-A, §1º) e à impugnação (CPC, art. 475-L) e seja antecipada a tutela no procedimento ordinário (art. 273, I), permitindo-se assim que, por via de demanda ordinária, o executado obtenha tutela de urgência de mesma natureza que obteria acaso fizesse uso do procedimento específico.²²³

Em acréscimo, a jurisprudência já consolidou o entendimento segundo o qual é cabível a impugnação do processo executivo, a qualquer tempo, pelo uso via ordinária.²²⁴ Por isso, o descumprimento do prazo de 15 (quinze) dias não deve ensejar a extinção do processo, mas, tão somente, o seu recebimento na condição de demanda autônoma, processada mediante o procedimento comum ordinário.

Nesses casos, inexistente justificativa sistemática para a extinção do processo intempestivamente ajuizado, tendo em vista que o sistema processual vigente oferece, para a tutela dos interesses do executado, mecanismos que, embora tão adequados quanto os embargos à execução e a impugnação, não se submetem ao mesmo prazo legal destes.²²⁵

40. Ações possessórias e procedimento comum ordinário

Os casos de conversão do procedimento especial possessório no procedimento comum ordinário são antigos conhecidos da doutrina e da jurisprudência. Não há muita dificuldade em se admitir essa possibilidade. Tanto no procedimento especial quanto no procedimento

²²² Cf. Bruno Silveira de Oliveira, *Conexidade e efetividade processual*, p. 110.

²²³ Cf. Bedaque, *Efetividade...*, 2006, p. 119.

²²⁴ Cf. STJ, Recurso especial n.º 729.149, Relator Ministro Teori Albino Zavascki: “Embargos à execução, visando ao reconhecimento da ilegitimidade do débito fiscal em execução, têm natureza de ação cognitiva, semelhante à da ação anulatória autônoma. Assim, a rigor, a sua intempestividade não acarreta necessariamente a extinção do processo. Interpretação sistemática e teleológica do art. 739, I, do CPC, permite o entendimento de que a rejeição dos embargos intempestivos não afasta a viabilidade de seu recebimento e processamento como ação autônoma, ainda que sem a eficácia de suspender a execução. Esse entendimento é compatível com o princípio da instrumentalidade das formas e da economia processual, já que evita a propositura de outra ação, com idênticas partes, causa de pedir e pedido da anterior, só mudando o nome (de embargos para anulatória).”

²²⁵ Cf. Marcelo Pacheco Machado, “Os novos embargos...”, *Execução Extrajudicial*, p. 352.

comum, a petição inicial observará exatamente os mesmos requisitos e os fundamentos da demanda, bem como o pedido, que deverão de ser rigorosamente os mesmos.

A única diferença relevante diz respeito à liminar na possessória, que não exige a demonstração de qualquer *periculum in mora*, requisito este presumido pela lei nas chamadas “ações de posse nova”. Isso, contudo, não traz qualquer repercussão relevante para a conversão de procedimentos, somente tornando mais difícil a tutela de urgência a ser concedida posteriormente à conversão do procedimento especial no comum ordinário, que exigirá a comprovação dos requisitos do art. 273, I, do CPC.

41. Limites à flexibilidade de meios: a preclusão temporal

Vimos no capítulo anterior que a instrumentalidade das formas poderá ser aplicada em qualquer grau de jurisdição e em relação a nulidades absolutas e cominadas, não se submetendo, tampouco, ao fenômeno da preclusão. Assim, se pretendemos flexibilizar o formalismo processual com base, exclusivamente, na instrumentalidade das formas, será possível fazê-lo desde que o ato – a despeito de irregular – atinja suas finalidades, não gerando prejuízo às partes ou ao sistema processual.

Se pretendemos, no entanto, flexibilizar a técnica com fundamento na emenda de atos processuais, estaremos limitados, sensivelmente, pelo fenômeno da preclusão. Não é possível emendar a petição inicial após a citação e sem a concordância da parte contrária ou tampouco é possível emendar um recurso ou a ação rescisória após o prazo legal.²²⁶ Por

²²⁶ A doutrina não admite, por aplicação do art. 515, § 4º, do CPC, a regularização intempestiva dos requisitos de admissibilidade recursal, especialmente no que tange à juntada ulterior de documentos essenciais ao processamento do recurso de agravo de instrumento. Cf. Flávio Cheim Jorge, Fredie Didier Jr. e Marcelo Abelha Rodrigues. *A terceira etapa da reforma processual civil*, 2006, p. 212.

Em sentido contrário, Bruno Silveira de Oliveira sustenta que o § 4º do art. 515 do CPC possibilitaria a retificação de irregularidades referentes à admissibilidade do recurso, ainda que após decorrido o prazo legal: “Afinal, por que motivos o legislador imporia ao tribunal a clara persecução de um fim (qual seja: sanar as nulidades que impedem o prosseguimento do feito rumo ao julgamento do recurso) sem lhe conferir todos os meios a tanto necessários (dando-lhe apenas, segundo pretende a tese aqui combatida, poderes para sanar as nulidades ocorridas durante o procedimento em primeiro grau)? Fosse esse o alcance do dispositivo – tacanho, por sinal – seríamos levados a concluir que o legislador incorreu numa inversão de valores: deu ao tribunal o mais – pois lhe concedeu poderes para sanar nulidades gravíssimas, capazes eventualmente de impedir a própria resolução do *meritum causae* (basta imaginar, por exemplo, nulidades consistentes na ausência de pressupostos processuais) – mas lhe retirou das mãos o menos, pois vedou que utilizasse o mesmo poder saneador para corrigir imperfeições e defeitos de forma pontuais, existentes apenas no recurso interposto. Não nos parece sensato. Quem pode determinar a prática de atos capazes de suprir até mesmo a ausência de pressupostos processuais, pode também, com muito maior razão, determinar sejam praticados

isso, o maior obstáculo para a conversão de meios ocorre nas hipóteses em que, não sendo suficiente a aplicação da instrumentalidade das formas, não é mais possível determinarmos o saneamento de eventuais irregularidades, em função da preclusão temporal. Nesses casos, o processo deverá ser extinto sem julgamento de mérito ou o ato deverá ser declarado nulo ou ineficaz.

42. Requisito formal tempo e instrumentalidade das formas

Outra questão importante, e que funciona como limitadora da flexibilidade de meios, é o fato de que – dentre todos os requisitos formais dos atos do processo – o requisito tempo é o único que não comporta mitigação, por força da instrumentalidade das formas. As hipóteses tratadas até o momento – quase todas elas – se referem à aplicação da regra da instrumentalidade em relação ao requisito *modo*. Poderíamos, além disso, pensar na mitigação do requisito *lugar* pela instrumentalidade das formas, quando a mudança do local do ato não trazer prejuízo para o sistema jurídico (CPC, art. 176).

O requisito *tempo*, contudo, não pode ser relativizado com fundamento na instrumentalidade das formas. Não é possível afirmar que a perda de um prazo processual peremptório ou o transcurso de uma fase processual não traria qualquer prejuízo para as partes ou para o sistema jurídico, possibilitando um retorno à fase anterior. Na verdade, a preclusão temporal sempre assumiu uma posição especial para o estudo do processo, ganhando, em determinados casos (prazos peremptórios), o *status* de requisito formal (em sentido lato) de natureza absoluta, imune a qualquer sorte de mitigação. Isto se dá, pois o valor que esta regra legal visa a assegurar é, tão somente, o regular desenvolvimento do processo.²²⁷ Bedaque, nesse sentido, sustenta que o legislador “à luz de critérios discricionários, estabelece o tempo adequado para que a parte, devidamente cientificada,

atos capazes de suprir a ausência de um mero pressuposto de admissibilidade recursal”. (“O formalismo do sistema recursal...”, *Repro* 160, p. 42) No mesmo sentido, cf. Cassio Scarpinella Bueno, *A nova etapa da reforma do código de processo civil*, vol. 2, 2ª ed., pp. 23-24.

²²⁷ Para Roberto Poli, “la ratio prevalente di termini processuale finali (c.d. estrinseci) è quella di garantire *certezza* e *ritmo* (più esattamente, *concentrazione*) al procedimento, la *ratio* prevalente di termini intrinseci è quella di garantire *certezza* e *coerenza* al procedimento stesso”. (“Sulla sanabilità...”, *Rivista di Diritto Processuale*, 1996, p. 469).

possa intervir no processo e realizar aquilo que entender necessário à defesa de seus interesses”.²²⁸

Diante desse raciocínio, não se pode conceber hipótese na qual o descumprimento do requisito formal *tempestividade* poderia ser desconsiderado, com fulcro na regra da instrumentalidade das formas. Sempre haverá prejuízo para o sistema,²²⁹ eis que, no caso da intempestividade, o escopo específico do ato processual – ordenação do procedimento – seria apenas atingido se o ato fosse realizado no tempo adequado.²³⁰

43. Meios processuais típicos e incerteza

As consequências da intempestividade dos atos processuais são, de fato, relevantes, mas se agravam, demasiadamente, quando estamos diante de meios processuais típicos – tais quais os recursos ou a ação rescisória.²³¹

Determinados procedimentos, como os embargos à execução ou o mandado de segurança, também estão submetidos a prazos processuais. No entanto, pelo fato de serem meios processuais atípicos, mesmo se perdido o prazo legal ou extinto o processo sem julgamento de mérito, o demandante terá a oportunidade de levar suas razões a juízo, utilizando-se de outro procedimento, tal qual o comum ordinário.

Tratando-se de meios processuais típicos – como os recursos e a ação rescisória – o prazo processual para o uso da técnica, uma vez desrespeitado, impedirá que aquele direito material seja tutelado pelo processo. Perdido o prazo recursal ou o prazo para propor a ação rescisória, em princípio, não mais será possível pleitear a reforma ou a anulação do

²²⁸ Cf. Bedaque, *Efetividade...*, 2006, p. 143.

²²⁹ Fernando Cais, em sentido contrário, propõe sejam as preclusões processuais enxergadas a partir da regra da instrumentalidade das formas, afirmando que “essa averiguação (...) contribuirá muitíssimo para a distinção entre preclusões temporais, decorrentes de um transcurso de um prazo *peremptório*, e as oriundas do encerramento de uma fase processual, pois a prática do ato fora do prazo previamente estipulado, mas ainda dentro da fase adequada para tanto, não acarretará qualquer prejuízo para o bom andamento do processo, caso o critério temporal tenha por objetivo apenas organizar o procedimento e evitar recuos a fases já superadas”. (*Preclusão e a instrumentalidade do processo*, 2006, pp. 158-9).

²³⁰ Como aponta Heitor Sica, “a finalidade dos prazos processuais não é outra senão ordenar o processo, e aplicá-los de modo igual a todos os litigantes é medida de isonomia processual. (...) Do mesmo modo, a finalidade precípua da preclusão é impedir que o andamento do processo fique sujeito ao arbítrio da parte, o qual pode acarretar impedimentos em sua marcha ou retrocessos” (*Preclusão processual civil*, p. 133).

²³¹ Cf. Flávio Luiz Yarshell, *Tutela Jurisdicional*, 2ª ed., p. 75.

ato judicial ou, ainda, pleitear sua rescisão, uma vez que não existe outro procedimento legal capaz de conceder a tutela pleiteada pela parte.

Assim, quando existe incerteza na técnica processual e quando essa incerteza se refere à utilização de meios processuais atípicos – cabimento de mandado de segurança, embargos à execução, etc. – a técnica da instrumentalidade das formas e o dever de saneamento das irregularidades processuais serão adequados para permitir que o sujeito, que se encontra nessa “zona de penumbra”, receba uma resposta jurisdicional. O procedimento poderá ser convertido, irregularidades poderão ser desconsideradas e – até mesmo – acaso seja o processo extinto sem julgamento de mérito, será possível a propositura de uma nova demanda, pleiteando-se a mesma tutela jurisdicional. A jurisprudência entende, inclusive, que o uso do procedimento legal equivocado interrompe eventual prazo prescricional em curso.²³²

Situação distinta ocorre quando tratamos de meios processuais típicos e estamos em zonas de incerteza. Nesses casos, o risco é maior, na medida em que eventual declaração de invalidade do ato pode significar a negativa da própria tutela de direito material. Assim, nos capítulos subseqüentes, trataremos especificamente dessa questão, buscando meios racionais de lidarmos com as situações de incerteza na técnica processual e demonstrando que o problema exige solução que vai muito além do emprego destas técnicas convencionais.

²³² O Superior Tribunal de Justiça já pacificou o entendimento de que a citação válida em processo extinto, sem julgamento do mérito, interrompe a prescrição, com exceção das causas previstas nos incisos II e III do art. 267 do CPC. Cf. STJ, 5ª T., REsp 887.859/RJ, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, j. 03/04/2008.

*Capítulo IV****CRISES NA TÉCNICA PROCESSUAL:
PROBLEMAS E SOLUÇÕES******44. Certeza e técnica processual***

Nos capítulos anteriores, vimos como é exercida a função pacificadora do processo, como deve a técnica processual ser usada para extinguir crises de direito material e do que ela é constituída. Vimos, também, que a flexibilidade de meios permite que equívocos formais (na técnica processual) sejam remediados pela aplicação da instrumentalidade das formas e pelo dever de saneamento das irregularidades processuais.

Neste capítulo, com efeito, passaremos a estudar as crises na técnica processual, que surgem como “dúvidas objetivas” a respeito da interpretação e da aplicação das regras do processo. Identificaremos motivos de surgimento, efeitos colaterais e meios mais comuns de as evitarmos, para, em momento posterior, passarmos a analisar como a técnica deve lidar com essas situações de incerteza, especialmente nos casos em que a instrumentalidade das formas e o saneamento de irregularidades não apresenta resultados satisfatórios.

45. A técnica processual e a pacificação de crises internas

Para que o processo atinja seus escopos e sirva de instrumento fornecedor de certezas na aplicação do direito material, é necessário que se fundamente em regras

seguras, capazes de conceder previsibilidade aos litigantes.²³³ Esta circunstância, como já visto, é repetidamente tratada como justificativa maior do próprio formalismo processual.

As regras processuais, porém, nem sempre são certas e previsíveis.²³⁴ Não poderíamos imaginar uma ordem jurídica capaz de prever todas as situações possíveis, sendo imune a diferentes interpretações ou a dificuldades na qualificação jurídica de determinados eventos fáticos.²³⁵ Seria, pois, impossível imaginar que o direito processual “escapasse à variação de sentidos, aos paradoxos e às incertezas” que, de modo geral, predominam na interpretação e na aplicação do direito positivo.²³⁶

As incertezas, quando acometem as regras processuais, trazem relevantes consequências negativas, desviando as atenções dos litigantes do direito material para o processo, em afronta à sua natureza instrumental, e gerando armadilhas processuais aos

²³³ Como ressalta Aulis Aarnio, “el sistema del Estado de Derecho garantiza, entre otras cosas, un máximo de *certeza jurídica* para las partes de un proceso. La certeza jurídica puede caracterizarse incluso como una expectativa jurídica primaria de los miembros de la sociedad. De acuerdo con su formulación clásica, certeza jurídica significa negación de la *arbitrariedad*. Los ciudadanos tienen que poder planificar su conducta, y ello sólo es posible sobre la base de una práctica judicial previsible” (*La tesis de la única respuesta correcta...*, p. 25).

²³⁴ Conforme aponta Bedaque, “apesar de suficientemente madura no que se refere aos aspectos técnicos do direito processual, a doutrina brasileira ainda não conseguiu o consenso necessário sobre determinadas noções essenciais de sua Ciência. As divergências constituem fenômeno absolutamente normal em qualquer ramo do Direito. Mas é preciso firmar os conceitos, para que as discussões se desenvolvam a partir de idéias e princípios adequados”. (*Efetividade...*, 2006, p. 31).

²³⁵ Nesse sentido, Ovídio Baptista da Silva, ao transcorrer a respeito do “abandono da ilusão de que o raciocínio jurídico alcance a univocidade do pensamento matemático” leciona: “Encontramo-nos, realmente, no ponto de rotura entre o ideal do Iluminismo, em sua pretensão de obter a máxima segurança através do Direito, e as novas realidades sociais e políticas que nos impõem, com a força das potências históricas que as produziram, a abandonar essa perigosa ilusão. Teremos de regressar ao ponto em que o Direito, longe de ter a sonhada virtude de expressar-se através de uma linguagem unívoca, como pretenderam as filosofias liberais do século XVII, era aceito como essencialmente problemático, incapaz de admitir o raciocínio dedutivo, próprio da matemática” (*Processo e Ideologia...*, 2ª ed., p. 270). No mesmo sentido, a lição de Carlos Maximiliano: “Que lei é clara? É aquela cujo sentido é expresso pela letra do texto. Para saber se isso acontece, é força procurar conhecer o sentido, isto é, *interpretar*. A verificação da clareza, portanto, ao invés de dispensar a exegese, implica-a, pressupõe o uso preliminar da mesma (*Hermenêutica...*, 1965, p. 50).

Para Rauol de la Grasserie, “soa como um paradoxo a questão de saber se, em geral, a palavra está em condições de transmitir o pensamento. É, todavia, séria a dúvida, e até comporta uma solução negativa. O pensamento é um fato interno da vida intelectual subjetiva, uma atividade, um movimento, uma ondulação do espírito; ora um movimento não se deixa traduzir objetivamente. É mediante a condição de perder a sua própria essência, de se fixar, que o pensamento pode sair do seio da intimidade subjetiva para entrar no mundo exterior. O pensamento expresso é, por assim dizer, um pensamento gelado. Só em sentido impróprio se pode falar de comunicação ou transmissão do pensamento. O pensamento, propriamente considerado, não se transmite. A palavra apenas provoca um pensamento semelhante, e torna-o possível; não faz mais do que produzir na alma do ouvinte um movimento intelectual semelhante àquele que se produz na do indivíduo que fala”. (*De la Justice en France et à l'Étranger au XXe Siècle*, vol. 1, pp. 123-124, *apud* Carlos Maximiliano, *Hermenêutica...*, 1965, p. 129).

²³⁶ Cf. Flávio Yarshell, *Tutela Jurisdicional*, 2ª ed. p. 51.

litigantes, que não mais podem identificar como agir, correndo o risco de terem seus atos ilegitimamente invalidados.²³⁷

As incertezas na técnica processual são, portanto, fenômenos comuns e de relevantes consequências práticas, prejudicando, em muitos casos, o atendimento dos escopos do processo. Nessa medida, nos itens seguintes, trataremos de identificar as crises processuais mais relevantes, especulando a respeito de seu surgimento e das formas mais razoáveis de prevenção.

46. As crises de certeza quanto à técnica processual

De forma sistemática e com fins eminentemente didáticos, pretendemos desenvolver dois conceitos que denotam duas sortes de crises passíveis de ocorrer internamente ao processo, quais sejam, crises de interpretação e crises de adequação. Não tratamos de situações estanques e desconexas. Na maioria dos casos, quando existirem crises de adequação, há também crises de interpretação, e vice-versa. No entanto, tal classificação tem o propósito – didático – de evidenciar dessemelhanças quanto aos motivos responsáveis pelo surgimento de cada crise.

As crises de interpretação são propiciadas por relevantes divergências, nos planos doutrinário e jurisprudencial, a respeito da identificação do conteúdo semântico dos enunciados normativos do processo (direito processual). O problema reside na interpretação da lei, que admite mais de um caminho.

É sabido que a interpretação da regra processual – como a interpretação de qualquer texto normativo – pode suscitar inúmeros problemas semânticos.²³⁸ Como leciona Carlos Maximiliano, “a palavra é um mau veículo do pensamento; por isso, embora de aparência translúcida a forma, não revela todo o conteúdo da lei, resta sempre margem para conceitos

²³⁷ Conforme ensina Giorgio Del Vecchio, a incerteza do direito produz inconvenientes gravíssimos, pois “contradiz diretamente” a uma das razões essenciais do próprio direito, que representa ordem e garantia nas relações sociais. Referindo-se a Bacon, o professor ressalta que a certeza da lei é tão importante, pois se esta não for certa, certamente não será justa (*La crisi della scienza del diritto*, 1933, p. 6).

²³⁸ Paulo de Barros Carvalho, ao descrever o trabalho de interpretação do texto legal, ressalta “a gama imensa de obstáculos que se levantam no percurso gerativo de sentido ou, em termos mais simples, na trajetória da interpretação”. Para o jurista, o intérprete parte do texto, “passando a construir os conteúdos significativos dos vários enunciados ou frases prescritivas para, enfim, ordená-los na forma estrutural de normas jurídicas” (*Curso de direito tributário*, 15ª ed., p. 111).

e dúvidas”.²³⁹ Não há, via de regra, linguagem unívoca nos enunciados normativos,²⁴⁰ existindo uma fundamental distinção entre “o modo em que foi escrita e o modo em que é lida” a lei.²⁴¹

Essa situação traz graves consequências para o processo, pois quando vários caminhos interpretativos são possíveis, o jurisdicionado perde a segurança que tem na forma em que se desenvolverá o *iter* procedimental, sofrendo em função da incerteza. Forma-se, aí, crise na interpretação do texto.

Essa sorte de crise não surge no curso do procedimento; sua gênese é prévia, decorrendo (a) de um novo texto legal, que ainda não foi analisado satisfatoriamente pela doutrina e pela jurisprudência; ou (b) de uma série de julgados divergentes e da manifestação desuniforme da doutrina a respeito de uma mesma *situação-modelo*. No entanto, suas repercussões se dirigem completamente para dentro do processo, dificultando o manejo do instrumento.

Exemplos de crise de interpretação vêm à tona a partir da mais recente reforma do CPC, pois, ao supostamente alterar o conceito de sentença, previsto pelo art. 162, § 1º, a mudança legislativa gerou relevantes dúvidas a respeito da possibilidade de serem proferidas sentenças parciais, circunstância que traz consequências para o plano dos recursos (cabimento de agravo ou apelação) e para a formação da coisa julgada material.²⁴²

²³⁹ *Hermenêutica...*, 1965, pp. 42-43.

²⁴⁰ Assim é a lição de Eugenio Bulgin: “it would be more than strange to expect such perfection from positive law, which, as already mentioned, is made by man and as all human creation is fallible. There is certainly no guarantee that positive law is always complete and consistent. We must take into account that the contention of completeness and consistency means not only that some particularly wise and careful legislator can produce a legal system that is complete and consistent regarding a certain topic, but that all legal systems (that is, all possible sets of legal norms) are necessarily complete and consistent. This sounds really fantastic. And yet important philosophers of law have maintained this strange thesis”. (*Objectivity of Law in the View of Legal Positivism*, p. 223).

A respeito da inexorabilidade da incerteza no direito positivo, cf. ainda Trevor C. Hartley “Five forms of uncertainty in European Community Law”, *Cambridge Law Journal* 55, p. 265. O autor ressalta que fatores culturais podem contribuir para distintas interpretações da lei, citando o exemplo de distinções na cultura jurídica entre o Reino Unido e a Europa Continental, que seriam fonte de incerteza na aplicação das regras do direito comunitário.

²⁴¹ Cf. Vittorino Frosini, *La lotta contro lo spirito della legge*, p. 185; Alfredo Rocco, *La interpretación de las leyes procesales*, 2005, p. 15; e Adrián Rentería Díaz, “Discrezionalità del giudice...”, *RePro* 83, p. 155 e ss.

²⁴² Araken de Assis, ao comentar a reforma do citado dispositivo, acentua que “toda mudança provoca, infelizmente, efeitos colaterais, e a nova definição de sentença não foge à sina. (*Manual dos recursos*, p. 135). Acerca da alteração do conceito de sentença do CPC, cf. ainda Luiz Rodrigues Wambier; Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, *Breves comentários à nova sistemática processual civil*, vol. 2; Ricardo Aprigliano, *A apelação e seus efeitos*, 2ª ed., p. 16 e ss.; Bruno Silveira de Oliveira, “Um novo conceito de sentença?”, *Repro* 149, pp. 120 e ss.; e Heitor Sica, “Algumas implicações do novo conceito de sentença...”, *Reflexões sobre a reforma...*, 2007, pp. 186 e ss.

Temos, ainda, exemplo de incerteza na interpretação do recente art. 475-J do CPC, que estabelece a chamada multa decorrente do não adimplemento imediato obrigação de pagar quantia certa fixada em sentença condenatória. A doutrina e a jurisprudência se mostram vacilantes a respeito da necessidade de intimação prévia do sucumbente (pessoal ou não) e da possibilidade de cominação da multa em sede de execução provisória.²⁴³

Muitos outros exemplos desse mesmo fenômeno podem, ainda, ser retirados da prática forense, mas a lógica se mantém: em todos os casos, os escopos do processo são prejudicados por divergentes compreensões da natureza, em abstrato, da técnica processual.

Nas crises de adequação, verificamos fenômeno distinto. Aqui não há, necessariamente, dúvidas quanto à natureza da regra processual, de modo que o problema reside, tão somente, na aplicação dessa regra ao caso concreto, ou seja, na adequação – subsunção – do fato processual à norma.²⁴⁴ Surge dúvida, no curso do procedimento a respeito da qualificação jurídica de determinado ato ou fato processual. Não questionamos, em princípio, problemas semânticos relacionados à interpretação do conteúdo dos textos legais, mas as características em concreto de determinado fato processual, de modo que seja possível avaliar sua qualificação jurídica.

Exemplos mais comuns dessa situação são retirados do âmbito do sistema recursal. Em relação aos recursos excepcionais (especial e extraordinário), a polêmica distinção entre requisitos de admissibilidade e mérito faz com que dúvidas surjam na identificação da natureza das decisões que os rejeitam (inadmitem ou negam provimento?). Há hipóteses nas quais o STJ – de forma não muito técnica²⁴⁵ – “rejeita” determinado recurso especial, sob o argumento de que não teria se verificado ofensa à lei federal. Nesse caso, não sabemos se o julgamento tocou o mérito recursal ou não e, por via de consequência, se o

²⁴³ A respeito da necessidade de prévia intimação do executado, cf. TJSP, Agravo de Instrumento 1143933000, 26ª C.D.P., Rel. Des. Norival Oliva, j. 25/02/2008; Agravo de Instrumento 7180607200, 17ª C.D.P., Rel. Des. Simões de Vergueiro, j. 20/02/2008. Contra, cf. STJ, 3ª T., REsp 954.859/RS, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ 27.08.2007, p. 252; e TJSP, Agravo Regimental 7198593801, 14ª C.D.P., Rel. Des. Ligia Araújo Bisogni, j. 30/01/2008.

²⁴⁴ Falamos em incidência e subsunção por motivos meramente didáticos. Tratam-se estas dos meios mais correntes de aplicação das normas jurídicas (regras). Sabe-se, contudo, que se tratando da aplicação dos princípios (outra espécie de norma jurídica, também presente no direito processual), a técnica adequada não é a da subsunção, mas a da máxima da proporcionalidade. Cf. Robert Alexy. “On balancing and subsumption. A structural comparison”, *Ratio Juris*, vol. 16, n.º 4, 2003, pp. 433-449.

²⁴⁵ A respeito da imprecisão dos tribunais superiores. Cf. Barbosa Moreira. “Que significa ‘não conhecer’ de um recurso?”, *Revista Forense* 333, 1996; e Fernando Cais, “Em torno do formalismo processual...”, *Revista Dialética de Direito Processual* 57, p. 37.

trânsito em julgado deu-se no juízo *ad quem* ou no juízo *a quo*. Esse mesmo problema, aparentemente, foi encampado pelo Código de Processo Civil, que, na redação defeituosa do art. 557, determina que o relator negará “seguimento” a recurso “improcedente”.

Outro caso se dá quando surge controvérsia, em concreto, a respeito da admissibilidade ou não de determinado recurso. É sabido que o recurso inadmissível não tem o condão de obstar o trânsito em julgado,²⁴⁶ no entanto, em muitos casos, o tempo que levamos para decidir, definitivamente, se determinado recurso é, ou não, admissível, supera o prazo de 2 (dois) anos para a propositura da ação rescisória. Assim, quando efetivamente obtemos certeza quanto à inadmissibilidade do recurso, o prazo para a via rescisória já terá expirado.

Em acréscimo, podem ocorrer crises de adequação nos chamados equívocos cometidos pelo juiz, quanto à qualificação jurídica do provimento jurisdicional por ele emitido. Se, em determinada hipótese, provimento tido, em princípio, como decisão interlocutória é nomeado pelo juiz como sentença, poderá se instaurar, dentro do processo, incerteza quanto ao meio adequado de impugnação da decisão. Ocorre também de o juiz proclamar, equivocadamente, (a) a “carência de ação” quando, efetivamente, julga o pedido do autor ou, ainda; (b) a improcedência da demanda com fundamento na inexistência de requisito de admissibilidade do julgamento do mérito.²⁴⁷

Poderia, nesses casos, o jurisdicionado ser apenado pelo fato de não se utilizar do mecanismo de impugnação adequado, à luz do entendimento do juiz da causa? Essa é uma das questões que pretendemos responder.

São, portanto, eventos que não se distanciam da prática. Muito pelo contrário, é muito fácil verificarmos hipóteses nas quais surgem dúvidas que prejudicam o regular desenvolvimento do método de resolução de controvérsias. Antes, contudo, de avaliarmos como a técnica processual lida (deve lidar) com essas crises, pretendemos lançar breves comentários a respeito dos elementos repetidamente apontados pela doutrina como principais fontes de incerteza para o processo. São eles (a) a legiferação, causada por repetidas reformas processuais; e (b) a complexidade do ordenamento positivo. Depois,

²⁴⁶ Cf. Barbosa Moreira, *Comentários...*, vol. V, 11ª ed., p. 265.

²⁴⁷ Foi com base em questão muito similar que a jurisprudência alemã desenvolveu a “teoria do recurso indiferente”. Nesse sentido, cf. Ragone e Pradillo, *Código Procesal Civil alemán (ZPO)*..., p. 118.

trataremos de como a doutrina e a jurisprudência podem evitar o surgimento de crises, bem como propiciar sua eliminação.

47. Reformas processuais

A idéia de segurança jurídica enfrenta hoje uma crise de identidade. A exigência desenfreada de funcionalidade e operabilidade, imposta pelo mundo contemporâneo, contamina a ordem jurídica e lhe impõe sucessivas mudanças, de modo que as alterações legislativas, ironicamente, passam a se tornar uma constante.²⁴⁸

No âmbito do processo civil, este quadro se repete, e uma das mais relevantes fontes de incerteza provém da acentuada legiferação relacionada à matéria processual.²⁴⁹ Na busca incessante pela efetividade do processo, observamos, nos últimos anos, verdadeira enxurrada de novas leis, que se sucederam nas reformas do Código de Processo Civil.²⁵⁰

²⁴⁸ Como disse José Roberto Barroso, “a velocidade das mudanças, não só econômicas, tecnológicas e políticas, mas também jurídicas, e a obsessão pragmática e funcionalizadora, que também contamina a interpretação do direito, não raro encaram pessoas, seus sonhos, seus projetos e suas legítimas expectativas como miudezas a serem descartadas, para que seja possível avançar (para onde?) mais rapidamente. Desse modo, o debate acerca da segurança jurídica, especialmente no que diz respeito aos efeitos da nova lei sobre a realidade existente quando de sua entrada em vigor, vem – sem ironia – se perpetuando no tempo” (José Roberto Barroso, *Em algum lugar do passado...*, p. 141). Na mesma linha de raciocínio e tratando especificamente das reformas processuais, cf. Cheim Jorge, Didier e Abelha Rodrigues, *A terceira etapa da reforma...*, pp. 2-3.

²⁴⁹ Lopez de Oñate, seguindo a mesma linha de raciocínio, enfatiza que a mutação legislativa elide a certeza jurídica, tendo em vista que diminui a confiança relacionada à vontade estatal, que classifica como permanente e constante e que, para ele, representa o caráter do Estado ético. Continua o professor: “La frenesia moderna che si estrinseca nella continua legiferazione, che sta appunto in questa stabilità della volontà. Poiché la natura del uomo non può consentire che la codificazione positiva consti di leggi eterne, sia almeno l’ordinamento giuridico composto di leggi stabili, di legge *longeve*”. (*La certezza...*, p. 71). No mesmo sentido Dinamarco: “o grande número de leis, que permite falar numa verdadeira inflação legislativa e em nosso país autoriza também comparar a lei com o debilitado e extinto cruzeiro (...) torna também mais difícil a segurança, especialmente em casos mais corriqueiros, quanto ao conteúdo do direito objetivo”. (*A instrumentalidade...*, 12ª ed., p. 294). Eduardo Lamy, na mesma linha, relaciona as reformas com o surgimento de dúvidas objetivas (*Princípio da fungibilidade...*, p.107).

²⁵⁰ Eduardo Parente aponta que “em curioso paradoxo de realidade, por vezes, a máquina legislativa consegue ser tão veloz quando convém a determinados setores (ou bancadas) e, já não mais pela omissão, mas pela atuação, traz a mesma insegurança do vácuo legislativo: a multiplicidade de leis. Tanto o não-acompanhamento pelo legislador do fenômeno social quanto a profusão desmesurada de leis provocam a potencial contraposição de entendimentos judiciais” (*Jurisprudência...* p. 55).

Foram modificados inúmeros instrumentos técnicos do processo, com propósitos quase sempre louváveis, não negamos, de dar-lhe celeridade e efetividade.²⁵¹ Benefícios relevantes foram atingidos nesse *iter*, tais como a generalização das tutelas de urgência (art. 273), a fungibilidade entre elas (art. 273, § 7º), a preferência da tutela específica em relação à ressarcitória (art. 461 e 461-A), a instauração de novos mecanismos que incentivam o cumprimento das decisões judiciais (multas, *astreintes*, etc.), a extinção da citação pessoal na fase de cumprimento de sentença, a possibilidade de julgamento monocrático de recursos pelos tribunais (art. 557), o saneamento de irregularidades em sede recursal (art. 515, § 4º), a possibilidade de julgamento de improcedência liminar de demandas repetitivas (art. 285-A), a possibilidade de julgamento do mérito da demanda, em sede de apelação, ainda que o juízo de piso tenha se limitado a proclamar a carência da ação (art. 515, § 3º), aprimoramento da técnica executiva²⁵², entre outros.²⁵³

Juntamente com os narrados benefícios, porém, as reformas trazem seríssimos efeitos colaterais.²⁵⁴ Ao mesmo tempo em que positivam técnicas processuais, com a

²⁵¹ Em relação à reforma da ZPO alemã, Gisela Rüel relata a busca de efetivação dos mesmos valores, aliar segurança jurídica (respeito às garantias constitucionais do processo) à celeridade e à eficiência do processo: “The Law on the Reform of Civil Procedure was adopted on 27 July 2001 and became effective – for the most part – on 1 January 2002. Designed to prepare the German judiciary for the 21st century against the background of scarce financial and personnel means, the overall goal of the reform law was to enhance efficiency and transparency by reducing the duration of civil proceedings while at the same time maintaining the high level of legal protection traditionally offered by German courts. The law set out for a major overhaul of the Code of Civil Procedure concentrating on four main issues: (1) strengthening the first instance, (2) limiting the second instance appeal of law and facts (*Berufung*), (3) limiting the review appeal on law and procedure (*Revision*), and (4) simplifying the miscellaneous appeal (*Beschwerde*)”. (“Preparing Germany for the 21st Century: The Reform of the Code of Civil Procedure”, *German Law Journal*, n. 6, June, 2005, p. 911).

²⁵² Cf. Paulo Osternack Amaral, “A nova configuração da execução...”, *Revista Dialética de Direito Processual* 57, p. 96 e ss.

²⁵³ Muitas dessas supostas alterações já possuíam suas bases na redação do CPC original. Podemos afirmar, nessa linha, que a possibilidade de concessão de tutelas satisfativas por meio do chamado “poder geral de cautela” em muito precede a instituição do vigente art. 273 do CPC. Ademais, a inexistência de distinções ontológicas entre as tutelas chamadas antecipadas e as cautelares não impediria, ainda no regime original do CPC, que ambas sofressem o mesmo tratamento legal, tornando-se assim irrelevante se falar em fungibilidade. (Cf. Bedaque. *Tutela cautelar...*, 4ª ed., pp. 305 e ss.) Em acréscimo, a possibilidade de saneamento de nulidades no âmbito dos tribunais, antes mesmo da mais recente reforma, já era plenamente possível com base no art. 560 do CPC. Da mesma forma, o julgamento de improcedência liminar de demandas repetitivas, sob prisma similar, já poderia ser concebido, à luz do sistema anterior, a partir de uma distinta visão relacionada à idéia de impossibilidade jurídica do pedido (Cf. Bedaque. *Efetividade do processo...* p. 268 e ss). No entanto, ainda que do ponto de vista técnico, em relação a essas questões, a reforma não tenha alterado o modo-de-ser do processo, é inquestionável sua função pragmática, pois a modificação da lei, inquestionavelmente, acabou por fomentar o uso de tais medidas.

²⁵⁴ Marcos Montoro, nesse sentido, ressalta os efeitos colaterais das reformas processuais, afirmando ser “inegável que muitas reformas acabaram tendo conseqüências não planejadas pelo legislador reformista. A melhor imagem talvez seja a do jogo infantil de ‘pega vareta’, no qual, ao se puxar uma das varetas do monte, as demais se mexem (ou mesmo se desmonta todo o monte)”. (“Interesse em recorrer...”, *Reflexões sobre a reforma...*, p. 243).

finalidade de conceder mais efetividade aos instrumentos do processo, as mudanças na lei acabam por prejudicar essa mesma efetividade, ao trazerem “novas questões” a serem discutidas pelos litigantes.²⁵⁵ Conforme lição de Humberto Theodoro Jr., falha “o legislador quando, empolgado por alguns valores relevantes e positivos, neles se concentra, e realiza obra inovadora de importantes capítulos do ordenamento jurídico, ignorando, porém, a necessidade de preservar, nas estruturas normativas renovadas, a segurança jurídica”.²⁵⁶

A introdução de novos textos legais, comumente, gera problemas de interpretação,²⁵⁷ por mais bem redigidos que sejam, estes se submetem a uma série de controvérsias, quando da sua aplicação.²⁵⁸ Como leciona Regina Maria Ferrari, “o suceder normativo dá origem a uma série de conflitos, pois, normalmente, a nova norma encontra relações jurídicas criadas pela norma antiga, decorrendo daí uma série de problemas de competência em face da ordem jurídica anterior, estabelecendo um conflito relativo à

²⁵⁵ Essa situação é retratada nas palavras de Flávio Luiz Yarshell: “As sucessivas reformas do direito processual civil, não será exagerado dizer, ainda estão deixando aturdidos os operadores do direito. Pelo menos, essa é, ainda, a sensação deste articulista, que milita no contencioso há quase um quarto de século; aproximadamente o mesmo tempo em que tem se dedicado, de forma apaixonada, ao estudo do direito processual. Sem entrar no mérito das alterações, até porque variadas em seu conteúdo, fato é que sua complexidade e volume, aliadas à importância prática no cotidiano forense, tornam sua assimilação algo não exatamente fácil. Não se trata, adiante-se, de postura conservadora, de quem reage às mudanças, até porque, repita-se, não se trata, até aqui, de louvar ou de desmerecer as modificações. Trata-se simplesmente de constatar que a extensão das reformas é sim, e por si só, um fator de incerteza e, em alguma medida, de insegurança. Constatação dessa ordem, frise-se, não é feita para dar respaldo à idéia de que não se deve mudar, mesmo porque, mais uma vez, as modificações se afiguram imperativas e indeclináveis. Para afastá-las, só mesmo evitando o processo judicial... Mas, não se podendo nem afastar as novas regras, nem evitar o processo judicial, constatar que vivemos um momento de incerteza é fundamental até mesmo para o êxito das reformas.” (*Alterações na legislação processual e segurança jurídica*, p. 6).

²⁵⁶ “A onda reformista...”, *RePro* 136, p. 52.

²⁵⁷ Note-se que, até mesmo o CPC de 1973, conhecido pela precisão de seus conceitos, gerou graves problemas a partir do momento em que entrou em vigor. Nesse sentido, cf. Galeno Lacerda, *Aplicação do novo código aos casos pendentes*, p.185.

²⁵⁸ Karl Larenz evidencia que os problemas jurídicos são impassíveis de solução mediante simples alteração do texto normativo. Em resposta à crítica de Kirchmann, segundo o qual “bastam três palavras rectificadoras do legislador para bibliotecas inteiras se transformarem em papel de embrulho”, o professor alemão assevera que “com alteração da lei não desaparece por si o problema ao qual o legislador dá agora uma nova resposta e essa resposta é só compreensível, por seu lado, quando se compreende o problema e as respostas que até agora lhe foram dadas. Assim, trata-se também na ciência do Direito de um continuado retorno a respostas que foram dadas sob uma outra situação legislativa. O dito de KIRCHMANN é, assim, puro e simplesmente errado”. (*Metodologia da ciência do direito*, 3ª ed., p. 337).

Essa mesma questão é tratada pelas palavras de Barbosa Moreira: “Cumprir renunciar à ilusão de que a vida das normas termina no momento em que começa a vigor, e daí por diante já não precisamos interessar-nos pelo respectivo destino. Muito ao contrário: nesse preciso momento é que se inicia a sua verdadeira vida – e é a partir daí que ela demanda nossa maior atenção. Aí nem sempre ‘vale o escrito’, como no jogo inventado pelo Barão de Drummond e habitualmente praticado por senhoras de moral acima de qualquer suspeita, embora incluído na lista de contravenções penais” (“O futuro da justiça: alguns mitos”, *Temas... Oitava Série*, p. 12).

eficácia da norma, aqui entendida como eficácia social, isto é, a efetiva observância normativa no campo concreto, além da realizada no campo normativo”.²⁵⁹

Tal fato em muito se agrava quando a lei nova apresenta deficiências na sua confecção – o que não é evento incomum, quando tratamos das reformas processuais.²⁶⁰

Tudo isso traz incertezas para o jurisdicionado²⁶¹ e, diante delas, o processo passa a se direcionar à solução de crises processuais, ao invés de discutir a aplicação do direito material.²⁶² Anos são gastos na discussão da “natureza” de determinada regra do processo, enquanto a solução do direito material, colocada em segundo plano, simplesmente aguarda.

Como visto (*item supra*), dos exemplos que temos hoje de zonas lacunosas na técnica processual (crises de interpretação), grande parte provém de textos alterados pelas reformas do CPC, o que compromete a integridade do sistema processual e prejudica o mesmo valor efetividade que as reformas processuais têm como escopo assegurar.²⁶³

²⁵⁹ “Ato jurídico perfeito e segurança jurídica no Controle de Constitucionalidade”, *Constituição e segurança jurídica*, p. 219.

²⁶⁰ Nesse sentido, Barbosa Moreira: “Deficiências técnicas na formulação da norma acarretam dúvidas e controvérsias hermenêuticas de que costumam alimentar-se incidentes processuais, como o da uniformização da jurisprudência e o da declaração de inconstitucionalidade, e concorrem para multiplicar os recursos destinados à revisão do *in jure*, como o especial e o extraordinário. Não é preciso sublinhar a gravidade dos prejuízos que daí decorrem para a causa da efetividade. Não se trata apenas do prolongamento excessivo desde ou daquele pleito: a sobrecarga de trabalho que tudo isso atira sobre os órgãos judiciais, designadamente sobre os tribunais superiores, afeta por força a qualidade do produto, sacrificando a curiosidade intelectual e a reflexão madura à pressão das patas intermináveis, e afogando no pantanal da rotina quaisquer esperanças de desenvolvimento jurisprudencial”. (“Efetividade do processo...”, *Temas...: Sexta Série*, p. 23). E não se trata de problema exclusivo do direito processual. Referindo-se ao novo direito civil brasileiro, Samir El Hajjar aponta que “o legislador em raríssimas ocasiões nos oferece textos de lei claros e diretos; são comuns os redigidos de modo confuso e indireto, impondo antes da interpretação científica, outra para captar o sentido da sentença gramatical”. (*Prescrição: os prazos reduzidos pelo novo código civil...*, p. 133).

²⁶¹ Cf. Lopez de Oñate, *La certeza...*, p. 68.

²⁶² Clito Fornaciari Júnior, em comentário ao então projeto de lei, que hoje se concretizou na Lei n.º 11.232/2005, responsável por alterar a mecânica da execução no processo civil brasileiro, retrata circunstância nefasta causada pela reforma do CPC. Para o processualista “o desconforto que a alteração trará e a inegável confusão processual em que importará, até que o processo volte a ser de todos conhecido, servirão com apetitoso manjar para os devedores, que poderão fartar-se com questiúnculas processuais, bem ao gosto daqueles a quem não assiste qualquer razão. O processo precisa de estabilidade, devendo funcionar como uma praxe conhecida de todos. Cada vez que nele se mexe, novas questões ganham relevância, ocupam os tribunais, vendem livros, impedem o reconhecimento de direitos por força do desrespeito à forma instituída e o longo tempo que se perde, até que se recobre a estabilidade, somente faz tumultuar o andamento do processo, exigindo mais atenção que o direito material”. (“Nova execução: aonde vamos?”, *Tribuna do direito*, n. 114, out. 2004, p. 32).

²⁶³ Heitor Sica, assim, aponta os reflexos negativos causados pela onda reformista do legislador processual: “Parece-nos que a necessidade de segurança jurídica não pode ser relegada a um segundo plano, sobretudo no momento atual, em que o processo civil é objeto de constantes reformas que, apesar de alterarem profundamente o sistema vigente como vimos (tornando o Código de Processo Civil caótico e cheio de contradições internas), sujeitam-se a períodos de *vacatio* extremamente curtos. Somando-se a falta de estatísticas para comprovar o resultado das reformas processuais, e o tempo que os tribunais (sobretudo os

Alterações, especialmente quando tratam de mecanismo tão complexo quanto o processo civil, têm grande potencial de gerar danos ao sistema.²⁶⁴ Nessa medida, como já insiste parte da doutrina, as reformas devem ser instituídas com muita cautela.²⁶⁵

O problema das reformas e as críticas à sua realização são muitos, mas não constituem o objeto de estudos deste trabalho. Por isso, resta-nos apenas pontuar essas breves considerações, para identificarmos uma das fontes dos problemas que, mais adiante, pretendemos estudar.

48. *Complexidade do ordenamento processual*²⁶⁶

Outra fonte relevante de incertezas para o direito processual – tanto no âmbito da interpretação quanto no âmbito da aplicação do direito –, se refere à complexidade das regras processuais positivadas. O direito processual é rico em vicissitudes e prescreve um sem número de procedimentos e requisitos formais, cada qual com suas peculiaridades.

Dependendo do rito que seguimos, há prazos processuais para a propositura da demanda, como no caso do mandado de segurança, da ação rescisória e das ações possessórias, e variados prazos para a resposta do réu. Há procedimentos que inclusive se modificam dependendo da resposta dada pelo réu no processo, como a ação de prestação de contas e a ação monitória.²⁶⁷

superiores) levam para começar a julgar causas que envolvem os novos dispositivos legais resultantes dessas modificações, tem-se um quadro de profunda insegurança quanto à aplicação da lei processual.” (*Preclusão processual civil*, p. 305).

²⁶⁴ Cf. Lopez de Oñate, *La certeza...*, p. 72.

²⁶⁵ Lopez de Oñate, com base nos ensinamentos de São Tomás de Aquino, estabelece as hipóteses em que julga ser justificável a alteração do direito posto. “È questo il titolo di un articolo de una *quaestio* tomistica, quella de *mutatione legum*, in cui l’argomento è trattato; ed è il risolto nel senso che solo in tre casi deve esservi mutazione, e cioè quando *maxima et eventissima utilitas ex novo statuto provenit*, o quando vi è *maximas necessitas* (caso che veramente si potrebbe sussumere sotto la categoria precedente), o quando la legge vigente *aut manifestam iniquitatem continet, aut eius observatio est plurimum nociva*”. (*La certeza...*, p. 71).

Para Barbosa Moreira, “antes de reformar a lei processual (*rectius*: qualquer lei), mandam a lógica e o bom senso que se proceda ao diagnóstico, tão exato quanto possível, dos males que se quer combater e as causas que os geram ou alimentam. Nenhum médico digno desse nome prescreve remédios e tratamentos sem inteirar-se de que mal padece o doente” (“O futuro da justiça: alguns mitos”, *Temas...*: *Oitava Série*, p. 10).

²⁶⁶ Para comprovar a tendência de nossos tempos pela legiferação e pela complexidade do direito, Carnelutti compara os modernos códigos civis e penais à Lei das Doze Tabulas e ao Código de Hamurabi, de simplicidade incomparável. (“La crisi della legge”, *Dicorsi...*, 1937, pp. 171-172.

