EDUARDO HENRIQUE DE OLIVEIRA YOSHIKAWA

PROCESSO (IN)CIVIL E (IN)SEGURANÇA JURÍDICA

Tese de Doutorado

Orientador: Prof. Titular José Ignácio Botelho de Mesquita

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
SÃO PAULO
2014

EDUARDO HENRIQUE DE OLIVEIRA YOSHIKAWA

PROCESSO (IN)CIVIL E (IN)SEGURANÇA JURÍDICA

Tese de doutorado apresentada ao Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor

Orientador: Prof. Titular José Ignácio Botelho de Mesquita

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
SÃO PAULO
2014

Agradecimentos

A Deus

A meus pais, Maximo (in memoriam) e Maria Tereza

Ao meu orientador, Prof. Titular José Ignácio Botelho de Mesquita, Emérito das Arcadas, em cuja obra encontro sempre renovadas lições sobre o processo civil

Ao Prof. Associado Carlos Alberto de Salles e ao Prof. Dr. Heitor Vitor Mendonça Sica, integrantes da banca do Exame de Qualificação, pelas sugestões e ponderações

“Sin seguridad no hay Derecho, ni bueno ni malo, ni de ninguna clase”

Luís Recasens Siches, *Tratado general de filosofia del derecho*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....7

PARTE I – SEGURANÇA JURÍDICA

Capítulo 1 – Direito e segurança.....9
Capítulo 2 – O princípio da segurança jurídica.....14
1. Conteúdo, sujeitos e requisitos.....14
2. Natureza jurídica e *sedes materiae*.....19
Capítulo 3 – Segurança jurídica e certeza.....21
Capítulo 4 – Segurança jurídica como proteção da confiança.....25
Capítulo 5 – Segurança jurídica e princípios constitucionais.....29
1. Princípio da legalidade.....29
2. Princípio da isonomia.....34
3. Princípio da irretroatividade da lei.....35
Capítulo 6 – Segurança jurídica e Economia.....41

PARTE II – PROCESSO CIVIL E SEGURANÇA JURÍDICA

Capítulo 7 – O binômio direito-processo e a segurança jurídica.....46
Capítulo 8 – Entropia processual.....53
Capítulo 9 – Discricionariedade judicial, "criação" judicial do direito e conceitos jurídicos indeterminados.....62
Capítulo 10 – Formalismo processual e segurança jurídica.....73
Capítulo 11 – Incerteza processual e fungibilidade.....83
Capítulo 12 – Cognição judicial e segurança jurídica.....91
Capítulo 13 – Eficácia das decisões e segurança jurídica.....96
Capítulo 14 – Princípios processuais e segurança jurídica.....106
1. Princípio da inafastabilidade da jurisdição.....106
2. Princípio da ampla defesa e contraditório.....107
3. Princípio do juiz natural.....111
4. Princípio da imparcialidade do juiz.....113

5. Princípio da publicidade.....114
6. Princípio da motivação.....115
7. Princípio da proibição de provas ilícitas.....117
8. Princípio do duplo grau de jurisdição.....119
9. Princípio dispositivo.....121
Capítulo 15 – Segurança jurídica e sua relação com alguns institutos processuais.....126
1. Coisa julgada.....126
1.1. Eficácia preclusiva.....133
1.2. Limites subjetivos.....137
1.3. Limites objetivos.....151
1.4. Limites temporais.....154
1.5. "Relativização" da coisa julgada.....159
2. Preclusão.....167
3. Uniformização de jurisprudência e institutos afins.....170
3.1 O problema da modificação da jurisprudência.....178
4. Ônus da prova.....183
Capítulo 16 – Direito processual intertemporal.....189

CONCLUSÕES.....196

BIBLIOGRAFIA.....202

RESUMO.....220

ABSTRACT.....221

RIASSUNTO.....222

INTRODUÇÃO

A noção de segurança jurídica (e do seu oposto, a insegurança jurídica) certamente não é recente e remonta, talvez, às próprias origens do Direito.

É relativamente recente, porém, especialmente no Brasil, a preocupação revelada pela doutrina e pela jurisprudência para como este tema, que começou a despertar na segunda