²⁶⁷ Carlos Alberto Carmona menciona essa questão como um dos elementos propiciadores do mau funcionamento da Justiça no Brasil, alegando que o problema apontado “diz respeito à existência de muitas

As regras de competência em nosso sistema também apresentam as mais variadas formas. No CPC, há regras que impõem competências relativas e competências absolutas e, além deste, diplomas como a Lei de Falências estipulam competências especiais. Não fosse isso, leis estaduais, que disciplinam a organização judiciária, também estipulam normas que regulamentam a competência, de modo que, em determinados casos, a confusão é tamanha que a competência territorial, como no Estado de São Paulo, é tratada como se fosse (*ou é?*) espécie de competência absoluta.²⁶⁸

No âmbito da complexidade das regras processuais, a situação dos recursos é exemplificativa.²⁶⁹ Não se nega que tenhamos evoluído, muito, desde a edição do CPC de 1939. No entanto, são ainda excessivamente complexas as regras processuais que regem nossos recursos, e quando tratamos de levar uma causa aos tribunais de sobreposição, aí se amplia muito o problema. É necessário não apenas estarmos atentos aos requisitos legais e constitucionais para a admissibilidade dos recursos (que por si só, já demonstram certo grau de complexidade), como também ao sistema de armadilhas imposto pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, relativamente a outros requisitos, como o pré-questionamento explícito e a juntada de cópias completas e perfeitamente legíveis (no caso do agravo de instrumento de decisão denegatória), ainda que inúteis à compreensão do mérito recursal.

Nosso direito processual é, de fato, excessivamente complexo, rico em vicissitudes formais que exigem do operador raciocínio apuradíssimo.²⁷⁰ Tais circunstâncias, com

justiças especializadas, várias instâncias e muitos tribunais. De fato, contam-se hoje no Brasil nada menos do que 91 (noventa e um) tribunais (já estão excluídos da estatística os cinco tribunais de alçada extintos pela EC 45), distribuídos entre as diversas ‘justiças’, tudo encimado pelo Supremo Tribunal Federal, cúpula do Poder Judiciário nacional” (*Reforma da constituição e processo...*, p. 4). No mesmo sentido, cf. Dinamarco, “Nasce um novo processo civil...”, *Reforma do Código de Processo Civil*, p. 10; Ana Marcato, *Princípio do duplo grau...*, p. 137; e José Miguel Garcia Medina, “Antecipação da tutela recursal...”, *Aspectos Polêmicos...*, 1997, p. 338.

Em determinados momentos, a preferência do legislador ao casuísmo, em detrimento de regras mais gerais, acaba por imprimir ao jurisdicionado a necessidade do conhecimento infinitos requisitos, exigidos para cada um dos vários atos processuais que se há de realizar para a se obter a tutela jurisdicional. Assim, no fim da década de 30, já mencionava Lopez de Oñate a necessidade de a técnica legislativa simplifique a estrutura das disposições normativas, sem que isso implique na diminuição de sua capacidade de regular os casos concretos. (*La certeza...*, p. 70). No mesmo sentido, cf. Calamandrei, *La certeza del diritto e la responsabilità della dottrina*, pp. 507-508.

²⁶⁸ Cf. Patricia Pizzol, *Competência no processo civil*, p. 138.

²⁶⁹ “Restrições ilegítimas ao conhecimento dos recursos”, *Temas...: Nona Série*, p. 277.

²⁷⁰ Nesse sentido cabe trazer à baila conceito proposto por Eduardo Lamy. Diz o autor que “complexidade processual” é “a riqueza de conhecimentos instrumentais, sejam meios previstos pela lei, sejam posicionamentos doutrinários ou jurisprudenciais, dentre outras regras processuais, cuja ciência ou eventual utilização se façam necessárias junto a uma mesma situação concreta, um mesmo caso”. Sustenta o

efeito, propiciam a idéia de “sistema orgânico de armadilhas” que em muito prejudica o alcance dos escopos do processo.²⁷¹

Há, aqui, tendência de *processualizar* conflitos, de modo que a solução do litígio seja fornecida pela aplicação do direito processual, em detrimento do direito material, fato que prejudica as finalidades da jurisdição,²⁷² tornando o processo uma arma a serviço dos mais bem preparados, capaz de permitir que os bens da vida sejam adjudicados aos sujeitos que melhor sabem lhe fazer uso, independentemente dos fatos e do direito material. Situação que é severamente piorada a partir do momento em que a jurisprudência vacila e gera incertezas jurídicas.²⁷³ A complexidade do ordenamento positivo, assim, torna-o ininteligível ao operador comum, impedindo bons resultados.²⁷⁴

49. A função da doutrina

A função da doutrina, embora comumente tratada como secundária na condição de fonte do direito, é de suma relevância para a determinação do conteúdo das normas jurídicas, em especial, porque o texto da lei (ou de qualquer outro veículo normativo) só adquire contornos mais precisos a partir do momento em que é discutido pelo cientista. Só através do debate é possível extrair dele sentido e explorar as hipóteses de sua aplicação.²⁷⁵

A doutrina tem esse papel e, no processo civil, o exerce em abundância. Podemos observar que verdadeiras “normas processuais” tiveram sua origem em meras posições

processualista, na mesma linha do raciocínio aqui delineado, que as reformas processuais seriam um dos pilares deste estado de complexidade. (*Princípio da fungibilidade no processo civil*, pp. 117-118).

²⁷¹ Cf. Dinamarco, *A Instrumentalidade...*, 12ª ed., p. 329.

²⁷² A complexidade também funciona como fator de inibição ao acesso à justiça. Barbosa Moreira, nesse sentido, ressalta que o cidadão comum é normalmente afastado da justiça pelo fato de não se sentir “à vontade nos recintos tradicionais em que se exerce a função jurisdicional: tudo aí se lhe afigura estranho, misterioso, e não é de se admirar que lhe inspire mais desconfiança e temor do que tranquilidade. Menor dose de solenidade e formalismo contribuirá para suavizar o desconforto do ingresso em juízo”. (“O futuro da justiça: alguns mitos”, *Temas... Oitava Série*, pp. 19-20).

²⁷³ Pedro J. Bertolino faz análise similar em relação ao ordenamento jurídico argentino. Fala no problema do “exceso de rito”, para designar hipóteses de regras que estipulam requisitos formais irrazoáveis e arbitrários, por serem incompatíveis com a natureza instrumental do processo (*El exceso de rito de cara a la efectividad...*, p. 176 e ss).

²⁷⁴ Não afirmamos que o ideal seria se desenvolver um sistema excessivamente simplificado, de predomínio irrestrito da liberdade formal. A idéia é buscar um meio termo, que melhor equacione a necessidade de garantir o cumprimento das garantias constitucionais do processo e a necessidade de atingir os resultados práticos pretendidos. Cf. Bedaque, *Efetividade do processo...*, p. 51.

²⁷⁵ Cf. Carlos Maximiliano, *Hermenêutica...*, 1965, p. 50.

doutrinárias, paulatinamente aceitas pela jurisprudência. A mais conhecida delas talvez seja a chamada *exceção de pré-executividade*, cuja origem se deu em parecer de Pontes de Miranda, aceita hoje de forma pacífica pelos tribunais, ainda que não exista uma lei sequer prescrevendo seu cabimento.²⁷⁶

É bem verdade que tal mecanismo de defesa é mera decorrência lógica do direito de petição e que as matérias nele argüíveis são, todas elas, de ordem pública, limitadas pela impossibilidade de produção de provas, senão a documental, em sede do procedimento de execução.²⁷⁷ Contudo, não se pode negar que foi com a doutrina que o uso de tal mecanismo se popularizou, alcançando hoje *status* de verdadeiro instituto jurídico, como se positivado fosse.

A doutrina pode sim transformar o direito posto, sem qualquer alteração legislativa. Ela não apenas ajuda na compreensão dos diversos textos legais, mas os transforma, à luz de princípios maiores e na busca de aperfeiçoamento do sistema posto.²⁷⁸ Essa criação e transformação, muitas vezes, reflete as circunstâncias do momento, influenciada por ideologias e convicções pessoais daqueles que se colocam a interpretar o ordenamento jurídico. Com Dinamarco, sabemos que “a evolução das idéias políticas e das fórmulas de conveniência em sociedade repercute necessariamente nos modos de interpretação e na dimensão semântica das palavras que, embora mantidas nos textos constitucionais ou legais, acabam por transmitir idéias diferentes daqueles de que foram portadoras no passado. Os textos comportam diferentes leituras, conforme o contexto em que se inserem – contexto que varia no espaço e evolui no tempo e cuja configuração em dado país e em dado momento é determinante do significado das palavras contidas na Constituição e na lei”.²⁷⁹

Por isso, o próprio sistema processual pode ser alterado sem qualquer mudança da lei. Basta, muitas vezes, uma mudança de pensamento, uma nova forma de enxergar. Já

²⁷⁶ “Parecer n.º 95”, *Dez anos de pareceres*, vol. IV, p. 134.

²⁷⁷ Cf. Marcelo Pacheco Machado, *Os novos embargos à execução...*, p. 344.

²⁷⁸ Para Barbosa Moreira, “cumpre ter presente que, em regra, para atuar sobre a realidade, as decisões políticas precisam da mediação de normas jurídicas. E dela precisam dois momentos sucessivos: naquele em que tomam a forma preceptiva, sem a qual não chegam a exteriorizar-se, e naquele outro em que descem ao nível do concreto para capturar a singularidade de tal ou qual acontecimento da vida humana. É mister que se formule a norma e, mostra-se imprescindível e insubstituível a função dos operadores do direito. Temos tido mais de uma ocasião de ver a que desastres conduz a temeridade de relegar essa função a plano secundário... Não colhe, pois, invocar a primazia da vontade política para recusar valor à atuação dos juristas, como tais, nos programas de reforma. Os dois elementos são igualmente necessários, e devem conjugar-se”. (“Efetividade do processo...”, *Temas...: Sexta Série*, pp. 20-21).

²⁷⁹ Dinamarco, *Instituições...*, vol. I, 2ª ed., p. 247.

advertia Bedaque que “mais importante do que alterar a lei é mudar a mentalidade dos operadores desse ramo do Direito”.²⁸⁰ E há exemplos práticos desse fenômeno.

No passado, uma visão dita “científica” do processo civil levou os estudiosos a uma supervalorização da técnica processual, em detrimento do direito material, de modo que a antiga concepção do sistema de nulidades representa muito bem essa questão.²⁸¹ O CPC, desde sua origem, foi sempre muito claro ao prescrever a instrumentalidade das formas. Previa o art. 154 e o art. 249, § 2º, do CPC, a idéia geral de que não haverá nulidade sem prejuízo e que o ato processual não poderá ser considerado nulo se atingir seu objetivo. A lei não faz, nem nunca fez, qualquer restrição quanto a isso. Não dizia que tais dispositivos se aplicariam apenas às nulidades relativas ou, ainda, que as nulidades absolutas e as nulidades cominadas fugiriam a seu crivo.²⁸²

A doutrina, contudo, historicamente, houve por bem impor várias restrições a tais dispositivos. Hoje, chegamos à conclusão de que o mesmo dispositivo legal merece ser relido. Sem alteração legislativa, a doutrina começa a se refrigerar de idéias, fato que vem contaminando a jurisprudência e provocando alterações na forma em que concebemos as normas processuais.²⁸³

²⁸⁰ *Direito e Processo...*, 4ª ed. p. 70. No mesmo sentido, Rogerio Mollica ressalta que “de nada adianta a mudança das leis, se não mudamos a mentalidade dos operadores do direito”. (“O excesso de formalismo como obstáculo à celeridade processual”, *Bases científicas para um renovado Direito Processual*, vol. 1, IBDP, p. 377).

²⁸¹ É conhecida a lição segundo a qual o desenvolvimento da ciência processual acabou por gerar sérias distorções, a partir das quais o instrumento foi superestimado em relação ao direito material, de modo que se tornou, em si mesmo, obstáculo para o atendimento de seus fins. Bedaque, nesse sentido, aponta que em busca de autonomia para sua ciência, “passaram os processualistas a se dedicar tanto a conceitos, muitos de extrema sutileza, que as discussões sobre temas de direito processual acabaram por representar verdadeiro exercício de filosofia pura do Direito. Quando voltamos os olhos para a realidade, verificamos que o processo se encontra distante dela.” (*Direito e processo...*, 4ª ed., pp. 16-17).

Relato similar faz Barbosa Moreira: “As gerações que imediatamente nos antecederam distinguiram-se pelo empenho na construção de uma dogmática sólida; em sua reflexão prevaleceram as especulações técnicas, que deixaram pouco espaço para preocupações de outra ordem, relacionadas com as dimensões políticas e sociais do fenômeno processual. Nada há disso, a rigor, que surpreenda. Era preciso, e foi útil, que se superassem as fronteiras do procedimentalismo antes dominante, em cujo quadro se refletia uma visão do processo restrita à contemplação de ritos e formalidades.” (“Efetividade do processo...”, *Temas...: Sexta Série*, p. 22).

²⁸² Rosa Nery atribui ao mau exercício científico do direito, entre outros, “o incitamento à solução dos casos pela forma, sem atenção para o conteúdo e a finalidade do direito material”. Para ela “quando o juiz se ampara na opinião científica, que trai a ideologia da ciência jurídica (justiça e segurança), ele é agente irracional do intelecto e tecnocrata a serviço da infidelidade aos princípios do direito. É vítima da técnica, pseudo-ciência. Porque não se pode atingir sempre o justo pela técnica e é obrigação do cientista, mais do que do juiz, não se afastar dos princípios”. (*Responsabilidade da doutrina...*, pp. 426-428).

²⁸³ Nessa mesma linha de raciocínio, Dinamarco retrata a possibilidade de alteração do sistema jurídico sem qualquer mudança do direito positivo. Ao se referir à “evolução da extensão da garantia do controle jurisdicional”, particularmente no tocante aos “limites da censurabilidade dos atos da Administração

Outro exemplo, muito similar, refere-se à interpretação do art. 195 do CPC. Prescreve o dispositivo que “o advogado deve restituir os autos no prazo legal. Não o fazendo, mandará o juiz, de ofício, riscar o que neles houver escrito e desentranhar as alegações e documentos que apresentar”. A doutrina e a jurisprudência, contudo, sem qualquer alteração da lei, acabaram por retirar, na prática, toda e qualquer eficácia do dispositivo. Entendem hoje, pacificamente, que “a não devolução dos autos, pelo advogado, no prazo para interposição do recurso não acarreta, como pena, o não conhecimento deste”²⁸⁴ e que, também “não se considera intempestiva a contestação, se o advogado do réu devolve os autos fora do prazo desta”.²⁸⁵

Por isso, a alteração legislativa – muitas vezes maléfica – pode ser evitada por uma interpretação racional do sistema.²⁸⁶ Como aponta Rosa Nery, “o jurista é aquele que efetivamente transforma a realidade a partir de seus argumentos científicos”.²⁸⁷ Não se justifica modificar a lei – e correr o risco de se criar novos problemas de interpretação – se a criatividade da doutrina, acompanhada pela jurisprudência, pode, em muitos casos, fornecer soluções engenhosas para as necessidades da técnica e do direito material, sem, contudo, gerar os mesmos efeitos colaterais. E não os gera porque, ao contrário das mudanças legislativas, as mudanças jurisprudenciais e doutrinárias são paulatinas e permitem ao jurisdicionado um maior tempo de adaptação. Elas surgem a partir de um debate muito mais amplo do que aquele que se observa anteriormente ao processo legislativo, especialmente quando tratamos de reformas do CPC.

O papel da doutrina, ademais, é essencial no combate às incertezas já presentes no ordenamento positivo, sendo extremamente relevante na proposição de soluções para problemas interpretativos. Como aponta Calamandrei “a ciência jurídica deve servir a tornar mais clara e fácil a aplicação da norma ao caso prático, a aumentar, com suas

pelos juízes”, o processualista disserta “que constitui visível tendência dos tribunais brasileiros o deslocamento da linha divisória entre os aspectos legais do ato – que comportam exame pelo Poder Judiciário (Súmula 473 STF) – e o *mérito do ato administrativo*, que o sistema constitucional de separação dentre os Poderes do Estado imuniza a esse exame. Sem alteração em texto algum e mantendo-se até a fórmula básica (censurabilidade da forma, incensurabilidade do mérito), hoje os tribunais vão além daquilo que ousavam em tempos passados e chegam bem mais próximos do mérito administrativo”. (*Instituições...*, vol. I, 2ª ed., p. 248).

²⁸⁴ Cf. Theotônio Negrão, *Código de Processo Civil...*, 35ª ed., p. 274, art. 195, nota 3.

²⁸⁵ Cf. STJ, 4º T., Resp. 458.846, j. 12.4.94.

²⁸⁶ Giorgio Del Vecchio, após constatar a impossibilidade de o legislador prever todos os fenômenos sociais futuros, a serem regulados pela lei, constata que se é exigido do jurista, não apenas um grande esforço para a interpretação das leis vigentes, de modo a adequá-las às novas exigências sociais, como também uma maior colaboração no trabalho de inovação do direito. (*La crisi della scienza del diritto*, 1933, p. 5).

²⁸⁷ *Responsabilidade da doutrina...*, p. 428.

sistematizações racionais, o grau de certeza do direito, isto é, a tornar sempre mais inteligível a compreensão das regras prescritas pelo legislador ao agir humano e a colocar o indivíduo em condições de calcular, com antecipação, com previsões sempre mais seguras, as conseqüências jurídicas de suas próprias ações”.²⁸⁸

Ao citar tais exemplos, queremos tão somente acentuar a relevância da doutrina na criação do direito e como ela pode contribuir tanto positiva, quanto negativamente, para a objetividade do direito e, no âmbito do sistema processual, para a efetividade do processo.

50. A função dos tribunais no combate à incerteza jurídica

A jurisprudência exerce importante papel na manutenção da certeza do direito positivo, sendo a construção de precedentes jurisprudenciais sólidos e reiterados um dos meios mais lógicos de combatermos as chamadas *crises de interpretação*, instauradas na técnica processual.²⁸⁹

Não há, de fato, segurança jurídica enquanto tribunais discutem, sem preocupação de atingir consenso, qual seria a correta interpretação de determinada regra processual. Esse estado de incerteza, como visto, impede que o processo cumpra corretamente sua função, gerando sérios prejuízos para a efetividade.²⁹⁰ As conseqüências nefastas de tal situação de incerteza podem ser minoradas pelo uso de técnicas processuais específicas (instrumentalidade das formas, fungibilidade recursal, *etc.* No entanto, uma solução

²⁸⁸ *La certezza del diritto e la responsabilità della dottrina*, p. 174. No mesmo sentido, cf. Nelson Nery Jr. *Princípios do processo civil...*, 8ª ed., p. 58.

²⁸⁹ Pedro Dinamarco, analisando esta questão, afirma: “Basta pensar na repercussão que a decisão proferida em ação coletiva ou em ação de controle abstrato de constitucionalidade gera na sociedade. Mas não é apenas nessas ações com coisa julgada *erga omnes* que essa relevância social está presente. As decisões judiciais proferidas em cada processo, somadas, formam jurisprudência que será observada não só pelos juízes, mas pela própria população, argumento esse que ganha força com a inclusão das súmulas vinculantes no nosso sistema processual.” (*Ônus...*, p. 65).

Não se vê, contudo, essa função ser exercida de forma eficiente por nossos tribunais. Carmona, nesse sentido, aponta que o STJ “cria tantos entraves para a apreciação dos recursos especiais que o recurso que objetiva a uniformização da interpretação da lei federal mais parece uma miragem, tornando pouco eficaz a promessa constitucional de tornar aquela corte de superposição um fator eficaz de interpretação harmônica do direito federal”. (Apresentação à obra de Eduardo Parente. *Jurisprudência...*, ix).

²⁹⁰ Como leciona Robert Alexy, “as razões básicas para seguir os precedentes é o princípio da universalidade, a exigência de que tratemos casos iguais de modo semelhante, o que está por trás da justiça como qualidade formal”. (*Teoria da argumentação...*, p. 259).

definitiva para o problema pode ser concedida, apenas, pelas cortes de justiça, em especial, pelos tribunais de sobreposição.²⁹¹

Nesse ponto, assume grande relevância o poder persuasivo e a força vinculante dos precedentes.

O primeiro aspecto mencionado se estabelece a partir de um desenvolvimento cultural. Os precedentes não exercem, via de regra, força vinculativa em nosso sistema, de modo que seu cumprimento deve ser fomentado como um costume jurisprudencial.²⁹² Quando originados de órgãos de sobreposição e derivados de extensos debates sobre o tema, eles passam a atingir acentuado grau de legitimidade, assim como aponta José Rogério Cruz e Tucci: “desde que exista uma estrutura burocrática de sobreposição de tribunais, é natural que o precedente de tribunal superior exerça um grau de influência maior no âmbito das cortes e juízos inferiores”.²⁹³ Essas circunstâncias, por si só, concedem elementos seguros para justificar o acatamento, por parte de juízes e de tribunais inferiores, de tais posicionamentos, independentemente de suas convicções individuais. Existe, assim, uma necessidade inquestionável de se valorizar os precedentes.

Em determinados países, dita força persuasiva atinge enorme relevância. Na França²⁹⁴ e na Alemanha,²⁹⁵ a despeito de inexistir previsão legal de vinculação a

²⁹¹ Para José Saraiva, “a aceitação da possibilidade de múltiplas interpretações da norma evidencia ser imprevisível e indeterminado qual delas será adotada como consequência do processo interpretativo. Assim, quando for cabível mais de uma interpretação, somente uma deverá vigorar e dar vida à norma (eficácia), cabendo, justamente, ao juiz – intérprete oficial – definir qual das interpretações possíveis corresponde ao seu conteúdo”. (*Recurso especial e o STJ*, p. 15).

²⁹² Segundo José Rogério Cruz e Tucci, “para os regimes regrados pelo direito codificado, nos quais as decisões judiciais não possuem autoridade vinculante, a técnica de invocar precedentes, se bem utilizada, aumenta em muito a previsibilidade da decisão e, portanto, a segurança jurídica. Opera, outrossim, como importante fator a favorecer a uniformização da jurisprudência. Essa função nomofilática atende também ao interesse público da unidade da jurisprudência. Atenta-se, ainda, para o fato de que a eficiência da justiça e a constância da jurisprudência em relação a determinadas questões de natureza empresarial trazem significativos reflexos no contexto econômico. Realmente, ao assegurar certa estabilidade, a observância do *precedente*, em análogo caso posterior, contribui a um só tempo para a certeza jurídica e para a proteção a credibilidade na tomada de decisão judicial”. (*Precedente...*, p.17). No mesmo sentido, cf. Robert Alexy, *Teoria da argumentação...*, p. 260.

²⁹³ *Precedente como fonte do direito*, 2004. p. 305. Eduardo Parente, no mesmo sentido, assevera, ainda em relação aos tribunais de sobreposição, que, “como consequência da estrutura constitucional piramidal que determina a interpretação do direito por eles, é no mínimo coerente que seu produto seja potencializado em relação aos demais”. Concluindo, assim, que “suas decisões devem dar as instruções a serem seguidas, até porque, a rigor, é de todo esperado que os magistrados que chegam aos Tribunais Superiores tenham mais experiência e condições pessoais (notável saber jurídico – CF, arts. 101, caput, e 104, parágrafo único) para fazer as escolhas que devem prevalecer. Nesse cenário, insere-se o direito sumular, representante dessa jurisprudência superior em seu ponto ótimo”. (*Jurisprudência...*, p. 5).

²⁹⁴ Cf. Calamandrei, “La Cassazione Civile”, *Opere Giuridiche*, 1976, pp. 539-540.

²⁹⁵ Cf. Cruz e Tucci, *Precedente...*, p. 228.

precedentes, dito elemento cultural se desenvolveu de tal forma que as decisões dos tribunais superiores, na prática, figuram como se vinculassem.²⁹⁶

A segunda peculiaridade (poder vinculativo das decisões), por sua vez, é estabelecida mediante técnicas legais cogentes, como a súmula vinculante ou a súmula impeditiva de recursos, que ganhou maior relevância em função das recentes alterações do CPC e da Constituição da República. Nesses casos, o cumprimento dos precedentes não figura como produto de um costume jurisprudencial, mas, na verdade, dá-se por imposição da lei, que eleva determinados julgados à condição de norma imperativa, a respeito da qual os tribunais e juízes de primeiro grau não podem se omitir em observar.

Todos esses instrumentos, agora propiciados mais efusivamente pelo direito positivo, podem figurar como relevantes mecanismos no combate às incertezas (crises de interpretação) surgidas em relação ao direito processual.²⁹⁷ Resta, portanto, clara a necessidade de fomentar sua utilização.

²⁹⁶ Cf. Eduardo de Albuquerque Parente, *Jurisprudência...*, pp. 12-13.

²⁹⁷ Cf. Osly Ferreira Neto e Petruska Freitas, “Súmula Vinculante...”, *Revista Dialética de Direito Processual* 70, p. 90.

*Capítulo V****INCERTEZA E******TÉCNICA PROCESSUAL******51. Técnica processual e incerteza***

A função do formalismo processual, como já destacamos, está diretamente relacionada com a segurança jurídica. As formas existem para permitir que os litigantes identifiquem, com precisão, *como*, *quando* e *onde* devem agir.

Com efeito, existindo um formalismo claro e previsível, o ordenamento jurídico autoriza a invalidação dos atos processuais irregulares, é dizer, realizados em conflito com esse modelo previamente estabelecido.

A certeza e a previsibilidade, nessa medida, são os elementos que legitimam a invalidação de atos processuais irregulares, encorajando o cumprimento das formas legais (Cf. *Capítulo III*).²⁹⁸ Não haveria, pois, qualquer sentido na imposição de formalidades se nenhuma consequência relevante fosse atribuída ao seu descumprimento.

Nas zonas de incerteza, porém, esta lógica se subverte. As crises de certeza, como vimos, tornam impossível a identificação, por parte dos litigantes e com um razoável grau de segurança, da correta forma de agir, tornando, assim, completamente descabido o sancionamento da parte que optar por um caminho possível, em detrimento de outro. Não há motivo para invalidarmos um ato processual, pautado pelo juiz como irregular, se a parte agiu de forma razoável ao interpretar a lei ou seguiu posição ou corrente jurisprudencial ou doutrinária relevante.

²⁹⁸ Para Calmon de Passos, “formal e substancialmente, os sujeitos, no processo, estão obrigados à rigorosa adequação de seus comportamentos e de seus pronunciamentos aos modelos, aos tipos prefixados na lei. O desatendimento de tais prescrições legitima a aplicação de sanções como tal se entendendo todo meio utilizado para garantir a observância de uma disposição de lei” (*Esboço de uma teoria...*, 2005, pp. 105-106).

Assim, nas zonas de incerteza, quando ausente esta segurança jurídica, torna-se ilegítima a invalidação dos atos das partes.²⁹⁹ Tal medida significaria exigir comportamento que, ao tempo de sua realização, não poderia ter sido identificado como exigível pelos litigantes, impondo-lhes o ônus de adivinhar o entendimento pessoal do julgador e, posteriormente, das instâncias recursais.³⁰⁰ Esta posição seria incompatível com as premissas indicadas no presente trabalho, pelas quais o processo deve figurar como instrumento do direito material, se eximindo de impor armadilhas às partes (cf. *Capítulo I*).

Considerando, portanto, que incertezas são inevitáveis (cf. *Capítulo IV*), é preciso estabelecer se existem mecanismos – dentro da própria técnica processual – que permitam o adequado tratamento destas questões.

A lei processual ordinária, ao contrário do que fez com as irregularidades formais (CPC, art. 154 e 249, § 2º), não estabeleceu uma *sobre-regra* processual que cuide da incerteza. O mais próximo que já se chegou disso foi o art. 810 do CPC de 1939 que previa a hipótese de “fungibilidade recursal”.³⁰¹ Mas hoje texto similar não existe, exigindo do intérprete um raciocínio mais apurado.

Para tratarmos destas questões, partiremos de uma interpretação da técnica hoje vigente, à luz do princípio do devido processo legal, do princípio do contraditório, do dever de cooperação e da boa-fé objetiva. As conclusões serão, depois, confirmadas com posicionamentos já adotados pela jurisprudência, sempre com a finalidade de aproximarmos este trabalho da realidade dos foros.

52. Segurança jurídica: sistema de vedação de surpresas ao jurisdicionado

A exigência de previsibilidade na ordem jurídica tem origens constitucionais. De uma forma geral, os cidadãos não podem ser surpreendidos pelo Estado, seja por normas que afetem a coisa julgada, o direito adquirido ou o ato jurídico perfeito (CF, art. 5º,

²⁹⁹ Cf. Tereza Arruda Alvim Wambier, “Fungibilidade de ‘meios’: uma outra dimensão do princípio da fungibilidade”, *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis...*, vol. 4., pp. 1090/1091.

³⁰⁰ O estudo das circunstâncias pessoais do julgador é a perspectiva de estudos do realismo jurídico. Nesse sentido, cf. Richard A. Posner, “Judicial Behavior...”, *Florida State University Law Review*, vol. 32, p. 1.259 e ss.

³⁰¹ Previa o art. 810 do CPC de 1939: “Salvo a hipótese de má-fé ou erro grosseiro, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro, devendo os autos ser enviados à Câmara, ou turma, a que competir o julgamento”.

XXXVI); por leis penais ou administrativas com efeitos retroativos (CF, art. 5º, XXXIX); por juízes ou tribunais criados para julgar fatos passados (CF, art. 5º, XXXVII); ou, ainda, por tributos – retroativos ou imediatos (CF, art. 150, III, “a”, “b” e “c”) – que surpreendam ou embarquem a atividade econômica.

Nesse sentido, o direito penal tem como um de seus pilares a legalidade (CP, art. 1º), pelo qual apenas a lei é capaz de descrever condutas criminosas. Não haveria segurança ou liberdade se os juízes pudessem punir condutas não incriminadas, com exatidão, pelo legislador.³⁰² Na mesma linha, o direito administrativo adota a legalidade como princípio fundamental (CF, art. 37), limitando a atuação da administração pública aos casos autorizados pela lei. Instaurar-se-ia situação de profunda insegurança e incerteza se a Administração Pública pudesse, por simples ato discricionário, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações ou penalidades aos administrados.³⁰³

A Lei nº 9.784/99, nesse sentido, que regula o processo administrativo federal, elenca, como princípio fundamental da atividade administrativa, a segurança jurídica e a boa-fé (art. 2º), vedando expressamente “a aplicação retroativa de nova interpretação” que venha a ser dada, a determinado texto jurídico, pela Administração Pública (art. 2º, XIII). Vedação essa que já tinha sido adotada pelo Código Tributário Nacional (art. 146).³⁰⁴ O direito tributário, do mesmo modo, apresenta grande preocupação com a segurança jurídica e com a previsibilidade. Entre outros, os princípios da legalidade, da anterioridade,³⁰⁵ da tipicidade tributária, da interpretação estrita, da igualdade, da irretroatividade, da confiança

³⁰² Cf. Damásio de Jesus, *Direito Penal...*, 1º vol., 21ª ed., p. 60; e Cezar Roberto Bitencourt, *Manual de Direito Penal...*, vol. 1, 6ª ed., p. 10.

³⁰³ Cf. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, 15ª ed., p. 68; e Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo...*, 22ª ed., p. 85.

³⁰⁴ A limitação não se refere apenas ao direito administrativo e tributário. Leciona Antônio Junqueira de Azevedo, em vista à segurança jurídica e considerando a jurisprudência fonte do direito, que “uma alteração de jurisprudência reiterativa somente pode, por respeito às situações consolidadas, atingir os fatos posteriores à reviravolta (*revirement*) das decisões. Seus efeitos devem ser *ex nunc*”. (“Nulidade parcial de ato normativo...”, *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 24, p. 164).

Em relação ao Processo Civil, podemos citar como exemplo precedente do Superior Tribunal de Justiça, no qual se decidiu a respeito da medida cabível para “destrancar” recurso especial retido pelas instâncias ordinárias (CPC, art. 542, § 3º). O Tribunal, no julgamento da Medida Cautelar nº 2.454, decidiu que o recurso de agravo de instrumento seria o mecanismo adequado para tanto, e não a medida cautelar. Porém, consignou que “para não causar surpresa nem prejuízo genericamente às partes e aos advogados, deve-se admitir, em tese e nos seis primeiros meses do ano de 2000, o manejo de Medida Cautelar para esse fim”. (STJ, 4ª T., Medida Cautelar nº 2.454, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, dju 13.03.2000).

³⁰⁵ Para Roque Carazza, “o princípio da anterioridade é o corolário lógico do princípio da segurança jurídica. Visa evitar surpresas para o contribuinte, com a instituição ou majoração de tributos, no curso do exercício financeiro” (*Curso de direito constitucional tributário*, 19ª ed., p. 174).

da lei fiscal e da boa-fé são tratados pela doutrina como decorrência da imposição constitucional de segurança jurídica nas relações entre indivíduo e Estado.³⁰⁶

Também a valorização da segurança jurídica, aparentemente, foi o mote que justificou a possibilidade de “flexibilização” do efeito retroativo (*ex tunc*) das decisões proferidas no controle concentrado de constitucionalidade (Lei nº 9.868/99), evitando que precedentes judiciais venham a afetar situações jurídicas já consolidadas, surpreendendo aqueles que, à luz da lei (de sua razoável interpretação), acreditavam estar atuando lícitamente.³⁰⁷

A segurança jurídica e a previsibilidade são, portanto, albergadas pelo ordenamento jurídico – em diferentes esferas –, exigindo do Estado um comportamento ético perante seus cidadãos, de modo a evitar que situações jurídicas consolidadas ou legítimas expectativas surgidas no bojo social sejam frustradas por uma atuação abrupta e imprevisível do Poder Público.

53. Previsibilidade e devido processo legal

As idéias tratadas acima, que, de uma forma geral, prezam pela segurança da ordem jurídica e vedam a imposição de surpresas aos jurisdicionados, têm ampla aplicação às normas processuais, sendo um dos predicados do devido processo legal (perspectiva procedimental).³⁰⁸ A Constituição, nesse sentido, submete o procedimento à legalidade

³⁰⁶ Cf. Roque Carrazza, *Curso de direito constitucional tributário*, 19ª ed., p. 385.

³⁰⁷ Nesse sentido, cf. Luís Roberto Barroso, “Em algum lugar do passado...”, *Constituição e Segurança Jurídica...*, 2ª ed., p. 140; e Maria Regina Ferrari, “O Ato Jurídico Perfeito e a Segurança Jurídica no Controle de Constitucionalidade”, *Constituição e Segurança Jurídica*, pp. 241 e ss.

Michelle Freire Cabral, por sua vez, complementa que “a justificativa para o afastamento da eficácia retroativa, *ex tunc*, só deve ser admitida quando o Pretório Excelso demonstrar que a adoção de uma declaração de inconstitucionalidade pura e simples envolveria um sacrifício ainda maior a outro valor constitucional, que entendemos que não se limita a segurança e excepcional interesse social”. (*As Razões de Flexibilização...*, p. 136).

³⁰⁸ O devido processo legal é um princípio base, sobre o qual todos os demais princípios do processo se sustentam. Ele nos remete, em sua moderna concepção, a dois conceitos distintos: (i) devido processo legal processual ou *procedural due process of law*; e (ii) devido processo legal substancial ou *substantive due process of law*. O primeiro conceito representa a idéia clássica, que enfoca o *due process* como conjunto de garantias individuais contra os abusos do Estado (princípio-síntese), sintetizando uma série de garantias processuais, tais como a segurança jurídica, a previsibilidade, o contraditório, a ampla defesa, a publicidade, a isonomia, a fundamentação das decisões judiciais, a vedação da prova ilícita, o princípio do juiz natural, entre outros. Na sua segunda acepção, o devido processo legal diz respeito, não exatamente ao processo judicial, administrativo ou legislativo, analisado sob o prisma formal, mas ao conteúdo das normas (concretas

(CF, art. 5º, II e art. 22, I), exigindo que suas regras sejam prévia e adequadamente estabelecidas, de modo que o jurisdicionado possa nelas encontrar sua referência, avaliando como deve agir.³⁰⁹ Não só o juiz (órgão julgador) deve ser anterior ao litígio (princípio do juiz natural), como também as regras do jogo devem ser conhecidas de antemão pelos litigantes (princípio da legalidade).³¹⁰⁻³¹¹

Essa exigência de previsibilidade, também, relaciona-se intensamente com o princípio do contraditório.³¹² Com fundamento nesta norma, sabemos que sujeitos potencialmente afetados pelo processo devem ter condições de, previamente, influenciar no seu resultado, expondo suas razões em juízo, sustentando teses, manifestando-se a respeito dos argumentos da parte contrária e participando da produção das provas.³¹³ Uma técnica incerta não permitiria a adequada participação dos litigantes no diálogo processual,

ou abstratas) postas pelo Estado, ao fim destes procedimentos. Cf. Dinamarco, *Instituições...*, 2ª ed., vol. I, p. 243; e André Ramos Tavares, *Curso de direito constitucional...*, 2002, p. 483.

³⁰⁹ Dinamarco, nesse sentido, assevera que a certeza, “nos sistema jurídicos de lei escrita, deriva da própria existência e conhecimento geral da lei: diante dos textos desta (e especialmente da tipificação das condutas na lei penal), cada um pode prever desde logo as conseqüências da própria conduta, com a certeza do que acontecerá a partir das omissões ou comissões que a lei prevê. Mas essa *certeza* inexiste e facilmente se compreende que não passa de razoável previsibilidade”. (*A Instrumentalidade...*, 12ª ed., p. 289). No mesmo sentido, cf. Rosmar Cavalcanti de Alencar, “Segurança Jurídica e Fundamentação Judicial”, *RePro*149, pp. 53-54.

³¹⁰ O formalismo liga-se umbilicalmente ao devido processo legal, na sua função de conceder segurança e previsibilidade ao procedimento. Cf. Comoglio, “Il ‘giusto processo’ civile nella dimensione comparatistica”, *Repro* 108, p. 147; e Luís Roberto Barroso, “Em algum lugar do passado...”, *Constituição e Segurança Jurídica...*, 2ª ed., p. 139.

³¹¹ Leciona Luís Roberto Barroso que a Constituição “demarca o espaço público e o espaço privado, organizando o poder público e definindo direitos fundamentais. Tem a vocação de *permanência* e é dotada de *rigidez*. A lei, por sua vez, opera a despersonalização do poder, conferindo-lhe o batismo da representação popular. Visa, sobretudo, a introduzir previsibilidade nos comportamentos e objetividade na interpretação. De parte disso, cada domínio do Direito tem um conjunto de normas voltadas para a segurança jurídica, muitas com matriz constitucional”. (“Em algum lugar do passado...”, *Constituição e Segurança Jurídica...*, 2ª ed., p. 140). Para evidenciar a relação entre a necessidade de certeza e objetividade no direito e a edição de leis escritas, cf. Antônio Junqueira de Azevedo, “O direito pós-moderno e a codificação”, *Revista da Faculdade de Direito*, vol. 94, 1999, p. 3 e ss.

³¹² Para Barbosa Moreira, “la garantie du contradictoire signifie essentiellement que le demandeur et le defenseur doivent jouir tous les deux de la possibilité effective de participer au déroulement du procès, d’exposer leurs raisons au juge, d’apporter leurs allégations, de présenter leurs observations sur les arguments de l’adversaire et sur les preuves apportées par celui-ci ou ordonnées d’office” (“Le nouveau Code de Procedure Civile vu par un juriste brésilien”, *Temas...*: *Quinta Série*, p. 42).

³¹³ A exigência constitucional não se refere, especificamente, ao exercício do contraditório, mas à oportunidade, concedida ao demandado, para que este responda à demanda. Leciona Tereza Wambier que “habitualmente, liga-se à idéia de contraditório à oportunidade que deve necessariamente ser conferida às partes para que estas peçam, façam alegações e produzam provas ligadas ao direito que afirmam ter. Assim, para que se entenda ter sido respeitado o contraditório num processo, numa visão mais tradicional, basta que às partes tenham sido dadas estas chances ou oportunidades, ainda que não tenham sido utilizadas”. (*Anotações sobre o princípio do contraditório...*, p. 73). No mesmo sentido, cf. Luigi Paolo Comoglio. “Giurisdizione e processo...”, *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1994, pp. 1081-1082; Edoardo F. Ricci, *Princípio do contraditório e questões...*, p. 495; Barbosa Moreira, “Le nouveau Code de Procedure Civile vu par un juriste brésilien”, *Temas...* *Quinta Série*, p. 43; Bedaque, *Efetividade do processo...*, 2006, p. 481 e ss.; e Sidnei Amendoeira Jr., *Poderes do juiz...*, p. 65.

suprimindo-lhes condições agir validamente – demandar, participar do contraditório, provar, recorrer etc. Ela favoreceria preclusões que, normalmente, são associadas a presunções processuais (fatos não impugnados) e a ficções jurídicas (formação da coisa julgada), afastando o processo da realidade.³¹⁴

Assim, verificamos que os princípios do devido processo legal e do contraditório, que vinculam diretamente o processo, exigem previsibilidade na técnica processual, ordenando segurança nas relações entre os litigantes e entre eles e o juiz, bem como viabilizando a participação efetiva destes sujeitos no diálogo processual.

54. Princípio da cooperação

Um primeiro indicativo de como deve o juiz se comportar nas zonas de incerteza reside no princípio da cooperação. Este, para muitos,³¹⁵ decorre exatamente do devido processo legal e do princípio do contraditório e expressa a idéia de que o Estado-juiz deve ter uma atuação comissiva e comprometida com os resultados do processo.³¹⁶

Assim, o magistrado deve se comprometer a não surpreender as partes,³¹⁷ propiciando a publicidade dos atos processuais e, sobretudo, alertando os litigantes quanto às possíveis conseqüências de suas condutas. Cabe-lhe esclarecer as partes quanto às

³¹⁴ Cf. Bedaque, *Poderes Instrutórios...*, pp. 82-83; e Dinamarco, *A Instrumentalidade...*, 12ª ed., p. 329.

³¹⁵ Cf. Edoardo F. Ricci, “Princípio do contraditório e questões...”, *Processo e Constituição*, p. 496 e ss.

³¹⁶ Para Miguel Teixeira de Souza, “o liberalismo clássico, de inspiração burguesa e capitalista, construiu um processo dominado pelas partes e caracterizado pela passividade do juiz; – as várias ideologias não liberais, sejam elas de carácter autoritário ou de orientação democrática ou social, conduziram a um processo submetido ou pelo menos, compartilhado pela atividade do juiz”. (“Aspectos do novo processo civil português”, *Repro* 86, p. 174). Do mesmo modo, em referência ao processo civil estadunidense, Owen Fiss ressalta que “o modelo de solução de controvérsias prevê um papel passivo para o juiz. Ele deve premanecer como um árbitro ou observador entre as duas partes, confiando em todas as iniciativas destas para a apresentação dos fatos, do direito e para a articulação das possíveis medidas judiciais”. O próprio autor, no entanto, não deixa de registrar críticas a essa visão. (*Um novo processo civil*, p. 58). Em relação ao processo civil francês, cf. Croze e Morel, *Procédure civile*, 1988, p. 166 e ss.

³¹⁷ Assim é a lição de Barbosa Moreira, para quem a garantia do contraditório “implique pour le juge l’interdiction de prendre des mesures sans en avertir les parties et d’appuyer ses décisions sur des faits et des résultats de l’instruction au sujet desquels elles n’auraient pu s’exprimer”. (“Le nouveau Code de Procedure Civile vu par un juriste brésilien”, *Temas...: Quinta Série*, p. 42).

Do mesmo modo, analisando a jurisprudência da Corte da Cassação italiana, Giuseppe Tarzia identifica a existência de um poder-dever do juiz e de seus auxiliares de informar as partes a respeito dos poderes processuais a elas conferidos pela lei, e aos prazos e modos para o seu exercício. (“Le instruzione del giudice alle parte...”, *Rivista di Diritto Processuale* 4, 1981, p. 637 e ss).

deficiências de suas alegações, à possibilidade de inversão dos ônus da prova, à necessidade de produção de provas, à necessidade de exibição de documentos, etc. Isso tudo sem o temor de incorrer no prejulgamento da causa.

Sabemos, por exemplo, que a técnica processual acolhe, nitidamente, esses valores quando exige que o demandado seja alertado, no mandado de citação, a respeito das possíveis conseqüências de sua inanição (CPC, art. 343) ou, ainda, quando determina que o juiz alerte às partes a respeito da possível inversão dos ônus da prova (CDC, art. 6º, VIII).³¹⁸ Também para evitar surpresas, o juiz deve se abster ao reconhecimento de questões *ex officio*, sem antes propiciar o contraditório a seu respeito.³¹⁹ Embora não possamos encontrar na jurisprudência pátria visíveis registros de que seja fundamental ao órgão julgador provocar tal manifestação, a doutrina já tem apontado nesse sentido, indicando os benefícios que podem ser trazidos por tal conduta do juiz, especialmente a partir de uma visão mais ampla do princípio do contraditório.³²⁰

Ao fim, a cooperação do juiz também se relaciona intimamente com o formalismo processual.³²¹ O juiz não pode se valer do formalismo como simples meio de “se livrar de processos”, mas deve, sempre que possível, avaliar a situação de direito material, evitando

³¹⁸ Como salienta Sérgio Cruz Arenhart, “este papel, atribuído ao magistrado, de orientar e advertir as partes não constitui novidade em nosso ordenamento jurídico. Com efeito, ele já existe na orientação dos efeitos da revelia – que acompanham a comunicação do réu para se defender – ou na admoestação quanto aos efeitos decorrentes do não-comparecimento para prestar o depoimento da parte (art. 343, §1º, do CPC), ou ainda o aviso judicial sobre possível modificação do regime do ônus da prova (art. 6º, VIII, do CDC)”. (“Reflexões sobre o princípio da demanda”, *Processo e Constituição*, p. 602).

Após discorrer a respeito da relevância do princípio da informação nos ordenamentos processuais da antiga União Soviética, Giuseppe Tarzia, referindo-se à evolução do direito italiano e de outros países europeus ocidentais, aponta que “il dovere di informazione o instruzione del giudice nei confronti delle parti per ciò che concerne i loro diritto e obblighi processuali, e in particolare i poteri che ad essi sperrano e i mezzi per i loro esercizio, acquista nell’ambito de generale movimento verso la <<socializzazione>> del processo civile”. (Tarzia, “Le instruzione del giudice...”, *Rivista di Diritto Processuale* 4, 1981, p. 660).

³¹⁹ A doutrina francesa e alemã defende que a omissão do juiz em provocar as partes para se manifestarem a respeito de determinada questão, antes de conhecê-la de ofício provoca a nulidade da sentença. Na França essa exigência é positivada pelo *Code de Procédure Civile*, em seu art. 16. Essa mesma tese é defendida na Itália, embora ainda não tenha encontrado a mesma consagração que tem naqueles países. Cf. Edoardo F. Ricci, “Princípio do contraditório e questões...”, *Processo e Constituição*, p. 496 e ss.

³²⁰ Além da citada previsão do CPC Português (art. 266º), o CPC Francês, em seu art. 16, impede que o juiz decida de ofício a respeito de questão a qual as partes não tenham previamente se manifestado. Na Itália, Luigi Paolo Comoglio defende essa mesma posição, embora sem se resguardar em texto de lei expresso. cf. Contraddittorio. No Brasil, essa posição é defendida por parte da doutrina. Cf. Dinamarco, *Instituições...*, 2ª ed., vol. 1, p. 224; e Teresa Arruda Alvim Wambier, *Anotações sobre o princípio do contraditório...*, p. 74.

³²¹ Nesse sentido, Eduardo Lamy conclui que “a melhor compreensão da fungibilidade de meios está intimamente relacionada com a adoção de uma postura cooperativa, atual e consciente a respeito das nulidades do processo civil”. (*Princípio da fungibilidade...*, p. 59).

que a técnica figure como um obstáculo.³²² Nesse mister, assume grande relevância o dever de saneamento das irregularidades processuais e a instrumentalidade das formas (CPC, art. 154, 249, 284, 327 e 515 § 4º).³²³

Tudo isso representa a idéia de que o processo é avesso às incertezas e que as partes, para que possam atuar adequadamente – na defesa de seus interesses e na cooperação com os interesses da própria Jurisdição – devem ser munidas de informações claras e precisas. Nessa medida, não pode o juiz ser conivente com armadilhas impostas pela conduta dos adversários (litigância de má-fé), por defeitos do processo (em concreto) ou por defeitos do ordenamento jurídico (incertezas na técnica processual). Um processo justo e equo, quanto aos seus resultados, não pode ser obtido por meio de regras e de juízes traiçoeiros.

55. Boa-fé objetiva e Poder Público

A mesma perspectiva tratada no item precedente, de vedação a um sistema de armadilhas e de surpresas ao jurisdicionado, com fundamento no devido processo legal e no princípio da cooperação, pode ser explicada sob o ponto de vista da boa-fé objetiva e da máxima *venire contra factum proprium nemo conceditur*, dela decorrente, e também aplicável ao Poder Público e às suas relações com o indivíduo.

³²² Miguel Teixeira de Souza, referindo-se ao Código de Processo Civil Português, elenca, em relação ao dever de colaboração do órgão jurisdicional, quatro deveres essenciais: “um é o dever de esclarecimento, isto é, o dever de o tribunal se esclarecer junto das partes quanto às dúvidas que tenha sobre as suas alegações, pedidos ou posições em juízo (cfr. art. 266º, n.2), de molde a evitar que a sua decisão tenha por base a falta de informação e não a verdade apurada; – um outro é o dever de prevenção, ou seja, o dever de o tribunal prevenir as partes sobre eventuais deficiências ou insuficiências de suas alegações ou pedidos (cfr. art. 508.º, n. 1, al. b), (art. 508.º-A, n. 1, al. c), (art. 690.º, n. 4 e 701.º, n.1); – o tribunal tem também o dever de consultar as partes sempre que pretenda conhecer de matéria de facto ou de direito sobre a qual aquelas não tenha tido possibilidade de se pronunciarem (cfr. art. 3.º, n.3) (...); – finalmente, o tribunal tem o dever de auxiliar as partes na remoção das dificuldades ao exercício de seus direitos ou faculdades ou no cumprimento de ônus ou deveres processuais (cfr. art. 266.º, n. 4)”. (“Aspectos do novo processo civil português”, *Repro* 86, p. 174).

³²³ A necessidade de cooperação é acolhida, também, de forma contundente pelo processo arbitral. A Lei de Arbitragem, nesse sentido, exige do árbitro uma postura ativa quanto à identificação de eventuais invalidades no processo ou na convenção de arbitragem, informando as partes e propiciando o saneamento de equívocos (art. 19). Segundo Carmona, “pode o árbitro sentir a necessidade de esclarecer alguns pontos dúbios da convenção de arbitragem: pode ocorrer que o pacto arbitral não seja suficientemente explícito acerca da extensão dos poderes conferidos ao árbitro, pode haver dúvida sobre a escolha da língua a ser empregada, pode não estar clara a disposição que estabelece a sede da arbitragem. A prudência recomenda que o árbitro desde logo procure o consenso das partes para completar disposições da convenção de arbitragem (...), evitando futura alegação de nulidade” (*Arbitragem e processo...*, 2ª ed., p. 241).

A boa-fé objetiva é norma jurídica posta no Código Civil, figurando como (a) regra de interpretação: “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé” (CC, art. 113); (b) limite ao exercício de posições jurídicas: “comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes” (CC, art. 187); e (c) cláusula geral de deveres no campo contratual: “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé” (CC, art. 422).

Esta regra, com efeito, limita o âmbito das posições subjetivas dos variados sujeitos de direito, impondo obrigações acessórias às partes, não previstas textualmente na lei ou no acordo de vontades, no sentido de que estas devem se comportar eticamente, pautando seu comportamento em “padrões usuais” do tempo e do espaço onde inseridas e tornando implícitos, às relações jurídicas, deveres como o de veracidade, lealdade, honradez e colaboração (CC, art. 422).³²⁴

Com efeito, como decorrência deste princípio, e da necessidade de uma conduta ética entre os sujeitos de direito, foi construída a máxima pela qual a ninguém é permitido contrariar legítimas expectativas causadas por conduta anterior, causando dano a outrem que confiou neste comportamento (*venire contra factum proprium*).³²⁵ Para que seja possível a aplicação da teoria, a doutrina aponta a necessidade de termos (a) um fato inicial, capaz de gerar legítimas expectativas nas partes, na “conversação de sentido dessa conduta”; (c) um fato posterior, contraditório em relação ao fato inicial e capaz de quebrar essas expectativa geradas; e, ao fim, (d) um dano, por mínimo que seja, gerado em função desta quebra de confiança.³²⁶

Assim, o mencionado princípio, pela proibição de comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*), cria proteções jurídicas, que vão desde a manutenção do

³²⁴ Cf. Daniel Penteado de Castro, “Breves contribuições acerca da boa-fé objetiva...”, *Direito dos Contratos II*, 2008, p. 102-103.

³²⁵ Cf. Antônio Junqueira de Azevedo, “Nulidade parcial de ato normativo...”, *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 24, p. 168.

³²⁶ Antônio Junqueira de Azevedo ensina que “os pressupostos de aplicação da referida teoria são quatro: a) existência de ato ou atividade que cria em outrem uma expectativa – deve haver entre o ato ou atividade e a expectativa uma vinculação de natureza causal; b) essa causa da expectativa deve ser razoável, ou seja, deve haver uma proporção entre o ato ou a atividade e a expectativa; c) um investimento na expectativa – em geral de carácter econômico, mas não necessariamente desta natureza; e d) um ato ou atividade de sentido contrário à expectativa criada. Havendo frustração da expectativa, configura-se uma violação da boa-fé objetiva. (“Nulidade parcial de ato normativo...”, *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 24, pp. 168-169).

ato inicial (causador da expectativa), com a eliminação do ato posterior contraditório, à imputação de responsabilidade civil contra aquele que optou por trilhar pela contradição, causando prejuízo aos que confiaram na sua linha diretiva inicial.³²⁷

Essa teoria, com efeito, vem sendo aplicada aos atos da administração pública.³²⁸ González Pérez, referindo-se especificamente à aplicação do princípio da boa-fé objetiva ao direito público, aponta como requisitos (a) a presença de um ato da Administração que desperte confiança de licitude e legalidade ou razoabilidade; (b) a presença de “sinais externos” destes atos, os quais seriam aptos a fundar a confiança; (c) o reconhecimento de situações jurídicas individuais por parte da Administração decorrentes de ‘a’ e ‘b’; (d) a presença de uma causa idônea; e (e) cumprimento dos deveres por parte do administrado que invoca a proteção da boa-fé objetiva.³²⁹

Seguindo essa linha, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que “a teoria dos atos próprios impede que a administração pública retorne sobre os próprios passos, prejudicando os terceiros que confiaram na regularidade de seu procedimento”.³³⁰ Outros exemplos podem ser citados. A corte decidiu, mediante a aplicação deste princípio, que o suposto equívoco no título de propriedade, causado pela própria administração, impediria esta de alegar o vício com o escopo de “prejudicar aquele que, de boa-fé, pagou o preço estipulado para fins de aquisição”.³³¹ Noutro caso, também aplicando a boa-fé objetiva aos atos da administração, consignou que “o compromisso público assumido pelo Ministro da Fazenda, através de memorando de entendimento, para a suspensão da execução da execução judicial de dívida bancária de devedor que se apresentasse para acerto de contas, gera no mutuário a justa expectativa de que essa suspensão ocorrerá, preenchida a condição”.³³²

³²⁷ Essa é a posição de Rodrigo Reis Mazzei que, ao comentar o julgamento, pelo STJ, dos recursos especiais n.º 47015/SP e REsp 141879/SP, a seguir citados, ensina que “a teoria dos atos próprios, através da proibição de comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*), cria proteções jurídicas ao lesado que vão desde a manutenção do ato inicial (causador da expectativa), com a eliminação do ato posterior contraditório (...), assim como na imputação de responsabilização civil contra aquele que optou por trilhar pela contradição, causando prejuízo a aqueles que confiaram na sua linha diretiva inicial”. (texto inédito).

³²⁸ Nesse sentido, Antônio Junqueira de Azevedo, referindo-se à exposição de motivos do novo Código Civil, leciona que o princípio da boa-fé objetiva não é exclusivo do direito privado, sendo ele parte da Teoria Geral do Direito e, por isso, aplicando-se também ao direito público. (“Nulidade parcial de ato normativo...”, *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 24, p. 167).

³²⁹ *El principio general de la buena fé en el Derecho Administrativo*, 3ª ed., pp. 55-60.

³³⁰ STJ, 4ª T., REsp 141879/SP, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, j. 17/03/1998.

³³¹ STJ, 2ª T., REsp 47015/SP, Rel. Ministro Adhemar Maciel, j. 16/10/1997.

³³² STJ, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n.º 6183/MG, j. 14.10.1995.

Em suma, verificamos que, assim como as partes contratantes, sob a égide do direito privado, o Estado, nas suas diversas relações com os indivíduos, gera variadas expectativas legítimas. Estas expectativas, com fundamento no princípio da boa-fé objetiva, impõem à Administração Pública deveres anexos de conduta, exigindo um comportamento ético e vedando a realização de atos que contrariem as expectativas criadas por suas condutas anteriores.

56. Boa-fé objetiva e função jurisdicional

Uma vez demonstrada a extensão do princípio da boa-fé objetiva, bem como sua aplicabilidade ao Poder Público, resta identificar seu relacionamento com a função jurisdicional, bem como as consequências mais relevantes desta constatação.³³³

Vimos nos itens precedentes que, em variados momentos, o Estado, representado no processo pelo juiz, toma posições em relação à técnica processual, declarando, não apenas o direito material aplicável ao caso, mas também a correta forma de aplicação das regras do processo. Às partes não cabe questionar o conteúdo dos atos judiciais, devendo crer na sua validade e eficácia, ainda que com a finalidade de, depois, impugná-los (CPC, art. 158).

Em diversos momentos, o juiz interpreta o direito processual e faz opções técnicas: (a) opta por seguir determinados procedimentos que julgar adequados ao caso; (b) permite a manifestação das partes a respeito de diferentes atos processuais; (c) defere ou indefere a produção de provas; (d) julga parcial ou integralmente o pedido do autor; (e) reconhece a ilegitimidade de uma das partes; (f) opta, de acordo com sua convicção a respeito do direito, por proferir uma decisão interlocutória ou uma sentença, entre outros casos. Todas essas medidas criam legítimas expectativas para as partes.

Vejamos exemplos.

³³³ Esse mesmo raciocínio, com efeito, aplica-se aos atos administrativos emitidos pelo Poder Judiciário. Ao regular questões relativas às custas e à forma de seu recolhimento, à forma de publicação dos atos judiciais, aos horários e dias de funcionamento dos fóruns, dos cartórios e aos variados serviços forenses, entre outros, o Judiciário também gera legítimas expectativas em relação aos litigantes. Os casos mais comuns serão tratados, pormenorizadamente a seguir, quando avaliarmos as hipóteses que a jurisprudência considera justa causa, para a devolução do prazo processual.

Quando o juiz julga desnecessária a intimação do recorrido para responder ao recurso, cria ele legítimas expectativas de que o recurso deverá ser desprovido, na medida em que, por força do contraditório, a parte não poderia receber decisão judicial desfavorável, se antes não tivesse efetiva oportunidade de influir em seu conteúdo (cf. *item supra*). Noutro caso, quando indefere a produção de provas, o juiz cria expectativas de que não usará, no futuro, os chamados “ônus da prova” como regra de julgamento. Se o fizesse, estaria surpreendendo as partes e contrariando sua conduta anterior, pela qual passou a idéia de que o julgamento do pedido não exigiria investigação probatória adicional (CPC, art. 330, I).

Do mesmo modo, e com conseqüências mais relevantes para o tema deste trabalho, quando nomeia seu ato de “decisão interlocutória”, o juiz cria expectativas, no sentido de que o recurso cabível será o de agravo, ou, ainda, quando nomeia seu ato de “sentença”, cria expectativas de que, contra tal decisão, a parte deverá interpor recurso de apelação. Nesses casos, a opção tomada pelo juiz, ainda que possa vir a ser pautada como incorreta, passa a ser a referência concreta para as partes, quanto à adequada aplicação do direito processual.

Assim, o Estado-juiz cria legítimas expectativas em relação às partes, principalmente no que diz respeito ao meio processual a ser utilizado com o fim de impugnar tal decisão. Com efeito, pelo princípio da boa-fé objetiva, e considerando que a parte pode escolher o recurso equivocado, influenciada pelo erro do Estado-juiz, será vedado a este mesmo Estado-juiz proclamar, no futuro, a inadmissibilidade do ato da parte.

Este caso exemplifica bem a teoria, mas a aplicação da boa-fé objetiva no processo não se limita aos casos de erros do juiz. Também outros atos do Estado têm a condição criar expectativas legítimas nas partes, no curso do processo, tal como quando instruções normativas ou circulares do Poder Judiciário são editadas com equívocos, quando intimações são publicadas com erros materiais ou quando informações são prestadas erroneamente, por qualquer agente estatal. Em todos esses casos será vedado ao Estado-juiz ignorar a influência desta sua conduta anterior no eventual e futuro equívoco da parte.

Portanto, a boa-fé objetiva, quando aplicada à atividade jurisdicional, pode ser compreendida como um princípio análogo ao da cooperação, exigindo do Poder Judicial, não apenas a realização de atos “formalmente regulares”, mas também a adoção de medidas que, do ponto de vista do “homem médio”, seriam razoáveis de se exigir do Estado. A idéia é não distinguir entre as hipóteses de aplicação do princípio da cooperação

e as hipóteses de boa-fé objetiva no processo, pelo contrário, pretendemos demonstrar que ambas essas diretrizes, de distintas fontes normativas, apontam no mesmo sentido e, igualmente, vinculam a conduta do juiz, exigindo-lhe privilégio ao direito material, sem surpresas e sem armadilhas processuais para os litigantes.

57. Incertezas no processo e incertezas no direito material: opção por um caminho

Até o momento, vimos que o sistema jurídico, no âmbito constitucional e no âmbito infra-constitucional, é avesso às incertezas e que as normas processuais são instituídas, exatamente, para dar ordem e previsibilidade ao sistema. Vimos, ainda, que, a despeito disso, há várias hipóteses de incerteza na técnica. Nesses casos, por aplicação de variados princípios do processo, sabemos que a declaração de invalidade/ineficácia do ato da parte será ilegítima.

Mas como deverá, então, agir o juiz nas zonas de incerteza. Deverá ele se eximir de dar uma solução à crise processual adotando como adequadas as escolhas feitas pelas partes? Deverá ele se eximir de emitir um juízo sobre a controvérsia, de modo a evitar a declaração de invalidade do ato da parte?

A resposta é negativa.

Sabemos que nos Estados Democráticos de Direito (cf. *Capítulo I*), o juiz tem o dever de prestar a tutela jurisdicional, processando e decidindo as demandas propostas na sua esfera de competência. A ele não é lícito se abster de julgar a causa, sob o pretexto de existirem incertezas, lacunas ou contradições na lei, ou, ainda, de serem incertos os fatos adjacentes ao litígio.

Quando surgem crises, a respeito da compreensão do direito material, o ordenamento prevê *sobrenormas jurídicas*, desenhadas especificamente para o tratamento destas questões.³³⁴ Conforme leciona Carlos Maximiliano, “as normas positivas, direta ou inteligentemente interpretadas, o Direito subsidiário e os princípios gerais da ciência de que o magistrado é órgão e aplicador, fornecem os elementos para aquilatar a procedência

³³⁴ A respeito do distinto tratamento das chamadas lacunas do direito, nos sistemas de *Civil Law* e *Common Law*, cf. Pierluigi Chiassoni, “A Tale from Two Traditions”, *Annali e Diritto*, 2006, p. 52 e ss.

ou a improcedência do pedido”.³³⁵ Nesse sentido, a Lei de Introdução ao Código Civil especifica, em seu art. 2º, a forma de solução dos chamados “conflitos da lei no tempo”, dá critérios para suprir as chamadas “omissões legislativas”, em seu art. 4º, e concede diretrizes interpretativas no art. 5º. As incertezas na interpretação dos textos legais, portanto, devem ser solucionadas com base nesses critérios.

Isso importa dizer que, havendo incertezas no direito, deve o juiz tomar uma posição sobre o caso, aplicando, concretamente, a norma abstrata, cujo conteúdo deverá ser interpretado e definido com base nas diretrizes acima expostas. A função jurisdicional seria simplesmente incompatível com solução diversa, pois se optasse o juiz por declarar admissíveis todas as soluções postas em conflito (ainda que fossem todas elas razoáveis), deixaria ele de pacificar o litígio, deixando de cumprir sua função constitucional.

O mesmo raciocínio, com efeito, se aplica às normas processuais. Existindo divergências ou incertezas quanto à aplicação das regras do processo, deverá o juiz se valer das citadas normas de *sobredireito* e buscar uma interpretação adequada, pondo fim, ao menos no caso concreto, à incerteza que pairar sobre a técnica processual.³³⁶

Nesses casos, não poderia o juiz aceitar qualquer um dos caminhos postos em dúvida, seguindo a opção técnica feita pelas partes. A omissão em decidir a crise acabaria por perpetuar as incertezas, impedindo a formação de precedentes e, conseqüentemente, a construção de jurisprudência sobre o caso, fator que, como visto no Capítulo IV, é de extrema relevância para a extinção definitiva da crise processual (crise de interpretação). Além disso, há casos em que, permitir que a parte escolha o mecanismo a ser utilizado, nas zonas de incerteza, poderia gerar grandes dificuldades práticas.

Vejamos, exemplificativamente, a incerteza que ainda paira sobre a recorribilidade das decisões fundadas nos arts. 267 ou 269 do CPC que não têm o condão de pôr fim ao processo. À luz do art. 162 do CPC, tais atos poderiam ser classificados como “sentença”, porém, aceitar o recurso de apelação, na sua forma tradicional, contra essas decisões, seria prestar um grande desserviço à efetividade do processo, permitindo a suspensão do processo (CPC, art. 522) – em relação aos demais pedidos ou litigantes – enquanto a causa seria levada ao Tribunal. Nesse caso, tolerar que a parte opte pelo recurso de apelação (na

³³⁵ Carlos Maximiliano, *Hermenêutica...*, 1965, p. 63.

³³⁶ Nesse sentido, cf. Custódio da Piedade Ubaldino Miranda, “A certeza e a segurança como valores fundamentais...”, *Revista da Faculdade de Direito* vol. 94, 1999, p. 354.

forma tradicional, e não apelação por instrumento), significaria gerar relevante atraso no curso no processo, circunstância que deve ser evitada pelo juiz, tanto na aplicação quanto na interpretação das normas processuais (CF, art. 5º, LXXVIII).³³⁷

Por isso, acreditamos que, nas situações de incerteza, o juiz deve declarar o caminho que julgar mais adequado, em conformidade com os princípios gerais do direito, pondo fim à crise processual. Mas, admitindo que o juiz deverá solucionar a crise processual, emitindo sua opinião a respeito da controvérsia, perguntamos: como será, então, possível evitar que a conclusão adotada pelo juiz gere a invalidade do ato processual? Disso trataremos nos itens seguintes.

58. Incerteza e flexibilidade dos meios processuais

A flexibilidade dos meios processuais, como visto (cf. *Capítulo III*), pode servir como uma resposta inicial para o problema da incerteza na técnica. Muitas situações nas quais há divergência, quanto ao ato processual adequado, podem ser solucionadas com a conversão de meios processuais (instrumentalidade das formas ou ordem de saneamento das irregularidades processuais).

Vimos, neste trabalho, a possibilidade de recebimento de uma técnica processual por outra, havendo ou não incerteza. Foram, assim, analisadas as chamadas hipóteses legais de conversão (fungibilidade entre possessórias, fungibilidade entre cautelar e tutela antecipada e fungibilidade entre medidas cautelares), e, também, as hipóteses desenvolvidas pela doutrina e jurisprudência, das quais tratamos, exemplificativamente, dos casos de recebimento embargos à execução como embargos de terceiro, de recebimento de impugnação como embargos, e vice versa, e do recebimento de ação possessória como ação ordinária.

Assim, concluímos que, nos casos de demandas, iniciais ou ulteriores,³³⁸ ou de variados atos postulatórios dentro do processo, a instrumentalidade das formas e o dever de

³³⁷ Cf. Bruno Silveira de Oliveira, “Um novo conceito de sentença?”, *Repro* 149, p. 120.

³³⁸ Para Dinamarco, “também depois de formado o processo, em algumas hipóteses outras demandas podem sobrevir, portadoras de pretensões diferentes da inicial, mas igualmente destinadas a obter uma tutela (*demandas ulteriores: supra*, n. 329 e *infra*, n. 478). Isso acontece (a) quando uma das partes propõe *ação declaratória incidental*, pedindo que seja declarada para todos os efeitos a existência ou inexistência da

saneamento, a despeito de não pressuporem situações de incerteza (dúvidas objetivas), podem servir para minimizar as consequências nefastas destas situações

Assim, (a) o juiz interpretará os fatos e o direito e, no caso concreto, colocará fim à incerteza, ditando a norma aplicável ao caso; depois, (b) não tendo a parte se utilizado do mecanismo entendido como correto pelo julgador, este verificará a possibilidade de aplicação da instrumentalidade das formas; e, por fim, (c) não sendo possível a aplicação da instrumentalidade das formas, o juiz, reconhecendo a situação de incerteza, intimará a parte para que emende seu ato, cumprindo os requisitos do ato entendido como correto.

Não havendo preclusão temporal para emenda do ato (CPC, arts. 284, 327 e 515, § 4º), será plenamente viável conceder à parte prazo para cumprir os requisitos do mecanismo entendido como correto, pelo juiz da causa.³³⁹ O problema, efetivamente, ocorre quando a incerteza na técnica processual se relaciona com requisitos de *tempo* (preclusão temporal). Seja o *tempo* requisito do próprio ato (como no caso da ação rescisória e dos recursos) ou requisito que, no caso concreto, impeça a retificação do ato (como no caso dos recursos e das demandas após a citação ou o saneamento do feito).

Sabemos que, a rigor, o recurso não pode ser retificado após o prazo recursal e que a petição inicial não pode ser aditada após a citação (salvo se houver concordância do réu). Por isso, a incerteza, quando vinculada à preclusão temporal, necessita de mecanismo capaz de “flexibilizar a intempestividade”. Nesses casos, as supramencionadas técnicas (instrumentalidade das formas e dever de saneamento de irregularidades) serão insuficientes para lidar com o problema, justificando a busca de outra solução.

relação jurídica fundamental que serve de apoio à pretensão já posta no processo, ou à defesa do réu (arts. 5º e 325: *infra*, nn. 910 e 1.105 ss.); b) quando o réu *reconvém*, pedindo para si uma providência judicial em face do autor (condenação a pagar *etc.*: arts. 315 ss. – *infra*, nn. 1.091 ss.); c) quando o réu *denuncia a lide*, pedindo a condenação do terceiro que ele afirma ter a obrigação de indenizá-lo em caso de sofrer prejuízo pelo resultado do processo (arts. 70 ss.: *infra*, nn. 601 ss.); d) quando ele propõe o *chamamento ao processo* para que o devedor solidário seja responsabilizado e depois possa ser executado (arts. 77 ss.: *infra*, n. 608 ss.); e) quando um terceiro comparece ao processo deduzindo *oposição*, com o pedido de que a ele e não ao autor seja concedida a tutela jurisdicional pedida por este (arts. 56 ss.: *infra*, n. 596) *etc.* Na reconvenção, na ação declaratória incidental, nessas modalidades de intervenção de terceiro, bem assim em todos os demais casos em que uma *demanda ulterior* seja admitida pelo direito, ela caracterizará uma nova *pretensão* trazida à apreciação do juiz”. (*Instituições...*, vol. II, 3ª ed., pp. 103-104).

³³⁹ No caso aventado, sequer a prescrição – norma de direito material – operará seus efeitos, tendo em vista que o ato processual, ainda que considerado irregular, terá o condão de interromper o curso do prazo prescricional (CC, art. 202).

59. *Flexibilizando a preclusão temporal*

Vimos no Capítulo II que os prazos processuais (de natureza peremptória), acaso desrespeitados, levarão necessariamente à preclusão temporal. O requisito *tempo*, na verdade, sequer poderia ser flexibilizado pela regra da instrumentalidade das formas, pois, como visto, não há ato intempestivo capaz de atingir seu escopo (ordenação do processo). Assim perguntamos: rejeitada a instrumentalidade das formas, como seria possível afastar a preclusão temporal e declarar válido um ato realizado em zona de incerteza, mas em desconformidade com a posição tomada pelo juiz da causa?

A resposta é: a situação de incerteza, demonstrada no caso concreto, deverá ser tratada como *justa causa*, possibilitando a devolução do prazo processual, nos termos dos arts. 180 e 183, §§ 1º e 2º do CPC.

Ao avaliar a admissibilidade de um ato processual, realizado em zonas de incerteza, deverá, sim, o juiz exigir da parte o cumprimento dos requisitos que entende corretos, mas não poderá declarar, desde logo, a inadmissibilidade do ato, devendo (a) desconsiderar a preclusão, quando a incompatibilidade recair apenas sobre o requisito tempo; ou (b) determinar que a parte emende o ato, cumprido os requisitos declarados como corretos pelo juiz da causa, ainda que depois de transcorrido o prazo legal.

Para justificar essa solução, trataremos do conceito de *justa causa* e da sua relação com a incerteza no processo, de modo a evidenciarmos a possibilidade de “flexibilização da preclusão temporal”, como ora propugnamos.

60. *Conceito, requisitos e hipóteses de justa causa*

A *justa causa* é um conceito jurídico indeterminado³⁴⁰ utilizado para designar situações que a lei processual considera suficientemente relevantes para evitar que a

³⁴⁰ A adoção pelo direito positivo de conceitos jurídicos indeterminados é tratada por José Carlos Puoli como medida de ampliação dos poderes do juiz. Para o professor das arcadas, esta opção representaria o fracasso do pensamento jurídico liberal que acreditava na possibilidade de o juiz ser “a boca da lei”. “Em suma, o legislador, ciente de suas limitações, abdica da função de caracterizar a norma como um tipo integralmente fechado e acaba por deixar parte do trabalho de definição do tipo para a atividade do julgador”. (*Os poderes do juiz...*, 1ª ed., p. 63). No mesmo sentido, cf. Barbosa Moreira, *Temas...*: Segunda Série, p. 65.

preclusão temporal opere seus efeitos (CPC, art. 183, *caput* e §§ 1º e 2º).³⁴¹ Ela, portanto, regula a aplicação de outras regras processuais (que tratam da preclusão temporal) e permite que, em dadas circunstâncias, o ato processual realizado a destempo produza todos os seus efeitos legais.³⁴²

O texto da lei não dá parâmetros objetivos ou elenca hipóteses *numerus clausus* para identificar o fenômeno, limitando-se a afirmar que “reputa-se justa causa o evento imprevisto, alheio à vontade da parte, e que a impediu de praticar o ato por si ou por mandatário” (CPC, art. 183, § 1º).³⁴³

Pela dicção legal, vemos que o primeiro elemento que caracteriza a justa causa é a *imprevisibilidade*. Este critério, como leciona Moniz de Aragão, deve ser “firmado com base na diligência comum de um homem normal”,³⁴⁴ e não deve ser tomado subjetivamente, de modo que devemos avaliar se, no caso concreto, seria razoável que o jurisdicionado não pudesse prever determinado evento, que o impossibilitou de realizar tempestivamente o ato.

A doutrina, nesse sentido, aproxima o conceito de justa causa aos conceitos, provenientes do direito civil, de caso fortuito e de força maior.³⁴⁵ Estes, para serem caracterizados, também exigem a imprevisibilidade; são situações invencíveis, que refugam às forças humanas, ou às forças do devedor em geral, impedindo e impossibilitando o cumprimento da obrigação.³⁴⁶ Assim os define o art. 393, parágrafo

³⁴¹ A amplitude de aplicação da norma é ressaltada por Pontes de Miranda, quando afirma que “qualquer ato ou diligência que tinha prazo, tem a proteção do art. 183, de modo que nenhum ato, havendo justa causa, cuja prova convincente se possa fazer, fica privado da proteção legal do art. 183”. (*Comentários...*, tomo III, 1973, p. 138).

³⁴² Cf. Hélio Tornaghi, *Comentários...*, vol. II, 2ª ed., pp. 71-72.

³⁴³ A dificuldade na definição do termo “justa causa” e da delimitação de sua real extensão é destacada por Ernane Fidélis dos Santos, que, simplesmente, opta por colocar a critério do juiz definição do conceito. (*Manual de direito processual civil*, vol. 1, 5ª ed, p. 244).

³⁴⁴ Para o processualista, “de ‘evento normalmente imprevisível’ fala com exatidão o Código de Processo Civil português (art. 146, 1). (...) Exigir-lhe que preveja o que está acima de sua capacidade normal é imputar-lhe o impossível, fora, portanto, dos desígnios da lei” (*Comentários...*, vol. II, 1ª ed., pp. 100-101).

³⁴⁵ Nesse sentido, Humberto Theodoro Jr. afirma que a justa causa se trataria “de caso fortuito ou motivo de força maior, em termos análogos ao do art. 1.058, parágrafo único, do Código Civil”. (*Curso de direito processual civil*, vol. I., 18ª ed., p. 245). Em sentido contrário, Pontes de Miranda sustenta que “o conceito de justa causa é mais amplo do que o de força maior” (*Comentários...*, tomo III, 1973, p. 136).

Na Alemanha é comum a relação entre hipótese de devolução de prazo (ZPO, §§ 233-238) e caso fortuito/força maior. Cf. Schönke, *Derecho procesal civil*, p. 129; Leo Rosenberg, *Tratado de derecho procesal civil*, 1955, p. 458; e W. Kisch, *Elementos de derecho procesal civil*, 1940, p. 150.

³⁴⁶ Cf. Silvio de Salvo Venosa, *Direito Civil...*, vol. II, 5. ed., p. 356; Maria Helena Diniz, *Curso de Direito Civil Brasileiro...*, vol. II, 18. ed., p. 352; e Sergio Cavalieri Filho, *Programa de responsabilidade civil*, 7ª ed., p. 65.

único, do Código Civil: “o caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”.

A jurisprudência, nessa linha, tem entendido (a) que enfermidades que acometem o advogado ou seus familiares, para configurem justa causa, devem surgir subitamente³⁴⁷ e serem concomitantes ao evento;³⁴⁸ e (b) que greves em setores administrativos de uma das partes, não seriam considerados justa causa, nos termos do art. 183, § 1º, do CPC, por não se tratarem de eventos – suficientemente – imprevisíveis.

O segundo elemento para configuração da justa causa, por sua vez, é a *involuntariedade*. Para ser possível a “flexibilização” do prazo processual, não pode o litigante ter contribuído, com culpa ou dolo, para a ocorrência do evento que tornou impossível a prática do ato processual no tempo adequado.

Nesse sentido, a justa causa deve decorrer de um acontecimento natural, como temporais ou desastres, ou de um fato de terceiro.³⁴⁹ Grande parte dos exemplos de justa causa ocorre exatamente em função de uma atitude do Estado que, por equívocos ou deficiências de atendimento, impede que as partes cumpram adequadamente seus ônus processuais. Leciona Dinamarco que “o art. 180 do Código de Processo Civil fala simplesmente *em obstáculo criado pela parte*, mas entende-se, de um lado, que um sujeito processual não pode beneficiar-se de dificuldades criadas por ele próprio; e, de outro, que também aqueles criados pelo juízo são prejudiciais à inteireza do prazo e portanto dão causa à suspensão deste. São *obstáculos que suspendem os prazos*, portanto, os impedimentos causados pelo adversário, pelo juiz ou por seus auxiliares e, nunca, os que a própria parte haja criado”.³⁵⁰

A jurisprudência, em acréscimo, reconhece como exemplo de justa causa a demora excessiva, ocasionada por fila no protocolo, que impede a parte de realizar seu ato

³⁴⁷ Nesse sentido, decidiu o Col. STJ: “(...) DEVOLUÇÃO DE PRAZO PARA PRÁTICA DE ATO PROCESSUAL. DOENÇA DE CÔNJUGE DO CAUSÍDICO. TRATAMENTO REALIZADO DURANTE 1 ANO. IMPREVISIBILIDADE NÃO CONFIGURADA. (...) 2. Não se pode ter como justa causa a possibilitar a devolução de prazo processual evento previsível, que não inviabilizou a prática do ato. 3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido”. (STJ, 1ª T., REsp 809.415/PR, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, j. 21/03/2006).

³⁴⁸ Cf. STJ, 1ª T., REsp 627.867/MG, Rel. Ministro José Delgado, j. 11/05/2004; e STJ, 1ª T., REsp nº 109116/RS, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, dj. de 23/06/1997.

³⁴⁹ O fato de terceiro, como aqui empregado, tem a mesma conotação a ele dada pelo Direito Civil. Sergio Cavalieri Filho, nesse sentido, leciona que o fato de terceiro “equipara-se ao caso fortuito ou força maior, por ser uma causa estranha à conduta do agente aparente, imprevisível e inevitável”. (*Programa de responsabilidade civil*, 7ª ed., p. 65).

³⁵⁰ *Instituições...*, vol. II, 3ª ed., p. 575.

tempestivamente.³⁵¹ Há ainda o exemplo no qual, pelo fato de os autos estarem em carga com a parte contrária, um dos litigantes não possa realizar o ato processual regularmente.³⁵² Outro exemplo se refere a problemas no recolhimento do preparo, que podem advir de equívocos ou dificuldades das instituições bancárias³⁵³ ou do próprio Poder Judiciário. Caso emblemático trata das dificuldades sofridas pelo Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul, ao se adequar à nova sistemática do art. 511 do CPC, advinda da reforma processual de 1994, circunstância que impedia as partes de recolherem adequadamente o preparo, nos primeiros dias de vigência da nova lei.³⁵⁴ Ademais, alguns precedentes aludem à hipótese em que, no último dia do prazo, a parte pretende interpor recurso em horário de expediente forense, mas após o fechamento dos bancos, o que a impediria de recolher o preparo tempestivamente. Nesses casos, a jurisprudência, reconhecendo a justa causa, flexibiliza o prazo processual e entende ser possível o recolhimento do preparo no primeiro dia útil subsequente.³⁵⁵

Em certos casos, a confiança que as partes e seus patronos têm na validade e eficácia dos atos do Poder Público também justifica a justa causa para a mitigação da preclusão temporal, aplicando o princípio da boa-fé objetiva ao processo civil (cf. *item supra*). Nesse sentido, o STJ entendeu que “tendo sido a parte induzida a erro decorrente dos termos em que vazada a Ordem de Serviço expedida pela Eg. Presidência da Corte Estadual, o recurso especial por ela interposto é de ser tido como tempestivo”.³⁵⁶ Noutro

³⁵¹ Pedro Dinamarco esclarece que “em realidade, o ônus da parte é apenas chegar à *fila do protocolo* judicial antes de seu horário de fechamento previsto no Código processual ou na lei de organização judiciária. Esgotando-se o prazo para a parte praticar o ato processual em cumprimento a um ônus quando comprovadamente – preferencialmente por meio de certidão do respectivo cartório – seu representante estiver na *fila*, deverá o juiz aceitar como tempestiva a petição protocolada no dia útil seguinte, por força da parte final do art. 183 do Código de Processo Civil (justa causa)”. (*Ônus...*, pp. 84-85).

³⁵² Cf. STJ, 2ª T., REsp 785.266/MG, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, j. 11/04/2006, dj. 29/05/2006, p. 217.

³⁵³ Cf. STJ, 3ª T., REsp 442.474/DF, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, j. 01/10/2002.

³⁵⁴ Nesse sentido, o Col. STJ: “Configuram justa causa obstativa da prática de ato processual consubstanciado no pagamento do preparo de acordo com a forma prevista no art. 511 do CPC, na redação que lhe deu a Lei n. 8.950/94, as dificuldades administrativas encontradas pela Justiça Estadual do Rio Grande do Sul em adaptar-se, nos dias iniciais de vigência das regras modernas, à sistemática por elas implantada, fato esse expressamente reconhecido tanto pelo Juízo singular em despacho fundamentado, como pela própria Corregedoria de Justiça em expediente por ela dirigido às Varas de todo o Estado. II. Aplicação, na espécie, da excepcionalidade prevista no art. 183 da lei adjetiva civil”. (STJ, 4ª T., REsp 130.269/RS, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, j. 17/08/1999).

³⁵⁵ Vejamos: “Verificando-se que a parte interpôs recurso no último dia do prazo forense, oportunidade em que o expediente bancário já se encontrava encerrado, resta afastada a deserção quando restar demonstrado o respectivo recolhimento do preparo no primeiro dia útil subsequente. Aplicação do artigo 183, § 2º do CPC. Inviável, assim, o atrelamento estrito do prazo forense ao expediente bancário”. (STJ, 5ª T., REsp 198.467/RS, Rel. Ministro Gilson Dipp, j. 02/12/1999).

³⁵⁶ Cf. STJ, 4ª T., AgRg no Ag 291.331/RS, Rel. Ministro Barros Monteiro, j. 10/04/2001.

caso, reconheceu a justa causa para a perda de prazo, quando a parte agiu de boa-fé ao acreditar na validade de ato da Corregedoria-Geral de Justiça, que irregularmente dispôs sobre a suspensão dos prazos processuais.³⁵⁷ Decidiu, ainda, que não pode a parte “ser apenas por equivocada certificação de trânsito em julgado promovida pela Secretaria d[.]a Corte de Justiça”, que a levou a realizar ato processual irregular.³⁵⁸

Por fim, o terceiro elemento para a configuração da justa causa é a *causalidade*. O evento apontado como justa causa deve ser fator determinante, que torne impossível a realização do ato processual. Nesse sentido, o STJ já decidiu que, a despeito da imprevisibilidade e da ausência vontade da parte, a justa causa não poderia se verificar, “diante da possibilidade de se realizar o envio do recurso via fac-símile, na forma da Lei 9.800/99”.³⁵⁹ É, também, refutada a justa causa quando o evento imprevisível acomete apenas um dos advogados com poderes constituídos para atuar na causa, circunstância que não impossibilitaria a atuação de outro patrono devidamente constituído.³⁶⁰

Assim, vemos que a justa causa, para ser configurada, depende do preenchimento dos critérios de (a) imprevisibilidade; (b) involuntariedade; e (c) causalidade. Para que seja possível flexibilizar o prazo processual, deve a parte demonstrar que foi impedida de realizar o ato tempestivamente, em função de evento imprevisível, alheio à sua vontade e que tornou impossível a realização do ato no prazo legal.

61. Justa causa e fato de terceiro: a incerteza

Como visto acima, uma das hipóteses mais comuns de justa causa decorre de fatos de terceiro, de natureza imprevisível e que tornam impossível a realização do ato processual, dentro do prazo previsto em lei. Esses fatos são, comumente, ocasionados por condutas omissivas ou comissivas do Estado que, de alguma forma, impedem que a parte atue de forma regular dentro do processo.

As hipóteses citadas, que ilustram bem esse fenômeno, ocorrem quando a parte realiza ato intempestivo, em função da (a) má prestação de um serviço estatal (demora na

³⁵⁷ Cf. STJ, 4ª T., REsp 41.497/RJ, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 13/09/1994.

³⁵⁸ Cf. STJ, 1ª T., AgRg no AgRg no REsp 952.976/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, j. 07/10/2008

³⁵⁹ Cf. STJ, 2ª T., AgRg no Ag 466.216/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, j. 17/12/2002.

³⁶⁰ Cf. Vicente Greco Filho, *Direito Processual Civil Brasileiro*, 2ª vol., 13ª ed., p. 22.

fila do protocolo ou ausência de meios de recolhimento do preparo no prazo legal); ou, ainda (b) do fornecimento de informações imprecisas ou equivocadas pelo Estado (*e.g.* invalidade de norma administrativa do Poder Judiciário, que passa informações equivocadas ou que dispõe a respeito de matérias que não poderia dispor).

Nestes casos, a justa causa existe, exatamente, porque, no momento da realização do ato processual, (a) a parte recebeu informações equivocadas, que lhe geraram razoáveis expectativas quando à forma de atuação, influenciando em seu “equivoco” (erro escusável); ou, ainda, porque (b) a parte recebeu, do Estado ou de terceiros, informações imprecisas ou contraditórias, que tornaram inviável a identificação, naquele momento, de apenas uma forma adequada de agir (dúvidas objetivas).

Tais requisitos, como pretendemos sustentar, também estão presentes nas hipóteses de incerteza na técnica processual. Tanto nas crises de adequação, quanto nas crises de interpretação, por uma falha do Estado (Estado-juiz ou legislador, respectivamente), o jurisdicionado é colocado em situação na qual não tem condições razoáveis de avaliar qual técnica deveria utilizar. A incerteza, portanto, é fato externo e alheio à vontade da parte, que a impede de atuar validamente no processo, preenchendo todos os requisitos legais para aplicação do art. 183, §§ 1º e 2º, do CPC:

- Em primeiro lugar, nos casos de incerteza, a parte, quando realizou o ato, não tinha condições de prever o entendimento que o juiz da causa firmaria, ao colocar fim à crise processual (imprevisibilidade);
- Em segundo lugar, a dúvida que atinge a parte é causada sempre por um fato de terceiro (involuntariedade), podendo decorrer (a) de deficiências na redação do texto legal; (b) de divergências na jurisprudência ou na doutrina; ou (b) de um erro do juiz da causa, que nomeou equivocadamente seu ato ou, ainda, se equivocou quanto aos efeitos de sua decisão (falsa carência de ação ou falsa inadmissibilidade recursal).
- Em terceiro lugar, é em decorrência da incerteza que a parte, quando realizou seu ato, não pôde cumprir os requisitos entendidos como corretos pelo juiz (causalidade). Vejamos quadro descritivo.

Critério	Crise de interpretação	Crise de adequação
Imprevisibilidade	A parte não poderia prever a posição que o juiz da causa iria tomar, quando da avaliação da validade de seu ato.	A parte não poderia prever a posição que o juiz da causa iria tomar, quando da avaliação da validade de seu ato.
Involuntariedade	A eventual opção por caminho distinto do entendido como correto pelo juiz decorre de fato de terceiro; seja ele (a) um fato do legislador, que redigiu de forma imprecisa a lei; ou (b) um fato da doutrina ou da jurisprudência, que não mantém uniformidade sobre a interpretação da lei.	A eventual opção por caminho distinto do entendido como correto pelo juiz decorre de fato de terceiro; um erro do juiz, que nomeou erroneamente seu ato ou proclamou de forma irregular a carência de ação ou a inadmissibilidade recursal.
Causalidade	Foi a situação de incerteza que impediu que a parte realizasse seu ato validamente.	Foi a situação de incerteza que impediu que a parte realizasse seu ato validamente.

Assim, observamos que a incerteza na técnica processual deve ser considerada justa causa para a flexibilização da preclusão temporal, permitindo que o juiz admita o ato da parte, ainda que adotando uma posição a ela contrária.

62. Crises de interpretação e justa causa

As crises de interpretação, como visto, decorrem da falta de objetividade do direito positivo. Interpretando a lei, podemos razoavelmente chegar a conclusões distintas, acerca do adequado meio processual a ser utilizado, seja porque há relevantes divergências na

doutrina ou na jurisprudência ou porque o texto legal, recentemente introduzido, é de redação falha, não esclarecendo a forma de atuação dos litigantes no processo.

Essa hipótese, como visto, se amolda ao conceito de justa causa, previsto pelo artigo 183, § 1º, do CPC.

Inicialmente, verificamos que as crises de interpretação geram imprevisibilidade. Nesses casos, a parte, no momento de sua atuação, não teria quaisquer condições de prever o posicionamento que o juiz adotaria em face da imprecisão do texto legal ou das divergências que se colocam sobre o caso.

Em acréscimo, a situação de incerteza não é causada por conduta dolosa ou culposa da parte. Ela, na verdade, decorre de fatos de terceiro, sejam eles causados pelo legislador, impreciso em sua linguagem, ou por tribunais e juristas, que fomentam discussões, divergem e geram razoáveis dúvidas nos litigantes e no juiz, quanto à identificação do meio processual adequado.

Por fim, a crise na técnica processual é causa de sua eventual irregularidade. Se inexistisse qualquer imprecisão ou divergência, a parte diligente teria plenas condições de prever o ato processual adequado, bem como os requisitos de forma que deveriam ser cumpridos, mas a incerteza faz com que a posição tomada pela parte, numa interpretação razoável, possa vir a ser distinta daquela que toma o juiz.

Assim, verificamos que as crises de interpretação perfazem os requisitos legais da justa causa (CPC, art. 183, § 1º), na medida em que (a) decorrem de fatos de terceiros; (b) geram situações de imprevisibilidade; e, em determinados casos, (c) são determinantes para que a posição adotada pela parte seja distinta da adotada pelo juiz, o que dá causa à invalidação do ato processual.

63. Crises de interpretação e justa causa: observações de direito estrangeiro

A idéia de que a incerteza seria justa causa para a devolução do prazo processual é também tratada pelo direito processual de outros países, que se utilizam de raciocínio próximo do acima enunciado para evitar a proclamação da invalidade de atos realizados em zonas de incerteza.

A ordenação processual alemã (ZPO), assim como o CPC brasileiro, prescreve a possibilidade de devolução do prazo processual, quando o descumprimento deste ocorre sem culpa da parte. De acordo com o § 233 da ZPO, “se uma parte for impedida sem sua culpa de cumprir um prazo fatal improrrogável com a fundamentação da apelação, da revisão, da queixa por revisão denegada, da queixa de direito, da queixa de acordo com os §§ 621e, 629a inciso 2, ou o caso do § 234 inciso 1, pode-se-lhe então conceder, por meio de petição da parte, a restituição do processo ao estado anterior”. (*Wiedereinsetzung in den vorigen Stand*).³⁶¹

A doutrina e a jurisprudência daquele país, com efeito, consideram ausente de culpa o advogado que, em situação de “objetiva incerteza doutrinária e jurisprudencial” tenha adotado um remédio sucessivamente revelado equivocado, e que no entretempo tenha expirado o prazo para recorrer, permitindo que, nesses casos, o meio processual tenha sua validade e eficácia mantida.

Na Itália, a despeito de inexistir norma de tal natureza, pensamento similar vem sendo acolhido pela doutrina e pela jurisprudência. Nesse sentido, Celso Balbi, comentando precedentes do Tribunal de Cassação Italiano, leciona que nas zonas de incerteza o dever do onerado de comportar-se diligentemente não pode representar sua obrigação de interpor, por cautela, todos os possíveis recursos. Para o professor, se impunha ao onerado escolher, entre as diversas interpretações, aquela que lhe parecesse ter um mais alto grau de aceitabilidade.³⁶²

Nessa medida, evidenciamos que, também em ordenamentos alienígenas, o atendimento dos mesmos princípios processuais – que aqui pretendemos aplicar – permite a identificação da “crise de interpretação” como evento objetivo (fato de terceiro), capaz de impedir que a parte atue validamente (i.e. em conformidade com o entendimento adotado

³⁶¹ W. Kisch anota que “esta reposición al estado anterior (*Wiedereinsetzung in den vorigen Stand*) es posible (OP. §§ 233-238) cuando la solicita una parte que, a pesar de toda diligencia y cuidado, se ha visto en la imposibilidad de obrar a tiempo a causa de fenómenos naturales o de caso fortuito inevitable (...). El efecto de la reposición es que el acto con posteridad realizado se tiene por ejecutado a tiempo”. (*Elementos de derecho procesal civil*, 1940, p. 150).

³⁶² Ao comentar a sentença da Corte de Cassação Italiana que declarou a inconstitucionalidade do art. 26 da Lei Falimentar, na parte em que prescrevia o cabimento de recurso de reclamação (*reclamo*) contra as decisões do juiz delegado em matéria de distribuição de bens, Celso E. Balbi sustenta que a parte que, sem culpa, se utilizou do mecanismo processual que, naquele momento, razoavelmente, poderia crer ser o adequado, não pode ser prejudicada por uma decisão judicial posterior, que entende o contrário. (“Inconstitucionalità dell’impugnazione...”, *Rivista di Diritto Processuale* 4, 1983, p. 706).

pelo juiz da causa), considerando-a justa causa para a flexibilização da preclusão temporal.³⁶³

64. *Crises de adequação e justa causa*

As crises de adequação, como visto, surgem a partir de incertezas no apontamento, em concreto, de determinado fato processual, de modo que seja possível avaliar sua qualificação jurídica. Seus exemplos se referem aos conhecidos casos de erros do juiz ou de seus auxiliares na identificação/intitulação de atos processuais, ou mesmo nos atos de comunicação (erros em intimações ou citações). Muitas vezes, a parte é levada ao estado de dúvida pelo fato de o órgão jurisdicional ter nomeado equivocadamente o ato ou por ter prestado informações imprecisas às partes.³⁶⁴

A idéia central que ora defendemos é a de que o erro do juiz, ou do Estado, de uma forma geral, não deverá causar prejuízos à parte. Com efeito, tratando dessas situações como hipótese legal de justa causa, permitimos que o juiz desconsidere a preclusão

³⁶³ Hipótese muito similar àquela aqui tratada vem sendo, há décadas, aventada pela jurisprudência brasileira, sob a denominação de fungibilidade recursal. É bem verdade que, como veremos, a forma de aplicação da fungibilidade, bem como seus requisitos, podem variar. No entanto, a idéia é tratar exatamente dessas situações de incerteza, impedindo que a parte que agiu com razoável diligência seja impedida de exercer seus direitos processuais, em função de uma situação de incerteza, a que não deu causa, e de um entendimento adotado pelo juiz, o qual não poderia, razoavelmente, prever. Disso trataremos no capítulo VI.

³⁶⁴ Referindo-se ao Processo do Trabalho Alemão, Giuseppe Tarzia leciona que as decisões recoráveis, nessa matéria, devem contar com informações a respeito do adequado meio de impugnação. Conclui que, nas hipóteses em que são transmitidas informações equivocadas para as partes, o recurso deverá ser admitido, tornando escusável o equívoco: “Il termine per la proposizione dell’impugnazione decorre soltanto quando la parte o il suo rappresentante è stato informato sul mezzo proponibile e sul giudice al quale l’impugnazione deve essere proposta, nonché sul termine e sulla forma dell’impugnazione stessa. Se l’informazione è mancata o è stata erronea la proposizione dell’impugnazione è ammissibile fino al decorso di un anno dopo la notifica della sentenza, salvo che la proposizione prima della scadenza del termine dell’anno sia impossibile per forza maggiore o sia stata data l’informazione che non è proponibile un’impugnazione”. Do mesmo modo, o autor se refere ao *Code de Procédure Civile* Francês, pelo qual a notificação da sentença deve indicar qual dos meios de recurso é cabível. Nessa linha, esclarece que “il minimo errore su questo punto (e cioè sull’indicazione del termine e dei modi dell’impugnazione) comporta la nullità della notifica, se ha recato pregiudizio alla parte che ha ricevuto l’atto”. Tarzia, por fim, indica que a aplicação mais acentuada do princípio se encontra no direito processual da União Soviética e das antigas Repúblicas Federadas, pelo qual o juiz deve advertir as partes a respeito dos efeitos decorrentes de seus comportamentos, prestando-lhes assistência necessária para o exercício de seus direitos. (“Le istruzioni del giudice...”, *Rivista di Diritto Processuale* 4, 1981, pp. 654-656).

temporal e determine que a parte que se equivocou, influenciada por erro do Estado-juiz, retifique, ainda que fora do prazo, seu ato processual.³⁶⁵

Notemos que, nesse caso, estão presentes todos os requisitos do art. 183, § 1º, do CPC. Em primeiro lugar, está presente a *imprevisibilidade*: a incerteza, quanto à qualificação de determinado fato processual, impede que a parte tenha relevantes elementos para predizer qual seria a medida adequada a ser tomada. O entendimento a ser declarado pelo juiz, ao analisar a admissibilidade do ato da parte, seria simplesmente imprevisível no momento da realização do ato. Em segundo lugar, a parte que é colocada nessa situação, não contribui, com sua conduta, para o estado de incerteza (*involuntariedade*). A incerteza, como visto, é provocada por ato deficiente do Estado, ou de seus auxiliares (terceiros), tornando impossível se atribuir à parte qualquer conduta culposa ou dolosa. Por fim, está presente a relação de *causalidade*: é exatamente em função da incerteza, gerada no caso concreto, que a parte pode vir a se equivocar quanto à identificação do ato adequado.

Desse modo, verificamos que, nas crises de adequação, os requisitos legais *imprevisibilidade*, *involuntariedade* e *causalidade* mostram-se, todos eles, preenchidos, tornando, desse modo, juridicamente viável o reconhecimento da justa causa (CPC, art. 184 e ss.), a permitir que, nas crises de adequação, as partes tenham a garantia de atuar validamente dentro do processo, assim como ocorreria se não existissem lacunas ou imprecisões no direito.

65. Crises de adequação e justa causa: observações de direito estrangeiro

As crises de adequação são consideradas, também pela doutrina e jurisprudência estrangeira, como hipóteses de justa causa, permitindo que o juiz desconsidere eventuais invalidades processuais ou autorize a parte a retificar ou repetir seu ato, ainda que intempestivamente.

³⁶⁵ Conforme leciona Paolo Divitiis, tratando exatamente desta questão, à parte não se pode exigir conhecimento jurídico superior ao do juiz que proferiu a sentença, motivo pelo qual não é lícito declarar a invalidade de seu ato, quando seu equívoco se justifica por um equívoco anterior do juiz da causa. (“Sulla teoria del meistbegünstigung...”, *Rivista di Diritto Processuale* 2, 1993, p. 412).

Na França esse mesmo raciocínio já vem sendo aplicado. O art. 680 do CPC francês determina que a notificação da sentença deve indicar de maneira clara o recurso adequado, bem como o prazo interposição. A jurisprudência e doutrina, com efeito, determinam que a indicação errônea, pelo Estado-juiz, quanto ao meio recursal, não faz correr o prazo para interposição do recurso, permitindo que a parte que se equivocou, influenciada pelo erro estatal, interponha novamente seu recurso.³⁶⁶

Assim também é o pensamento na Itália. Giuseppe Tarzia, tratando das hipóteses em que o órgão jurisdicional informa erroneamente a parte a respeito do prazo e do adequado mecanismo de impugnação, fala na possibilidade de a parte cometer um “erro escusável”, pelo qual não poderá ser declarada a invalidade do ato.³⁶⁷ No mesmo sentido, Paolo de Divitiis afirma que a jurisprudência e a doutrina italiana atentam para a necessidade de que o erro do juiz não privar as partes da possibilidade de exercício do seu direito de impugnação.³⁶⁸

A doutrina e a jurisprudência alemã, em alusão a precedentes bastante antigos da Suprema Corte, também cuidam desta hipótese de incerteza na técnica processual, entendendo que, nos casos de erro do juiz, conforme o chamado “princípio do tratamento preferencial”, deverá ser admitido tanto o recurso permitido contra a decisão tomada pelo tribunal (aquele que seria o correto), como o que se oferece contra a decisão processualmente pretendida (aquele erro decorrente do equívoco do juiz).³⁶⁹

³⁶⁶ Cf. Tarzia, “Le instruzione del giudice...”, *Rivista di Diritto Processuale* 4, 1981, pp. 656-657.

³⁶⁷ Para o professor: “Si trattarebbe, cioè, di applicare alla materia del processo civile la soluzione, che la giurisprudenza e la dottrina hanno tratto con riferimento alla violazione, per l’aspetto che ci riguarda, della regola posta nell’art. 1 della legge sui ricorsi amministrativi; di generalizzare, quindi, il rimedio della rimessione in termini per errore scusabile, sancito dalla prassi giudiziaria nel processo amministrativo ed ora nominalmente regolato nell’art. 34, 2° comma della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, istitutiva dei tribunali amministrativi regionali”. (Tarzia, “Le istruzioni del giudice...”, *Rivista di Diritto Processuale* 4, 1981, p. 663).

³⁶⁸ “Sulla teoria del meistbegünstigung...”, *Rivista di Diritto Processuale* 2, 1993, p. 412.

³⁶⁹ Segundo Othmar Jauernig, “é motivo de dificuldades a questão de qual recurso admissível, se o tribunal tomou uma decisão incorreta que não podia tomar por esse modo. Por ex., proferiu um despacho em vez duma sentença ou uma condenação à revelia em vez de contraditória (ou vice-versa). Pelo erro do tribunal não podem as partes sofrer qualquer desvantagem processual, nomeadamente não podem ver dificultado intoleravelmente o acesso ao tribunal de recurso por fundamentos de facto nem pela sua legitimação. Isso infringiria a GG art. 19 IV (vd. BVerfGE 81, 129). Por isso, conforme o chamado princípio do tratamento preferencial, é admissível tanto o recurso permitido contra a decisão tomada pelo tribunal, como o que se oferece contra a decisão processualmente pretendida (BGHZ 98, 364 e seg.: OLG München FamRZ 89, 1204). Não podendo ser impugnada a decisão processualmente pretendida, aplica-se isto ainda à decisão incorretamente proferida (BGH RR 93, 957 com notas)”. (*Direito processual civil*, 2002, p. 371). No mesmo sentido, Ragone e Pradilho: “En materia de procedencia a los medios de impugnación existe el principio de beneficio (Meinstbegünstigungsprinzip) o de recurso indiferente. Así, un recurso es procedente e idóneo si puede ser admitido en relación con determinada resolución, si es clara la naturaleza de esta y del

Assim, vemos que, também nas crises de adequação, a doutrina estrangeira já cuida do problema da validade dos atos da parte, irregularmente realizados por influência de prévio equívoco do Estado-juiz, permitindo que, nesses casos, a preclusão temporal seja ignorada, possibilitando o recebimento do ato, intempestivamente, ou a devolução do prazo, para que o ato seja novamente realizado, cumprindo-se, agora, os requisitos identificados como corretos pelo Tribunal.

correspondiente medio impugnativo (regla general). Pero el recurso será igualmente procedente si por él se pretende impugnar una resolución que aparece con carácter de providencia, pero que en realidad es una sentencia definitiva. Allí, aun cuando el a quo haya errado sobre la naturaleza en tanto resolución judicial del pronunciamiento emitido, la idoneidad formal del recurso no puede perjudicar al recurrente. (*Código Procesal Civil Alemán (ZPO)*..., p. 118). Assim também é a lição de Golsdschmidt: “si se ofrecen dudas acerca de la procedencia de la impugnación y de la clase de recurso, a causa de que el defecto de la resolución a impugnar consiste en que se ha pronunciado una que no debió dictarse (...), hay que resolverlas en el sentido de estimar la admisibilidad del recurso interpuesto (principio del <<mayor favor>>). Es decir que el recurso es admisible tanto si corresponde a la resolución que por él se induce que hubiera deseado el recurrente (teoría subjetiva) como si es el adecuado a la que se ha dictado (teoría objetiva). Esto constituye la teoría del << recurso indiferente>> (Sowohl-als-auch-Theorie)”. (*Derecho procesal civil*, 1936, p. 402). No mesmo sentido, Adolfo Schönke: “A propósito del recurso que debe elegirse, pueden surgir dudas si en la instancia inferior se ha dictado una resolución incorrecta, es decir, una resolución que no corresponde a la forma prescrita por la ley (...). La solución en tales casos es discutida, hasta el punto de que el Tribunal Supremo no sigue una doctrina uniforme. Hay quienes creen que la admisibilidad de la impugnación y la clase del recurso se han de determinar de acuerdo con la voluntad que el Tribunal expresa en la resolución que se impugna (teoría subjetiva); y otros, por el contrario, estiman que debe atenderse al contenido de dicha resolución (teoría objetiva). Creemos nosotros que el punto de partida para resolver el problema debe ser la consideración de que la resolución incorrecta del Tribunal no puede ir en perjuicio de ninguna de las partes, y en tal sentido ninguna de ambas teorías es satisfactoria. Para evitar este perjuicio hay que admitir el recurso que correspondería a la clase de resolución que debía haberse dictado, pero al mismo tiempo también el recurso que conviene a la resolución que debía haberse dictado”. (*Derecho procesal civil*, p. 304).

*Capítulo VI****INCERTEZA E TÉCNICA RECURSAL*****66. A incerteza no âmbito dos recursos**

Demonstrado, nos capítulos pretéritos, o relacionamento entre incerteza e técnica processual, pretendemos, neste capítulo, tratar especificamente das crises de interpretação e das crises de adequação que acometem os recursos, dando especial destaque aos meios, já consagrados pela doutrina e pela jurisprudência, de lidarmos com essas situações.

Antes, porém, de adentrarmos ao tema, temos de propor uma questão: diante de tantas incertezas no ordenamento processual, por qual motivo cuidamos especificamente dos recursos?

A resposta decorre do tratamento que o direito positivo dá a esses mecanismos. De uma forma geral, como já visto no Capítulo III, as técnicas de tutela são de natureza atípica. Existente o direito material, deverá, sempre, estar disponível um meio processual para sua efetivação; não há apenas uma técnica de tutela adequada, para cada situação de direito material, mas meios diferenciados (ação monitória, mandado de segurança, ação possessória, habeas data, etc.) e meios comuns (procedimento comum ordinário e sumário), que, em conjunto, abarcam toda a generalidade de crises de direito material.

Em relação aos recursos, no entanto, esse mesmo raciocínio não se aplica. Sabemos que (a) por força do princípio da taxatividade, os tipos recursais são previstos exaustivamente pela lei; e que, (b) por força do princípio da unicidade ou unirrecorribilidade, contra cada sorte de decisão judicial é interponível apenas uma espécie de recurso: “para cada caso, há um recurso adequado, e somente um”.³⁷⁰ A isso, se acresce,

³⁷⁰ Cf. Barbosa Moreira, *Comentários...*, vol. V., 11ª ed., pp. 248-249; e Bernardo Pimentel Souza, *Introdução aos Recursos Cíveis...*, 3ª ed., p. 109 e ss.

ainda, a constatação de que todas as técnicas recursais estão submetidas a prazos preclusivos que, uma vez desrespeitados, inviabilizam o uso do instrumento.

Nessa medida, para obtermos a reforma ou a anulação de uma sentença ou de uma decisão interlocutória, temos de lançar mão do meio recursal correto, no prazo legal. Não o fazendo, perdemos, não apenas a oportunidade de utilização do meio, mas, também, a possibilidade de exercício daquele pedido específico, que não será admitido por nenhuma outra técnica processual. Não ter o meio, nesse caso, é o correspondente prático de não ter o direito.³⁷¹

Por isso, quando tratamos do formalismo recursal e, em especial, da incerteza quanto a esse formalismo, temos de ter máximo cuidado, de modo que eventual declaração de inadmissibilidade do ato pode extrapolar o âmbito do processo e impedir a análise do próprio direito material, formando preclusões endoprocessuais ou, até mesmo, a coisa julgada material.³⁷²

Com efeito, partindo das citadas premissas, estudaremos a incerteza nas técnicas recursais, dando especial enfoque à necessidade de preservação da validade dos atos realizados em zonas de incerteza, sem, contudo, ignorar posições já consolidadas na doutrina e na jurisprudência. O objetivo é fornecer respostas para problemas práticos.

Para tanto, trataremos da fungibilidade recursal, de suas origens históricas mais recentes, de sua fundamentação e de seus requisitos, contrastando a concepção tradicional desse fenômeno com as soluções propostas no capítulo anterior: mitigação da preclusão temporal e possibilidade de repetição do ato, com fundamento na incerteza (CPC, art. 183, §§ 1º e 2º).

³⁷¹ Fenômeno distinto ocorre em relação às tutelas diferenciadas, que, por serem meios atípicos, não inviabilizam a tutela do direito material, quando ausentes seus pressupostos procedimentais (cf. *Capítulo III*). Por exemplo: não ter direito ao mandado de segurança ou à ação monitória, por não estarem presentes seus requisitos específicos, não significa que a parte não poderá tutelar seu direito material. Ela poderá se valer, nesses casos, de outro procedimento para a tutela da mesma pretensão; via de regra, do procedimento comum ordinário. Cf. Luiz Flávio Yarshell, *Tutela Jurisdicional...*, 2ª ed., p. 161.

³⁷² Atento à relevância do papel desempenhado pelo formalismo dos recursos, Alcides de Mendonça Lima já observava que o desrespeito aos pressupostos de admissibilidade recursal poderiam implicar consequências mais drásticas à efetiva atuação do direito material por meio do processo do que a própria inobservância dos pressupostos processuais e condições da ação. (*Sistema de normas gerais dos recursos cíveis*, 1963, pp. 215-216). Assim também Andrioli, para quem nenhum prejuízo à ordenada gestão da Justiça é maior e mais nefasto do que aquele provocado pela dificuldade de individuação pelo juiz do recurso adequado. (*Apud* Tarzia, “Le instuzione...”, *Rivista di Diritto Processuale* 4, 1981, p. 664). No mesmo sentido, cf. Bruno Silveira de Oliveira, “O formalismo recursal à luz da instrumentalidade do processo”, *Repro* 160, pp. 32-33.

67. Os recursos no CPC de 1939 e a fungibilidade recursal

O sistema recursal previsto pelo Código de Processo Civil de 1939 era demasiadamente complexo e promovia grandes dificuldades na aplicação de suas normas, especialmente quando tratávamos de avaliar o recurso cabível contra as variadas decisões judiciais.³⁷³

Em primeiro lugar, era previsto grande número de recursos, com menção taxativa a inúmeras hipóteses de cabimento, fato que exigia dos litigantes e de seus patronos alto grau de atenção. Nesse sentido, o art. 808 do CPC/39 elencava: (a) apelação; (b) embargos de nulidade ou infringentes do julgado (c) agravo (de petição, de instrumento e no auto do processo); (c) carta testemunhável; (d) revista; (e) recurso extraordinário; e (f) embargos de declaração. A esses, incluía-se, ainda, o recurso ordinário constitucional (Constituição de 1937) e os embargos cabíveis no Supremo Tribunal Federal, a luz do então vigente Regimento Interno (art. 194, II, “b”).³⁷⁴

Em segundo lugar, o legislador de 1939 pecava pela imprecisão de seus conceitos, sendo bastante comum o emprego do mesmo tipo recursal, para hipóteses essencialmente distintas, ou, ainda, a previsão de recursos diferentes para hipóteses de cabimento similares, sem qualquer uniformidade ou organização lógica.³⁷⁵

Apenas a título exemplificativo, observamos que, sob o nome comum de “agravo de petição”, o CPC incorporava ao menos cinco recursos, que seriam cabíveis “a) da decisão que põe termo ao processo, sem entrar no julgamento do mérito (...art. 846); b) da decisão terminativa da instância e da sentença proferida sobre o pedido das partes (Dec. Lei 960...); c) da decisão de mérito proferida em ações de acidente de trabalho e de

³⁷³ No período, a doutrina apontava como problemática: (a) a grande quantidade de tipos recursais previstos pela lei; (b) a taxatividade das hipóteses de cabimento de determinados recursos; (c) a previsão de hipóteses de cabimento por legislação especial, desenvolvida sem qualquer sintonia com o CPC; e (d) a identificação do cabimento do recurso em função do conteúdo do ato decisório. Cf. Moniz de Aragão, *Estudo sobre os embargos de nulidade...*, 1959, pp. 127-133.

³⁷⁴ Cf. Moniz de Aragão, *Estudo sobre os embargos de nulidade...*, 1959, pp. 128.

³⁷⁵ Para Buzaid, “admitindo agravo de petição, quer de decisão terminativa, quer de decisão definitiva, quer de outras providências jurisdicionais de índole diversa, o legislador brasileiro abandonou a idéia de uniformidade”. (*Exposição de motivos do Código de Processo Civil*, item 26).

alimentos (...); *d*) nos casos expressamente indicados na Lei de Falências (...); e *e*) da decisão que nega ou concede mandado de segurança (...).³⁷⁶

O critério geral de recorribilidade daquele Código (letras “a” e “b”) fundava-se, essencialmente, na natureza da decisão judicial.³⁷⁷ Prescrevia, em regra, o CPC, que a apelação cabia contra as “sentenças de mérito” (CPC/39, art. 820) e que o agravo de petição cabia contra as “sentenças terminativas” (CPC/39, art. 846). Esta distinção, no entanto, gerava sérios problemas práticos – *e.g.* sentença que reconhecia a carência de ação e a prescrição –, quando não sabíamos, à época, se teria havido ou não julgamento de mérito, tornando impossível averiguar qual seria o recurso adequado.³⁷⁸ Nesse sentido, já advertia Buzaid: “definir o que seja mérito é um dos problemas mais árduos da ciência do processo e tendo o Código adotado um critério distintivo entre esses dois recursos, de índole eminentemente conceitual, manteve dúvidas que não foram dissipadas ao longo de trinta anos de sua aplicação”.³⁷⁹

Além disso, havia exceção a essa regra geral. Nas hipóteses “c”, “d” e “e”, o critério para a recorribilidade fundava-se na natureza do pedido formulado ou na espécie procedimental onde proferida a decisão recorrível, e não no conteúdo da decisão. Assim, dependendo da hipótese, sentenças terminativas ou de mérito eram impugnadas, ou pelo recurso de agravo, ou pelo recurso de apelação, tendo elas, ou não, a finalidade de pôr fim ao procedimento em primeiro grau. Fato que – somado às hipóteses das letras “a” e “b” – gerava grandes confusões.

Em resumo, naquele sistema recursal, tínhamos (a) várias espécies recursais, com taxativas hipóteses de cabimento; (b) textos legais redigidos de modo impreciso; e (c) recursos cujas hipóteses de cabimento se diferenciavam pelo conteúdo da decisão (mérito ou não) ou pelo tipo de pedido ou procedimento (alimentos, falência, mandado de segurança, etc). Todas essas questões geravam dúvidas subjetivas e provocavam divergências na doutrina e na jurisprudência (dúvidas objetivas), criando um verdadeiro sistema de armadilhas processuais.

³⁷⁶ Cf. Buzaid, *Exposição de motivos do Código de Processo Civil*, item 26.

³⁷⁷ Nesse sentido, cf. Buzaid, *Agravo de petição*, 2ª ed., pp. 130 e ss; e Pedro Batista Martins, *Recursos e processos da competência...*, 1957, p. 165.

³⁷⁸ Buzaid, nesse sentido, indica a divergência doutrinária e jurisprudencial do período na identificação das condições da ação como mérito. Na mesma linha, leciona que “com relação à prescrição, a jurisprudência dos Tribunais tem oscilado, ora admitindo-a como preliminar, ora como matéria de mérito (...)”. (*Agravo de petição*, 2ª ed., pp. 130-137).

³⁷⁹ *Exposição de motivos do Código de Processo Civil*, item 29, § 3º.

68. A fungibilidade do CPC de 1939: dificuldades

Diante de tal quadro de incertezas, o CPC de 1939 prescrevia, em seus arts. 809 e 810, mecanismos especificamente concebidos para minimizar os efeitos negativos da complexidade daquele sistema recursal. O primeiro dispositivo citado permitia que, no curso do prazo recursal, o recorrente “mudasse de idéia” e alterasse a espécie de recurso escolhida, prescrevendo que “a parte poderá variar de recurso dentro do prazo legal, não podendo, todavia, usar, ao mesmo tempo, de mais de um recurso”. O segundo, de mais relevantes conseqüências práticas, instituía a possibilidade de recebimento de um recurso por outro (fungibilidade recursal), ao prescrever: “Salvo a hipótese de má-fé ou erro grosseiro, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro, devendo os autos ser enviados à Câmara, ou turma, a que competir o julgamento”.

Assim, o Código de Processo Civil de 1939 não apenas trouxe o problema (complexo sistema recursal), mas, também, concebeu sua solução, que consistia – sob a ótica do legislador – na possibilidade de se receber um recurso por outro, desde que a parte tenha agido com boa-fé e não tenha cometido erro grosseiro.³⁸⁰

A fungibilidade recursal, contudo, não funcionou excepcionalmente bem na vigência do código pretérito. Os Tribunais, excessivamente apegados a uma herança

³⁸⁰ A doutrina via na citada regra relevante rompimento com o pensamento formalista que, até então, vigorava na matéria dos recursos. Alcides de Mendonça Lima apontava, na época, que “face à moderna diretriz processual, pela qual a manifestação da vontade das partes tem grande ascendência e relevância, ao contrário do que sucedia no direito anterior, impregnado, pela tradição, de respeito fetichista pelo formalismo exacerbado, não se exclui um recurso interposto em lugar de outro, salvo se o recorrente houver agido de má-fé ou erro grosseiro.” (*Sistema de normas gerais dos recursos cíveis*, 1963, p. 217). No mesmo sentido, referido-se ao CPC de 1939, Moacyr Amaral Santos apontava que “a regra de que o recurso deve ser o adequado, donde não se admitir o recurso *inadequado*, ou *incabível*, perdeu, no sistema do Código o caráter absoluto de outros tempos. Rompendo com esse formalismo excessivo, o Código de Processo Civil admite o conhecimento do recurso inadequado, se o engano na interposição não se macular de *má fé* ou *erro grosseiro*.” (*Direito processual civil*, vol. 3, 1967, p. 96). No mesmo sentido, Pontes de Miranda esclarece que “o princípio que o art. 810 enuncia é o princípio do maior favor ‘generalizado’, ou melhor, da fungibilidade das interposições, e veio adoçar a rijeza das leis sobre interposição dos recursos, que antes se fundavam em convicções falsas, e.g., a clareza da lei sobre recursos, a da plenitude inconsútil da lei (que, assim, previra todos os casos), a da uniformidade da jurisprudência. Ora, desde que houvesse dois julgados sobre diferentes recursos para a mesma resolução judicial, infirmada estava, desde logo, a última convicção, e as injustiças seriam enormes, sacrificando-se o mérito à preliminar do recurso, de cujo erro não fora culpado o recorrente. Em assunto de embargos e de revista, o sacrifício era escandaloso (*Embargos, Prejulgado e Revista*, 196-198 e 215). O que supreendia era a impermeabilidade ou insensibilidade dos juízes à violência da teoria objetiva, ou da teoria subjetiva, cujos inconvenientes somavam (e.g. o juiz *a quo* negava o recurso de agravo, subia carta testemunhável, julgava-se procedente a carta: subia o recurso, já maioria entendia que o caso era de apelação!). Na atitude de certos juízes reacionários, o psicólogo apontaria indícios de sadismo. O princípio do maior favor é parte, hoje, do princípio que apareceu, explícito, no art. 810.” (*Comentários...*, tomo XI, 2ª ed., p. 49).

formalista, limitaram a aplicação do dispositivo, reduzindo significativamente as hipóteses nas quais os recursos “erroneamente interpostos” eram de fato conhecidos.³⁸¹

Em primeiro lugar, a identificação do conceito legal de *erro grosseiro* era assaz problemática. Quando, efetivamente, a utilização de um tipo recursal em detrimento de outro era escusável? Em que hipótese o erro na utilização do recurso era absurdo, de modo que o sistema não poderia recebê-lo?

A tentativa de resposta surgiu, inicialmente, pelo casuísmo. No período, a doutrina trazia três hipóteses capazes de excluir o *erro grosseiro*, quais sejam: (a) “erro na lei”, que consistia na equivocada denominação legal de “sentença” a decisões interlocutórias, e vice-versa; (b) divergência na doutrina e na jurisprudência, quanto à qualificação de determinado ato judicial; e (c) intitulação equivocada dos atos judiciais, em hipótese análoga à noção de recurso indiferente do direito alemão.³⁸²

Tais questões levaram ao desenvolvimento de outro conceito, cujo emprego presumia a superação do requisito *erro grosseiro*.³⁸³ Tratava-se da chamada *dúvida objetiva*, que, em síntese, compreendia a idéia de que, havendo discordância relevante, na doutrina ou na jurisprudência, a respeito do mecanismo recursal correto, não poderíamos falar em *erro grosseiro*, autorizando a aplicação da fungibilidade recursal. Se os tribunais, ou quiçá doutrinadores de renome, não podiam chegar a um consenso a respeito do recurso adequado, não poderíamos exigir da parte (e de seu patrono) o fornecimento de tal resposta.

Em segundo lugar, determinar o que, de fato, configuraria a *má-fé* (subjetiva), tratava-se, também, de árdua tarefa. Afinal, no momento do recebimento de um recurso interposto, é muito difícil recolher elementos subjetivos, a respeito da manifestação de vontade do recorrente, para analisar se a utilização do mecanismo apontado foi legítima, ou se o propósito do recorrente seria, de fato, obter vantagem ilícita.³⁸⁴ Com base nessa

³⁸¹ Cf. Buzaid, *Exposição de motivos do Código de Processo Civil*, item 31, § 4º.

³⁸² Barbosa Moreira atribuía às expressões *má-fé* e *erro grosseiro* “ineliminável coeficiente de subjetividade”, manifestando-se a respeito das divergentes correntes doutrinárias e jurisprudenciais que tratavam de definir os fenômenos. (*O juízo de admissibilidade...*, 1968, pp. 48-49).

³⁸³ João Claudino de Oliveira e Cruz apontava que “o erro grosseiro, na interposição de recurso, é aquele que se revela claro e incontestável, que é verificado sem qualquer dúvida, sem divergências na jurisprudência ou na doutrina.” (*Do recurso de agravo*, 1950, p. 318).

³⁸⁴ João Claudino de Oliveira e Cruz apontava que “*má-fé*, no caso, é a convicção que tem o violador da lei (com a interposição do recurso, que não é cabível) da violação que pratica. Ele sabe que, interpondo tal espécie de recurso, infringe a lei; mas, não obstante este conhecimento ou convicção, ele pratica a

questão, Pontes de Miranda discriminou hipóteses concretas nas quais, em função da má-fé, não seria possível aplicar a fungibilidade. Segundo o jurista, existiria má-fé (a) no uso de um recurso inapropriado, de maior prazo; (b) na utilização de um recurso de maior devolução; (c) no uso de recurso mais demorado; e (d) no uso do recurso na tentativa de provocar divergência na jurisprudência.³⁸⁵

No entanto, o casuísmo também não resolveu o problema da interpretação do que viria a ser “má-fé”, pois dificuldades seríssimas surgiam na identificação das hipóteses. O próprio Pontes de Miranda, nesse sentido, reconheceu “que em todos esses casos a malícia não se presume”.³⁸⁶

Exigiu, assim, a doutrina e a jurisprudência, um critério puramente objetivo para a aplicação da regra. Foi, desse modo, com base no requisito negativo da *má-fé*, aliado à idéia de que os prazos previstos pela lei processual não poderiam ser superados, que foi criada a exigência de que, para aplicação da fungibilidade, o recurso deveria ser interposto dentro do prazo previsto para o recurso “correto”.

Para ilustrar tal posição, trazemos a lição de João Claudino de Oliveira e Cruz, segundo o qual a fungibilidade recursal pressuporia a verificação “se o recurso erradamente interposto respeitou o prazo do recurso cabível”. O professor sustenta tal tese, ao afirmar que o recebimento do recurso, depois de decorrido tal prazo, “seria uma permissão ilegal de dilatação dos prazos”.³⁸⁷

Ocorre que tal requisito – interposição no prazo do recurso “correto” – chocava-se frontalmente com a exigência de *dívida objetiva*. Ora, se havia incerteza – na jurisprudência ou na doutrina – a respeito do cabimento, como se poderia exigir do jurisdicionado a interposição do recurso no prazo previsto para o “recurso correto”? Se não sabemos qual é o recurso “correto”, a aplicação de tal requisito acabou por significar que o

transgressão, necessariamente porque entende que esta consulta ou beneficia as suas conveniências materiais ou morais. Tal é a má-fé, que se confunde com o procedimento doloso”. (*Dos recursos no código de processo civil*, 1957. p. 27).

³⁸⁵ *Comentários...*, tomo XI, 2ª ed., p. 51. Seabra Fagundes, de forma muito similar, apontava que “três finalidades poderá revestir o erro industrioso na escolha do recurso: a) distender o prazo de interposição (a parte intimada há mais de cinco dias, de sentença agravável, não podendo agravar, apela, prevalecendo-se do prazo maior, que a lei assina à manifestação das apelações); b) obter pronunciamento mais amplo do juízo *ad quem* (apelação interposta de decisão agravável, com efeito de suscitar o exame integral da lide); e c) procrastinar o andamento do feito (em lugar de agravar se interpõe apelação, cuja marcha é mais lenta).” (*Dos recursos ordinários em matéria civil*, 1946, p. 160).

³⁸⁶ *Comentários...*, tomo XI, 2ª ed., p. 51.

³⁸⁷ *Dos recursos no código de processo civil*, p. 31.

recorrente teria de interpor seu recurso dentro do prazo que o julgador, pessoalmente, entenderia ser o adequado.³⁸⁸

Tal posição gerou acentuadas críticas. Alcides de Mendonça, nesse sentido, apontava que, se não havia erro grosseiro “o recorrente não pode ser prejudicado por haver optado pela fluência do prazo maior do recurso escolhido”. Para tanto, argumentava que “a atividade jurisdicional não pode desenvolver-se sob o signo da sorte ou do azar ou das contingências ocasionais. Se possível, deverá ser uniforme. Na dúvida, porém, deverá prevalecer aquela que melhor resguarde o direito dos litigantes, acolhendo suas comunicações de vontade, desde que não se vislumbre qualquer intuito doloso”.³⁸⁹ No mesmo sentido, era a lição de Barbosa Moreira, para quem a exigência de interposição do recurso no prazo mais exíguo pareceria “ilógica”: “o recorrente de boa-fé, sinceramente convencido de que dispõe da apelação, não tem porque sacrificar dois terços do seu prazo para interpô-la no quinquídio do agravo”.³⁹⁰

No entanto, não foi esta a posição que prevaleceu naquele sistema, impondo os tribunais, na prática, o ônus de interposição do recurso no prazo sempre mais exíguo.³⁹¹ Desse modo, verificamos que as consequências perniciosas da complexidade do sistema recursal do CPC de 1939 não puderam ser, satisfatoriamente, minoradas pelas regras dos arts. 809 e 810, tendo em vista a interpretação excessivamente formalista de parte da doutrina e da jurisprudência, impedindo que situações de incerteza tivessem adequado tratamento no âmbito dos recursos.

69. CPC de 1973: alterações no sistema recursal

Diante da situação acima descrita, o legislador de 1973, ao elaborar o novo código, entendeu que uma intensa reestruturação das técnicas recursais seria a melhor forma de

³⁸⁸ Cf. Flávio Cheim Jorge. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*, 3ª ed., p. 218.

³⁸⁹ *Sistema de normas...*, p. 225.

³⁹⁰ Para o processualista carioca, sequer o argumento da formação da coisa julgada se sustentaria. Para tanto, cita o exemplo de casos, no próprio Código de Processo Civil, onde terceiros, depois de decorrido o prazo recursal das partes, teriam o direito de interpor recurso (CPC/39, art. 815, §§ 1º e 2º). (*O juízo de admissibilidade...*, 1968, pp. 50-52).

³⁹¹ Cf. Barbosa Moreira, *O juízo de admissibilidade...*, 1968, p. 51; e Flávio Cheim Jorge, *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*, 3ª ed., p. 216, nota 163.

lidar com a incerteza no processo. Assim, foi idealizado um sistema de recursos completamente novo.³⁹²

Em primeiro lugar, foram reduzidos os tipos recursais, suprimindo-se do rol do art. 808 do CPC de 1939 os recursos de embargos de nulidade (passando a existir apenas os embargos infringentes), agravo de petição, agravo no auto do processo (criando-se o agravo retido), carta testemunhável e recurso de revista.³⁹³

Em segundo lugar, o problema da recorribilidade das sentenças terminativas e definitivas foi solucionado. O agravo passava a ser cabível contra as decisões interlocutórias, independentemente de seu conteúdo, enquanto a apelação passava a caber contra as sentenças, não apenas as definitivas, como também as terminativas. Para tanto, o legislador instituiu o chamado critério topológico ou finalístico para a conceituação das decisões recorríveis – sentenças e decisões interlocutórias – e, por conseguinte, estipulou ser apenas uma sorte de recurso cabível para o fim de impugnar cada uma dessas categorias – apelação contra sentença e agravo contra decisões interlocutórias (CPC, arts. 162, §§ 1º e 2º, 513 e 522).³⁹⁴

Tais transformações, inquestionavelmente, melhoraram o tratamento legislativo das técnicas recursais, pondo fim a várias dificuldades surgidas quando da aplicação do CPC de 1939. Assim, o legislador do CPC de 1973 acreditou ter superado as dificuldades da lei pretérita, julgando não mais existirem zonas lacunosas no âmbito dos recursos e estimando supérflua a repetição da norma do art. 810 do CPC de 1939. O novo código foi, portanto, editado sem qualquer previsão da *fungibilidade recursal*.³⁹⁵

Ocorre que, a despeito dessa simplificação, a experiência demonstrou que o novo sistema recursal também gerava zonas de incerteza. Estas surgiam, e ainda surgem, fundamentalmente, (a) da manutenção de parte da complexidade do código anterior (várias espécies recursais); (b) de defeitos na redação do novo código e de leis processuais

³⁹² Cf. Carlos Silveira Noronha, *Do agravo de instrumento*, 1976, p. 70.

³⁹³ Cf. Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V., 11ª ed., p. 276 e ss.

³⁹⁴ A respeito do conceito de sentença previsto pela redação original do CPC, cf. Barbosa Moreira, *Comentários...*, vol. V, 11ª ed., p. 413 e ss; e Flávio Chem Jorge, *Teoria geral dos recursos...*, 3ª ed., p. 39.

³⁹⁵ Constata Milton Sanseveriano que, com a simplificação do sistema recursal, no período inicial de vigência do CPC de 1973, a doutrina e a jurisprudência se inclinaram “vigorosamente” no sentido de que não mais prevaleceria o princípio da fungibilidade recursal (“Fungibilidade dos recursos”, *RePro* 25, pp. 181-182).

esparças; e (c) de incertezas geradas por erros do juiz ou de seus auxiliares (*e.g.* intitulação equivocada dos atos judiciais).

O CPC de 1973 foi tímido na redução do número de recursos, mantendo-os, ainda, em quantidade exagerada.³⁹⁶ A doutrina, desde a edição do Código, já apregoava a necessidade de apenas “um recurso para as decisões não finais e outro para as que ponham termo ao feito, com ou sem julgamento de mérito”, além de “um terceiro, o extraordinário”. Sérgio Bermudes, nesse sentido, sustentou que “não havendo rompido, de uma boa vez, com velhas estruturas, o Código, na parte concernente aos recursos, já nasce exigindo uma reformulação”.³⁹⁷

A redação original do CPC de 1973 padecia, ainda, de graves imprecisões, hipóteses nas quais a própria lei, sem razão aparente, “traía” os conceitos genéricos, de sentença e de decisão interlocutória, previstos pelo art. 162, §§ 1º e 2º. Nelson Nery Jr., nesse sentido, elencava exemplificativamente “a) o art. 790, *caput*, que conjugado com o art. 558, indica que o ato do juiz que decide o pedido de remissão de bens na execução é decisão interlocutória e não sentença como erroneamente consta no art. 790; b) o art. 718, que diz ser ‘sentença’ o ato do juiz que, no curso da execução, decreta o usufruto de imóvel ou de empresa; c) ao ato que julga o incidente de falsidade documental, refere-se o art. 395 como sendo sentença”.³⁹⁸

Além disso, a legislação especial, que também disciplina a matéria dos recursos, se contrastada com o CPC, justificou uma série de incertezas. Exemplo disso pode ser extraído da Lei da Assistência Judiciária Gratuita (Lei n.º 1.060/50) que, em seu art. 17, prescreve que “caberá apelação das decisões proferidas em consequência da aplicação desta Lei”, ignorando a circunstância de que as decisões proferidas no sentido de deferir ou indeferir o benefício não se enquadram no conceito de sentença – atual ou pretérito - do art. 162, § 1º, do CPC.

Notemos que, mesmo nos casos de recorribilidade das sentenças ou das decisões interlocutórias, o CPC de 1973, no seu texto original, suscitava divergências. Ricardo

³⁹⁶ Heitor Sica, nesse sentido, leciona que a existência de recursos distintos para decisões interlocutórias e sentenças é uma “peculiaridade presente apenas nos Códigos do Brasil e de Portugal, já que a dicotomia entre agravo e apelação simplesmente não existe no processo civil aplicado dos demais países europeus continentais (e sistemas daí derivados)”. (“Algumas reflexões sobre o novo conceito de sentença...”, *Reflexões sobre a reforma...*, 2007, p. 200.

³⁹⁷ *Comentários...*, vol. VII, 2ª ed., p. 42.

³⁹⁸ *Teoria Geral dos Recursos...*, 6ª ed., p. 116.

Aprigliano, nesse sentido, afirma que, antes mesmo da reforma de 2005, havia casos comuns de incerteza quanto ao cabimento de agravo ou apelação, contra decisões que “dizem respeito às ações cumuladas, das quais uma seja extinta no curso do procedimento (declaratória incidental, reconvenção etc.), ou ainda quando alguns dos litigantes são excluídos do processo”. Lembra o processualista, ainda, o caso peculiar da ação de prestação de contas, afirmando que “segundo o art. 915 do CPC, a decisão que julga o pedido de prestação de contas é denominada sentença, e como tal admite apelação. Entretanto tal decisão não põe fim ao processo, na medida em que é seguida de outra fase, na qual as contas são efetivamente prestadas”.³⁹⁹

Por fim, o CPC 1973 também não está imune aos equívocos cometidos na intitulação dos atos judiciais, bem como às conseqüências geradas por estes equívocos. Como aponta Barbosa Moreira, há também situações de incerteza decorrentes de dúvida originada do teor da própria decisão: “por exemplo, o juiz dá a denominação de ‘sentença’ a uma decisão de discutível enquadramento na definição legal do ato (art. 162, § 1º), induzindo aquele que pretende impugná-la à opção, igualmente discutível, pelo recurso correspondente (apelação: art. 513)”.⁴⁰⁰

Assim, concluímos que o sistema recursal introduzido pelo CPC de 1973, a despeito de representar uma evolução sobre seu antecessor, na simplicidade de suas técnicas, não apresenta imunidade às crises processuais, sendo fundamental, para o seu regular funcionamento, a existência de mecanismos análogos à revogada regra do art. 810 do CPC de 1939.

70. Reforma de 2005: involução no sistema recursal

Vimos, até o momento, que um dos problemas mais graves do CPC de 1939 talvez fosse o fato de que, para a análise do cabimento dos recursos de apelação e agravo, era necessário adentrar ao conteúdo do ato judicial e ver se este tinha julgado o mérito (sentença definitiva) ou decidido apenas questões processuais (sentença terminativa). As sentenças hoje fundadas no art. 267 do CPC eram recorríveis por agravo de petição e as

³⁹⁹ *A apelação e seus efeitos*, 2003, pp. 28-29.

⁴⁰⁰ *Temas...: Nona Série*, p. 272.

fundadas no art. 269 do CPC eram recorríveis por apelação, fato que gerava incontáveis confusões nos operadores do processo.

A redação original do CPC de 1973, com efeito, foi extremamente elogiada por “resolver”, ao menos, este problema. A despeito de manter os recursos de agravo e de apelação (e não unificá-los), o novo CPC representou grande simplificação e reduziu significativamente as dúvidas surgidas no manejo desses instrumentos.

Tal situação de relativa tranquilidade, no entanto, foi mantida apenas até o ano de 2005, quando o legislador reformista reintroduziu a vetusta técnica de classificação das decisões judiciais com base em seu conteúdo. Como afirmou Araken de Assis, comentando a reforma, “ao deixar para trás o critério topológico anterior, desprezou-se sua mais apreciável virtude: a regra anterior esclarecia sem dificuldades superlativas o cabimento dos recursos no primeiro grau de jurisdição”.⁴⁰¹

Embora o legislador reformista não tenha estipulado o mesmo critério que previa o CPC de 1939, este voltou a diferenciar o cabimento do agravo do da apelação, não pelo momento ou finalidade do ato (critério topológico ou finalístico), mas pelo seu conteúdo. A Lei 11.232/2005, alterando o art. 162 do CPC, passou a definir sentença como “o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei” (CPC, art. 162, § 1º) e decisão interlocutória como “o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente” (CPC, art. 162, § 2º). Assim, não saberíamos dizer se uma decisão fundada no art. 267 ou 269 do CPC, que não põe fim ao processo, seria uma sentença ou uma decisão interlocutória e se, portanto, seria recorrível por agravo ou apelação.⁴⁰²

A solução desta questão em muito extrapolaria o objeto do presente trabalho. Muitas vozes autorizadas, inclusive, já se manifestaram a seu respeito, sustentando, em síntese, três posições.

⁴⁰¹ *Manual dos recursos*, 2008, p. 135.

⁴⁰² Nesse sentido, Cássio Scarpinella, em comentário à reforma processual de 2005, aponta que “se é certo que existe fundamental discussão doutrinária sobre a melhor forma de discernir uma sentença de uma decisão interlocutória (afinal de contas, é o conteúdo de uma ou outra destas decisões que as distingue uma das outras? São as conseqüências do proferimento de uma ou outra decisão? É o instante procedimental em que elas são proferidas?), o fato é que, quando a alteração da definição do que é e do que não é sentença passa a ser lei, o *sistema* recursal que, no particular, mantinha-se íntegro (embora às vezes, com a necessária aplicação do ‘princípio da fungibilidade’), cai por terra.”. (*A nova etapa da reforma do código de processo civil*, vol. 1, 2ª ed., p. 19).

Para a primeira corrente, a despeito da alteração legislativa, o conceito de sentença haveria de ser, basicamente, o mesmo, levando, ainda, em consideração o chamado “elemento teleológico”. De acordo com essa visão, para identificarmos uma sentença, “não bastará a simples análise do conteúdo do ato e sua acomodação aos arts. 267 e 269. Outro elemento, eminentemente teleológico, precisa se agregar ao provimento – a aptidão de pôr fim ao processo”. A reforma de 2005, no art. 162 do CPC, com efeito, haveria de ser considerada meramente estética, permitindo o acolhimento do conceito, agora legal, de “processo sincrético”.⁴⁰³

A segunda posição foi elaborada no sentido de que haveria no sistema, a despeito da claridade do disposto no art. 513, sentenças agraváveis e sentenças apeláveis. Para os que a defendem, todos os atos fundados em uma das hipóteses dos art. 267 ou 269 seriam classificáveis como sentença, tendo eles, ou não, aptidão de pôr fim ao processo. Porém, a apelação somente seria admissível se o pronunciamento jurisdicional, conquanto fundado no art. 267 ou no art. 269 do CPC, tenha *esgotado a atividade cognitiva* a ser realizada perante o juízo de primeira instância, seja porque não haveria mais mérito a ser julgado, seja porque o mérito não poderia ser julgado.⁴⁰⁴

A terceira posição, por fim, é a de que o sistema recursal teria sofrido grave alteração. A sentença, com efeito, independentemente do momento no qual proferida, seria o ato judicial que “*tenha como causa* – ou, excepcionalmente, *como conteúdo* – alguma das “situações” contidas nos arts. 267 e 269”.⁴⁰⁵ Por consequência, os processualistas que

⁴⁰³ Cf. Araken de Assis, *Manual dos Recursos*, 2008, p. 135; Gilson Delgado Miranda e Patrícia Miranda Pizzol, *Recursos no Processo Civil*, 5ª ed., p. 53; Marcelo Abelha Rodrigues e Flávio Cheim Jorge, “A sentença, a interlocutória e os recursos”, *Poderes do juiz e controle das decisões judiciais...*, 2008, p. 710.

⁴⁰⁴ Cf. José Miguel Garcia Medida, Teresa Arruda Alvim Wambier e Luis Rodrigues Wambier *Breves comentários à nova sistemática processual civil 2*, 2006, pp. 36-38; Leonardo Ferres da Silva Ribeiro, “A definição dos pronunciamentos judiciais...”, *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*, 2008, p. 381; e Eduardo Lamy, *Princípio da fungibilidade...*, p. 152.

⁴⁰⁵ Nesse sentido, Bruno Silveira de Oliveira sustenta que “por não se exigir mais que a sentença encerre o procedimento em primeiro grau de jurisdição, abre-se a possibilidade de haver julgamentos diferidos no tempo, realizados à medida que a cognição judicial vá se aprofundando sobre cada uma das pretensões cumuladas. Possível, portanto, que para vários pedidos formulados haja igual número de sentenças, cada qual proferida a seu tempo (o momento em que o magistrado formar seu convencimento acerca de cada pretensão). Assim, por exemplo, se o réu reconhecer a procedência de um dos pedidos contra ele formulados (art. 269, II), o juiz deverá proferir sentença quanto a esse capítulo, não se justificando mais o argumento de que a sentença, nessas circunstâncias, seja vedada pelo sistema (por, supostamente, dever extinguir o procedimento em primeiro grau de jurisdição). Tomemos outro exemplo: A propõe demanda contra R1 e R2. Ao analisar a inicial, o juiz conclui que R2 é parte ilegítima para figurar no pólo passivo. Diante disso, profere sentença terminativa para excluir R2 do processo, com fundamento no art. 267, VI. Se assim o fizer, agirá com inteiro acerto. Afinal, é o próprio CPC que lhe impõe tal conduta, ao vincular a forma ‘sentença’ aos conteúdos de seus arts. 267 e 269”. (“Um novo conceito de sentença?”, *Repro* 149, p. 125).

seguem essa linha, diferentemente dos que defendem a posição anterior, concluem pelo cabimento de agravo, contra as decisões interlocutórias, e de apelação, contra as sentenças (CPC, arts. 513 e 522).⁴⁰⁶

Ainda que a discussão extrapole os limites do presente trabalho, sua referência serve para destacar a renovada importância que tem, hoje, a figura da *fungibilidade recursal*.⁴⁰⁷ O objetivo é apenas ressaltar o (re) surgimento de uma importante crise recursal que, por sua vez, torna mais relevantes os meios de tratamento da incerteza no processo. Ficamos, nessa medida, com a lição de Bruno Silveira de Oliveira, para quem “o mais importante nesse momento (de indefinições e dúvidas) é resolver os problemas práticos decorrentes da recentíssima reforma. Sobre todas as formalidades que envolvem o tema investigado, há de prevalecer – enquanto a doutrina e a jurisprudência não chegarem a um denominador comum – uma solução pragmática, preocupada antes de tudo em viabilizar a subida de recursos”.⁴⁰⁸

71. Tentativas de justificar a fungibilidade recursal no CPC de 1973

Uma vez demonstrada a relevância de um adequado tratamento para as situações de incerteza na técnica processual, à luz do código vigente, bem como o papel da regra da *fungibilidade recursal*, resta esclarecer quais são hoje os seus fundamentos normativos. Sabemos que o direito positivo não abarca, textualmente, essa norma. De onde, portanto, ela se extrairia?

A doutrina, para esse propósito, se utiliza de dois fundamentos distintos. O primeiro prega ser a fungibilidade recursal um princípio de direito, motivo pelo qual não necessitaria ser “previsto expressamente pela lei”. O segundo diz ser a fungibilidade recursal “mera decorrência lógica” da instrumentalidade das formas.⁴⁰⁹

⁴⁰⁶ Cf. Bruno Silveira de Oliveira, “Um novo conceito de sentença?”, *Repro* 149, p. 125; Heitor Sica, “Algumas implicações do novo conceito de sentença...”, *Reflexões sobre a reforma...*, 2007, p. 201 e ss; e Ricardo Aprigliano, *A apelação e seus efeitos...*, 2ª ed., pp. 17-19.

⁴⁰⁷ Cf. Barbosa Moreira, *Temas... Nona Série*, pp. 176-178.

⁴⁰⁸ “Um novo conceito de sentença”, *RePro* 149, p. 135. No mesmo sentido, cf. Heitor Sica, “Algumas implicações do novo conceito de sentença...”, *Reflexões sobre a reforma...*, 2007, p. 207.

⁴⁰⁹ Flávio Cheim Jorge aponta duas justificativas para a aplicação da fungibilidade perante a vigência do CPC de 1973. A primeira ligar-se-ia à “circunstância de se evitar o formalismo excessivo na admissão do recurso, tendo em vista os princípios que norteiam a aplicação das normas processuais. A segunda, e talvez a

Desse modo, analisaremos, superficialmente, essas duas correntes, tentando demonstrar sua fragilidade, para, em momento posterior, utilizarmos dos argumentos expostos no Capítulo V para justificarmos a fungibilidade recursal, frente ao sistema do CPC de 1973.

72. Fungibilidade recursal é um princípio?

Os processualistas que defendem a primeira corrente, acima citada, tendem a sustentar que a fungibilidade recursal seria um princípio “implícito”, decorrente do próprio sistema jurídico. Nelson Nery Jr., nesse sentido, argumenta que “os princípios são, normalmente, regras de ordem legal, que muitas vezes decorrem do próprio sistema jurídico e não necessitam estar previstos expressamente em normas legais, para que se lhes empreste validade e eficácia”. E conclui, sem mais nada dizer, que a fungibilidade recursal não refugaria ao sistema vigente.⁴¹⁰

Com a devida vênia, tal linha de argumentação não subsiste a uma análise mais profunda. Os princípios são normas de conteúdo semântico amplo, cuja construção é viável por meio de distintos enunciados normativos. Não existe, efetivamente, a exigência de que eles estejam enunciados, de modo textual/nominal, em lei ou na Constituição.⁴¹¹ No entanto, para se justificar a existência de determinado princípio, não basta apenas afirmá-lo como tal, é necessário que se indique quais são seus fundamentos, arrolando os enunciados jurídicos de cuja interpretação são extraídos. Ou seja, é essencial que se demonstre como seria possível chegar à construção de seu enunciado, pois, como aponta Eros Grau, “o ato de ‘descoberta’ de um princípio latente em determinado ordenamento é declaratório, não é constitutivo”.⁴¹²

Para Robert Alexy, a distinção entre regras e princípios é estrutural. Princípios expressam a idéia de otimização, exigindo que determinado valor seja satisfeito na maior intensidade possível. Têm conteúdo semântico amplíssimo, abarcando um número

mais contundente, é revelada pela especial circunstância de um erro do sistema, quanto ao recurso cabível contra determinada decisão, não poder prejudicar o recorrente”. (*Teoria geral dos recursos...*, 3ª ed., p. 211).

⁴¹⁰ Cf. Nelson Nery, *Teoria geral dos recursos...*, 6ª ed., p. 139; e Teresa Arruda Alvim Wambier, *O novo regime do agravo*, 2ª ed., pp. 106-107.

⁴¹¹ Cf. Robert Alexy, *Teoria de los derechos fundamentales*, 1997, pp. 88-92.

⁴¹² *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, 2ª ed., p. 47.

indeterminado de situações jurídicas. Regras, por sua vez, regem apenas aquela situação pré-determinada na *fattispecie* normativa (antecedente da norma), podendo ser cumpridas ou não (tudo ou nada). Têm, portanto, espectro de aplicação muito mais limitado.⁴¹³

Por isso, um princípio, como nos ensina Dinamarco, é um ponto de partida, um axioma a partir do qual se instauram as bases de todo um sistema. Segundo o processualista, “os princípios em que toda ciência se apóia são dados exteriores a ela própria, pelos quais se liga uma área de conhecimento mais ampla. São premissas que determinam o seu próprio modo-de-ser e dão-lhe individualidade perante outras ciências, constituindo-se em raízes alimentadoras de seus conceitos e de suas propostas”.⁴¹⁴ O devido processo legal, assim como o contraditório, são princípios constitucionais do processo, pois vinculam toda a atividade jurisdicional. É com base nesses valores que se constrói todo o ordenamento. Outro princípio que pode ser citado é o do amplo acesso à justiça que figura como promessa constitucional, que fundamenta a construção de toda a base do ordenamento positivo, sendo norma de conteúdo amplo, com validade para todo o sistema e que vincula toda e qualquer atividade jurisdicional, configurando efetivo princípio do processo.

A fungibilidade recursal, porém, não possui contornos generalistas, como dos princípios mencionados. Não vincula toda a atividade do processo, mas apenas uma espécie de ato: o recurso. Não possui, também, conteúdo semântico amplo, típico de todo e qualquer princípio, mas restringe-se às situações de dúvida objetiva quanto ao cabimento de um ou de outro recurso. Ao menos em sua concepção mais usual, ela nada mais representa que a possibilidade de recebermos um recurso por outro, quando presente a dúvida objetiva (inexistente a *má-fé* e o *erro grosseiro*).

Tal conteúdo normativo não se situa à base de todo o sistema processual, na verdade, seu enunciado, por ter um antecedente e um conseqüente normativo bem determinado, configura uma regra jurídica, a regular determinada situação de incerteza na técnica processual, não servindo como uma diretriz ou como um valor genérico, de aplicação irrestrita.⁴¹⁵

⁴¹³ “On the structure of Legal Principles”, *Ratio Juris* 13, n.º 3, p. 294 e ss.

⁴¹⁴ *Instituições...*, vol. I, p. 192.

⁴¹⁵ A fungibilidade recursal deveria se incluir na categoria dos chamados *falsos princípios* que, como apontado por Dinamarco, “são na realidade regras técnicas e não refletem opções políticas”. Segundo nos explica o titular das arcadas, “um processo realizado de modo econômico, lógico, juridicamente adequado e

A fungibilidade recursal, portanto, não pode ser considerada um princípio. Ela, de fato, concretiza variados princípios constitucionais, como o devido processo legal, a universalidade da tutela jurisdicional e o contraditório, mas, em si mesma, pelo seu conteúdo e estrutura, deve ser classificada como uma regra jurídica.

73. Fungibilidade recursal decorre da instrumentalidade das formas?

Uma vez constatado que a fungibilidade recursal não é um princípio, ainda que implícito ao sistema jurídico, seria possível concordar com a segunda corrente doutrinária, pela qual tal norma decorreria lógica ou naturalmente da idéia de instrumentalidade das formas?⁴¹⁶

A resposta, mais uma vez, é negativa.

Isto ocorre, pois, a despeito de ambas as normas servirem para propósitos similares – evitar que o formalismo figure como impedimento para a tutela de direito material (aspecto negativo da instrumentalidade do processo) – estas pressupõem requisitos incompatíveis: a instrumentalidade das formas pressupõe o descumprimento da forma processual e o atendimento do escopo do ato, enquanto a fungibilidade recursal pressupõe zona de incerteza.

A instrumentalidade das formas, como já visto, é norma prescrita pelos art. 154, 244 e 250, § 1º, do CPC e compreende a idéia de que o descumprimento das formalidades previstas pela lei processual – para a realização dos atos em geral – não terá o condão de gerar a invalidade do ato, se este, a despeito de viciado, atingir seu escopo. Em linhas gerais, com fulcro nesta norma, os vícios decorrentes da inobservância formal não são

politicamente correto (para empregar aquela linguagem usual) é um processo tecnicamente bem feito, sem embargo de produzir ou não produzir resultados coerentes com as grandes premissas constitucionais – esses, sim, verdadeiros princípios. O máximo que se pode dizer em prol de tais regras técnicas como possíveis *princípios* é que elas refletem, pelo aspecto técnico, as idéias que os princípios representam.” (*Instituições...*, vol. I, p. 196). No mesmo sentido, cf. Ana Marcato, *Princípio do duplo grau...*, p. 12.

⁴¹⁶ A doutrina majoritária entende que a fungibilidade recursal decorreria da instrumentalidade das formas. Nesse sentido, cf. Flávio Luiz Yarshell, “A fungibilidade recursal e a nova disciplina do agravo”, *Revista do Advogado* n.º 48, pp. 60-61; Vicente Greco Filho, *Direito processual civil*, v. 2, 2ª ed., p. 267; Pedro Miranda de Oliveira, “Recorribilidade da decisão...”, *RePro* 154, p. 167; Bernardo Pimentel de Souza, *Introdução aos recursos...*, 4ª ed., p. 116; Eduardo Lamy, *Princípio da fungibilidade...*, p. 148; Teresa Arruda Alvim Wambier, *Recurso Especial...*, 2ª ed., p. 70; e Gilson Delgado Miranda e Patrícia Miranda Pizzol, *Recursos no Processo Civil*, 5ª ed., p. 12. Esse também parece ser o posicionamento jurisprudencial. Cf. STJ, 1ª Seção, EREsp 197857/RJ, Rel. Min. Paulo Medina, j. 23.10.2002.

todos dotados da eficácia de nulificar o ato, têm esse efeito, tão somente, quando capazes de comprometer sua finalidade.⁴¹⁷

Assim, para ser aplicada, a instrumentalidade das formas exige (a) a identificação, num primeiro momento, de um ato viciado (*i.e.* formalmente irregular, à luz do ordenamento positivo); e (b) a identificação, num segundo momento, da finalidade deste mesmo ato, que deve ser atingida, para que seja possível afastar a declaração de nulidade/inadmissibilidade.

A fungibilidade recursal, como sabemos, visa a atender valores muito próximos aos da instrumentalidade das formas, pretendendo evitar que o processo figure como fim em si mesmo e que o formalismo impeça – sem justificativa razoável – a tutela de direito material (cf. *Capítulo III*). No entanto, serve para solucionar questões muito distintas das acima enunciadas, de modo que (a) não pressupõe os mesmos requisitos da instrumentalidade das formas; (b) não tem condições de lidar com casos de mero “descumprimento da forma”; e (c) tampouco implica a análise relativa ao atendimento, ou não, do escopo do ato processual irregular.

A fungibilidade é uma técnica destinada a solucionar os problemas gerados pela incerteza na técnica processual, e não para garantir a validade e a eficácia dos atos processuais irregulares, como o é a instrumentalidade das formas. Pressupõe uma crise de adequação ou uma crise de interpretação, e não o mero descumprimento formal.⁴¹⁸

⁴¹⁷ Nesse sentido, cabe trazer à baila a advertência de Dinamarco, segundo o qual a instrumentalidade das formas não é fenômeno que se confunde com a instrumentalidade do processo. Para o processualista, o “princípio” da instrumentalidade das formas “contém-se todo ele inteiro na teoria do processo, como instituto jurídico. A teoria do *processo*, nesse sentido, inclui a dos seus sujeitos e do seus atos e estes são disciplinados na sua forma e nos seus possíveis *vícios*; aqui é que entra o temperamento trazido pela percepção de que as formas constituem um instrumento a serviço do objetivos, não sendo racional nem legítima a nulificação do ato viciado quando o objetivo tiver sido obtido. Como se vê, trata-se de diretriz importantíssima, mas ainda visivelmente endo-sistemática, não se confundindo com a instrumentalidade que é o tema das presentes investigações. Esta tem em comum com a instrumentalidade das formas o seu *endereço negativo*, ou seja, a função de advertir para as limitações funcionais (das formas, lá: aqui, do próprio sistema processual).” (*A Instrumentalidade...*, 12ª ed., pp. 325-326).

⁴¹⁸ Do seguinte modo, Barbosa Moreira identifica as situações jurídicas abrangidas pela fungibilidade recursal: “A verdade é que nem sempre se mostra perfeita a redação das leis (...). Pode acontecer que a falta de clareza justifique dúvida na escolha do recurso adequado, gerando incertezas que se refletem na doutrina e na jurisprudência. É também concebível que a dúvida se origine do teor da própria decisão: por exemplo, o juiz dá a denominação de ‘sentença’ a uma decisão de discutível enquadramento na definição legal do ato (art. 162, § 1º), induzindo aquele que pretende impugná-la à opção, igualmente discutível, pelo recurso correspondente (apelação: art. 513). Em semelhantes hipóteses, não se afigura razoável prejudicar o recorrente que opta por uma ou por outra vias excogitáveis. Daí o bem conhecido expediente de admitir, sob certas condições, que se processe e se julgue o recurso efetivamente interposto, ainda que ao ver do órgão

Por isso, o enunciado: um recurso poderá ser recebido pelo outro, desde que ausente má-fé ou erro grosseiro (presente dúvida objetiva), jamais poderia ser extraído da regra da instrumentalidade das formas. A despeito de as citadas normas atenderem a propósitos similares, são elas, essencialmente, distintas.

74. *Fungibilidade recursal: fundamentos legais*

Até o momento restou muito claro que a fungibilidade recursal é uma regra, e não um princípio, e que essa regra, por sua vez, não decorre logicamente da instrumentalidade das formas, na medida em que possui pressupostos e atende a finalidades distintas. Feitas, portanto, essas constatações, e considerando a corrente aplicação dessa regra pela doutrina e pela jurisprudência, resta questionar: quais seriam os fundamentos legais da fungibilidade recursal? A partir de quais enunciados seria possível extrair seu conteúdo?

Como veremos, as hipóteses de fungibilidade recursal, todas elas, se subsomem aos conceitos de crise de adequação e crise de interpretação na técnica processual (hipóteses de incerteza ou dúvida objetiva). Estas crises, por sua vez, como estudamos no Capítulo V, configuram justa causa, nos termos do § 1º do art. 183 do CPC. Com efeito, os enunciados deste dispositivo, devidamente associados às técnicas da instrumentalidade das formas e do saneamento de irregularidades, constituirão a base jurídica da fungibilidade recursal no sistema do CPC de 1973.

Assim, verificando hipótese de incerteza, deverá o juiz proclamar seu entendimento quanto ao recurso cabível para, depois disso e, se necessário, flexibilizar a preclusão temporal e permitir que a parte emende ou retifique seu recurso, adotando a posição que reconheceu como adequada. A emenda ou retificação, nesse caso, poderá ocorrer mesmo depois de transcorrido o prazo recursal, tendo em vista ser a situação de incerteza considerada “justa causa” para a mitigação do requisito “tempo” no processo (CPC, art. 183, § 1º).⁴¹⁹

jugador outro devesse ter sido utilizado. Costuma-se aludir a isso empregando a expressão ‘fungibilidade dos recursos’. (“Restrições ilegítimas...”, *Temas...: Nona Série*, p. 272).

⁴¹⁹ Conforme a lição de Barbosa Moreira, eventuais irregularidades formais no recurso podem ser supridas dentro do prazo recursal (*Comentários...*, vol. V, 11ª ed., p. 427). Em sentido contrário, Flávio

Partindo, portanto, das premissas enunciadas, temos que a regra da fungibilidade recursal pode ser enunciada da seguinte forma: se um recurso for interposto em zona de incerteza, estará o juiz proibido de declarar sua inadmissibilidade, devendo, antes disso, revelar qual recurso entende como adequado e tomar as providências para que a parte, se ainda não o fez, interponha o recurso indicado como correto e cumpra os requisitos formais apontados pelo juiz da causa.

75. Requisitos para aplicação da fungibilidade recursal

Seguindo a herança do art. 810 do CPC de 1939, são tradicionalmente elencados quatro requisitos fundamentais para a aplicação da fungibilidade recursal, quais sejam: (a) ausência de má-fé; (b) existência de dúvida objetiva; (c) ausência de erro grosseiro; e (d) observância do prazo do recurso adequado.⁴²⁰ Ocorre, porém, que à luz das premissas acima colocadas (CPC, art. 183, §§ 1º e 2º), somente poderá existir um requisito para a aplicação dessa norma: a incerteza.

Senão vejamos.

Em primeiro lugar, as expressões “dúvida objetiva” e “ausência de erro grosseiro” indicam, na realidade, o mesmo fenômeno. Flávio Cheim Jorge, nesse sentido, aponta que “se existe dúvida objetiva quanto à interposição de recurso contra determinada decisão, havendo divergência jurisprudencial ou doutrinária, ou, ainda, se a lei causa confusão às

Cheim Jorge, com fundamento na preclusão consumativa, entende ser impossível complementar o recurso depois de interposto (*Teoria geral dos recursos cíveis*, 3ª ed., pp. 147-148).

⁴²⁰ No mesmo sentido é a jurisprudência do STJ: “(...) Conforme já sedimentado na jurisprudência desta Corte, a aplicação do princípio da fungibilidade recursal demanda, além da não configuração da má-fé da parte, a existência de dúvida objetiva na doutrina e na jurisprudência, a ausência de erro grosseiro na interposição, e a observância do prazo do recurso adequado. - Diante da ausência de dúvida objetiva e do reconhecimento de erro grosseiro na espécie, mostra-se inviável a incidência do princípio da fungibilidade recursal na hipótese dos autos. Recurso especial provido”. (STJ, 3ª T., REsp 1026021/SP, Rel. Ministra Nancy Andrihij, 17/04/2008); “(...) Ainda que pertinente a existência de dúvida quanto ao recurso a ser utilizado contra decisão que indefere parcialmente a inicial, na hipótese não se pode falar na aplicação do princípio da fungibilidade recursal, que exige o cumprimento de mais dois requisitos: ausência de erro grosseiro e que o recurso erroneamente interposto, tenha sido protocolado dentro do prazo do recurso que se quer seja admitido. Este último requisito não pode ser comprovado dos elementos trazidos aos autos, uma vez que o recorrente não cuidou de juntar a certidão da intimação da decisão atacada via tal recurso. Incidência da Súmula 7/STJ. II - Precedentes: REsp nº 641.431/RN, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ de 17/12/2004, REsp nº 117.429/MG, Rel. Min. ADHEMAR MACIEL, DJ de 09/06/1997, AgRg nos EREsp nº 588.006/SC, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, DJ de 13/12/2004. III - Agravo improvido”. (STJ, 1ª T., AgRg no REsp 920.389/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, j. 17/05/2007).

partes, a interposição de um recurso ao invés de outro tido como correto pelo tribunal não pode ser considerado erro grosseiro. E mais, se inexistir erro grosseiro é porque existe dúvida objetiva quanto ao recurso cabível na espécie”.⁴²¹

De fato, se há incerteza, devemos pautar como razoável a opção, feita pelo recorrente, em favor de qualquer um dos meios processuais colocados em dúvida. Na falta de parâmetros objetivos, capazes de fornecer segurança aos sujeitos processuais, a escolha de um tipo recursal, em detrimento de outro, torna-se legítima e, por este motivo, sequer poderia ser classificada como um “erro”, muito menos como um “erro grosseiro”. A dúvida objetiva, portanto, é requisito que, uma vez identificado, afasta por completo a possibilidade de “erro grosseiro”.

Em segundo lugar, pressupondo-se a incerteza, também a má-fé se descaracteriza. Partindo do pressuposto de que, nesses casos, seria plenamente razoável que a parte optasse por um recurso em detrimento de outro, resta claro que não será possível imputar uma conduta dolosa ao recorrente. Exatamente porque há incerteza quanto ao recurso cabível, não poderíamos falar que o recorrente teria pretendido obter benefício ilícito ao optar por um recurso, em detrimento de outro.⁴²²

A má-fé, se existir, não terá qualquer relação com a incerteza ou com a escolha feita pela parte em relação ao recurso manejado. De fato, a conduta dolosa da parte poderá ocorrer mesmo nos casos em que a técnica processual não sofre da falta de objetividade e, portanto, não deverá impedir a aplicação da fungibilidade, mas justificar sanções previstas pelo próprio Código de Processo Civil aos sujeitos que se utilizam ilícita ou abusivamente do processo, conforme arts. 17, 18, 538, par. único, e 557, § 2º.⁴²³

⁴²¹ Conclui o processualista afirmando que o que interessa para a aplicação da fungibilidade recursal “é que exista divergência ou na doutrina ou na jurisprudência, ou ainda que o próprio texto legal possa levar o recorrente a interpor o recurso tido como errado ao invés do correto”. (*Teoria geral dos recursos cíveis...*, 3ª ed., p. 213). No mesmo sentido, cf. Teresa Arruda Alvim Wambier, *O novo regime do agravo*, 2ª ed., p. 112.

⁴²² Cf. Teresa Arruda Alvim Wambier, *O novo regime do agravo*, 2ª ed., p. 109.

⁴²³ Nesse sentido, Araken de Assis sustenta que a fungibilidade recursal é alheia à avaliação da má-fé do recorrente, que poderia ocorrer, inclusive, se a parte tivesse se utilizado do recurso proclamado correto pelo juiz da causa. “A parte pode interpor o recurso próprio e, nada obstante, recorrente de má-fé – praticando o ato com intuito protelatório (art. 17, VII). A sanção a tais recursos se encontra no art. 18”. (*Manual dos Recursos*, 2007, p. 92).

Por fim, também não prevalece a exigência, ainda predominante, no sentido de que, para a aplicação da fungibilidade recursal, seria necessária a obediência ao prazo do recurso pautado como correto, pelo juiz da causa.⁴²⁴

Os que sustentam essa posição, argumentam que o recebimento de um recurso, após decorrido o prazo legal, representaria ofensa à preclusão temporal e, em determinados casos, até à coisa julgada. Já nos referimos, neste trabalho, às lições de João Claudino de Oliveira e Cruz e Pontes de Miranda, para os quais o recebimento do recurso, depois de decorrido o prazo do recurso “adequado”, “seria uma permissão ilegal de dilatação dos prazos”.⁴²⁵

De fato, se tomarmos como referência a posição adotada pelo Tribunal, quanto ao recurso cabível, poderíamos cogitar a intempestividade do recurso interposto em prazo superior ao limite do recurso reconhecido como correto. Haveria, sim, um descumprimento do prazo legal, com a possibilidade de se caracterizar a preclusão temporal ou a coisa julgada.

No entanto, como já visto, a situação de incerteza configura hipótese de justa causa e, por este motivo, permite a flexibilização do critério “tempo” no processo (devolução do prazo), circunstância que impede a formação da preclusão temporal e que autoriza a admissão ou retificação do recurso interposto a “destempo”. Com efeito, estando diante dessas hipóteses, teremos fundamentos suficientes para permitir que o recurso “intempestivo”, mas interposto dentro da “zona de incerteza”, seja admitido pelo Tribunal. A incerteza será justa causa a permitir que o processo volte ao *staus quo ante* (CPC, art. 183, §§ 1º e 2º).

Concluimos, assim, que a fungibilidade recursal, para ser aplicada, pressupõe apenas situação de incerteza na técnica processual, que (a) impeça o recorrente de identificar, no momento da interposição do recurso, apenas um meio adequado

⁴²⁴ A respeito da atual posição da doutrina e da jurisprudência sobre o assunto, cf. Araken de Assis, *Manual dos Recursos*, 2007, pp. 93-94. A respeito dessa posição, tomada à luz do CPC de 1939, cf. Barbosa Moreira, *O juízo de admissibilidade...*, 1968, pp. 50-52.

⁴²⁵ Cf. João Claudino de Oliveira e Cruz, *Dos recursos no código de processo civil*, p. 31; Pontes de Miranda, *Comentários...*, tomo XI, 2ª ed., p. 50; Pedro Batista Martins, *Recursos e processos da competência...*, 1957, pp. 167-168; e Seabra Fagundes, *Dos recursos em matéria civil*, 1946, pp. 167-168.

(divergência ou defeito na lei); ou que (b) legitime seu equívoco, nos casos de erro do Estado.⁴²⁶

76. Exemplos de aplicação da norma: procedimento a ser seguido

Vimos, até o momento, que nas hipóteses de fungibilidade recursal, o juiz, identificando que a parte optou por um recurso que considera inadequado, deverá desconsiderar a preclusão temporal, recebendo o recurso intempestivo ou intimando a parte a repetir ou retificar seu ato. O procedimento que propomos, com efeito, concilia a flexibilização da intempestividade com duas técnicas já estudadas no Capítulo II: a instrumentalidade das formas e o dever de saneamento das irregularidades.

Com efeito, para analisarmos a aplicação dessa regra, trataremos de algumas hipóteses corriqueiras de aplicação da fungibilidade recursal, cuidando do procedimento a ser seguido para a solução desses casos.

77. Incerteza entre agravo e apelação

Desde a edição do CPC de 1939 vimos que a principal crise de interpretação, estabelecida no âmbito dos recursos, diz respeito ao cabimento da apelação ou do agravo, problema que permanece, ainda que em menor grau, sob a égide do CPC de 1973, especialmente depois da reforma de 2005.

⁴²⁶ Ao sustentarmos essa posição, embora sob fundamento distinto, não fugimos das posições tradicionalmente tratadas pela doutrina e pela jurisprudência como hipóteses de “fungibilidade recursal”, quais sejam: (a) quando a doutrina ou a jurisprudência divergem a respeito do cabimento de um ou de outro recurso; (b) quando um novo texto legal tem imprecisões relevantes; (c) quando o juiz intitula erroneamente seu ato, confundindo as partes a respeito do recurso cabível; ou, ainda, (d) quando o Estado (administração do Poder Judiciário) ou os auxiliares do juiz realizam atos – normalmente irregulares – capazes de gerar expectativas falsas nas partes, contribuindo para que estas atuem invalidamente dentro do processo. Essa é exatamente a lição de Bernardo Pimentel Souza: “havendo divergência na doutrina ou na jurisprudência acerca do recurso cabível, ou induzindo a própria legislação ao cometimento do equívoco, tem-se por satisfeita a exigência da dúvida objetiva, sendo escusável a troca no oferecimento do recurso correto. Também é aceitável o erro na interposição quando o próprio julgador confere ao respectivo pronunciamento título incompatível com o conteúdo da manifestação judicial, ocasionando dúvida razoável sobre a via recursal”. (*Introdução aos recursos cíveis...*, 3ª ed., p. 117).

Em relação ao sistema vigente, podemos citar o exemplo das incertezas quanto à identificação dos recursos adequados a impugnar os atos do juiz que, com base nos arts. 267 ou 269 do CPC, reconhecem a ausência dos pressupostos do julgamento de mérito, em relação a parte dos pedidos ou dos litisconsortes (CPC, art. 267), ou, ainda, julgam (antecipadamente) parte pedidos formulados (CPC, art. 269). A jurisprudência ainda arrola como caso de incerteza (crise de interpretação) as hipóteses nas quais o juiz concede antecipação de tutela no corpo da própria sentença, gerando dúvidas (ainda que infundadas) nas partes quanto ao recurso cabível para impugnar apenas esse capítulo.⁴²⁷ Outro exemplo diz respeito ao recurso cabível para impugnar as decisões que julgam a impugnação ao pedido de assistência judiciária gratuita ou, ainda, a impugnação ao valor da causa, nas quais, em princípio, poderia haver confusão quanto ao recurso adequado: apelação ou agravo?

Nestes casos, em função das divergências na compreensão dos enunciados da lei, é possível que o recorrente adote a mesma posição que venha a adotar o juiz da causa ou, ainda, que exista divergência entre essas posições. Se a parte toma a mesma posição do juiz, a despeito da incerteza reinante na matéria, sabemos que o recurso deverá ser processado exatamente como proposto, desde que presentes os requisitos de admissibilidade. Diante dos demais casos, no entanto, questionamos: como deve o juiz proceder?

É evidente que, em conformidade com as premissas já expostas neste trabalho, sendo reconhecida a zona de incerteza, não poderá o juiz declarar a invalidade/inadmissibilidade do ato. Tampouco poderá a preclusão temporal impedir que o ato – realizado a “destempo” – seja tido como válido. Assim vejamos os casos mais relevantes.

Inicialmente, há hipóteses nas quais, depois de aplicada a fungibilidade recursal (desconsideração da preclusão temporal), deverá o juiz determinar a emenda ou a retificação do ato, determinando que a parte cumpra os requisitos formais que declarou adequados. Isto se dá *e.g.* se a parte interpõe apelação e o juiz entende que o recurso cabível é o agravo de instrumento.

⁴²⁷ Cf. TJSP, 22ª C.D.Priv., Agravo de Instrumento n.º 7280966800, Relator Des. Roberto Bedaque, j. 21/10/2008.

Como sabemos, o formalismo do agravo de instrumento é nitidamente incompatível com o do recurso de apelação, exigindo a repetição ou retificação do ato. Existem diferenças quanto às custas recursais, ao local de apresentação do recurso e, principalmente, quanto à necessidade de formação do instrumento, com a juntada de cópia dos autos e comunicação do juízo de primeiro grau (CPC, art. 526).⁴²⁸ Por isso, nessa hipótese, deverá o juiz intimar o recorrente para que, no prazo de 10 dias, interponha agravo de instrumento, cumprindo todos os requisitos exigidos pelo art. 524 e ss. do CPC.

Noutros casos, tal como ocorreria se a parte interpusesse agravo de instrumento e o Tribunal entendesse cabível o recurso de apelação, poderíamos cogitar dois procedimentos distintos, (a) um com aplicação do dever de saneamento das irregularidades e (b) outro com aplicação da instrumentalidade das formas ou com a mera desconsideração no nome atribuído ao recurso.⁴²⁹

Na primeira hipótese, seguindo à risca o formalismo, o Tribunal deverá reconhecer a incerteza e relativizar a preclusão temporal (CPC, art. 183, § 2º), intimando o recorrente para que emende seu ato e interponha o recurso de apelação, na forma legal,

⁴²⁸ Nesse sentido, cf. Araken de Assis, *Manual dos Recursos*, 2007, p. 94; e Flávio Cheim Jorge, *Teoria geral...*, 3ª ed., p. 219.

⁴²⁹ Essa parece ser a linha seguida por Bruno Silveira de Oliveira, para quem "o recurso da parte – qualquer que seja o nome nele estampado – é adequado desde que sua pretensão se subsuma a norma que preveja recurso contra o tipo de decisão impugnada. Não pode o juiz, nesse cenário, deixar de operar a subsunção a pretexto algum (subtraindo do recorrente seu direito à correta aplicação da lei). Em outras palavras: pouco importa que o recorrente haja se equivocado no momento de 'dar nome aos bois'; seu direito a um juízo positivo de adequação repousa no conteúdo do ato e na circunstância de ele haver se subsumido à espécie recursal prevista contra o tipo de decisão atacada. [...] Ele, o recurso interposto - desde que impugne efetivamente a decisão proferida -, comunica ao intérprete/aplicador sua espécie ou natureza jurídica, uma vez que é a pretensão nele contida o critério para sua identificação. [...] Assim [por exemplo], qualquer que seja o nome atribuído à peça ("embargos de declaração", "contrato de arrendamento mercantil", "quadrilátero", "ornitorrinco", "*Musée du Louvre*", etc.), desde que ela impugne efetivamente uma decisão monocrática de relator, agravo regimental (ou interno, tanto faz) será. O critério de identificação das espécies postulatórias - seja demandas, seja recursos - não passa, enfim, pelos nomes que lhes hajam sido dados no caso concreto. Assim é e assim deve ser. Recapitulemos as razões para tanto. Inicialmente, porque nos domínios da filosofia há muito se desligaram os nomes das coisas a que se referem. O conhecimento científico – e falamos, agora, de qualquer ramo dele – não convive com este sincretismo pobríssimo, medievalista no pior sentido da expressão, que é confundirem-se as coisas com os nomes que lhes sejam dados. Depois, porque em todos os domínios da ciência do direito [exceção feita aos títulos de crédito] se despreza o 'batismo' do ato jurídico. Noutras palavras: nenhum ato jurídico tem sua identidade reduzida ao *nomen juris* nele gravado. *Last, but not least*, porque não se explica (e, pois, não se justifica) empregar critérios distintos para a identificação de dois gêneros da mesma classe: as demandas e os recursos. Quanto àquelas, desde pelo menos o alvorecer do processo canônico já se tomava por indiferente o *nomen juris* que lhes fosse apostado; quanto a estes, porém, vimos que é da tradição de nossa praxe (tradição que remonta, pelo menos, ao sistema recursal do CPC/1939) identificá-los segundo o epíteto de suas petições. *Data maxima venia*, a diversidade de critérios não tem razão alguma de ser". (*Contribuição ao estudo do ato postulatório...*, inédito, pp. 63-74).

perante o juízo de primeira instância.⁴³⁰ Na segunda, no entanto, poderá reconhecer a incerteza e, se necessário, flexibilizar a preclusão temporal (CPC, art. 183, § 2º) para, posteriormente, aplicando a instrumentalidade da formas, proceder diretamente ao julgamento do mérito do recurso. Isso ocorreria se, nos autos do agravo de instrumento, estivessem presentes todos os elementos necessários para o julgamento do recurso de apelação, de modo que a determinação de retorno dos autos ao primeiro grau, com a remessa posterior dos mesmos elementos ao Tribunal, configuraria enorme desperdício de esforços (CPC, art. 249, §1º).⁴³¹

Nesse caso, tanto um recurso de apelação quanto um recurso de agravo, devidamente regulares, contarão com os mesmos fundamentos e com os mesmos pedidos, de reforma ou anulação do mesmo ato judicial. Além disso, a despeito do local de interposição ser distinto, ambos os recursos deveriam ter seu mérito julgado pelo Tribunal, não trazendo prejuízo às partes a supressão do juízo de admissibilidade prévio, feito pelo juízo de primeiro grau. Por fim, as custas processuais (preparo e porte e remessa), cujos valores são normalmente distintos, poderão ser retificadas pelo recorrente depois do recebimento do agravo como apelação, nos termos do art. 511, § 2º, do CPC.

Há, inclusive, casos nos quais a aplicação da instrumentalidade das formas, aliada, ou não, à flexibilização da preclusão temporal (que será necessária apenas se o recorrente interpor seu recurso além do prazo do recurso “correto”), resta ainda mais clara. Vejamos a possibilidade de incerteza entre apelação e agravo retido.

À exceção do prazo recursal e de eventuais distinções relativas às custas, não há incompatibilidades entre o formalismo desses dois tipos recursais. Eles deverão contar com nomes das partes, razões de reforma ou anulação e pedido recursal, devidamente especificado (CPC, art. 513). Além disso, serão interpostos, ambos, perante o juízo de

⁴³⁰ Nesse sentido é a posição de Barbosa Moreira: “se o recorrente apelou, e o juízo *a quo* pensa que o caso é de agravo, toca-lhe mandar que a petição seja desentranhada dos autos e remetida ao órgão *ad quem*, para o devido processamento como agravo, asseguradas naturalmente às partes todas as oportunidades previstas na lei para esse recurso. Vindo o tribunal a considerar que a hipótese era mesmo de decisão apelável, determinará a remessa do instrumento ao órgão inferior, para que o recurso seja processado como apelação. Tal providência pode ser tomada pelo próprio relator do recurso, por aplicação analógica do disposto no art. 527, nº II, quanto à conversão do agravo de instrumento em agravo retido. Vejamos o caso inverso: a parte interpôs agravo de instrumento, e o tribunal entendeu que a decisão era apelável. A solução é igualmente a remessa ao órgão *a quo*, para que faça processar o recurso como apelação. Nos mesmos termos acima expostos, pode o relator determinar a providência. Ilegítima seria, em todo caso, a restrição ao conhecimento do recurso, desde que afastada a hipótese de ‘erro grosseiro’.” (“Restrições ilegítimas...”, *Temas de direito processual: Nona Série*, pp. 273-274).

⁴³¹ Cf. Flávio Cheim Jorge, *Teoria geral...*, 3ª ed., pp. 219-220.

primeiro grau (CPC, arts. 514 e 523). A única distinção relevante entre esses tipos recursais seria o nome atribuído à petição.

Por este motivo, estando diante de uma situação de incerteza entre apelação e agravo retido, depois de desconsiderada (ou não) a preclusão temporal, não será sequer necessária a intimação da parte para emendar ou retificar seu ato, bastando o efetivo recebimento de um recurso na condição de outro.⁴³²

78. *Apelação e embargos infringentes (LEF)*

Outro caso de incerteza na técnica processual diz respeito ao cabimento do recurso de apelação ou do recurso de “embargos infringentes de alçada”, para o fim de impugnar as decisões que extinguem o processo de execução fiscal ou decidem o mérito dos embargos à execução.

Nos termos do art. 34 da Lei n.º 6.830/80, as sentenças proferidas nos autos de execução fiscal, com valor da causa inferior a 50 Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional, ou nos autos dos correspondentes embargos à execução, são impugnáveis pelo recurso de embargos infringentes de alçada, e não pelo recurso de apelação, que será cabível apenas se o valor da causa ultrapassar o mencionado limite.⁴³³

Até esse ponto, com efeito, resta muito clara a prescrição legal e a identificação da hipótese de cabimento de cada um dos recursos. Ocorre, porém, que há relevante divergência na identificação da quantia que, hoje, corresponderia a 50 ORTNs. Isto porque este índice foi sucessivamente substituído pela OTN, pela BTN e finalmente pela UFIR, entendendo alguns tribunais que 50 ORTNs representariam hoje 308,5 UFIRs e outros

⁴³² Essa hipótese resta mais interessante quando verificamos que, por força da instrumentalidade das formas e independentemente de qualquer situação de incerteza, seria possível o recebimento do agravo retido como apelação, e vice versa. Para tanto, bastaria que, em todas as hipóteses, o prazo do recurso correto fosse observado e que não existisse efetivas incompatibilidades formais entre os recursos, é dizer, que a distinção se referisse ao nome.

⁴³³ Lei n.º 6.830/80: “Art. 34 - Das sentenças de primeira instância proferidas em execuções de valor igual ou inferior a 50 (cinquenta) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTN, só se admitirão embargos infringentes e de declaração. § 1º - Para os efeitos deste artigo considerar-se-á o valor da dívida monetariamente atualizado e acrescido de multa e juros de mora e de mais encargos legais, na data da distribuição. § 2º - Os embargos infringentes, instruídos, ou não, com documentos novos, serão deduzidos, no prazo de 10 (dez) dias perante o mesmo Juízo, em petição fundamentada. § 3º - Ouvido o embargado, no prazo de 10 (dez) dias, serão os autos conclusos ao Juiz, que, dentro de 20 (vinte) dias, os rejeitará ou reformará a sentença”.

tribunais entendendo que o mesmo valor corresponderia a 283,43, 311,50 e 444,85 UFIRs.⁴³⁴

Tais circunstâncias, com efeito, propiciam crise de certeza (crise de adequação), que autoriza, também nesse caso, a aplicação da fungibilidade recursal.⁴³⁵

Aqui, a forma de processamento da fungibilidade recursal em muito se aproximará da situação de dúvida objetiva entre agravo retido e apelação. A despeito do prazo e de eventuais distinções quanto às custas processuais (que poderão ser solucionadas por técnicas específicas), os dois recursos contam com os mesmos requisitos de admissibilidade: legitimidade e interesse para recorrer, petição fundamentada, pedido recursal e interposição perante o juízo *a quo*, circunstância que permitirá o processamento de um recurso pelo outro, sem a necessidade de emenda ou retificação do ato.

Caberá, portanto, ao órgão responsável pela admissibilidade recursal detectar a zona de incerteza, flexibilizar a preclusão temporal e, se necessário, processar o recurso da forma que entender adequada.

79. Embargos infringentes e recursos excepcionais

Outro exemplo de crises no âmbito recursal se estabelece em relação aos embargos infringentes (CPC, art. 530) e os recursos excepcionais, trazendo duas consequências relevantes.

As crises quanto ao cabimento dos embargos infringentes podem levar (a) à declaração de inadmissibilidade desse recurso, circunstância que impedirá a parte de interpor recurso especial ou extraordinário (salvo para discutir a decisão que inadmitiu seu

⁴³⁴ Nesse sentido, vejamos constatação feita por Bernardo Pimentel Souza: “há séria divergência quanto ao valor do teto de alçada: o Superior Tribunal de Justiça adotou como parâmetros 308,50 e 311,59 Unidades Fiscais de Referência; o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul prestigiou o padrão de correção consubstanciado em 308,50 Unidades Fiscais de Referência; o Tribunal de Justiça do Distrito Federal fixou o teto em 444,85 Unidades Fiscais de Referência; o Tribunal de Justiça de Minas Gerais e o Tribunal Regional Federal da 2ª Região assentaram o limite de alçada em 283,43 Unidades Fiscais de Referência”. (*Introdução aos Recursos Cíveis...*, 3ª ed., p. 122).

⁴³⁵ Daí Bernardo Pimentel Souza concluir que “diante da evidente dúvida objetiva existente quanto ao valor correspondente ao teto de alçada, o princípio da fungibilidade sempre deve ser aplicado, vale dizer, tanto na errônea interposição de apelação em vez dos embargos infringentes de alçada quanto na equivocada interposição de embargos de alçada no lugar do recurso apelatório” (*Introdução aos Recursos Cíveis...*, 3ª ed., p. 122).

recurso); ou (b) podem justificar a sua não apresentação, optando a parte por interpor diretamente o recurso excepcional que, por sua vez, poderá ser inadmitido, sob o argumento de não terem sido esgotadas as instâncias ordinárias (Súmula 270 do STJ).

Há, de fato, dois exemplos práticos que demonstram a existência de crises de certeza quanto ao cabimento dos embargos infringentes.

O primeiro diz respeito a vários precedentes do STJ que admitem embargos infringentes contra acórdão que julga agravo de instrumento. Esta Corte fixou o entendimento pelo qual os embargos infringentes seriam cabíveis contra acórdãos interlocutórios, provenientes de agravo de instrumento, desde que estes apreciassem, por maioria de votos, “questões de mérito”.⁴³⁶ Ao entender desse modo, o STJ criou, não apenas, (a) uma crise de adequação, tendo em vista as já mencionadas dificuldades de se conceituar o que seja “mérito” no processo, como também (b) uma crise de interpretação, na medida em que tal entendimento “contraria” texto legal (CPC, art. 530) e não é seguido pela totalidade dos tribunais da federação.⁴³⁷

O segundo exemplo, por sua vez, ocorre em relação ao cabimento de embargos infringentes contra acórdão que decide a respeito de verbas sucumbenciais.⁴³⁸ A Corte Especial do STJ, nesse sentido, é firme ao reconhecer que “para efeito de cabimento de embargos infringentes (CPC, art. 530), considera-se como sendo de mérito apenas a parte da sentença que trata da matéria principal da demanda, não a que diz respeito a matéria acessória, como é a sucumbência”.⁴³⁹ Porém, noutros precedentes, o próprio STJ excetua a regra que criou, entendendo que se o recurso de apelação tratar, apenas, dos honorários advocatícios, e se esse recurso for provido por maioria, para reformar a sentença, serão então cabíveis os embargos infringentes.⁴⁴⁰

Com base nesse entendimento, podem surgir graves surpresas ao jurisdicionado. A parte, direcionando-se à jurisprudência dominante do STJ, identifica não serem cabíveis

⁴³⁶ A Corte Especial do STJ, no julgamento dos embargos de divergência em recurso especial n.º 276.107/GO, cuidando de embargos infringentes interpostos contra acórdão de agravo de instrumento que, por maioria de votos, reformou decisão que “julgou improcedente” exceção de pré-executividade e extinguiu o processo de execução, entendeu ser o conteúdo da decisão relevante para definir o cabimento dos embargos infringentes, aplicando o enunciado da Súmula 255 ao caso e admitindo o recurso de embargos infringentes. No mesmo sentido, cf. STJ, 1ª T., Resp 1016838/PR, Relator Min. José Delgado, j. 20.05.2008.

⁴³⁷ Cf. TJSP, 1ª C.D.Priv., Agravo n.º 5553334203, Relator Luiz Antonio de Godoy, j. 17/03/2009.

⁴³⁸ Cf. Leonardo José Carneiro da Cunha, “Embargos infringentes...”, *RePro* 154, p. 156.

⁴³⁹ Cf. STJ, Corte Especial, AgReg. nos EREsp. 821.166/SC, Rel. Min. Aldir Passarinho, DJ de 11.12.2006.

⁴⁴⁰ Cf. STJ, 1ª T, REsp 710.940/RS, Min. Francisco Falcão, j. 06.04.2006.

embargos infringentes em relação ao capítulo da sentença que decide sobre verbas sucumbenciais e, por este motivo, deixa de interpor este recurso em segundo grau. Porém, o STJ, com fundamento na exceção criada à regra (que já seria uma exceção à lei), inadmite o recurso especial, dizendo que a parte deveria ter “esgotado as instâncias ordinárias”. A situação descrita, com efeito, não é hipotética e aconteceu realmente. No julgamento do Agravo Regimental n.º 945469/SP, de Relatoria da Ministra Eliana Calmon, a 2ª Turma do STJ inadmitiu recurso especial interposto contra acórdão que, por maioria de votos, reformou sentença que decidiu sobre verbas sucumbenciais. Para tanto, entendeu que, ao não ter interposto embargos infringentes, o recorrente teria ofendido o “princípio do esgotamento de instância” (Súmula 207). Nesse aresto, o Tribunal argumentou de que, a despeito de a Corte Especial do STJ ter firmado seu entendimento no sentido de que não seriam cabíveis embargos infringentes para impugnar questões relacionadas a honorários advocatícios, o mesmo raciocínio não se aplicaria aos casos em que a apelação que devolver ao Tribunal tão somente essa matéria, onde, segundo ele, “a sucumbência passou a ser o próprio mérito da demanda”.

Em todos os casos narrados, as partes são verdadeiramente colocadas diante de armadilhas processuais. Não têm parâmetros seguros para avaliar qual recurso seria o adequado e correm o risco de terem seus recursos inadmitidos com base na posição individual do julgador.

Haverá, portanto, dúvida objetiva (a) tanto nas hipóteses em que optamos por opor embargos infringentes; (b) quanto nas hipóteses em que interpomos diretamente o recurso especial ou o recurso extraordinário. Com efeito, aplicando as premissas desenvolvidas neste trabalho, não poderíamos concordar com a inadmissão dos recursos interpostos em tais circunstâncias.

No primeiro caso, entendendo o Tribunal que o recurso de embargos infringentes não seria cabível, deverá desconsiderar a preclusão temporal e intimar a parte para interpor, no prazo de 15 dias, seu recurso excepcional. No segundo caso, ao receber o recurso excepcional e entender que a parte deveria, antes, ter interposto embargos infringentes, deverá o órgão competente para a admissibilidade do recurso especial ou do recurso extraordinário (TJ, TRF, STJ ou STF), devolver a oportunidade de oferecimento de embargos infringentes, de modo que a parte possa esgotar as instâncias ordinárias. Isso, evidentemente, após demonstrada a situação de incerteza.

80. *Direito intertemporal e crises de adequação na técnica recursal*

As reformas processuais não geram crises de certeza, apenas, ao colocarem em vigor textos legais viciados pela dubiedade e imprecisão. Elas, também, por regularem situações jurídicas pendentes – como os processos em curso – podem gerar incertezas quanto à aplicação, ou não, no caso concreto, de suas novas regras.⁴⁴¹

Flávio Cheim Jorge, Fredie Didier Jr. e Marcelo Abelha Rodrigues identificam esta questão ao afirmarem que “a farta miríade de problemas atinentes aos processos pendentes, justamente porque, como já se disse – em razão da complexidade do conceito de processo, uma entidade multifacetária –, fica por vezes muito difícil identificar onde e quando existe uma situação jurídica consumada num feito pendente, para saber se se deve respeitar, naquele caso específico, o princípio da irretroatividade e do respeito ao direito adquirido”.⁴⁴²

Há exemplo prático e recorrente. Sabemos que hoje, por força do art. 475-H, do CPC, as decisões proferidas em sede de liquidação de sentença são recorríveis de agravo de instrumento, enquanto, sob a égide do revogado art. 520, III, do CPC, eram recorríveis de apelação. Do mesmo modo, nas execuções fundadas em título judicial, as decisões que julgavam o mérito das defesas do executado, sob a égide do antigo art. 736 (embargos à execução), eram, todas elas, impugnáveis por apelação, enquanto que hoje, contra as decisões que rejeitam ou acolhem parcialmente a defesa do executado (impugnação), o recurso cabível é o agravo de instrumento (CPC, art. 475-M, §3º).

Nesse ponto, de fato, a legislação é clara, não deixando maior margem para divergência. Identificamos com precisão os recursos adequados a cada uma das situações-modelo que se apresentam no processo. O problema, no entanto, surge em relação aos processos cuja tramitação é concomitante à alteração legislativa. Imaginemos uma liquidação de sentença ajuizada antes da vigência da nova lei, mas processada pelo juiz em conformidade com o art. 475-H do CPC. Imaginemos, ainda, embargos à execução

⁴⁴¹ Athos Gusmão Carneiro, referindo-se às lições de Rubier, Galeno Lacerda e Carlos Maximiliano, constata que o recurso cabível deverá ser analisado à luz do ordenamento jurídico vigente “no dia da sentença ou do acórdão”. Identifica, no entanto, o processualista, verdadeira dúvida a respeito do que seria “o dia da sentença ou do acórdão”. Seria ele a data em que proferida a decisão ou a data em que dela foram intimadas ou tomaram ciência as partes (*Lei nova e admissibilidade de recursos*, RePro 108, pp. 217 e ss.).

⁴⁴² *A terceira etapa da reforma...*, 2006, p. 12.

fundada em título judicial, também ajuizados antes da reforma, mas processados, pelo juiz da causa, como impugnação (CPC, art. 475-J). A essas situações, muitas outras podem ser acrescidas, todas elas representando problemas práticos na aplicação da nova lei às situações jurídicas processuais pendentes.⁴⁴³

Estaríamos, em todas essas hipóteses, diante de evidente crise de adequação, a justificar, também aqui, a aplicação da fungibilidade recursal. A idéia geral é a de que, nas diferentes crises, a surgirem na aplicação das novas regras processuais, o juiz deverá estar atendo às armadilhas impostas aos litigantes, flexibilizando, sempre que possível, a preclusão temporal, de modo que evitar a declaração de inadmissibilidade dos atos processuais.

⁴⁴³ A respeito da aplicabilidade de novas regras recursais a feitos pendentes, cf. Barbosa Moreira, *Comentários...*, vol. V, 11ª ed., pp. 269 e ss.; e, tratando especificamente dos requisitos de admissibilidade recursal, cf. Athos Gusmão Carneiro, “Lei nova e admissibilidade de recursos”, *RePro* 108, p. 213 e ss.

*Capítulo VII***INCERTEZA E****AÇÃO RESCISÓRIA****81. Ação rescisória e incerteza**

Vimos no Capítulo III que o sistema processual, a despeito de prever uma série de procedimentos especiais, com requisitos estritos, não condiciona a tutela de direito material à presença desses requisitos. Existindo o direito, deverá a parte sempre ter condições de obter a tutela jurisdicional, por força do princípio do acesso à justiça e da universalidade da tutela jurisdicional. Se não puder lançar mão de “tutelas diferenciadas”, tais como o mandado de segurança, a ação monitória ou tutela executiva, poderá utilizar as vias comuns, de requisitos mais brandos, para pleitear o mesmo bem jurídico.

Contudo, à ação rescisória esse mesmo raciocínio não se aplica. A possibilidade de rescisão da coisa julgada material é considerada excepcionalíssima e a ordem jurídica acolhe este procedimento como o único meio apto a tal pretensão: toda e qualquer demanda destinada a rescindir uma sentença de mérito, transitada em julgado, deverá seguir seu procedimento. Fora dessas hipóteses, não será possível formular tal pedido.⁴⁴⁴

⁴⁴⁴ Assim é a lição de Flávio Luiz Yarshell: “Dentro dos limites anteriormente estabelecidos, tem-se como certo que as garantias constitucionais de *ação* e *da inafastabilidade do controle jurisdicional* devem ser interpretadas de sorte a delas se extrair formas de tutela ou tipos de provimento aptos a solucionar, efetiva e adequadamente, todas as situações de violação (ou ameaça de violação) de direitos e interesses protegidos no direito substancial. (...) Contudo, há casos em que a tutela – entendida como o resultado proporcionável pelo processo – é prévia e taxativamente limitada pela lei processual, que deliberadamente impõe limites à produção de certos efeitos. É o caso do provimento apto à desconstituição da sentença de mérito transitada em julgado. Daí falar-se na ação rescisória como ação típica: vista sob o ângulo do resultado decorrente da procedência de uma ação rescisória, a tutela aí prestada pode também reputar-se típica, eis que a situação de desvinculação da coisa julgada (subjativa e objetivamente) somente se obtém com base naquele provimento taxativamente autorizado pela lei” (*Tutela jurisdicional*, 2ª ed., pp. 147-149).

Com efeito, ao contrário do que ocorre em relação às demais técnicas previstas pela legislação ordinária, a ausência dos requisitos processuais da ação rescisória é um equivalente prático da ausência do direito material.⁴⁴⁵ Não tendo a parte direito ao procedimento – porque não preencheu um de seus requisitos formais – ainda que esteja ela agasalhada pelo direito material, não mais poderá ter seu pedido apreciado. Simplesmente não há outros meios – ordinários ou não – a que ela poderia recorrer.

Por isso, o reconhecimento da inadmissibilidade de uma demanda dessa natureza traz graves consequências para os litigantes, extrapolando o âmbito do processo e atingindo o direito material. Perdida a oportunidade de ajuizamento da ação rescisória, a coisa julgada ganha força e passa a se tornar soberana, irrevogável, por mais viciada que seja.⁴⁴⁶

Tal problema cresce quando observamos que, em muitos casos, a inadmissibilidade da ação rescisória pode decorrer, não de equívoco ou da desídia do demandante, mas de uma situação de incerteza a ele imposta, que, na prática, inviabiliza o cumprimento do “adequado” formalismo desta técnica processual. Na jurisprudência, são três os principais problemas que retratam tal situação.

O primeiro ocorre quando, pela má utilização da técnica pelos tribunais, não sabemos se determinado recurso teve seu mérito apreciado, ou não, e se, portanto, a decisão recorrida foi efetivamente substituída, gerando incerteza quanto ao ato a ser impugnado e quanto ao órgão competente para julgar a ação rescisória.

O segundo ocorre quando as partes interpõem recursos parciais e a coisa julgada se forma em diferentes momentos dentro do mesmo processo, gerando incerteza quanto à data do trânsito em julgado de cada capítulo da sentença e, por consequência, gerando incerteza quanto ao *dies a quo* do prazo para a ação rescisória.

⁴⁴⁵ Como leciona Rodrigo Klippel, a perda do prazo da ação rescisória não atinge, tão somente, o processo, impedindo o uso de um procedimento especial, mas também o próprio direito subjetivo à rescisão de uma sentença que contenha algum dos vícios do art. 485 do CPC. (*Ação rescisória...*, 2007, pp. 62-63).

⁴⁴⁶ Nesse sentido, Barbosa Moreira interpreta o prazo para ajuizamento da ação rescisória, não como um prazo de natureza processual, mas como um prazo decadencial que extingue o direito material, potestativo, de rescisão da sentença transitada em julgado. (*Comentários...*, vol. V., 11ª ed., p. 219). Pontes de Miranda, em sentido contrário, critica o Código Civil de 1916, que prescrevia o prazo de cinco anos para a ação rescisória, por tratar de matéria de natureza processual. (*Tratado da ação rescisória...*, 2003, p. 369).

O terceiro, por fim, ocorre quando há incerteza a respeito da admissibilidade de determinado recurso, num caso concreto, e essa incerteza somente é pacificada depois de transcorrido o prazo de dois anos para ajuizamento da ação rescisória.

Em todos esses casos, teremos crises na técnica processual (crises de interpretação e crises de adequação) que inviabilizam o adequado exercício dos direitos processuais, impondo armadilhas aos litigantes e, em muitos casos, impedindo a tutela do próprio direito material. Neste capítulo, com efeito, estudaremos estes problemas, analisando o procedimento da ação rescisória, especificidades e soluções fornecidas pela doutrina e pela jurisprudência, de modo a propormos, ao final, uma resposta balizada nas premissas desenvolvidas nesta dissertação (CPC, art. 183, §§ 1º e 2º).

82. Ação rescisória: formalismo

O ordenamento processual brasileiro, ao contrário do que ocorre em outros países, não trata dos meios de impugnação da sentença transitada em julgada como recurso. Preferiu estabelecer, para esse propósito, no art. 485 e ss. do CPC, verdadeira “ação autônoma”, chamada ação rescisória.⁴⁴⁷

Assim como os recursos, a ação rescisória é técnica processual voluntária que visa à anulação ou à reforma de uma decisão judicial, permitindo um juízo rescindente, de desconstituição do ato jurídico viciado, bem como um juízo rescisório, que visa a substituir esse mesmo ato.⁴⁴⁸ Com Barbosa Moreira, dizemos que ela tem por objeto “a desconstituição de sentença trânsita em julgado, com eventual rejuízo, a seguir, da matéria nela julgada”.⁴⁴⁹

A ação rescisória, no entanto, difere-se dos recursos, na medida em que, ao contrário destes, que apenas prolongam a litispendência, dá origem a um novo processo,⁴⁵⁰

⁴⁴⁷ A respeito do tratamento do direito estrangeiro acerca dos meios de rescisão da sentença transitada em julgado, cf. Barbosa Moreira, *Comentários...*, vol. V., 11ª ed., p. 101 e ss.; José Rogério Cruz e Tucci, *A causa pretendi...*, 2ª ed., p. 257; e Freitas Câmara, *Ação rescisória*, 2007, p. 13 e ss.

⁴⁴⁸ Cf. Flávio Luiz Yarshell, *Ação rescisória...*, 2005, pp. 28-32.

⁴⁴⁹ Barbosa Moreira, *Comentários...*, vol. V, 11ª ed., p. 100.

⁴⁵⁰ Cf. Barbosa Moreira, *Juízo de admissibilidade...*, 1968, pp. 12-13.

com petição inicial, citação, possibilidade de defesa, nova sentença e novos recursos.⁴⁵¹ De fato, o pedido de desconstituição da sentença, formulado em sede de ação rescisória, concretiza o direito abstrato de ação, sendo, portanto, uma demanda (em sentido estrito), e não um recurso ou mero incidente processual. Seu procedimento, em linhas gerais, assemelha-se ao comum ordinário, mas possui requisitos prévios, de natureza restritiva, que configuram a excepcionalidade desse mecanismo.⁴⁵²

A lei arrola determinadas situações-modelo, elencando certos vícios que, uma vez verificados, viabilizariam a desconstituição da sentença de mérito. Vejamos o art. 485 do CPC: “A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: I - se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz; II - proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente; III - resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei; IV - ofender a coisa julgada; V - violar literal disposição de lei; VI - se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória; VII - depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável; VIII - houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença; IX - fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa”.

Além disso, há outras especificidades procedimentais, relativas à competência, de natureza funcional, e ao prazo para ajuizamento desta demanda: o pedido rescisório deve ser formulado dentro do prazo de 2 (dois anos) anos, a contar da data do trânsito em julgado da sentença de mérito (CPC, art. 495). Ultrapassado esse prazo, forma-se a coisa julgada soberana, impassível de impugnação. Disso trataremos pormenorizadamente nos itens seguintes.

⁴⁵¹ Além dessa distinção, Rodrigo Klippel leciona que “em sede recursal, pelo menos com referência aos recursos ordinários (apelação, agravo, embargos infringentes etc.), o tribunal pode decidir com base em fundamentos não especificados nas razões do recurso (...). Quando se fala em ação autônoma de impugnação, há uma limitação a esses poderes cognitivos e instrutórios (...) caso o magistrado, ao julgar uma ação autônoma de impugnação como a rescisória, conheça vício não alegado, estará decidindo de forma *extra petita*, sendo, em linha de princípio, nulo seu ato” (*Ação Rescisória...*, 2008, pp. 4-5).

⁴⁵² Acerca da distinção entre recursos e ação rescisória, cf. Jorge Americano, *Da acção rescisoria*, 2ª ed., 1926, p. 12.

83. Competência para a ação rescisória

O Código de Processo Civil e a legislação ordinária nada dispõem a respeito da competência para o ajuizamento da ação rescisória. Há, no entanto, no CPC, relevantes indicativos de que a ação rescisória deverá, sempre, ser julgada por *tribunal*. Nesse sentido, Barbosa Moreira ressalta que a inserção da disciplina da ação rescisória no Título IX do CPC, que trata exatamente “Do processo nos tribunais”, demonstra que “o legislador concebeu como competente, sempre, um *tribunal*, entendida aqui esta palavra no sentido de órgão colegiado, a quem normalmente cabe o exercício da função jurisdicional em grau superior”.⁴⁵³

O raciocínio é corroborado com o disposto na Constituição Federal que, em seus artigos 102, I, “j”, 105, I, “e” e 108, I, “b”, determina serem o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça competentes para apreciar as ações rescisórias de seus julgados e serem os Tribunais Regionais Federais competentes para o julgamento das “ações rescisórias de julgados seus ou dos juízes federais da região”.⁴⁵⁴

As Constituições dos Estados, por sua vez, regulamentam a competência de seus respectivos tribunais seguindo simetricamente os comandos da Carta Federal. Na Justiça dos Estados, com variações da competência de órgãos internos (órgão pleno, órgão especial, câmaras ou turmas reunidas), tanto as ações rescisórias ajuizadas contra sentenças proferidas em primeiro grau quanto aquelas ajuizadas contra acórdãos proferidos em segunda instância serão julgadas pelo Tribunal de Justiça.

O critério que devemos observar, com efeito, é o trânsito em julgado da sentença. Tendo a sentença transitado em julgado em primeiro grau, o julgamento da ação rescisória caberá ao tribunal competente para apreciar eventual recurso de apelação que poderia ter sido interposto contra essa mesma sentença. Tendo sido interposto recurso ordinário ou recurso excepcional, caberá ao tribunal, que analisou o seu mérito, o julgamento da ação rescisória.

⁴⁵³ *Comentários...*, vol. V., 11ª ed., p. 200.

⁴⁵⁴ Nem sempre a competência se estabeleceu desse modo, existindo, no início do século passado, jurisprudência dominante no sentido de que o órgão competente para a ação rescisória seria aquele que proferiu a decisão rescindenda. Cf. Pedro Batista Martins, *Recursos e processos de competência...*, 1957, p. 70 e ss.; e Pontes de Miranda, *Tratado da ação rescisória...*, 2003, p. 461 e ss.

Isto ocorre, pois, por força do efeito substitutivo dos recursos (CPC, art. 512), a decisão de mérito do tribunal *ad quem* substitui a decisão proferida pelo juízo *a quo*, que passa a não mais produzir qualquer efeito.⁴⁵⁵ Nessa medida, ainda que tratemos de acórdão que confirme a sentença, a ação rescisória a ser ajuizada, nesta hipótese, se direcionará contra o acórdão (que produz efeitos) e não contra a sentença (substituída), sendo o tribunal que o proferiu o órgão competente para o julgamento da rescisória. Por outro lado, se é interposto recurso contra sentença, mas este recurso vem a ser inadmitido, sem substituir a decisão recorrida, deverá ser este (decisão recorrida) o ato impugnado pela ação rescisória, e não a decisão que julgou inadmissível o recurso. E a justificativa aqui é a mesma: um recurso inadmissível não produz efeitos e, portanto, seu julgamento não tem o condão de substituir a sentença recorrida.⁴⁵⁶

84. Competência para a ação rescisória e incerteza

Como visto acima, o fato de ser um recurso admissível, ou não, é extremamente relevante para identificarmos o órgão competente para o julgamento da ação rescisória. Isto porque, não tendo sido apreciado o mérito do recurso,⁴⁵⁷ não há substituição da decisão recorrida, devendo a ação rescisória se destinar a este ato e não ao aresto que inadmitiu o recurso.⁴⁵⁸ Por conseguinte, a identificação do órgão competente para a ação rescisória deverá levar em conta a decisão recorrida, efetivamente impugnada.

⁴⁵⁵ Cf. Barbosa Moreira, *Comentários...*, vol. V, 11ª ed., p. 398 e ss.

⁴⁵⁶ Cf. Barbosa Moreira, *Comentários...*, vol. V, 11ª ed., pp. 201-202.

⁴⁵⁷ Para Dinamarco, “a locução *mérito dos recursos* designa a pretensão levada ao tribunal pelo recorrente, ou seja, o pedido de nova decisão, (a) quer essa pretensão coincida com o próprio mérito da causa (recurso com pedido de procedência do mérito onde o juiz ditara a improcedência, ou vice-versa), (b) quer o recorrente esteja pedindo ao tribunal que afaste os efeitos de uma sentença terminativa, determinando que o juiz julgue o *meritum causae* ou julgando-o ele próprio (art. 515, § 3º), (c) quer ele se limite a postular a anulação da sentença ou acórdão recorrido. Só no primeiro caso o mérito do recurso coincide com o da causa, mas sempre o mérito recursal existe, representa um conceito autônomo e sua apreciação depende do prévio juízo de admissibilidade do próprio recurso”. (*Fundamentos...*, vol. I, n. 113, pp. 261-262).

⁴⁵⁸ Com propriedade, Ricardo Aprigliano leciona que o efeito substitutivo não é, exatamente, um efeito da interposição, mas sim um efeito do julgamento do recurso. Para o processualista, “o que determina a prevalência da segunda decisão não é só o fato de ser ela proferida por órgão cuja atribuição seja exatamente o julgamento desses recursos, nem ser colegiado esse julgamento, mas, somado a esses fatores, também o fato de que a substituição ocorre porque a decisão do recurso é posterior e se utiliza da experiência adquirida em primeiro grau”. (*A apelação e seus efeitos...*, 2ª ed., pp. 307-308).

Tal conjuntura, com efeito, ganha contornos de um grande problema quando, em determinados casos concretos, por falta de técnica dos tribunais, não podemos saber se a decisão que “rejeita”, “inadmite” ou “não conhece” de um recurso apreciou seu mérito (e substituiu a decisão recorrida) ou apenas inadmitiu o recurso. Exemplo clássico dessa situação ocorre quando, em variados precedentes, os tribunais superiores “não conhecem” de recursos excepcionais sob o fundamento de não ter o acórdão recorrido ofendido a lei federal (recurso especial) ou a Constituição (recurso extraordinário).⁴⁵⁹

Nestas hipóteses, estaria configurada verdadeira crise de adequação. Não há dúvidas na interpretação do ordenamento jurídico: sabemos que, havendo julgamento do mérito e substituição da decisão recorrida, a ação rescisória deverá impugnar o aresto proveniente do órgão recursal que efetivamente julgou o mérito do recurso. Porém, no caso concreto, pela falta de técnica do órgão julgador, não saberíamos dizer se houve, ou não, julgamento de mérito.

Pela mera leitura da parte dispositiva do aresto, teríamos a idéia de que a rejeição, a inadmissão, ou o não conhecimento do recurso, representaria simples análise dos requisitos de admissibilidade recursal. Isto ocorre, pois estas expressões denotam o juízo de admissibilidade negativo.⁴⁶⁰ No entanto, analisando o conteúdo do acórdão, poderíamos chegar a conclusão distinta. Muitas vezes, a despeito de a parte dispositiva indicar o contrário, é decidida questão de mérito e são refutados fundamentos de reforma ou anulação da decisão recorrida. Assim não sabemos: houve ou não houve substituição da decisão recorrida? Qual ato judicial deve ser impugnado? Qual juízo é competente para receber a ação rescisória?⁴⁶¹

A resposta destas questões, com efeito, pressupõe a análise de um antigo problema do direito processual: ora, a decisão judicial se qualifica pela forma ou pelo conteúdo?⁴⁶²

⁴⁵⁹ Nessa linha, Barbosa Moreira identifica o desprezo pela técnica processual como problema tão grave quanto o excesso de tecnicismo e o desprezo pelo direito material. Ressalta o processualista que os tribunais de sobreposição, por anos, relutaram, negando-se a utilizar da terminologia correta a distinguir a análise do mérito recurso da análise de sua admissibilidade, em especial, nas hipóteses de recursos especiais fundados em ofensa à lei federal e de recursos extraordinários fundados na ofensa à Constituição (“Questões de técnica...”, *Temas...: Nona Série*, pp. 291-293).

⁴⁶⁰ Cf. Barbosa Moreira, “Julgamento do recurso especial...”, *Temas...: Sétima Série*, p. 95-99.

⁴⁶¹ O mesmo problema, com efeito, pode ocorrer no julgamento dos embargos de declaração, também recurso de fundamentação vinculada, onde ausência ou presença dos vícios previstos pelo art. 535, I e II, do CPC, pode ser confundida com sua admissibilidade, ensejando a rejeição ou a inadmissão do recurso quando ausentes os vícios apontados. Cf. Flávio Cheim Jorge, *Teoria geral dos recursos cíveis*, 3ª ed., p. 37.

⁴⁶² A respeito da discussão cf. Tarzia, “Sulla teoria del meistbegünstigung...”, *Rivista di Diritto Processuale* 2, 1993, p. 412

Identificamos os efeitos de uma decisão pelo que consta expressamente de sua parte dispositiva ou pelo que foi, efetivamente, decidido?

Por um lado, se admitíssemos a idéia de que os atos judiciais deveriam ser qualificados pela sua exteriorização (forma), haveríamos de concluir que uma decisão, ao “não conhecer”, ao “rejeitar” ou ao “inadmitir” um recurso diria respeito, apenas, ao juízo de admissibilidade. Isto ocorre, pois tais expressões, como já visto, indicam a idéia de que o mérito não foi decidido. Por outro lado, se entendêssemos que as decisões judiciais se qualificariam pelo seu conteúdo, teríamos de verificar a natureza das questões efetivamente decididas para concluirmos se a decisão é, ou não é, de mérito.

A jurisprudência do STF, com efeito, parece ter acolhido esta segunda posição, ao editar a Súmula 249, *in verbis*: “É competente o Supremo Tribunal Federal para a ação rescisória, quando, embora não tendo conhecido do recurso extraordinário, ou havendo negado provimento ao agravo, tiver apreciado a questão federal controvertida”.

Ao fazê-lo, a Corte, ao invés de buscar maior apuro técnico nas suas decisões, optou, nas palavras de Barbosa Moreira, por exercitar manobra de contorcionismo.⁴⁶³ De acordo com esta jurisprudência, para que possamos saber se houve, ou não, julgamento de mérito e, portanto, se o órgão de sobreposição seria competente para o julgamento da ação rescisória, não mais poderíamos confiar nas disposições da parte dispositiva do acórdão, sendo necessário adentrar à própria fundamentação e identificar se, naquele caso concreto, teria havido análise do mérito recursal.

Tal exigência dá margem a várias interpretações, propiciando grave incerteza (concreta) para o processo. De fato, é extremamente difícil verificarmos, em determinados casos, se a corte adentrou ou não ao mérito recursal, especialmente se levarmos em consideração grande parte das decisões que segue a tendência de julgamentos sumários e

⁴⁶³ Nesse sentido é a crítica de Barbosa Moreira: “Registre-se de passagem que a Corte Suprema, com certeza sob a pressão da realidade forense, que há de tê-la inundado com uma catadupa de problemas concretos, tomou a iniciativa de incluir a Súmula da Jurisprudência Predominante, sob o nº 249, proposição atinente à questão da competência, assim redigida: ‘É competente o Supremo Tribunal Federal para a ação rescisória quando, embora não tendo conhecido do recurso extraordinário, ou havendo negado provimento ao agravo, tiver apreciado a questão federal controvertida’. Para impedir os motoristas de perder-se nalgum desvio, induzidos pela placa despistadora, pôs-se, na curva seguinte, uma seta a indicar-lhes a verdadeira rota – à custa, permita-se observar, da coerência da sinalização, e ainda uma vez com ofensa à técnica. Não se concebe, na verdade, que, sem incorrer em contradição, o tribunal deixe de conhecer de um recurso a despeito de apreciar a questão central que nele se controverte: por definição, conhecer do recurso é, nada mais, nada menos, que apreciar tal questão! O exercício desse contorcionismo não seria necessário se de início se adotasse a posição correta”. (“Efetividade do processo...”, *Temas...: Sexta série*, pp. 26-27).

lacônicos. Além disso, há relevante divergência na distinção entre mérito e admissibilidade dos recursos de fundamentação vinculada. O STF e o STJ, especialmente tratando das hipóteses dos art. 102, III, “a” e 105, III, “a”, da Constituição da República, tendem a não distinguir entre o mérito e a admissibilidade do recurso extraordinário ou do especial fundado em ofensa à Constituição ou à lei federal.⁴⁶⁴

A doutrina também diverge na matéria. Barbosa Moreira sustenta que a mera alegação ou apontamento do vício, em razões recursais, aperfeiçoaria o requisito da admissibilidade. O mérito, para ele, seria julgado apenas quando investigamos a ocorrência, ou não, do vício indicado.⁴⁶⁵ Flávio Cheim Jorge, em sentido diverso, entende que a mera alegação não seria suficiente para a admissibilidade recursal. Para o processualista capixaba, “o fator determinante para a distinção entre juízo de admissibilidade e juízo de mérito dos recursos é o grau de cognição exercida pelo órgão julgador. Se a cognição for superficial, inequivocamente não se poderá dizer que houve o julgamento de mérito do recurso, no entanto, se a cognição for exauriente (verificando-se em concreto a alegação), então se poderá falar, com propriedade, no seu exercício”.⁴⁶⁶

Mas o problema não para por aí. Além das dificuldades que encontramos na qualificação jurídica do ato judicial, para sabermos se tratamos de decisão de mérito ou de admissibilidade, encontramos graves empecilhos no momento de tentarmos minimizar as consequências de tal confusão. A incerteza quanto ao momento do trânsito em julgado implica na indefinição, não apenas do órgão competente para o julgamento da ação rescisória, mas, também, e antes disso, do efetivo ato judicial a ser impugnado: decisão recorrida ou decisão recursal?

Isto se dá, pois, como leciona Barbosa Moreira, “quando o órgão *ad quem* conhece do recurso, a decisão impugnada jamais transita em julgado: ou é anulada, ou substituída

⁴⁶⁴ Barbosa Moreira, nesse sentido, sustenta que em relação às letras “b” e “c” do art. 105, III, da CF, nunca surgiu relevante dificuldade na individuação dos juízos de admissibilidade e mérito. Em relação à letra “a”, por sua vez, o processualista retrata a resistência dos órgãos de sobreposição em distinguir os dois juízos, apontando, no entanto, a tendência em alguns poucos acórdãos em fazê-lo. (“Julgamento do recurso especial...”: *Temas...: Sétima Série*, p. 103). Na mesma linha, Teresa Arruda Alvim Wambier aponta que não seria adequado afirmar que a jurisprudência do STJ não faça distinção entre mérito e admissibilidade dos recursos de fundamentação vinculada, apontando uma série de julgados onde tal diferenciação teria sido feita. (*Recurso especial...*, 2ª ed., p. 253-255).

⁴⁶⁵ Cf. Barbosa Moreira, *Comentários...*, vol. V., 11ª ed., p. 253; Nelson Nery Jr., *Teoria geral dos recursos...*, 6ª ed., p. 257; e José Miguel Garcia Medina, *O prequestionamento...*, 3ª ed., pp. 144-146.

⁴⁶⁶ *Teoria geral dos recursos...*, 3ª ed., pp. 36-37. Na mesma linha, Teresa Arruda Alvim Wambier parece distinguir a admissibilidade do mérito dos recursos de fundamentação vinculada pelo grau de cognição (*Recurso especial...*, 2ª ed., p. 248).

pelo julgamento de grau superior, seja de teor igual ou diferente; e em qualquer dessas hipóteses deixa de vigor como ato decisório. Daí se conclui que nunca terá cabimento ação rescisória contra sentença da qual se interpôs recurso conhecido”.⁴⁶⁷ A questão, portanto, não é essencialmente uma questão de competência, antes disso, o problema é identificar ato judicial que deve ser impugnado: qual sentença deve ser rescindida?

Acaso tratássemos de um problema de simples competência/incompetência, não veríamos graves consequências para o processo, apenas uma dilação temporal, com a remessa dos autos para o órgão reconhecido como competente (CPC, art. 113, § 2º). No entanto, diante de um problema de identificação do ato a ser impugnado, a ação rescisória passa a padecer de vício mais grave, ligado aos pressupostos de admissibilidade do julgamento de mérito (interesse processual), que, se não saneado tempestivamente, poderá justificar a extinção prematura do processo.⁴⁶⁸

O reconhecimento da carência, inclusive, poderia ocorrer depois do transcurso do prazo de dois anos (CPC, art. 495), impedindo que a parte re-proponha ou emende a inicial. Assim, tal estado de incerteza pode colocar os litigantes em condição extremamente desconfortável, inviabilizando, em muitos casos, a tutela do direito material.

85. Incerteza e incompetência: proposta de solução

Como visto acima, imprecisões técnicas, presentes em decisões judiciais, tornam extremamente difícil verificarmos se o tribunal julgou, ou não, o mérito do recurso e se, portanto, a decisão recursal substituiu a decisão recorrida. Tal incerteza traz graves consequências para os litigantes que pretendem ajuizar ação rescisória e não conseguem

⁴⁶⁷ *Comentários...*, vol. V, 11ª ed., pp. 117-118

⁴⁶⁸ Referindo-se aos casos em que, a despeito de o tribunal de sobreposição ter analisado o mérito do recurso, a ação rescisória é ajuizada no tribunal local, Maria Lúcia L. C. de Medeiros ressalta a posição dos tribunais, que se inclinam para a necessidade de extinção do processo sem julgamento de mérito: “Uma vez que o tribunal superior se pronunciou sobre o mérito do recurso, mesmo que o tenha feito sob o rótulo de não conhecimento, houve a substituição, a que se fere o art. 512 do CPC, de maneira que faltará à parte interesse de agir ao pedir, no tribunal local, a rescisão do acórdão do tribunal local. (...) A respeito veja-se o acórdão proferido no REsp 757.163/RS”. (“Anotações sobre a competência para julgar ação rescisória”, *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*, p. 1.032). Essa também é a posição de Dinamarco, para quem o problema narrado, antes de cuidar de uma questão de incompetência, cuidaria da falta de interesse processual/utilidade para impugnação do ato jurídico substituído, que não produziria quaisquer efeitos. (*Nova era...*, 2ª ed., p. 281).

identificar qual ato deve ser impugnado (decisão recorrida ou decisão recursal) e, por consequência, qual órgão será competente para o julgamento da ação rescisória (órgão *a quo* ou *ad quem*).

Diante destas situações, por mais diligente que seja a parte, esta não poderá se eximir do risco de tomar uma posição divergente da do órgão que, no futuro, receberá sua ação rescisória. E a consequência deste dissenso, como já visto, ultrapassaria a mera incompetência do órgão julgador, atingindo os pressupostos de admissibilidade do julgamento de mérito.

Então, o que fazer? Extinguir liminarmente o processo?

Seguindo as premissas já desenvolvidas neste trabalho (cf. *Capítulo V*), uma vez reconhecida situação de incerteza, a parte não poderá ser apenada por escolher um dentre os caminhos colocados em dúvida.

No caso tratado, portanto, o juiz não estará autorizado a extinguir liminarmente o processo, devendo buscar medidas que possibilitem a eficácia do ato da parte.⁴⁶⁹ Se tal incompatibilidade for detectada anteriormente à citação e dentro do prazo de dois anos da ação rescisória, a solução é simples: o relator, com fundamento no art. 284 do CPC, determinará que o demandante emende a petição inicial, alterando sua causa de pedir e impugnando o ato judicial que o tribunal entender eficaz. Porém, se tal incompatibilidade

⁴⁶⁹ Flávio Luiz Yarshell critica a posição daqueles que entendem pela necessidade de extinção do processo. Para o processualista “dizer que o autor é carecedor da ação rescisória pode significar o sepultamento definitivo de sua pretensão, se o ajuizamento tenha se dado no limite da consumação da decadência, caso em que não haveria mais tempo para eventual nova propositura perante o órgão competente (...). Ademais, se os próprios tribunais estão sujeitos a empregar a terminologia ‘não conhecer’ de forma equivocada, então parece não razoável exigir tal exatidão da parte interessada”. (*Ação rescisória*, 2005, p. 281). Na mesma linha, Rodrigo Barioni sustenta que a solução correta não seria a extinção do processo, mas a determinação para que o autor a emende a petição inicial, acrescendo à rescisória o pedido de rescisão do acórdão adequado. Sanado o vício, os autos serão remetidos ao tribunal competente. O processualista chega a sustentar, ainda, a possibilidade de a parte formular pedidos subsidiários, com o fim de se resguardar. (“O procedimento da ação rescisória”, *Aspectos polêmicos...*, vol. 11, p. 526). Essa também é a posição de Maria Lúcia L. C. de Medeiros, que sustenta a necessidade de intimação do ao interessado para emenda da petição inicial e, depois, da remessa dos autos para o órgão competente. A processualista fala na existência de verdadeira dúvida objetiva, decorrente “do uso da expressão *não conhecer* pelos tribunais superiores como sinônimo de improver”. E conclui: “se os tribunais superiores empregam aquela expressão em outro sentido, a parte não pode sofrer prejuízo em função disso. (...) Se o autor formulou de forma equivocada o seu pedido, no exemplo dado, esse equívoco não pode ser reputado como grosseiro, uma vez que o autor assim o fez respaldado em forte doutrina que ensina que *não conhecer* é expressão que designa juízo de admissibilidade negativo”. (“Anotações sobre a competência para julgar ação rescisória”, *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*, p. 1.033). A professora complementa, ainda, que tal possibilidade de saneamento do equívoco, haveria de ser dada, inclusive, nos casos de erro grosseiro, com fundamento no art. 284 do CPC. Refere-se, nesse sentido, a posicionamento ainda mais flexível do STF que, no julgamento do recurso especial n.º 395662, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, entendeu sequer necessária a emenda da petição inicial. (*idem*, p. 1.033, nota 22).

for detectada posteriormente à citação (sem concordância da parte contrária) ou, ainda, depois de ultrapassado o prazo de dois anos da rescisória, será necessário se utilizar da incerteza como “justa causa” para a mitigação da preclusão temporal; seja esta relativa à emenda do ato ou ao ajuizamento da rescisória.

Neste caso, a situação de incerteza configuraria “justa causa”, preenchendo todos os requisitos do art. 183, § 1º, do CPC e possibilitando a devolução do prazo ao demandante que tomou posição jurídica reconhecida como equivocada pelo tribunal.⁴⁷⁰

Em primeiro lugar, estaria presente a *imprevisibilidade*: a parte, ao interpretar o conteúdo do ato judicial, em situações limítrofes, não teria condições de prever, com a segurança necessária, qual seria a posição a ser tomada pelo tribunal quando do recebimento da rescisória. O entendimento a ser declarado pelo relator, ao analisar a admissibilidade do ato da parte, seria simplesmente imprevisível no momento da realização do ato.

Em segundo lugar, a parte que é colocada nessa situação, não contribui, com sua conduta, para o estado de incerteza (*involuntariedade*). A incerteza, como visto, é provocada por ato deficiente do Estado, que agiu com imprecisão ao julgar o recurso e impôs armadilha aos litigantes.

Por fim, está presente a relação de *causalidade*: é exatamente em função da incerteza, gerada no caso concreto, que a parte pode vir a se “equivocar” quanto à identificação do ato adequado. Se o acórdão que julgou o mérito tivesse negado provimento ao recurso, não teríamos dúvida quanto à decisão a ser impugnada pela rescisória.

Com efeito, configurada a justa causa, não deverão existir impedimentos para que o ato processual, realizado em zona de incerteza, produza todos os seus efeitos, ainda que intempestivo. Não haverá, ainda, limitações temporais para o saneamento de eventuais “irregularidades” no processo, sendo possível a devolução dos prazos ao sujeitos colocados em situação de incerteza.⁴⁷¹

⁴⁷⁰ Falamos aqui em devolução do prazo, pois este é o efeito produzido pela aplicação do art. 183 do CPC. Não pretendemos, portanto, em momento algum, falar em suspensão ou interrupção do prazo decadencial previsto pelo art. 495 do CPC.

⁴⁷¹ As irregularidades são apenas irregularidades na visão adotada pelo juiz da causa, que determina a emenda do ato. De uma forma geral, nas zonas de incerteza, por não se saber qual técnica se aplicaria ao caso

86. Prazo bianual: o trânsito em julgado

O trânsito em julgado, além de relevante para a fixação do ato a ser impugnado e da competência da ação rescisória, serve, nos termos do art. 495 do CPC, de termo *a quo* para o cômputo do prazo de dois anos para ajuizamento desta demanda, *in verbis*: “O direito de propor ação rescisória se extingue em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da decisão”. Mas o que vem a ser trânsito em julgado? Como o identificamos?

O trânsito em julgado é fenômeno caracterizado pela mudança de estado da sentença que, de mutável, passa a ser imutável, com a formação da coisa julgada formal ou material. Isto se dá de diferentes formas dentro do processo.

Tradicionalmente, a formação da coisa julgada ocorre com a preclusão temporal. A sentença passa em julgado no momento em que se expira o prazo para a interposição do recurso cabível (apelação contra sentença ou embargos infringentes⁴⁷² e recursos excepcionais contra acórdão).⁴⁷³ Este prazo se inicia na data da realização da audiência, quando a sentença é nela proferida e as partes dela tomam ciência; quando a parte é intimada da sentença ou do acórdão (CPC, art. 506, I-III, c/c art. 236); ou ainda, quando, antes disso, de algum modo inequívoco a parte tiver ciência do ato judicial.⁴⁷⁴

concreto, sequer seria possível falar na irregularidade do ato realizado com conformidade com uma das posições postas em dúvida.

⁴⁷² Para Barbosa Moreira, “se algo da decisão recorrida transitou em julgado – por ter ficado fora do alcance do recurso, ou por dele não haver conhecido, no particular, o órgão *ad quem* –, e se é esse capítulo que se quer impugnar, a ação rescisória deve ser proposta contra a decisão recorrida. Assim, v.g., quando o vício alegado, a existir, residiria na parte unânime do acórdão proferido em grau de apelação, e não naquela outra que, tomada por maioria de votos, tenha dado ensejo a embargos infringentes. Pode, naturalmente, caber *nova* ação rescisória contra o acórdão dos embargos; mas cada qual terá seus fundamentos próprios e inconfundíveis”. (*Comentários...*, vol. V, 11ª ed., p. 115). No mesmo sentido, cf. José Henrique Mouta Araújo, *Coisa julgada parcial...*, 2007, pp. 359-360.

⁴⁷³ Nesse sentido assevera Dinamarco que “não é tecnicamente exato falar na expiração do prazo para interpor *qualquer* recurso, porque de cada espécie de julgamento cabe um recurso só e não outro qualquer. Uma sentença de primeiro grau transita em julgado quando vence o prazo para a apelação. Se a apelação for interposta e o tribunal proferir um acórdão, *este* passará em julgado no dia em que terminar o prazo para o recurso eventualmente cabível e que serão os embargos infringentes, ou o recurso especial ou o extraordinário, conforme o caso. Nesses casos, *no processo* já não cabe qualquer recurso, mas contra o ato específico, o que já não cabe é o que seria em tese inadmissível e nenhum outro” (*Instituições...*, vol. III, 3ª ed., p. 300).

⁴⁷⁴ O prazo para recorrer pode variar em função da parte. Há aqueles que, por força dos arts. 188 e 191 do CPC, têm *prazo em dobro*, circunstância que possibilitaria a formação da coisa julgada em momentos distintos para o mesmo ato judicial. Referindo-se à concomitância de partes com e sem prazo em dobro para recorrer, leciona Dinamarco: “Se cada uma delas for parcialmente vencedora e vencida, tendo ambas o poder de recorrer (procedência parcial), para cada qual o prazo começa a fluir da data da intimação ao seu defensor, de modo que podem ser diferentes os vencimentos em relação a cada uma. Consideradas todas as variáveis

A coisa julgada, no entanto, pode se formar, também, por força da preclusão lógica. Tal fato ocorre se a parte, nos termos do art. 502 do CPC, renuncia ao prazo para recorrer ou ainda aquiesce à sentença, proclamando sua aceitação ou realizando ato incompatível com a vontade de recorrer (CPC, art. 503). No momento em que alguma dessas hipóteses se concretiza, sucede o trânsito em julgado.⁴⁷⁵

O trânsito em julgado, portanto, é fenômeno vinculado à técnica recursal, identificando o momento no qual a parte não mais poderá interpor qualquer recurso no processo, teremos o momento exato de migração de uma sentença mutável para uma sentença imutável, isto é, o momento exato do trânsito em julgado. Daí contaremos o prazo para ajuizamento da ação rescisória.

87. Trânsito em julgado e recurso parcial

O Código de Processo Civil, em seu art. 505, institui os chamados recursos parciais, prescrevendo que “a sentença pode ser impugnada no todo ou em parte”. O recorrente, com efeito, pode ter interesse recursal para impugnar toda a sentença (sucumbência integral) ou apenas parte dela (sucumbência parcial) e, mesmo na primeira hipótese, quando puder impugnar toda a sentença, poderá optar por recorrer parcialmente. Como leciona Barbosa Moreira: “nesta matéria, como em relação à propositura da ação, impera o chamado princípio dispositivo: ninguém é obrigado a deduzir em juízo, por inteiro, as pretensões que tenha, nem a insistir naquelas que porventura tenha visto repelidas”.⁴⁷⁶

A consequência imediata da interposição de um recurso parcial é extensão de sua devolutividade. Limitando-se o recurso a impugnar parte da sentença, e excetuando-se os casos de capítulos acessórios devolvidos independentemente de impugnação, a parte não

possíveis, a regra é que a sentença passa em julgado, por preclusão temporal, no último momento útil do dia em que transcorre *in albis* o prazo para recorrer” (*Instituições...*, vol. III, 3ª ed., p. 300).

O momento do trânsito em julgado pode ainda variar nas hipóteses de carência superveniente de um dos requisitos de admissibilidade recursal. Se, no momento da interposição, o recurso possuía todos os seus requisitos de admissibilidade, ele terá impedido a formação da coisa julgada. No entanto, ocorrendo fato superveniente que o torne inadmissível, é somente a partir desse momento que se verificará o trânsito em julgado da sentença. Cf. Barbosa Moreira, *Comentários...*, vol. V, 11ª ed., p. 266.

⁴⁷⁵ Dinamarco considera, ainda, a possibilidade de trânsito em julgado por decorrência da preclusão consumativa (*Instituições...*, vol. III, 3ª ed., pp. 300-301).

⁴⁷⁶ *Comentários...*, vol. V, 11ª ed., pp. 351-352.

impugnada da decisão transitará em julgado.⁴⁷⁷ Haverá, assim, num mesmo processo, a formação gradual da coisa julgada.

A parte (capítulo) da sentença que não foi impugnada pelo recurso de apelação transitará em julgado em primeiro grau e a parte impugnada, por sua vez, deverá transitar em julgado no tribunal regional ou tribunal de justiça competente ou, ainda, nos órgãos de sobreposição. Nesse sentido, será possível a interposição de recursos especiais, extraordinários ou de embargos infringentes parciais que, por sua vez, poderão ser interpostos contra acórdão que julga recurso parcial, casos nos quais poderíamos ter até cinco momentos distintos, num mesmo processo, em que se formaria a coisa julgada formal ou material. Isso sem considerarmos a possibilidade de interposição de embargos de divergência parciais.⁴⁷⁸

Inexistindo a devolução da matéria não impugnada, sobre ela não se operará o efeito devolutivo, de modo que o aresto proferido pelo tribunal não substituirá toda a decisão recorrida, mas apenas parte dela, permitindo que o capítulo da sentença não impugnado transite em julgado perante o órgão *a quo*.⁴⁷⁹ A autonomia dos capítulos da sentença, com efeito, exige que a ação rescisória seja direcionada, individualmente, a cada um destes capítulos, levando em consideração o exato momento de seu trânsito em julgado, para o cômputo do prazo legal e para a identificação do local onde se formou a coisa julgada e, por conseqüência, do órgão competente para o julgamento da ação rescisória.⁴⁸⁰

⁴⁷⁷ Esse mesmo fenômeno ocorreria se o tribunal, quando da apreciação do recurso, o declarasse parcialmente inadmissível, e julgasse o mérito de parte da pretensão recursal. Cf. Barbosa Moreira, *Comentários...*, vol. V, 11ª ed., p. 397. Na mesma linha, leciona Ricardo Aprigliano: “pode ocorrer que o recurso seja parcial ou, sendo voltado contra toda a decisão, que o tribunal dele conheça parcialmente. Em qualquer caso, a parte da decisão de primeiro grau na qual o tribunal não se manifestar permanece válida, e não é substituída pela mera decisão de não-conhecimento”. (*A apelação e seus efeitos...*, 2ª ed., p. 308).

⁴⁷⁸ Essa situação ocorreria apenas em relação à mesma parte, pois se levássemos em consideração diferentes litigantes, com prazos distintos (CPC, art. 188) e momentos distintos no cômputo de seus respectivos prazos, teríamos um número irrestrito de trânsitos em julgado num mesmo processo.

⁴⁷⁹ Para que o trânsito em julgado ocorra, é necessário que os capítulos da sentença sejam independentes entre si, porque, se forem dependentes, em decorrência do efeito expansivo que a reforma de um capítulo pode produzir em outro, entende-se que o capítulo não impugnado, mas dependente do capítulo impugnado no recurso, também foi atingido pelo efeito devolutivo do recurso interposto. Cf. Barbosa Moreira, *Comentários...*, vol. V, 11ª ed., p. 355; Marcelo Bonício, *Capítulos de sentença...*, 2006, p. 113; Flávio Cheim Jorge, *Teoria geral dos recursos...*, 3ª ed., p. 271; Flávio Luiz Yarshell, *Ação rescisória...*, 2005, pp. 69-70; e Clarisse Frechiani Lara Leite, *Prejudicialidade...*, pp. 195-196.

⁴⁸⁰ Assim cuida da questão Barbosa Moreira, sustentando que os capítulos da sentença não impugnados transitarão em julgado imediatamente, à exceção dos capítulos acessórios, devolvidos ao tribunal em conjunto com a parte da sentença expressamente impugnada. (*Comentários...*, vol. V, 11ª ed., p. 356). Essa também é a posição de Flávio Luiz Yarshell, para quem, “tratando-se de capítulos autônomos e havendo

88. Inexorabilidade do trânsito em julgado gradual

A possibilidade de trânsito em julgado gradual da sentença, num mesmo processo, é refutada pela jurisprudência do STJ que, reiteradamente, faz menção ao julgamento pela Corte Especial dos embargos de divergência n.º 404.777,⁴⁸¹ onde se decidiu que: (a) não existiria trânsito em julgado gradual da sentença; e que; (b) a data do trânsito em julgado se verificaria, sempre, quando do julgamento do último recurso interposto no processo, decidindo ele o mérito recursal ou não.⁴⁸²

No entanto, por mais que parte da jurisprudência tente afastar a possibilidade de trânsito em julgado gradual da sentença, esta não consegue fazê-lo, com um mínimo grau de coerência, tendo em vista a técnica positivada hoje no CPC.⁴⁸³

competência diversa para cada um deles, devem ser aforadas tantas ações rescisórias quantos forem os pleitos de desconstituição, preservadas as respectivas competências”. (*Ação rescisória*, 2005, pp. 277-279) e Eduardo Talamini, para quem “nos casos em que parte da sentença transita em julgado antes (quando o recurso é apenas parcial; quando, havendo sucumbência recíproca, alguma das partes não recorre, etc.), correrão separadamente os prazos para a rescisão dos diversos capítulos da sentença”. (*Coisa julgada e sua revisão*, 2005, p. 192).

⁴⁸¹ Cf. STJ, Corte Especial, Embargos de Divergência n.º 404.707, Relator Ministro Fontes de Alencar, j. 03.12.2003.

⁴⁸² Cf. STJ, 2ª T., REsp 1070981/RS, Rel. Ministro Castro Meira, j. 18/09/2008; STJ, 1ª Seção, AR 3.378/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, j. 13/08/2008; STJ, 3ª Seção, AR 1.761/RJ, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, j. 13/08/2008; e STJ, 3ª T., REsp 991.550/SP, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, j. 24/03/2008.

⁴⁸³ A despeito das citadas conclusões estarem, efetivamente, consignadas na ementa do referido acórdão, podemos verificar, do seu inteiro teor, que o órgão julgador não se foca, integralmente, em refutar a possibilidade de existirem capítulos autônomos da sentença, mas em dar uma solução adequada para o caso concreto, repleto de incertezas e armadilhas processuais. Neste julgado, observamos que o Relator, Ministro Fontes de Alencar, seguiu o posicionamento predominante na doutrina, pelo qual “a sentença pode ser dividida em capítulos distintos e estanques”, entendendo que “o recurso ordinário ou extraordinário, desde que ataque a decisão com partes autônomas, não impede o trânsito em julgado da parte do *decisum* que não foi impugnada, sendo a partir daí contado o prazo decadencial para a propositura da ação rescisória versando sobre o tema não recorrido”. Esse mesmo posicionamento foi acompanhado pelo Ministro Aldir Passarinho Júnior, Arnaldo da Fonseca, Menezes Direito e Gilson Dipp. Em seu voto de vista, no entanto, o Ministro Peçanha Martins divergiu do Relator, ao argumentar que “a sentença é una, não se divide”, não podendo existir, num mesmo processo, diferentes momentos de trânsito em julgado. Seguiu-o a maioria: Gomes de Barros, Asfor Rocha, José Delgado, Felix Fischer e Franciulli Neto. Grande parte destes votos, contudo, não se centraliza na impossibilidade de formação gradual da coisa julgada. O próprio Ministro Asfor Rocha, é importante ressaltar, não nega tal possibilidade. Ele reconheceu que, apenas nas hipóteses de capítulos autônomos de sentença poderia haver o trânsito em julgado gradual e, por entender que, no caso tratado, cuidar-se-ia de capítulos dependentes, rejeitou os embargos infringentes para concluir que o prazo para a ação rescisória começaria a correr somente após o julgamento do último recurso: “É que, algumas vezes, por haver fundamento comum, até por haver temas autônomos, pode-se até cogitar a diversidade de início do dia inicial para a apresentação de ação rescisória, considerando capítulos da sentença que possam ser destacados e que sofram os efeitos da coisa julgada em tempos diferenciados. Mas, há outros instantes em que existe fundamento comum nos quais os temas não são autônomos. Nesses momentos, mesmo para quem queira, data venia, seguir a trilha de que há tempos diferenciados para a ocorrência da decadência, quando não há

Primeiramente, o trânsito em julgado gradual é extremamente benéfico à efetividade da jurisdição, mostrando-se em plena consonância com os princípios constitucionais do processo (CF, art. 5º, LIV, LV e LXXVIII), ao permitir uma resolução definitiva, ainda que parcial, do conflito. Nas hipóteses de interposição de recursos parciais, embora ainda se aguarde a resolução de parte da lide, devolvida ao tribunal, teríamos uma resolução definitiva da matéria não impugnada e, nessa medida, valorizaríamos o escopo social do processo. A parte da sentença não devolvida ao tribunal poderá produzir todos os seus efeitos legais imediatamente, possibilitando, inclusive, execução definitiva,⁴⁸⁴ de modo que ao seu cumprimento não poderão ser opostas quaisquer das limitações relativas (a) à execução contra a Fazenda Pública (Lei n.º

temas autônomos, quando o tema é único, não há como se ter por iniciado o prazo da ação rescisória senão quando do julgamento do último recurso, como se dá no caso em análise”.

De fato, a questão central, que justificou a conclusão chegada no referido julgamento, quanto ao cômputo do prazo para a ação rescisória, foi a incerteza existente quanto ao exato momento do trânsito em julgado e a impossibilidade de a parte identificar, com mínimo grau de segurança, onde e quando deveria propor sua ação rescisória. O voto proferido pelo Ministro Gomes de Barros é incisivo ao demonstrar a adoção dessa linha de pensamento. Para ele, a justificativa do critério adotado pela corte não estaria, precisamente, na unicidade da sentença, mas na impossibilidade de imposição de armadilhas processuais às partes. Vejamos trecho do voto proferido pelo Ministro Gomes de Barros: “Tenho afirmado, ao longo desses anos de judicatura, que não é lícito transformar o processo em armadilha, para surpreender os litigantes. Aqui, pretende-se vedar o acesso de alguém que, orientado por maciça, esperou o encerramento do processo e a consumação da coisa julgada material, para, só então, propor a rescisória. Por haver confiado em nossa jurisprudência, o BACEN corre o risco de ser apanhado em armadilha processual, capaz de o levar a prejuízo de algumas centenas de milhões de reais. Por último, destaco a circunstância que me parece decisiva. Não encontrei, nestes autos, qualquer ato concreto, dando conta de que houve trânsito em julgado parcial do acórdão. Ora, “a certidão do trânsito em julgado da decisão rescindenda e documento indispensável a propositura da ação rescisória. todavia, o tribunal não poderá indeferir a petição inicial antes de possibilitar ao autor a sua emenda no decêndio a que alude o art. 284 do CPC. (REsp 32535/Torreão Braz) Sem tal certidão, como poderemos afirmar que uma fatia da decisão malsinada operou coisa julgada? Aqui, obter semelhante certidão seria extremamente difícil. Com efeito, quem Teria autoridade, para afirmar que uma decisão sob recurso passou em julgado? – Afirmação desse teor requisita avaliação sobre o recurso pendente o alcance do futuro acórdão que o decidirá. Semelhante avaliação, evidentemente, não pode ser feita pela secretaria do juízo. Nem mesmo o Juízo *a quo*, cuja função jurisdicional exauriu-se, pode efetuar-la. Na hipótese, a dificuldade seria ainda maior, porque a recomposição por danos emergentes tem como fundamento o mesmo fato gerador da indenização por lucros cessantes: a omissão do Banco Central. Ora, o Tribunal no julgamento relativo aos lucros cessantes, bem poderia desprover o recurso, asseverando que não houve a suposta omissão culposa”. O mesmo pensamento parece ser o do Ministro José Delgado, para quem “processo é lógica, processo não é armadilha, como bem o disse o Ministro Humberto Gomes de Barros”. Franciulli Neto, por sua vez, fundamenta sua posição em ambos os argumentos, defendendo que “é impossível dividir uma única ação, que deu origem a um único processo, em tantas quantas forem as questões submetidas ao Judiciário, sob pena de se provocar um verdadeiro caos processual”.

Nessa medida, observamos que o entendimento da Corte Especial do STJ, obtido por maioria de votos (6x5) e citado em inúmeros acórdãos como paradigma que refuta integralmente a formação gradual da coisa julgada gradual deve ser enxergado com *granus salis*. Há, neste julgamento, realizado por apertadíssima maioria, relevantes indicativos de que mesmo os julgadores que fixaram a data do último recurso como termo *a quo* para o prazo da ação rescisória reconhecem a possibilidade de trânsito em julgado gradual.

⁴⁸⁴ Nesse sentido, cf. Paulo Henrique dos Santos, “Efeitos imediatos da decisão e impugnação parcial e total”, *Aspectos polêmicos...*, 2000, pp. 530-531; e José Henrique Mouta Araújo, *Coisa julgada parcial...*, 2007, pp. 370-371.

9494/97, art. 2º B); (b) à Lei de Registros Públicos (Lei n.º 6.015/73, arts. 203, 250, I e 288); ou (c) ao cumprimento de sentença (CPC, art. 475-O).

Em segundo lugar, não há subsídios na técnica processual positivada para uma interpretação que negue a possibilidade de trânsito em julgado gradual.

Sob o ponto de vista subjetivo, não podemos negar o trânsito em julgado, de uma mesma sentença, em momentos distintos. O CPC elenca diferentes prazos recursais, para diferentes sujeitos do processo. O art. 188 prescreve ser em quádruplo o prazo para a Fazenda Pública e o Ministério Público contestarem e em dobro seus prazos para recorrer. Além disso, o cômputo do prazo, para cada um dos litigantes, pode ter diferentes termos iniciais, assim como determina o art. 241, podendo começar a correr no dia subsequente à intimação ou da juntada do mandado, ou podendo começar a correr antes, em relação a apenas um dos litigantes, se este tiver ciência inequívoca do ato. Assim, existindo diferentes prazos ou distintos termos iniciais para o seu cômputo, para cada um dos litigantes, a coisa julgada pode se formar em momentos distintos.⁴⁸⁵

Sob o prisma objetivo, o CPC permite que as partes cumulem pedidos autônomos entre si, num mesmo processo (art. 292). Permite, ainda, que o recurso de apelação seja parcial, abarcando apenas parte desses pedidos (art. 503). Forma-se, nesse caso, como já visto, o trânsito em julgado do capítulo autônomo não impugnado (CPC, art. 512).⁴⁸⁶ Tanto isso é verdade que a própria jurisprudência do STJ reconhece a possibilidade de execução definitiva de capítulos “incontroversos” da sentença.⁴⁸⁷ O próprio Ministro Franciulli Neto

⁴⁸⁵ Cf. Leonardo Carneiro Cunha, “Termo inicial do prazo para ajuizamento da ação rescisória...”, *RePro* 120, pp. 209-210.

⁴⁸⁶ Para justificar a existência de vários capítulos de sentença e a possibilidade destes capítulos transitarem em julgado em momentos distintos, Leonardo Carneiro Cunha recorre à lição de Pontes de Miranda, que fala nas distintas eficácias existentes dentro de uma mesma sentença. E continua: “A simples condenação do vencido ao pagamento dos custos financeiros do processo já demonstra que, ao decisório da sentença, agregou-se outra decisão. Há casos, ainda, em que a sentença decide sobre *pedidos cumulados*, contendo duas ou mais disposições, cada uma destinada à resolução de uma das pretensões cumuladas”. (“Termo inicial do prazo para ajuizamento da ação rescisória...”, *RePro* 120, pp. 209-210).

⁴⁸⁷ Dinamarco, nesse sentido, ressalta a precariedade da solução adotada pelos tribunais. Existiria, nesse sentido, uma data de trânsito em julgado, para efeito do cômputo do prazo para a ação rescisória, e um outra data, com repercussões no plano do direito material, em especial, no que tange à possibilidade de execução em sentido lato da sentença parcial ou do capítulo da sentença transitado em julgado. “A jurisprudência é incerta quanto ao momento do trânsito em julgado quando, já não sendo admissível recurso algum, assim mesmo a parte vem a recorrer. A tendência é considerar que, embora seja meramente *declaratório* o ato que dá pela inadmissibilidade do recurso interposto (ao não conhecer do recurso, ele declara essa inadmissibilidade, que é fato pretérito), assim mesmo só haverá a coisa julgada *formal* quando esse último ato tiver sido publicado (CPC, art. 467). Costuma se ressaltar a hipótese de inadmissibilidade do recurso por intempestividade (preclusão temporal), quando então se tem por momento do trânsito em julgado o da expiração do prazo e não o do ato que o declara intempestivo (Barbosa Moreira). Mas essa

que, no julgamento dos mencionados embargos de divergência, defendeu formação da coisa julgada num único momento, foi enfático ao reconhecer que tal entendimento se aplica ao cômputo do prazo para a ação rescisória, mas não para “efeitos de execução”.⁴⁸⁸-
489

Por fim, mesmo se adotássemos a tese pela qual o prazo da ação rescisória apenas se iniciaria com a última decisão proferida no feito, não poderíamos negar, nos casos de sucumbência recíproca, a possibilidade do ajuizamento de mais de uma ação rescisória em relação a um mesmo processo. O autor, assim como o réu, reciprocamente sucumbentes, por fundamentos distintos ou pelo mesmo fundamento, podem ter interesse jurídico em pleitear a rescisão dessa mesma sentença, por meio de diferentes ações rescisórias.⁴⁹⁰

E mais. Se adotássemos a posição pela qual o novo art. 162 do CPC, ou mesmo antes dele, seria possível a edição de “sentenças interlocutórias”, haveríamos de concordar com a possibilidade, não apenas de a coisa julgada se formar em distintos graus de jurisdição, mas, também, de distintas coisas julgadas se formarem no mesmo grau (CPC,

discussão tem sido travada somente quanto ao tema do termo inicial para propor a ação rescisória, ficando em aberto a questão do momento de consumação da coisa julgada *material*: interposto um recurso especial quando não é admissível e dele não conhecendo o Superior Tribunal de Justiça, as partes da ação de separação consideram-se separadas, *para efeitos de direito material*, a partir desse último julgamento ou da publicação do acórdão irrecurável?”. (*Instituições...*, vol. III, 3ª ed., p. 301).

⁴⁸⁸ Essa mesma crítica é feita por Barbosa Moreira em relação às incongruências no julgamento os embargos de divergência n.º 404.777. Cf. “Sentença objetivamente complexa...”, *Aspectos polêmicos...*, vol. 11, p. 173.

⁴⁸⁹ É curioso observar que o próprio STJ esclarece que o entendimento fixado no julgamento dos Embargos de Divergência n.º 404.777 tem aplicação, apenas, ao cômputo do prazo da ação rescisória, não impedindo a configuração de capítulos autônomos da sentença, que poderiam ser executados independentemente. Vejamos a seguinte ementa: “PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. VALOR INCONTROVERSO. EXPEDIÇÃO DE PRECATÓRIO OU REQUISIÇÃO DE PEQUENO VALOR. POSSIBILIDADE. 1. É viável a expedição de precatório ou requisição de pequeno valor quanto à parte incontroversa, malgrado o manejo de embargos parciais à execução. 2. A Corte Especial, ao apreciar os EREsp 404.777/DF, definiu que, para efeito de ação rescisória, não se admite o ataque a capítulo da sentença não impugnado via recurso, enquanto o processo permaneça em trâmite. Entendimento que não interfere na definição da possibilidade de expedição de precatório ou de requisição de pequeno valor em relação à parte incontroversa da execução. 3. Todavia, o entendimento esposado em nada interfere na possibilidade de expedição de precatório ou de requisição de pequeno valor em relação à parte incontroversa da execução. Isto porque, neste caso, (a) já existe uma sentença (acórdão) definitiva, transitada em julgado, e (b) um reconhecimento parcial dos valores em execução; a Fazenda Nacional concordou, nos seus embargos, com parte do montante apontado como devido pelos exequentes, isto é, não existe mais controvérsia sobre este ponto. Precedente: EREsp 700.937/RS, 1ª Seção, Rel. Min. Teori Zavascki. 4. Agravo regimental não provido”. (STJ, 2ª t., AgRg no REsp 1045921/AL, Rel. Ministro Castro Meira, j. 02/04/2009).

⁴⁹⁰ Barbosa Moreira, nesse sentido, cita exemplo no qual uma parte seria integralmente sucumbente no tribunal local e a outra sucumbiria parcialmente no STJ, depois de interposto recurso especial. Nesse caso, afirma, desejando ambas as partes ajuizarem ações rescisórias, mesmo com termo inicial computado após o último trânsito em julgado, deverão se dirigir a órgãos jurisdicionais distintos. (“Sentença objetivamente complexa...”, *Aspectos polêmicos...*, vol. 11, p. 173).

art. 269). Parte da doutrina, nesse sentido, cogita a possibilidade de ação rescisória contra decisões interlocutórias que decidem parte do mérito da demanda.⁴⁹¹

Com efeito, consolidadas essas premissas, não podemos crer, à luz da técnica processual vigente, que o trânsito em julgado da sentença haveria de ser considerado apenas um. Não podemos, tampouco, concordar com a afirmação de que todos os capítulos da sentença, necessariamente, ainda que autônomos, tornar-se-iam imutáveis no mesmo momento. As premissas colocadas no julgamento dos embargos de divergência n.º 404.777, portanto, não podem ser aceitas.⁴⁹²

89. Trânsito em julgado gradual e crise de certeza: proposta de solução

A formação gradual da coisa julgada, a despeito de inexorável, traz um problema relevante para o formalismo da ação rescisória. Sabemos que a data do trânsito em julgado figura como *dies a quo* do prazo bianual para a ação rescisória. Com efeito, havendo diferentes trânsitos em julgado, num mesmo processo, teríamos de conceber diferentes prazos e diferentes ações rescisórias para o fim de impugnar distintos capítulos de sentença, originados da mesma relação processual.⁴⁹³

Como vimos, pode haver capítulos que transitam em julgado perante distintos tribunais ou capítulos subordinados e capítulos acessórios, cuja data do trânsito em julgado dependeria da natureza da demanda e do objeto dos recursos interpostos, circunstância responsável por aumentar a incerteza no caso concreto. E mais: a jurisprudência vacila e, em muitos casos, refuta a possibilidade de trânsito em julgado parcial, não considerando possível o ajuizamento de mais de uma ação rescisória num mesmo processo, circunstância que gera relevante crise de interpretação e impede que o jurisdicionado identifique, sem

⁴⁹¹ Cf. Flávio Luiz Yarshell, *Ação rescisória...*, 2005, p. 184 e ss; e Rodrigo Klippel, *A coisa julgada...*, 2008, pp. 102-103.

⁴⁹² Nesse mesmo sentido, cf. Barbosa Moreira, “Sentença objetivamente complexa...”, *Aspectos polêmicos...*, vol. 11, p. 172 e ss.

⁴⁹³ Essa é a solução proposta por parte da doutrina. Cf. Leonardo Carneiro Cunha, “Termo inicial do prazo para ajuizamento da ação rescisória...”, *RePro* 120, p. 224.

perplexidade, como deve agir.⁴⁹⁴ Deve ele ajuizar logo a ação rescisória quanto ao capítulo da sentença que transitou em julgado ou deve esperar a última decisão do processo?

Caracterizada, portanto, está a crise de certeza. O que fazer então? Como conciliar a coerência na aplicação da técnica processual com a necessidade de conceder soluções pragmáticas, que valorizem os escopos do processo?

Para esta resposta, devemos redirecionar o foco do problema, da identificação do trânsito em julgado da sentença e do questionamento quanto à possibilidade/impossibilidade de haver trânsito em julgado gradual (como faz o STJ e parte de doutrina), para uma interpretação racional do art. 495 do CPC e das demais normas que cuidam dos prazos processuais (CPC, art. 183, §§ 1º e 2º).⁴⁹⁵

Nas situações acima narradas, identificamos efetiva crise de certeza na técnica processual: não podemos saber, em determinados casos concretos, quando se efetivou o trânsito em julgado de cada capítulo e somos, ainda, confundidos pela jurisprudência, que afirma ser possível o ajuizamento da rescisória apenas depois de proferida a última decisão no processo. Esta incerteza, por sua vez, quando demonstrada pelas partes, revela “justa causa” e permite a devolução do prazo para ajuizamento da ação rescisória.⁴⁹⁶

⁴⁹⁴ Cf. STJ, Corte Especial, Embargos de divergência n.º 404.707, Relator Ministro Fontes de Alencar, j. 03.12.2003.

⁴⁹⁵ Flávio Luiz Yarshell, “diante da incerteza acerca da contagem de prazo de tanta relevância”, considera louvável o entendimento do STJ pelo cômputo inicial do prazo para a ação rescisória a partir da data da última decisão proferida no processo. No entanto, ao reconhecer a existência de diferentes capítulos de sentença, sustenta “ser natural que o prazo para a ação rescisória seja mesmo contato a partir do trânsito em julgado de cada um dos capítulos”. Acrescenta ainda: “o argumento sob o ângulo objetivo deve valer também para o subjetivo. Assim, se as partes (capítulos) da sentença podem transitar em julgado em momentos diversos, a depender dos limites objetivos do recurso interposto (devolução em extensão), também subjetivamente o trânsito em julgado de uma sentença pode se apresentar fracionado, bastando que os prazos recursos sejam diferentes entre as partes e que a natureza do litisconsórcio assim consinta”. (*Ação rescisória...*, 2005, pp. 68-69).

⁴⁹⁶ Maria Lúcia L. C. de Medeiros propõe solução similar, ao falar na aplicação do “princípio da fungibilidade” a esta hipótese. Sustenta a professora que “a parte não pode ser, de forma alguma, prejudicada por ter pautado sua conduta em um dos posicionamentos defendidos pela doutrina e pela jurisprudência. Se a parte ajuizou apenas uma ação rescisória junto ao STJ, deverá o relator, segundo entendemos, intimar o autor para emendar a petição inicial e, se for o caso, desmembrar a ação. (...) No tribunal local, uma vez distribuída a ação rescisória, aspecto que poderia vir a gerar discussão é quanto ao prazo decadencial. (...). No entanto, porque o autor agiu respaldado em jurisprudência do próprio STJ para tanto, pensamos que o tribunal local não poderá inadmitir, nesse caso, a ação rescisória por ter sido intentada além do biênio. O raciocínio que deve ser fazer é o mesmo que norteia a incidência do princípio da fungibilidade, que é ditado no interesse da parte, que não deve ser prejudicada pela interposição errônea de um recurso por outro, quando houver fundada dúvida sobre o cabimento do meio de impugnação”. (“Anotações sobre a competência para julgar ação rescisória”, *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*, p. 1.031).

Estariam, nessa hipótese, presentes todos os requisitos do art. 183, § 1º, do CPC. Em primeiro lugar, a situação é *imprevisível*: os diferentes momentos de trânsito em julgado e as diferentes posições quanto ao momento de sua ocorrência impedem que a parte possa prever como deve agir. Em segundo lugar, a parte não contribui, com sua conduta, para o estado de incerteza, que é gerado pela complexidade dos casos concretos ou pela divergência entre doutrina e jurisprudência (*involuntariedade*). Por fim, está presente a relação de *causalidade*: é exatamente em função da incerteza que a parte pode vir a se “equivocar” quanto ao cômputo do prazo para ajuizamento de sua rescisória.

Assim, concluímos, sem prejuízo da técnica processual, que o prazo para a ação rescisória começa a correr, individualmente, para cada um dos capítulos da sentença, que podem transitar em julgado perante órgãos distintos e em momentos distintos, conforme exposto no item anterior. No entanto, o litigante, colocado na situação de incerteza quanto à identificação do termo *a quo* do prazo para a ação rescisória poderá obter a devolução de tal prazo, ao comprovar a situação de incerteza, ajuizando a ação rescisória mesmo depois de decorrido o prazo legal.⁴⁹⁷

Com efeito, restringindo-se o problema à preclusão temporal, esta poderá ser mitigada, com fundamento na incerteza, de modo que a ação rescisória possa ser recebida, tendo o seu mérito apreciado, ainda que ajuizada depois do prazo de dois anos.

90. Trânsito em julgado e inadmissibilidade recursal

A questão do cômputo do prazo para ação rescisória é normalmente identificada a partir dos efeitos da decisão que proclama a inadmissibilidade do recurso. Discutimos a “natureza” desta decisão judicial: sendo ela declaratória, produziria efeitos *ex tunc*, de modo que o recurso declarado inadmissível deveria ser considerado juridicamente ineficaz desde a data de sua interposição; e, sendo ela constitutiva, a decisão produziria efeitos *ex*

⁴⁹⁷ Esse entendimento tem limites, se aplicando apenas às situações nas quais, efetivamente, for demonstrada situação de incerteza. Por este motivo, jamais uma ação rescisória poderia ser admitida se ajuizada depois de transcorrido o prazo de dois anos a contar do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo. Isto se dá, pois, neste momento, podemos ter certeza de que a coisa julgada material já se formou, ainda que em momentos distintos, em relação a todos os capítulos da sentença. A última decisão, portanto, é o momento no qual cessa qualquer incerteza no processo.

nunc, de modo que, apenas quando inadmitido o recurso, este deixaria de obstar o trânsito em julgado.

A doutrina, de uma forma geral, segue a posição de Barbosa Moreira que, em sua monografia sobre o tema, sustentou ter o juízo de admissibilidade, seja ele positivo ou negativo, natureza “essencialmente” declaratória. Com efeito, para o processualista carioca, o prazo para ação rescisória, no caso de o recurso ser declarado inadmissível, teria seu termo *a quo*, não na data do trânsito em julgado da decisão que o declarou inadmissível, mas na data do trânsito em julgado da decisão recorrida. Isto é, como se o recurso inadmissível nunca tivesse existido.⁴⁹⁸

Essa também é a posição de Dinamarco, para quem “o juízo *negativo* de admissibilidade proferido pelo órgão *ad quem* tem por efeito o encerramento do procedimento recursal sem que o mérito do recurso seja apreciado – isto é, sem que o órgão julgador se pronuncie sobre eventual *error in iudicando* ou *in procedendo* contido na decisão sujeita a recurso. Não conhecido o recurso, o ato judicial fica intacto, sem cassação e, *a fortiori*, sem substituição”.⁴⁹⁹

Isto ocorre, pois um recurso carente de seus pressupostos de admissibilidade não tem o condão de produzir qualquer efeito jurídico, não devolvendo a matéria impugnada ao tribunal ou, tampouco, obstando o trânsito em julgado da decisão recorrida. Portanto, a decisão que o declara a inadmissível, não pode atribuir efeitos que o recurso, efetivamente, nunca possuiu.

Há, contudo, posições em contrário, todas elas, de certo moto, ligadas a precedentes do STJ, onde, como já visto, considera-se “a última decisão proferida na causa”, seja ela uma decisão que julga o mérito recursal ou uma decisão que simplesmente inadmite o recurso, como o único momento de formação do trânsito em julgado no processo.⁵⁰⁰

⁴⁹⁸ Cf. Barbosa Moreira, *O juízo de admissibilidade...*, 1968, p. 137; e *Comentários...*, vol. V, 11ª ed., p. 264 e ss.

⁴⁹⁹ Cf. Dinamarco, *Fundamentos...*, vol. I, n. 113, pp. 261-262 e Nelson Nery, *Teoria geral dos recursos...*, 6ª ed., p. 267.

⁵⁰⁰ A Corte, nesse sentido, tem precedentes que afirmam que “mesmo que a matéria a ser apreciada pelas instâncias superiores refira-se tão somente à intempestividade do apelo - existindo controvérsia acerca deste requisito de admissibilidade, não há que se falar no trânsito em julgado da sentença rescindenda até que o último órgão jurisdicional se manifeste sobre o derradeiro recurso”. (STJ, Corte Especial, EREsp 441252/CE, Rel. Ministro Gilson Dipp, j. 29/06/2005, p. 276).

A posição tomada nesse sentido tem finalidades pragmáticas: pretende evitar problemas gerados em relação ao cômputo do prazo para a ação rescisória.⁵⁰¹ Porém, os que a defendem são obrigados a fazer um malabarismo para tratar das hipóteses de intempestividade ou inadmissibilidade manifesta sustentando que, nestes casos, a declaração de inadmissibilidade teria efeitos *ex tunc*.⁵⁰²

Nesse sentido, Flávio Cheim Jorge leciona que, nos casos em que há maior incerteza quanto à admissibilidade de um recurso, a decisão negativa deveria ter efeitos *ex nunc*, porém, nos casos em que a inadmissibilidade é certa, esta mesma decisão deveria ter efeitos *ex tunc*. Assim, defende que “o juízo de admissibilidade tem efeito *ex tunc* quando o recurso for interposto manifestamente fora do prazo” ou ainda quando carente do recolhimento de custas. Nesses casos, sendo clara a situação de inadmissibilidade, o recurso não teria o condão de afastar o trânsito em julgado. Nos demais, porém, a decisão de inadmissibilidade, a despeito de ser declaratória, produziria efeitos *ex nunc*.⁵⁰³ Posição similar é a de Gilson Delgado Miranda e Patricia Miranda Pizzol, que fazem distinção entre o recurso inadmissível em função da intempestividade e o recurso inadmissível por “outro fundamento”. Sustentam os processualistas que, no primeiro caso, os efeitos da decisão que inadmite o recurso “retroagem à data em que ele deveria ter sido interposto e não foi”. No segundo caso, porém, afirmam que “o trânsito em julgado somente ocorre a partir do decurso do prazo para interposição do recurso do acórdão que não o conhece”.⁵⁰⁴

Assim perguntamos: como poderiam os efeitos do recurso, especialmente o efeito obstativo dos recursos, depender do conteúdo da decisão que o inadmite? Ou mais: como

⁵⁰¹ Referindo-se às hipóteses em que a coisa julgada se formaria antes da decisão que considerou inadmissível o recurso interposto pela parte, sustenta Teresa Arruda Alvim: “Pelas injustiças que dessa posição decorreriam, principalmente no que tange à possibilidade de que, durante a tramitação do recurso, viesse ao depois ser inadmitido, se escoasse o prazo decadencial para a ação rescisória, não é esta que vem prevalecendo no âmbito da jurisprudência. Assim não poderia deixar de ser, já que o Superior Tribunal de Justiça não admite rescisória condicional. Essa seria uma solução, em tese, possível, já que, durante o período de tramitação do recurso, a parte rigorosamente não pode fazer uso da ação rescisória, uma vez que há recurso pendente de julgamento”. (*Recurso especial...*, 2ª ed., pp. 488-489).

⁵⁰² Cf. STJ, 3ª T., REsp 784.166/SP, Rel. Ministro Castro Filho, j. 13/03/2007.

⁵⁰³ *Teoria Geral dos recursos...*, 3ª ed., pp. 60-63.

⁵⁰⁴ *Recursos no processo civil*, 5ª ed., p. 16. Assim também parece ser a posição de José Henrique Mouta Araújo, que acena para a possibilidade de mitigação do efeito *ex tunc* da decisão de inadmissibilidade, nos casos de boa-fé do recorrente, “especialmente ligado à dúvida sobre a tempestividade do recurso” (*Coisa julgada parcial...*, 2007, pp. 378-379). Araken de Assis, por sua vez, adotou posição mais extremada, sustentando que, mesmo nos casos de intempestividade flagrante, a pendência do recurso manteria o estado de litispendência e “impediria o trânsito em julgado”, motivo pelo qual somente após o julgamento definitivo deste começaria a transcorrer o prazo para a ação rescisória (*Manual dos recursos*, 2007, pp. 215-216).

poderiam os efeitos dos recursos depender da boa ou má-fé do recorrente? Simplesmente não há como justificar tal posicionamento à luz da técnica processual.

Do ponto de vista da eficácia do ato de interposição recursal (efeito obstativo), não há como diferenciar um recurso inadmissível por intempestividade de um recurso inadmissível por qualquer outro fundamento. Também não poderíamos distinguir os efeitos do reconhecimento da simples intempestividade do reconhecimento da “intempestividade manifesta”. O sistema processual positivo simplesmente não fornece parâmetros para a diferenciação destas situações.

Além disso, é impossível relativizar a eficácia dos atos recursais, dizendo que estes, se inadmissíveis, produzirão efeitos somente se a declaração de inadmissibilidade ocorrer após dois anos, ou seja, depois de decorrido o prazo para a ação rescisória. Não sabemos qual norma jurídica (regra ou princípio) autorizaria tal conclusão. Tampouco o STJ fornece indícios nesse sentido.

A verdade é que o Código de Processo Civil dá o mesmo tratamento a todos os requisitos de admissibilidade recursal, sendo eles evidentes ou não, por consequência, o ato judicial que declara inadmissível o recurso, não importa qual seja o seu fundamento, deverá produzir, exatamente, os mesmos efeitos: no caso, efeitos declaratórios, que retroagem à data da interposição.

91. Recurso inadmissível não obsta o trânsito em julgado

As conclusões obtidas acima levam à seguinte constatação: tendo o juízo negativo de admissibilidade efeitos retroativos, um recurso declarado inadmissível não obstará o trânsito em julgado da decisão recorrida, que, para todos os efeitos legais, terá se tornado imutável perante o juízo *a quo*, como se recurso contra ela nunca tivesse sido interposto. Com efeito, o prazo para ajuizamento da ação rescisória, contra essa sentença, tem seu *dies a quo* precisamente neste momento de formação da coisa julgada, mesmo que o tribunal demore mais de dois anos para declarar inadmissível o recurso e mesmo que o prazo para ajuizamento da ação rescisória já tenha transcorrido integralmente.

Esta é a regra geral do Código de Processo Civil. E, ao contrário do que se pensa, tem relevante justificativa prática. Na lição de Barbosa Moreira, os requisitos de

admissibilidade recursal têm como finalidade evitar a provocação de uma “estrutura complexa e de dispendiosa manutenção” quando ausentes os “requisitos de viabilidade do procedimento”, evitando assim a manifestação de um sistema jurisdicional oneroso e sofisticado nas hipóteses em que o recurso não contém elementos mínimos, que se pressupõem ao julgamento de mérito.⁵⁰⁵

Acaso pudéssemos conceder aos recursos inadmissíveis a eficácia de obstar o trânsito em julgado, poderíamos dar ensejo a situações esdrúxulas. Imaginemos um recurso de apelação interposto 10, 20 ou 30 dias fora do prazo, um recurso interposto sem pedido recursal, ou, ainda, uma apelação interposta por um terceiro, sem qualquer relação com o litígio. Não poderia o sistema jurídico conceder a esses recursos a eficácia de impedir o trânsito em julgado e, em muitos casos, a própria execução da sentença. Atribuir-lhes eficácia seria beneficiar o sujeito que foi negligente ou que pretende apenas tumultuar o processo, prejudicando a parte que teve seu direito material reconhecido na decisão recorrida.

Por este motivo, o sistema jurídico instituiu um regime de controle prévio da regularidade dos atos recursais, impedindo que os recursos interpostos irregularmente produzam quaisquer efeitos jurídicos e, por consequência, impedindo que as decisões que os declaram inadmissíveis lhes atribuam efeitos que eles próprios não têm. A técnica processual, portanto, se justifica à luz dos escopos do processo e, por este motivo, deve ser privilegiada (cf. *Capítulo III*).

92. Recurso inadmissível e prazo para rescisória: proposta de solução

A posição tomada no item anterior, pela qual o recurso inadmissível, em hipótese nenhuma, obstaría o trânsito em julgado, pode gerar problemas quando pretendemos calcular o prazo para a ação rescisória, especialmente quando, ao contrário das circunstâncias acima narradas, não é muito clara a admissibilidade ou a inadmissibilidade do recurso. É possível, inclusive, que a discussão quanto à admissibilidade ultrapasse o

⁵⁰⁵ *Juízo de admissibilidade...*, 1968, pp. 26-29.

prazo de dois anos, relativo à ação rescisória, o que traria repercussões perversas para o recorrente.⁵⁰⁶

Ora, no momento em que, finalmente, o processo entregaria *certeza* ao jurisdicionado, este não mais poderia lançar mão de instrumento que lhe é garantido pela lei.⁵⁰⁷ Não, exatamente, porque foi inerte ou negligente, mas porque não poderia saber se a decisão recorrida teria ou não transitado em julgado. Nesse caso, não seria sequer possível o ajuizamento preventivo da ação rescisória, condicionando sua apreciação à inadmissibilidade do recurso, eis que a jurisprudência refuta essa possibilidade.⁵⁰⁸

Existiria, assim, também nesse caso, verdadeira crise de adequação. Ainda que tivéssemos certeza de que o recurso inadmissível não obsta o trânsito em julgado, não poderíamos saber, com segurança, se o recurso interposto é, ou não é, inadmissível. Na verdade, essa resposta poderia surgir, apenas, em momento no qual o prazo para a ação rescisória já teria se expirado, circunstância que ilegitimamente excluiria da parte o direito de pleitear a rescisão da sentença.

De fato, a incerteza não impedirá a formação do trânsito em julgado perante o juízo *a quo* ou, tampouco, modificará a forma de cômputo do prazo para a ação rescisória. No entanto, possibilitará a devolução de tal prazo ao demandante.⁵⁰⁹ Mas como justificar essa solução à luz da técnica processual?

⁵⁰⁶ Nelson Nery Jr. não enxerga com normalidade a situação retratada, assinalando que a perda do prazo para a ação rescisória, enquanto se discute a admissibilidade do recurso, seria circunstância “perfeitamente harmônica com o sistema do Código, em nada repugnando ao direito”. (*Teoria geral dos recursos...*, 6ª ed., p. 269).

⁵⁰⁷ Referindo-se às hipóteses em que o recurso é declarado inadmissível pelo tribunal, Barbosa Moreira ressalta que “só se adquire a certeza de que não sobrevirá novo julgamento ao transitar em julgado o pronunciamento judicial em que se traduza o juízo negativo de admissibilidade (...)”. (*Comentários...*, vol. V, 11ª ed., p. 394).

⁵⁰⁸ Nesse sentido é a jurisprudência do STJ, assim ementada: “Ação rescisória. Recurso extraordinário não admitido por intempestivo. Início do prazo decadencial. Soluções doutrinariamente cogitáveis. Defesa da boa-fé do demandante. Mesmo se adotada a tese segundo a qual o início do prazo de decadência para a pretensão rescisória não é obstado pela interposição de recurso que venha a ser considerado intempestivo, ainda assim impende considerar a boa-fé do recorrente, naqueles casos especiais em que a própria intempestividade do recurso apresenta-se passível de fundada dúvida. Impossibilidade jurídica do ajuizamento de ação rescisória 'condicional' ou 'cautelar', interposta no biênio para ter andamento somente se o recurso pendente for tido por intempestivo. A melhor aplicação da lei é a que se preocupa com a solução “justa”, não podendo o juiz esquecer que por vezes o rigorismo na exegese do texto legal ou na adoção da doutrina prevalecente pode resultar em injustiça conspícua. Recurso especial conhecido e provido. (STJ, 4ª T., REsp 2.447/RS, Rel. Ministro Athos Carneiro, j. 05.11.1991).

⁵⁰⁹ Essa é exatamente a solução proposta por Bedaque, que sugere a seguinte interpretação: “embora a coisa julgada tenha ocorrido no exato momento em que a decisão se tornou irrecorrida, para o fim da ação rescisória o prazo começa a correr a partir da última decisão judicial que considerou inviável o recurso e colocou fim à relação processual”. Excetua o professor apenas as hipóteses de má-fé e de ciência inequívoca

Seguiremos aqui o raciocínio proposto para os itens anteriores: a solução do problema pressupõe o redirecionamento do foco de estudos, do momento do trânsito em julgado para a mitigação da preclusão temporal, com fundamento na “justa causa”.⁵¹⁰ Estariam, pois, presentes todos os requisitos do art. 183, §§ 1º e 2º do CPC: (a) há imprevisibilidade quanto ao resultado do julgamento que, ao fim, declarou a inadmissibilidade do recurso; (b) essa situação de incerteza, por sua vez, não foi gerada pela parte, mas por divergências na interpretação de fatos e do direito, especialmente, das normas que regulam os requisitos de admissibilidade; e (c) por fim, é exatamente em função dessa incerteza que o demandante não pode ajuizar, antes do julgamento de seu recurso, a ação rescisória.

Assim, ao receber a ação rescisória, o juiz poderá reconhecer que o prazo legal teria como termo inicial o efetivo trânsito em julgado, no entanto, identificando a incerteza e os requisitos legais para a justa causa, poderá devolver à parte o prazo para a realização do ato processual, deixando de pronunciar a intempestividade.

da inadmissibilidade do recurso, circunstâncias em que a incerteza jamais estaria presente. (*Direito e processo...*, 4ª ed., pp. 71-2).

⁵¹⁰ Na mesma linha, a posição de Thereza Arruda Alvim Wambier não toma como referência a eficácia da decisão que declara inadmissível o recurso, mas parte da interpretação do próprio art. 495 do CPC, conjuntamente com as regras que regulam os prazos processuais. Sustenta a professora, nesse sentido, que antes de haver uma decisão definitiva quanto à admissibilidade do recurso, sequer teria nascido o direito de rescindir a sentença, motivo pelo qual o prazo para a ação rescisória sequer poderia ter se iniciado: “não se extingue direito que sequer tenha nascido”. Além disso, a professora defende que a impossibilidade de realização do ato (não há ação rescisória condicional, conforme a jurisprudência do STJ), configuraria justa causa para a devolução do prazo processual, permitindo que a ação rescisória seja ajuizada a partir do momento em que se obtém certeza, definitivamente, quando à inadmissibilidade do recurso. Assim, conclui pela necessidade de se considerar “a última decisão proferida no processo” como termo inicial do prazo para ação rescisória. Para ela, a previsibilidade quanto ao prazo “só é possível, praticamente sem margem de erro, em casos de intempestividade evidente, que beira a má-fé” (*Recurso especial...*, 2ª ed., p. 489). Essa também é a posição de Leonardo José Carneiro Cunha que sustenta ser distinto o momento do trânsito em julgado e o dies *a quo* da contagem do prazo para a ação rescisória na hipótese de juízo de admissibilidade negativo. O professor fundamenta sua posição no princípio da utilidade, afirmando que nenhum prazo poderia correr sem que a parte tivesse condições de realizar o ato, circunstância que, efetivamente, ocorreria enquanto pendente de decisão relacionada ao juízo de admissibilidade recursal. Mas excetua: “tal entendimento somente não prevalece em caso de intempestividade evidente ou flagrante, a entremostrando a má-fé da parte no uso de um, recurso manifestamente incabível”. (“Termo inicial do prazo para ajuizamento da ação rescisória...”, *RePro* 120, pp. 207-208).

CONCLUSÕES

O processo, na sua concepção tradicional, é concebido como um instrumento destinado a dar aplicação ao direito material. Nisso reside o seu escopo jurídico. No entanto, a instrumentalidade do processo exige que este seja estudado, também, a partir de seu escopo político (relacionamento entre as fontes de poder) e seu escopo social (pacificação).

Na sua função de pacificar, o processo é sempre colocado diante de crises. Em especial, cuida de crises decorrentes do descumprimento do direito material e de crises provocadas por incertezas relacionadas à sua aplicação. Como cada crise apresenta suas peculiaridades, caberá ao processo um exercício (cognitivo e executivo) específico para solucionar cada uma delas. O processo, pois, deve se adequar às exigências do direito material.

As formas processuais são elementos de garantia da liberdade e têm o objetivo de dar ordem, clareza, precisão e segurança de resultados às atividades processuais, bem como de salvaguardar os direitos dos interessados nelas. Estando em conformidade com os parâmetros legais de *modo, tempo e lugar*, temos um ato processual perfeito. Um ato processual imperfeito/viciado, pelo raciocínio inverso, surge do descumprimento de determinado requisito formal.

Diante de um vício, o ordenamento positivo prescreve distintas conseqüências jurídicas, que variam de acordo com sua gravidade. Existem (a) vícios capazes de gerar prejuízo, impedindo que o ato atinja sua finalidade e (b) vícios incapazes gerar prejuízo, que não impedem que o ato atinja seu escopo. Apenas os primeiros têm o condão de gerar a invalidade do ato processual.

A conversão de meios se motiva em duas normas fundamentais. A primeira delas é a instrumentalidade das formas e a segunda é o dever geral de saneamento de nulidades. Ao verificar que o demandante se utilizou do procedimento equivocado ou pleiteou técnica inapropriada para a tutela de sua pretensão de direito material, deve o juiz, quando ausentes

os requisitos legais para o procedimento correto, (a) avaliar se o descumprimento das formalidades trouxe algum prejuízo e, na resposta positiva, (b) determinar a correção dessas irregularidades (CPC, art. 284). Isso tudo sem pressupor qualquer situação de incerteza ou dúvida objetiva.

O direito processual acolhe expressamente hipóteses em que é possível converter o procedimento, para a concessão do bem da vida efetivamente pleiteado. As hipóteses recorrentemente tratadas são as da chamada fungibilidade entre as ações possessórias (CPC, art. 920), fungibilidade entre tutela cautelar e antecipação de tutela (CPC, art. 273, § 7º) e fungibilidade entre medidas cautelares (CPC, art. 798.). Além das hipóteses expressamente previstas em lei, há casos em que, com fundamento na instrumentalidade das formas e no dever de saneamento das nulidades, é possível converter o procedimento escolhido erroneamente pela parte no procedimento adequado, sem que isso importe na extinção do processo.

Da mesma forma que se estabelecem crises quanto à aplicação do direito material, surgem crises na aplicação das regras técnicas do processo, seja em função de (a) problemas relacionados à compreensão da técnica processual ou; ainda em função de (b) dificuldades em avaliarmos a incidência de normas processuais às situações concretas. Essas crises geram danos ao regular exercício da jurisdição, pois quando colocamos em cheque a interpretação de determinada regra processual, ou ainda, questionamos a incidência de determinada regra ao caso concreto, o processo, inicialmente concebido como instrumento fornecedor de certezas para a sociedade, passa a figurar como fonte de incertezas.

Há dois tipos de crises na técnica processual: interpretação e adequação. As crises de interpretação são propiciadas por relevantes divergências, evidenciadas nos planos doutrinário e jurisprudencial, a respeito da identificação do conteúdo semântico dos enunciados legais. O problema reside na interpretação da lei, que admite mais de um caminho. As crises de adequação, por sua vez, caracterizam-se por dúvida a respeito da qualificação jurídica de determinado ato ou fato processual. Não questionamos, em princípio, problemas semânticos relacionados à interpretação do conteúdo dos textos legais. A dúvida reside na verificação das características em concreto de determinado fato, de modo que seja possível avaliar sua qualificação jurídica.

As mais relevantes fontes de incerteza para processo são: (a) as reformas processuais; e (b) a complexidade do ordenamento positivo. A doutrina e a jurisprudência,

com efeito, exercem relevante função em (a) evitar o surgimento de crises; e (b) solucionar as crises já existentes.

A exigência de previsibilidade da ordem jurídica tem origens constitucionais, encontrando resguardo em diferentes ramos do direito. Reais expectativas em relação ao procedimento são fundamentais para a concretização do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, pois somente com informações claras, a respeito de como agir, poderá a parte saber *quando* e *como* deverá fazer suas alegações ou formular seus pedidos, sem risco de incorrer em invalidades.

A visão moderna de processo civil é incompatível com um juiz que tome atitudes capazes de surpreender as partes e lhes subtrair a possibilidade de atuar validamente no processo. Com base no princípio da cooperação e da boa-fé objetiva deverão os órgãos jurisdicionais ter vigilância com as incertezas na técnica, permitindo que, nestas ocasiões, os atos das partes produzam todos os seus efeitos.

Nas situações de incerteza, o juiz deve declarar o caminho que julgar mais adequado, em conformidade com os princípios gerais do direito, pondo fim à crise processual. Mas não poderá declarar, de imediato, a inadmissibilidade do ato realizado em desconformidade com sua posição, devendo, antes disso, (a) desconsiderar a preclusão, quando a incompatibilidade recair apenas sobre o requisito tempo; ou (b) determinar que a parte emende o ato, cumprido os requisitos declarados como corretos pelo juiz da causa, ainda que depois de transcorrido o prazo legal. Para tanto, deverá considerar a incerteza como “justa causa” para “flexibilizar a preclusão temporal” (CPC, arts. 180 e 183, §§ 1º e 2º).

A incerteza se subsume ao conceito de “justa causa”, pois tanto nas crises de adequação, quanto nas crises de interpretação, por uma falha do Estado (Estado-juiz ou legislador, respectivamente) ou de terceiros, o jurisdicionado é colocado em situação na qual não tem condições, razoáveis, de avaliar qual técnica deveria utilizar. A incerteza, portanto, é fato externo e alheio à vontade da parte, que a impede de atuar validamente no processo, preenchendo todos os requisitos legais para aplicação do art. 183, §§ 1º e 2º, do CPC

As técnicas recursais são profundamente afetadas pela incerteza no processo civil. Elas são meios processuais típicos, de modo que, uma vez declarada a inadmissibilidade

recursal, não mais será possível, por qualquer outro meio, pleitear a reforma ou a anulação da decisão recorrida.

O CPC de 1939, influenciado por um complexo sistema recursal, positivou a regra da fungibilidade recursal, destinada exatamente a situações de incerteza nos recursos. No CPC de 1973, no entanto, reformas recursais levaram a crença de uma simplificação, optando-se pela não repetição da regra. No entanto, incertezas continuaram a ocorrer, de modo que doutrina e jurisprudência acabaram por ressuscitar tal regra, ainda aplicável hoje.

Ao contrário do que se sustenta em doutrina, a fungibilidade recursal não é um princípio. Ela é, na verdade, uma regra jurídica que se presta a regular uma situação específica (*fattispecie* bem delimitada) e não um axioma de aplicação geral e irrestrita. Também não podemos falar que a fungibilidade recursal decorreria da instrumentalidade das formas, pois enquanto esta cuida de atos processuais irregulares e capazes de atingir seus escopos, a fungibilidade recursal não pressupõe a análise da regularidade do ato ou tampouco o atendimento de seu escopo, exigindo, apenas, a incerteza no direito processual.

As hipóteses de fungibilidade recursal, tratadas pela doutrina e pela jurisprudência, estão contidas nos conceitos de crises de adequação e interpretação da técnica processual que, por sua vez, se subsomem ao conceito legal de justa causa. Nessa medida, verificando a hipótese de incerteza, deverá o juiz proclamar seu entendimento quanto ao recurso cabível para, depois disso e, se necessário, flexibilizar a preclusão temporal e/ou permitir que a parte emende ou retifique seu recurso. A emenda ou retificação, nesse caso, poderá ocorrer mesmo depois de decorrido o prazo recursal, tendo em vista ser a situação de incerteza considerada “justa causa” para a mitigação do requisito “tempo” no processo (CPC, art. 183, § 1º).

Assim como os recursos, a ação rescisória é considerada um meio processual típico. Toda e qualquer demanda destinada a rescindir uma sentença de mérito, transitada em julgado, deverá seguir seu procedimento. Fora dessas hipóteses, não será possível formular tal pedido. Por isso, o reconhecimento da inadmissibilidade/invalidade de uma demanda dessa natureza traz graves conseqüências para os litigantes, extrapolando o âmbito do processo e atingindo o direito material. Tal problema cresce quando observamos que, em muitos casos, a inadmissibilidade da ação rescisória pode decorrer, não de equívoco ou da desídia do demandante, mas de uma situação de incerteza que, na prática, inviabiliza o cumprimento do “adequado” formalismo desta técnica processual.

Na jurisprudência, são três os principais problemas que retratam essa situação. O primeiro ocorre quando, pela má utilização da técnica pelos tribunais, não sabemos se determinado recurso teve seu mérito apreciado, ou não, e se, portanto, a decisão recorrida foi efetivamente substituída, gerando incerteza quanto ao ato a ser impugnado e quanto ao órgão competente para julgar a ação rescisória. O segundo ocorre quando as partes interpõem recursos parciais e a coisa julgada se forma em diferentes momentos dentro do mesmo processo, gerando incerteza quanto ao momento exato do trânsito em julgado de cada capítulo da sentença e, por consequência, gerando incerteza quanto ao termo inicial do cômputo do prazo para a ação rescisória. O terceiro, por fim, ocorre quando há incerteza a respeito da admissibilidade de determinado recurso e quando essa incerteza é somente pacificada, por decisão judicial, após o transcurso do prazo de dois anos para ajuizamento da ação rescisória.

A solução proclamada pelo STJ, com o fim de tratar dessas situações, é negar a possibilidade de trânsito em julgado gradual da sentença e considerar a última decisão proferida no processo, sendo ela de mérito, ou não, como referência para o cômputo do prazo para a ação rescisória.

Acreditamos que, à luz da técnica vigente, não é possível ignorar a possibilidade de a coisa julgada se formar, em diferentes momentos, em relação a distintos litigantes e a distintos capítulos de sentença. Também não é possível afirmar que a interposição de um recurso inadmissível teria o condão de obstar o trânsito em julgado. A solução que julgamos adequada para o problema se refere à flexibilização da preclusão temporal para o ajuizamento da ação rescisória, com fundamento na situação de incerteza (CPC, art. 183, §§ 1º e 2º).

BIBLIOGRAFIA

AARNIO, Aulis. “La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del racionamiento jurídico”. *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, n. 8, 1990.

_____. “On Legal Reasoning as Practical Reasoning”. *Theoria: Revista de teoría, historia y fundamentos de la ciencia*. Vol. 3, n. 7-9, 1987-1988.

ABDO, Helena Najjar. “A publicidade do processo”. In: CARVALHO, Milton Paulo de (Org.). *Direito Processual Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

_____. *O abuso do processo*. São Paulo: RT, 2007.

ABELHA RODRIGUES, Marcelo. *Elementos de direito processual civil*. Vol. 1. 3ª ed. rev. atual. e amp. São Paulo: RT, 2003.

_____. *Manual de Direito Processual Civil*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2008.

_____. *Manual de Execução Civil*. 3ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Forense Universitária, 2008.

ABRAMOWICZ, Michael. “Predictive Decisionmaking”. *Virginia Law Review*. Vol. 92:69.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *A Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor*. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

ALCHOURÓN, Carlos E.; e BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. 5ª reimpresión. Buenos Aires: Astrea, 2006.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

_____. *El concepto y la validez del derecho y otros ensaios*. 2ª ed. Barcelona: Gedisa, 1997.

_____. “On the Structure of Legal Principles”. *Ratio Juris*. Vol. 13. n.º 3. 2000.

_____. “On balancing and subsumption. A structural comparison”. *Ratio Juris*. Vol. 16. n.º 4. 2003.

_____. *Teoria da Argumentação Jurídica. A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica*. Trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2001.

_____. “Sistema Jurídico, Princípios Jurídicos y Razón Práctica”. *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*. n. 5. 1988.

ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. “Segurança Jurídica e Fundamentação Judicial”. *Revista de Processo* 149. São Paulo: RT, julho de 2007.

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

_____. “O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais”. *Revista de Direito Processual Civil* 26. Curitiba: Gênese, outubro-dezembro/2002.

_____. “Poderes do juiz e visão cooperativa do processo”. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa* 1 e 2- VLIV. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil. Introdução*. 4ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

AMARAL, Paulo Osternack. “A nova configuração da execução à luz da Lei 11.382/2006”. *Revista Dialética de Direito Processual* 57. São Paulo: Oliveira Rocha, dezembro/2007.

AMARAL SANTOS, Moacyr. “Nulidades processuais”. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. Vol. 55. São Paulo: Saraiva, 1980.

AMENDOEIRA JÚNIOR, Sidnei. *Fungibilidade de meios (conversão do ato praticado no processo civil brasileiro e possibilidade de escolha dentre meios processuais postos à*

disposição das partes). Tese de Doutorado apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2006.

_____. *Poderes do juiz de tutela jurisdicional. A Utilização Racional dos Poderes do Juiz como Forma de Obtenção da Tutela Jurisdicional Efetiva, Justa e Tempestiva*. São Paulo: Atlas, 2006.

AMERICANO, Jorge. *Da acção rescisoria dos julgados no direito brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1926.

ANDOLINA, Ítalo. *Cognizione ed esecuzione forzata nel sistema della tutela giurisdizionale*. Milano: Giuffrè, 1983.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *A apelação e seus efeitos*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. “O princípio do duplo grau de jurisdição nos sistemas da *common law* e *civil law*: uma breve comparação”. In: CARVALHO, Milton Paulo de (Org.). *Direito Processual Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Coisa julgada progressiva & resolução parcial do mérito. Instrumentos de brevidade da prestação jurisdicional*. Curitiba: Juruá Editora, 2007.

ARAZI, Roland (et. al). *Debido proceso. Realidad y debido proceso. El debido proceso y la prueba*. 1ª ed. Santa Fe: Rubizinal-Culzoni, 2003.

ARENHART, Sérgio Cruz. “Reflexões sobre o princípio da demanda”. In: FUX, Luiz, NERY JR, Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Processo e Constituição*. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: RT, 2006.

ARRUDA ALVIM, Eduardo. “O perfil da decisão calcada no § 6º do art. 273 do CPC hipótese de julgamento antecipado parcial da lide”. In: CARVALHO, Milton Paulo de (Org.). *Direito Processual Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. *Tratado de direito processual civil*. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, 1996.

_____. *Manual de Direito Processual Civil*. 7ª ed. Vol. I. São Paulo: RT, 2000.

_____. “Sobre as multas instituídas nos arts. 14 e 18 do Código de Processo Civil”. In: CARVALHO, Milton Paulo de (Org.). *Direito Processual Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

_____. “Principios fundamentales y formativos del procedimiento civil brasileño”. *Revista de Processo* 38. São Paulo: RT, abril-junho de 1985.

ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. São Paulo: RT, 2007.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. “O direito pós-moderno e a codificação”. *Revista da Faculdade de Direito*. Vol. 94. São Paulo: USP, 1999.

_____. “Nulidade parcial de ato normativo. Certeza e segurança jurídica diante de alteração de jurisprudência consolidada. Aplicação da boa-fé objetiva ao Poder Público”. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Vol. 24. Rio de Janeiro: PADMA, outubro-dezembro de 2005.

BALBI, Celso E. “Incostitucionalità dell’impugnazione proposta e decadenza dal diritto ad impugnare”. *Rivista di Diritto Processuale* 4. Padova: CEDAM, 1955.

BARATA, Alessandro. “Responsabilità civile e certezza del diritto”. *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*. Anno XLII, serie III, 1965.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O Juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis*. Rio de Janeiro: s/ed., 1968.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. “O transitório e o permanente no direito”. *Temas de direito processual. Quinta série*. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. “Efetividade do processo e técnica processual”. *Temas de direito processual Civil: Sexta série*. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. “Que significa ‘não conhecer’ de um recurso?” *Temas de direito processual Civil: Sexta série*. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. “Le nouveau Code de Procedure Civile vu par un juriste brésilien”. *Temas de direito processual Civil: Sexta série*. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. “Reformas processuais”. *Temas de direito processual Civil: Sétima série*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. “Privatização do processo”. *Temas de direito processual Civil: Sétima série*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. “Reflexões sobre a imparcialidade do juiz”. *Temas de direito processual Civil: Sétima série*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. “Notas sobre alguns aspectos do processo (civil e penal) dos países anglo-saxônicos”. *Temas de direito processual Civil: Sétima série*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. “Uma novidade: o código de processo civil inglês”. *Temas de direito processual Civil: Sétima série*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. “Julgamento do recurso especial ex art. 105, III, a, da Constituição da República: sinais de uma evolução auspiciosa”. *Temas de direito processual Civil: Sétima série*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. “O futuro da justiça: alguns mitos”. *Temas de direito processual Civil: Oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. “Por um processo socialmente efetivo”. *Temas de direito processual Civil: Oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. “O processo, as partes e a sociedade”. *Temas de direito processual Civil: Oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. “Reformas processuais e poderes do juiz”. *Temas de direito processual Civil: Oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. “Reformas do CPC em matéria de recursos”. *Temas de direito processual Civil: Oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. “Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão”. *Temas de direito processual Civil: Oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. “Duelo e processo”. *Temas de direito processual Civil: Oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. “O neoprivatismo no processo civil”. *Temas de direito processual. Nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. “Restrições ilegítimas ao conhecimento dos recursos”. *Temas de direito processual. Nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. “Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos”. *Temas de direito processual. Nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. “Dois cientistas políticos, três economistas e a Justiça brasileira”. *Temas de direito processual. Nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. “Sentença objetivamente complexa, trânsito em julgado e rescindibilidade”. In: NERY JÚNIOR, Nelson, e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de Outros Meios de Impugnação às Decisões Judiciais*. Vol. 11. São Paulo: RT, 2007.

BARIONI, Rodrigo. “O procedimento da ação rescisória”. In: NERY JÚNIOR, Nelson, e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de Outros Meios de Impugnação às Decisões Judiciais*. Vol. 10. São Paulo: RT, 2007.

BARROSO, Luis Roberto. “Em algum lugar do passado: Segurança Jurídica, Direito Intertemporal e o Novo Código Civil”. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Coord.). *Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. São Paulo: RT, 1994.

_____. *Direito e processo. Influência do Direito Material sobre o Processo*. 3ª ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

_____. “Apelação: questões sobre admissibilidade e efeitos”. In: NERY JÚNIOR, Nelson, e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de Outros Meios de Impugnação às Decisões Judiciais*. vol 7. São Paulo: RT, 2003.

_____. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada. Tutelas Sumárias e de Urgência: Tentativa de Sistematização*. 4ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

_____. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

_____. “Nulidade processual e efetividade do processo”. *Revista de Processo* 60. São Paulo: RT, outubro-dezembro/1990.

_____. “Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório”. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord.). *Causa de Pedir e Pedido no Processo Civil (Questões Polêmicas)*. São Paulo: RT, 2002.

_____. “Cognição e decisões do juiz no processo executivo”. In: FUX, Luiz, NERY JR, Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Processo e Constituição. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos; BRASIL JR., Samuel Meira; OLIVEIRA, Bruno Silveira de. “A oralidade no processo civil Brasileiro”. *Processo Civil: novas tendências*. In: JAYME, Fernando Gonzaga et al. (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BERIZONCE, Roberto O. *Estudios de nulidades procesales*. Buenos Aires: Hamurabi, s/d.

BERMUDES, Sergio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. VII. 2ª ed. São Paulo: RT, 1977.

BERNI, Duílio Landell de Moura. “O duplo grau de jurisdição como garantia constitucional”. In: PORTO, Sérgio Gilberto (coord.). *As garantias do cidadão no processo civil: relações entre constituição e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BERTEA, Stefano. “La concezione della certezza del diritto presso alcuni interpreti del dibattito teorico giuridico contemporaneo”. Disponível em: http://www.cirfid.unibo.it/murst40-97/40-97/SezioneII/ParteIII/3.3/Bertea_new.doc. Acesso em 12 de outubro de 2008.

_____. “Certainty and Reasonableness in Law”. *Argumentation* 18, 2004.

BERTOLINO, Pedro J. “El exceso de rito de cara a la efectividad del proceso civil”. In: FUX, Luiz, NERY JR, Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Processo e Constituição. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006.

BIVATI, Paolo. “I procedimenti civili semplificati e accelerati: il quadro europeo e i

riflessi italiani”. *Rivista Trimestrali di Diritto e Procedura Civile* 3. Milano: Guiffre Editore, 2002.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. 2ª ed. rev. Bauru, SP: Edipro, 2003.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10ª ed. Brasília: Unb, 1999.

_____. *O positivismo jurídico. Lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

BOTELHO DE MESQUITA, José Inácio. *Da ação civil*. São Paulo: EGRT, 1973.

_____. “As novas tendências do direito processual: uma contribuição para o seu reexame”. *Revista Forense*. Vol. 98, n.º 361, maio-junho/2002.

BRASIL JR., Samuel Meira. *Justiça, Direito e Processo. A Argumentação e o Direito Processual de Resultados Justos*. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

BRUTAU, José Puig. *La jurisprudencia como fuente del derecho. Interpretación creadora y arbitrio judicial*. Barcelona: BOSCH, s/a.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil. Teoria geral do direito processual civil*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro. Um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BULYGIN, Eugenio. “Objectivity of Law in the View of Legal Positivism”. In: COMANDUCCI, P.; e GUASTINI, R. (eds.), *Analisi e Diritto*, 2004.

BUZAID, Alfredo. “Exposição de motivos” do *Código de Processo Civil de 1973*.

_____. *Agravo de petição*. São Paulo: Saraiva, 1956.

CABRAL, Michelle Freire. *As Razões de Flexibilização dos Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade*. Dissertação apresentada como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo: Vitória, 2008.

CAIS, Fernando Fontoura da Silva. *Preclusão e a instrumentalidade do processo*. Dissertação apresentada como requisito para obtenção do título de Mestre da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: São Paulo, 2006.

_____. “Em torno do formalismo processual: a criação de requisitos para a prática de atos processuais pelos tribunais”. *Revista Dialética de Direito Processual* 57. São Paulo: Oliveira Rocha, dezembro/2007.

CALAMADREI, Pierro. “La certezza del diritto e la responsabilità della dottrina.” *Opere Giuridiche*. Vol. I. Napoli: Morano Editore, 1965.

_____. “La cassazione civile”. *Opere Giuridiche*. Vol. VII. Napoli: Morano Editore, 1976.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma Teoria das Nulidades Aplicada às Nulidades Processuais*. 1ª ed. 3ª tir. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Ação rescisória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. “Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas”. *O processo Civil Contemporâneo*. Curitiba: Juruá Editora, 1994.

_____. *O processo civil no direito comparado*. Belo Horizonte: Editora Líder, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro; e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris Editor, 1988.

CARCATERRA, Gaetano. “Certezza, scienza, diritto”. *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*. Anno XXXIX, serie III, 1962.

CARMONA, Carlos Alberto. “A crise do processo e os meios alternativos para a solução de controvérsias”. *Revista de Processo* 56. São Paulo: RT, outubro-dezembro/1989.

_____. “Reforma da constituição e processo: promessas e perspectivas”. *Revista Literária de Direito*. Ano XI, número 56, fevereiro/março de 2005.

_____. *Arbitragem e processo*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. “Considerações sobre a evolução conceitual do processo”. *Revista de Processo* 57. São Paulo: RT, janeiro-março/1990.

_____. “Em torno da petição inicial”. *Revista de Processo* 119. São Paulo: RT, 2005.

CARMONA, Carlos Alberto (Org.). *Reflexões sobre a reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2007.

CARNACINI, Tito. “Tutela giurisdizionale e tecnica del processo”. *Studi in onore di E. Redenti*. Vol. II. Milano: Giuffrè, 1951.

CARNEIRO, Athos Gusmão. “Lei nova e admissibilidade de recursos”. *Revista de Processo* 108. São Paulo: RT, junho-agosto/2002.

_____. “Ação rescisória, biênio decadencial e recurso parcial”. *Revista de Processo* 88. São Paulo: RT, outubro-dezembro/1997.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del nuevo Proceso Civil Italiano*. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1942.

_____. “In valore della sanzione del diritto”. *Rivista di Diritto Processuale* 1. Padova: CEDAM, 1955.

_____. “La crise della legge”. *Discorsi Intorno al Diritto*. Padova: Cedam, 1937.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 19ª ed. rev. amp. e atual. São Paulo; Malheiros, 2003.

CARVALHO, Milton Paulo de (Org.). *Direito Processual Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 15ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

CASTRO, Daniel Penteado de. “Breves contribuições acerca da boa-fé objetiva e revisão contratual”. PEREIRA JÚNIOR, Antônio Jorge; e JABUR, Gilberto Haddad (coords.) *Direito dos Contratos II*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 7ª ed. rev. e amp. São Paulo: Atlas, 2007.

CERQUEIRA, Luis Otávio Sequeira de. “O princípio da fungibilidade e os poderes do juiz”. MEDINA, José Miguel Garcia et al (coord.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais. Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. 2ª tir. São Paulo: RT, 2008.

CHEIM JORGE, Flávio. *Apelação Cível: teoria geral e admissibilidade*. São Paulo: RT, 1999.

_____. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CHEIM JORGE, Flávio; DIDIER JR. Fredie; e ABELHA RODRIGUES, Marcelo. *A terceira etapa da reforma processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CHEIM JORGE, Flávio; e MACHADO, Marcelo Pacheco. “O Direito Processual Eleitoral e a Aplicabilidade das Técnicas Processuais Cíveis: um enfoque especial no recurso contra diplomação e na assistência litisconsorcial”. *Revista de Processo* 132. São Paulo: RT, 2006.

CHIASSONI, Pierluigi. “Il precedente giudiziale: tre esercizi di disincanto”. In: COMANDUCCI, P.; e GUASTINI, R. (eds.), *Analisi e Diritto*, 2004.

_____. “A Tale from Two Traditions: Civil Law, Common Law, and Legal Gaps”. In: COMANDUCCI, P.; e GUASTINI, R. (eds.), *Analisi e Diritto*, 2006.

_____. “Jurisprudence in the Snare of Vagueness”. *Ratio Juris*. Vol. 18, n. 2. June/2005.

CHIOVENDA, Giuseppe. “Le forme nella difesa giudiziale del diritto”. *Saggi di diritto processuale civile (1900-1930)*. vol. I. Roma: Società Editrice Foro Italiano, 1930.

_____. *Instituições de direito processual Civil*. São Paulo. Saraiva e Cia., 1942.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do processo*. 17ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

CONRADO, Paulo Cesar. *Introdução à teoria geral do processo civil*. 2ª ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Max Limonad, 2003.

COMANDUCCI, P.; e GUASTINI, R. (eds.). *Analisi e Diritto*, 2004.

COMOGLIO, Luigi Paolo. “Contradittorio (principio del)”. *Enciclopedia Giuridica*. Vol. VIII. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, Fondata da Giovanni Treccani, 1988.

_____. “Garanzie costituzionali e ‘giusto processo’ (modelli a confronto)”. *Revista de Processo* 90. São Paulo: RT, abril-junho/1998.

_____. *Il principio di economia processuale*. Vols. I e II. Padova: CEDAM, 1980 e 1982.

_____. “Il ‘giusto processo’ civile nella dimensione comparatistica”. *Revista de Processo* 108. São Paulo: RT, junho-agosto/2002.

_____. “Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionale”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* 4. Milano: Giuffrè Editore, 1994.

_____. “Note riopilogative su azione e forme di tutela, nell’ottica della domanda giudiziale”. *Rivista di Diritto Processuale* 2. Padova: CEDAM, 1993.

COMOGLIO, Luigi Paolo, FERRI, Corrado, e TARUFFO, Michele. *Lezione sul processo civile*. vols. I e II. Bologna: Il Mulino, 2006.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 4ª ed. reimp. Buenos Aires: Editorial B de F, 2005.

_____. *Estudios de derecho procesal civil*. Tomo I, II e III. 3ª ed. reimp. Buenos Aires: Depalma Ediciones, 1998.

COSSIO, Carlos. *La plenitud del ordenamiento jurídico*. 2ª ed. Buenos Aires: Editorial Los Andes, 2005.

CUNHA, Leonardo José Carneiro. “Termo inicial do prazo para ajuizamento da ação rescisória. Capítulos de sentença e recurso parcial”. *Revista de Processo* 120. São Paulo: RT, fevereiro/2005.

CROZE, Hervé; MOREL, Christian. *Procédure civile*. Paris: Presses Universitaires de France, 1988.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa pretendi no processo civil*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2001.

_____. *Lineamentos da Nova Reforma do CPC*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2002.

_____. *Precedente como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004.

_____. *Ação Monitória*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2001.

_____. *Tempo e Processo*. São Paulo: RT, 1997.

_____. “Embargos de terceiro: questões polêmicas”. *Revista dos Tribunais* 833. Vol. 94. São Paulo: RT, 2005.

_____. *Intempestividade do especial*. Disponível em <http://www.tucci.adv.br/publicacoes/JRCTucci%20-%20artigo%20-%20Intempestividade%20do%20especial.pdf>. Acesso em 18.10.2008.

DE SANTIS, Francesco. “Riforme processuali e <<disponibilità>> del regime preclusivo”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* 4. Milano: Giuffrè Editore, 2004.

DEL VECCHIO, Giorgio. *La crisi della scienza del diritto*. Modena: Società Tipografica Modenense, 1933.

DELFINO, Lúcio. “Breves reflexões sobre a fungibilidade das tutelas de urgência e seu alcance de incidência”. *Revista de Processo* 122. São Paulo: RT, abril de 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

DÍAZ, Adrián Rentería, “Discrezionalità del giudice o risposta corretta”. *Revista de Processo* 83. São Paulo: RT, julho/setembro de 1996.

DIDIER JR., Fredie. “Sobre a fundamentação da decisão judicial”. In: CARVALHO, Milton Paulo de (Org.). *Direito Processual Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

_____. *Pressupostos Processuais e Condições da Ação – O Juízo de Admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. “Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento”. *Revista de Direito Processual Civil* 21. Curitiba: Gênesis, julho-setembro/2001.

_____. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. Vol. I. 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. “Os efeitos dos recursos”. In: NERY JÚNIOR, Nelson, e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de Outros Meios de Impugnação às Decisões Judiciais*. São Paulo: RT, 1997.

_____. *Fundamentos do processo civil moderno*. Tomo I. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

_____. *Instituições de direito processual civil*. vol. I. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002; vols. II e III. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

_____. *Nova era do processo civil*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

_____. *A instrumentalidade do processo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

_____. *Capítulos de sentença*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

_____. *Execução Civil*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

_____. “Nasce um novo processo civil”. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.

DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ônus Processuais: Limites à aplicação das consequências previstas para o seu não-cumprimento*. Tese de doutorado apresentada ao Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor. São Paulo: USP, 2007.

DINIZ, Maria Helena, *Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria geral das obrigações*. Vol. II. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DIVITIIS, Paolo de. “Sulla teoria del meistbegünstigung nel processo civile tedesco. Forma e sostanza di provvedimento del giudice”. *Rivista di Diritto Processuale* 2, Aprile-Giugno/1993.

FAGUNDES, M. Seabra. *Dos recursos ordinários em matéria civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1946.

Faralli, Carla. “La certezza del diritto nell’età della decodificazione”. Disponível em http://www.cirfid.unibo.it/murst40-97/40-97/SezioneII/ParteIII/3.3/Faralli_new.doc. Acesso em 12 de outubro de 2008.

FAZZALARI, Elio. *Note in tema di diritto e processo*. Milano: Giuffrè, 1957.
_____. “Il giusto processo e i procedimenti speciali civili”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* 1. Milano: Giuffrè Editore, março/2003.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery, “Ato jurídico perfeito e segurança jurídica no Controle de Constitucionalidade”. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Coord.). *Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005.

FERREIRA NETO, Osly da Silva; e FREITAS, Petruska Canal. “Súmula Vinculante: limitações e possibilidades” *Revista Dialética de Direito Processual* 70. São Paulo: Oliveira Rocha, janeiro/2009.

FERRONE, Ugo. *Processo civile moderno*. Imprenta Santa Maria Capua Vetere: Francesco Cavotta, 1912

FISS, Owen. *Um novo processo civil. Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo: RT, 2004.

FONSECA, Tito Prates da. *As nulidades em face do Código de Processo Civil*. São Paulo: Freitas Bastos, 1941.

FORNATIARI JR., Clito. “Nova execução: aonde vamos?” *Tribuna do direito* 9. n. 114, outubro de 2004.

FORNACIARI, Michele. *Lineamenti di una Teoria Generale dell’Accertamento Giuridico*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1996.
_____. “La provvisoria esecutività del decreto ingiuntivo opposto e l’ordinanza provvisoria di rilascio tra tutela cautelare e tutela giurisdizionale differenziata”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè Editore, 1994.

FROSINI, Vittorio. “La lotta contro lo spirito della legge”. *Revista de Processo* 86. São Paulo: RT, abril-junho de 1997.

_____. “Formalismo e morfologia nella logica e nel diritto”. *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*. Anno XXXIX, serie III, 1962.

FUX, Luiz, NERY JR, Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Processo e Constituição. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006.

GARROTE, Angel Fermín. “Los actos jurídicos procesales”. In: BERIZONCE, Roberto O., e outros. *Estudios de nulidades procesales*. Buenos Aires: Hamurabi, s/d.

GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Barcelona: Editorial Labor S.A., 1936.

_____. *Princípios gerais do processo civil*. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 15ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GUIMARÃES SIQUEIRA, Cleanto. *A defesa no processo civil. As exceções substanciais no processo de conhecimento*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. Vol. 2. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

_____. *Os princípios constitucionais e o código de processo civil*. São Paulo: Bushatsky, 1975.

_____. “Deformalização do processo e deformalização das controvérsias”. *Novas tendências do direito processual*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

HABSCHEID, Walter J. “As bases do direito processual civil”. *Revista de Processo* 11-12. São Paulo: RT, 1978.

HARTLEY, Trevor C. “Five forms of uncertainty in European Community Law”. *Cambridge Law Journal* 55, July/1996.

HERRERO, Luis René. “El derecho a ser oído. Eficacia del debate procesal”. In: ARAZI, Roland (et. al). *Debido proceso. Realidad y debido proceso. El debido proceso y la prueba*. 1ª ed, Santa Fe: Rubizinal-Culzoni, 2003.

JAUERNIG, Othmar. *Direito processual civil*. Coimbra: Almedina, 2002.

JOLOWICZ, J.A. “Comparative law and the reform of civil procedure”. *Legal Studies*. Vol. 8, n. 1. March/1988.

JORGE, Mário Helton. “O Regime Jurídico da Fungibilidade das Demandas e dos Provimentos no Código de Processo Civil: relativização dos dogmas da inércia da jurisdição, da correlação entre pedido e decisão, da vinculação aos fatos da causa e da imutabilidade da coisa julgada”. *Revista de Processo* 122. São Paulo: RT, 2005.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KISCH, W. *Elementos de derecho procesal civil*. 2ª ed. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1940.

KLIPPEL, Rodrigo. *Ação Rescisória. Teoria e Prática*. Niterói: Impetus, 2008.

_____. *Teoria geral do processo civil*. Niterói: Impetus, 2007.

_____. *As Condições da Ação e o Mérito à Luz da Teoria da Asserção*. São Paulo: Scortecci, 2005.

KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*. São Paulo: RT, 1991.

LACERDA, Galeno. “O Código e o Formalismo Processual”. *Ajuris* 28. Porto Alegre: Ajuris, julho/1993.

_____. “Aplicação do novo código aos casos pendentes”. *O processo civil*. 2ª ed. São Paulo: AASP, 1974.

_____. *Despacho Saneador*. 3ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990.

_____. “Processo e Cultura”. *Revista de Direito Processual Civil*. 3º Vol. São Paulo: Saraiva, 1962.

LAMY, Eduardo de Avelar. *Princípio da fungibilidade no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2007.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *Duplo grau de jurisdição*. São Paulo: RT, 1993.

LEONEL, Ricardo Barros. “A eficácia imediata da sentença e as reformas do código de processo Civil: um aspecto da caminhada pela efetividade da tutela jurisdicional”. *Revista de Processo* 120. São Paulo: RT, 2005.

LENT, Friedrich. *Diritto Processuale Civile Tedesco*. Napoli: Morano Editore, 1962.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile. Principi*. 5ª ed. Milano: Giuffrè, 1992.

_____. *Manual de direito processual civil*. vol. I. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Eficacia y autoridad de la sentencia y otros estudios sobre la cosa jugada*. Buenos Aires: Ediar Editores, 1946.

_____. Despacho saneador e o julgamento do mérito. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976.

_____. Sull'onore della prova. In: *Estudios Jurídicos en Memoria de Eduardo J. Couture*. Montevideo: Facultad de Derecho, 1957.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. “Multa de 10 % (dez por cento) na lei n. 11.232/05”. In: CARVALHO, Milton Paulo de (Org.). *Direito Processual Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

_____. “Efeitos imediatos da decisão e impugnação parcial e total”. In: NERY JÚNIOR, Nelson, e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de Outros Meios de Impugnação às Decisões Judiciais*. São Paulo: RT, 2000.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: Unb, 1980.

MACHADO, Luciano Rodrigues. “A função social e a legitimação para a causa”. In: MAZZEI, Rodrigo Reis (coord.). *Questões processuais do novo código civil*. Barueri, SP: Minha Editora; Vitória, ES: ICE, 2006.

MACHADO GUIMARÃES, Luiz. *Limites objetivos do recurso de apelação*. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro do Direito Processual Civil, 1962.

MACCORMICK, N. “Argumentation and Interpretation in Law”. *Ratio Juris*, 1993.

MALACHINI, Edson Ribas. “Das nulidades no processo civil”. *Revista Brasileira de Direito Processual* 12, Uberaba: Editora Vitória, 1977.

_____. “Da conversibilidade de um processo em outro, por emenda à petição inicial”. *Revista de Processo* 54. São Paulo: RT, 1989.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 1996.

MANDRIOLI, Crisanto. *Diritto processuale civile*. Vols. I, II e III, 18ª ed. Torino: Giappicheli Editore, 2006.

MARCATO, Ana Cândida Menezes. *O Princípio do Duplo Grau de Jurisdição e a Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. Contornos da repercussão geral, o novo requisito de admissibilidade do recurso extraordinário. In: CARMONA, Carlos Alberto (Org.). *Reflexões sobre a reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2007.

MARCATO, Antônio Carlos. *Procedimentos especiais*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MARENGO, Roberto. “Note in tema di discrizionalità del giudice civile”. *Revista de Processo* 86. São Paulo: RT, abril-junho/1997.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória e julgamento antecipado: parte incontroversa da demanda*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2002.

_____. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004.

MARQUES, Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vols. I, II, III e IV. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. “Razoabilidade nas decisões judiciais”. *Carta Forense*, ano V, n.º 50, julho 2007.

MARTINS, Pedro Batista. *Recursos e processos da competência originária dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

MARTINS, Sandro Gilbert. “Princípio da inafastabilidade (CF/1988, art. 5º, XXXV) e a classificação das sentenças”. In: FUX, Luiz, NERY JR, Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Processo e Constituição. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006.

MEDEIROS, Maria Lúcia L. C. de. “Anotações sobre a competência para julgar ação rescisória”. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al (coord.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais. Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. 2ª tir. São Paulo: RT, 2008.

MEDINA, José Miguel Garcia et al (coord.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais. Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. 2ª tir. São Paulo: RT, 2008.

_____. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial. E outras questões relativas a sua admissibilidade e ao seu processamento*. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2002.

_____. “Antecipação da tutela recursal e efeito suspensivo – análise de alguns problemas decorrentes da aplicação do art. 558 do CPC”. In: NERY JÚNIOR, Nelson, e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de Outros Meios de Impugnação às Decisões Judiciais*. São Paulo: RT, 1997.

MENDONÇA JUNIOR, Delosmar. “Eficácia da declaração de inadmissibilidade dos recursos”. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al (coord.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais. Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. 2ª tir. São Paulo: RT, 2008.

MAZZEI, Rodrigo Reis (coord.). *Questões processuais do novo código civil*. Barueri, SP: Minha Editora; Vitória, ES: ICE, 2006.

MAZZEI, Rodrigo Reis. “Embargos de declaração e a omissão indireta (matérias que devem ser resolvidas de ofício, independentemente de arguição prévia pelo interessado)”. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al (coord.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais. Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. 2ª tir. São Paulo: RT, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 23ª ed. 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor/Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998.

MENDONÇA LIMA, Alcides de. *Introdução aos recursos cíveis*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1976.

_____. *Sistema de normas gerais dos recursos cíveis*. São Paulo: Livraria Freitas Bastos S/A, 1963.

_____. “A recorribilidade dos despachos interlocutórios no código de processo civil brasileiro”. *Estudios Jurídicos en Memoria de Eduardo J. Couture*. Montevideo: Facultad de Derecho, 1957.

MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. “A certeza e a segurança como valores fundamentais na declaração do direito e na realização da justiça, e o modo de atingi-las”. *Revista da Faculdade de Direito* vol. 94. São Paulo: USP, 1999.

MIRANDA, Gilson Delgado; e PIZZOL, Patricia Miranda. *Recursos no Processo Civil*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MONIZ DE ARAGÃO, E.D. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. II. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

_____. “Demasiados Recursos?”. *Revista de Processo* 136. São Paulo: RT, junho/2006.

_____. *Estudo sobre os embargos de nulidade e infringentes do julgado previstos no Código de Processo Civil*. Curitiba: Editora Litero-Técnica, 1959.

MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1962.

MONTORO, Marcos André Franco. “Interesse em Recorrer Contra a Fundamentação da Sentença, com Objetivo de Evitar Eventual Aplicação do § 1º do art. 475-L ou do Parágrafo Único do Art. 741, Ambos do CPC”. In: CARMONA, Carlos Alberto (Org.). *Reflexões sobre a reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2007.

MOLLICA, Rogerio. “O excesso de formalismo como obstáculo à celeridade processual”. *Bases científicas para um renovado Direito Processual*. vol. 1. São Paulo: IBDP, 2008.

MORAES, José Rubens de. “Princípio da oralidade: visão comparativa das suas múltiplas manifestações nos sistemas *common law* e ‘europeu continental’ – breve confronto com as modernas tendências do processo civil brasileiro em tempos de reforma”. In: CARVALHO, Milton Paulo de (Org.). *Direito Processual Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

MORELLO, Augusto. *Avances Procesales*. Buenos Aires: Rubizinal – Culzoni Editores, 2003.

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Revogação em matéria tributária*. São Paulo: Noeses, 2005.

_____. *Fontes do direito tributário*. 2ª ed. São Paulo; Noeses, 2006.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 8 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2004.

_____. *Princípios fundamentais. Teoria geral dos recursos*. 2ª ed. rev. e amp. São Paulo: RT, 1993; e *Teoria geral dos recursos*. 6ª ed. atual., ampl. e reform. São Paulo: RT, 2004.

NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. “Responsabilidade da doutrina e o fenômeno da criação do direito pelos juízes”. In: FUX, Luiz, NERY JR, Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Processo e Constituição. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006.

NEVES, Celso. *Contribuição ao estudo da coisa julgada civil*. Dissertação de Concurso à Cátedra de Direito Judiciário Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1970.

NORONHA, Carlos Silveira. *Do agravo de instrumento*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

OLIVEIRA, Bruno Silveira de. *Os princípios constitucionais, a instrumentalidade do processo e a técnica processual*. *Revista de Processo* 146. São Paulo: RT, 2007.

_____. “Um novo conceito de sentença?” *Revista de Processo* 149. São Paulo: RT, 2007.

_____. *Conexão e efetividade do processo*. São Paulo: RT, 2007.

_____. “O formalismo do sistema recursal à luz da instrumentalidade do processo”. *Revista de Processo* 160. São Paulo: RT, 2008.

_____. *Contribuição ao estudo do ato postulatório - demandas e recursos no processo civil brasileiro: interpretação, identificação e admissibilidade*. Inédito.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. “Recorribilidade da decisão que resolve a impugnação ao cumprimento da sentença e inaplicação do princípio da fungibilidade”. *Revista de Processo* 154. São Paulo: RT, 2007.

OLIVEIRA E CRUZ, João Claudino de. *Do recurso de agravo*. Rio de Janeiro: Forense, 1950.

_____. *Dos recursos no Código de Processo Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

ORTEIZA, Eduardo. “El debido processo. (Evolución de la garantía y autismo procesal)”. In: ARAZI, Roland (et. al). *Debido proceso. Realidad y debido proceso. El debido proceso y la prueba*. 1ª ed. Santa Fe: Rubizinal-Culzoni, 2003.

PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Jurisprudência: da Divergência à Uniformização*. São Paulo: Atlas, 2006.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. "Legal Security from the Point of View of the Philosophy of Law". *Ratio Juris*, Vol. 8, I, 1995.

PECZENIK, Aleksander. “A Theory of Legal Doctrine”. *Ratio Juris*. Vol. 14, n. 1, 2001.

PEREZ, Jesús Pérez. *El principio general de la buena fé en el Derecho Administrativo*. 3ª ed. Madrid: Civitas, 1999.

PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 5ª ed. Napoli: Jovene Editore, 2006.

PISTILLI, Ana de Lourdes Coutinho Silva. “Defesas do executado no cumprimento de sentença condenatória ao pagamento de quantia (Lei nº 11.232/05) e na execução de títulos extrajudiciais (Lei nº 11.382/06) – visão comparativa”. In: CARMONA, Carlos Alberto. (Org.). *Reflexões sobre a reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2007.

PIZZOL, Patrícia Miranda. *A competência no processo civil*. São Paulo: RT, 2003.

POLI, Roberto. “Sulla sanabilità della inosservanza di forme prescritte a pena di preclusione e decadenza”. *Rivista di Diritto Processuale* 2. Padova: Cedam, 1996.

PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo III. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo XI. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

_____. *Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões*. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2003.

POSNER, Richard A. “Judicial Behavior and Performance: an Economic Approach”. *Florida State University Law Review*, vol. 32.

PROVINCIALLI, Renzo. *Sistema delle Impugnazioni Civili*. Padova: Cedam, 1943.

PUOLI, José Carlos. *Os poderes do juiz e a reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

RAGONE, Álvaro J. D. Pérez. “Profili della Giustizia Processuale (Procedural Fairness): La Giustificazione Etica del Processo Civile”. *Rivista di Diritto Processuale* 4. Padova: CEDAM, julho-agosto/2008.

RAGONE, Álvaro J. D. Pérez; e PRADILLO, Juan Carlos Ortiz. *Código Procesal Civil alemán (ZPO). Traducción con un estudio introductorio al proceso civil alemán contemporáneo*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2006.

REALE, Miguel. *Teoria do direito e do estado*. 3ª ed. rev. São Paulo: Martins, 1970.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva, “A definição dos pronunciamentos judiciais (sentenças, decisões interlocutórias e despachos) após as últimas alterações legislativas: impacto e efeitos no plano recursal”. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al (coord.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais. Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. 2ª tir. São Paulo: RT, 2008.

RICCI, Gian Franco. “Il processo civile fra ideologie e quotidianità”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* 59. Milano: Guiffre Editore, 2005.

ROBLES, Gregorio. *O direito como texto. Quatro estudos de teoria comunicacional do direito*. Barueri – SP: Manole, 2005.

ROCCO, Alfredo. *La interpretación de las leyes procesales*. Buenos Aires: Valetta Ediciones, 2005.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Coord.). *Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil. Parte Geral*. 32ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*. Tomo I. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1955.

RÜEL, Gisela. “Preparing Germany for the 21st Century: The Reform of the Code of Civil Procedure”, *German Law Journal*, n. 6, June, 2005.

RUGGERI, Emanuele. “Il principio di consumazione dell’impugnazione: origine ed applicazioni”. *Rivista di Diritto Processuale* 4. Padova: CEDAM, 2008.

SALLES, Carlos Alberto de. *Execução Judicial em Matéria Ambiental*. São Paulo: RT, 1999.

_____. *Processo Civil e Interesse Público: o processo como instrumento de defesa social*. 1ª ed. São Paulo: RT, 2003.

SANSEVERIANO, Milton. “Fungibilidade dos recursos”. *Revista de Processo* 25. São Paulo: RT, janeiro/março de 1982.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. Vol. 1. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Direito processual civil*. vol. 3. São Paulo: Max Limonad, 1967.

SARAIVA, José. *Recurso Especial e o STJ*. São Paulo: Saraiva, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. “A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Coord.). *Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005.

SARTÓRIO, Elvio Ferreira. *Tutela preventiva (inibitória): Nas Obrigações de Fazer e Não Fazer*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SCHEREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SCHÖNKE, Adolfo. *Derecho Procesal Civil*. Barcelona: BOSCH, s/a.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual Civil*. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. “Algumas implicações do novo conceito de sentença no processo civil, de acordo com a lei nº. 11.232/2005”. In: CARMONA, Carlos Alberto. (Org.). *Reflexões sobre a reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2007.

SILVA, José Afonso da. “Constituição e Segurança Jurídica”. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Coord.). *Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. “A evolução dos direitos fundamentais”. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* nº 6. Belo Horizonte: Del Rey, julho-dezembro de 2005.

SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Segurança jurídica e jurisprudência*. São Paulo: LTr, 1996.

SOUZA, Paulo Roberto Pereira de. “Fungibilidade dos recursos”. *Revista de Processo* 38. São Paulo: RT, abril-junho de 1985.

TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005.

TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Pádua: Cedam, 1975.

_____. “Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice”. *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* 3. Milano: Giuffrè Editore, 2001.

TARZIA, Giuseppe. *Profili della sentenza civile impugnabile*. Milano: Giuffrè Editore, 1967.

_____. “La istruzioni del giuridice alle parti nel processo civile”. *Rivista di Diritto Processuale* 4. Padova: CEDAM, outubro-dezembro/1981.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002.

TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros, *O Princípio da Fungibilidade no Processo Civil*, Tese de Doutorado apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

TEIXEIRA DE SOUZA, Miguel. “Sobre o sentido e a função dos pressupostos processuais (algumas reflexões sobre o dogma da apreciação prévia dos pressupostos processuais na ação declarativa)”. *Revista de Processo* 63. São Paulo: RT, julho-setembro/1991.

_____. “Aspectos do novo processo civil português”. *Revista de Processo* 86. São Paulo: RT, abril-junho/1997.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.

TELLES JUNIOR, Goffredo. *O direito quantico*. 3ª tir. São Paulo: Max Limonad, s/d.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. “A coisa julgada e a rescindibilidade da sentença”. *Revista Jurídica* 219, jan/1996.

_____. “Tutela diferenciada: opção do credor entre a ação executiva e a ação ordinária de cobrança”. *Revista Dialética de Direito Processual* 4. São Paulo: Oliveira Rocha, julho/2003.

_____. “A preclusão no processo civil”. *Revista dos Tribunais* 784. São Paulo: RT, fevereiro/2001.

_____. *Curso de direito processual civil*. Vol. I. 18ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

_____. “A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica”. *Revista de Processo* 136. São Paulo: RT, junho/2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; e MACIEL, Eduardo Oliveira Horta. “Ação ordinária e suspensão da execução de título executivo extrajudicial: viabilidade, requisitos e impactos processuais. *Revista Dialética de Direito Processual* 57. São Paulo: Oliveira Rocha, dezembro/2007.

THEOTONIO NEGRÃO. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 35ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. II. 2ª ed. São Paulo: RT, 1978.

VASCONSELOS, Rita de Cássia Corrêa de. *Princípio da fungibilidade. Hipóteses de incidência no processo civil brasileiro contemporâneo*. São Paulo: RT, 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo, *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. Vol. II. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

VESCOVI, Enrique. *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*. Buenos Aires: Depalma, 1988.

VICENT, Jean; e GUINCHARD, Serge. *Procédure Civile*. 25ª ed. Paris: Dalloz, 1999.

VIEIRA, Luis Alberto. “Teoria general del cato juridico y los presupuestos procesales”. *Estudios Jurídicos en Memoria de Eduardo J. Couture*. Montevideo: Facultad de Derecho, 1957.

VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2000.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. “O óbvio que não se vê: a nova forma do princípio da fungibilidade”. *Revista de Processo* 137. São Paulo: RT, 2006.

_____. “O princípio da fungibilidade sob a ótica instrumental do processo”. *Revista dos Tribunais* 821. São Paulo: RT, março/2004.

_____. “Anotações sobre o princípio do contraditório como um dos fundamentos do processo civil contemporâneo”. In: CARVALHO, Milton Paulo de (Org.). *Direito Processual Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

_____. *O novo regime do agravo*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1996.

_____. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2008.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; e MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil 2*. São Paulo: RT, 2006.

WAMBIER, Luis Rodrigues. “O *contempt of cout* na recente experiência brasileira. Anotações a respeito da necessidade premente de se garantir efetividade às decisões judiciais”, *Revista de Processo* 119. São Paulo: RT, 2005.

WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 2ª ed. atual. São Paulo: Bookseller, 2000.

YARSHELL. Flávio Luiz. *Tutela Jurisdicional Específica nas Obrigações de Prestar Declaração de Vontade*. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. “A fungibilidade recursal e a nova disciplina do agravo”. *Revista do Advogado* 48, julho/1996.

_____. *Ação Rescisória: Juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

_____. *Tutela jurisdicional*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: DPJ, 2006.

_____. “Alterações na legislação processual e segurança jurídica”. *Carta Forense* 50, julho/2007.

_____. “A lei 11382/6. O Processo de Execução Fiscal e o Prazo para Embargos do Devedor”. *Carta Forense* 57, fevereiro/2008.

YARSHELL. Flávio Luiz, e MORAES, Maurício Zanoide de (orgs.). *Estudo em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Editora, 2005.

ZENKNER, Marcelo. *Ministério Público e efetividade do processo civil*. São Paulo: RT, 2006.

ZANZUCCHI, Marco Tullio. *Diritto Processuale Civile*. Milano: Giuffrè Editore, 1964.

RESUMO

O trabalho trata das situações de incerteza na técnica processual civil, analisando causas, efeitos e, principalmente, meios adequados para o tratamento dessas situações. Defende a idéia de que os litigantes não podem ter seus direitos processuais cerceados pela falta de objetividade na técnica processual, circunstância na qual deverá ser privilegiada a eficácia dos atos das partes. Nos três primeiros capítulos, é estudada a função do processo perante o direito material (aspecto positivo da instrumentalidade do processo), seu formalismo e sua flexibilidade, acentuando-se a aplicação da instrumentalidade das formas e do dever de saneamento das irregularidades processuais (aspecto negativo da instrumentalidade do processo). No capítulo quarto, são identificadas as crises de certeza no direito processual, suas fontes e os melhores meios de se evitá-las. No capítulo quinto, é justificada, à luz do direito processual vigente, a necessidade de manutenção da eficácia dos atos processuais realizados em zonas de incerteza. Por fim, nos capítulos seis e sete, o trabalho trata da fungibilidade recursal e da incerteza relativa aos pressupostos formais da ação rescisória, propondo meios de se permitir que os atos processuais realizados em zonas de incerteza produzam todos os seus efeitos, ainda que a opção dos litigantes divirja daquela adotada pelo juiz.

Palavras chave: Direito Processual. Técnica Processual. Incerteza. Falta de objetividade. Flexibilidade. Formalismo Processual. Fungibilidade Recursal. Pressupostos Processuais. Ação Rescisória.

ABSTRACT

The present dissertation deals with the uncertainty about Brazilian civil procedure techniques, analyzing causes, effects and, chiefly, adequate means of treatment of such issues. It argues that the litigants may not have their procedural rights suppressed by the lack of objectivity on procedural Law, situation in which the efficacy of their acts must be privileged. In the first three chapters, it studies the function of the procedural Law considering the substantive Law (positive aspect of procedural instrumentality), its formalism and its flexibility, enhancing the applicability of the norm of instrumentality of the forms and the judge's obligation of remedying procedural irregularities (negative aspect of procedural instrumentality). In chapter four, crises of uncertainty of procedural Law are identified, its sources as well as the best ways to avoid them. In chapter five, the needs of maintaining the efficacy of the parties' acts in situations of uncertainty are justified considering the current procedural Law. At last, in chapters six and seven, the study addresses the rule of commingling remedies and the matter of uncertainty related to the procedural requisites of the termination action, proposing that the procedural acts performed in zones of uncertainty will produce all their effects, even if the option made by the litigants be different from that made by the judge.

Key words: Civil Procedure Law. Procedural Law. Uncertainty. Lack of Objectivity. Procedural Formalism Flexibility. Rule of Commingling Remedies. Procedural Requisites. Termination Action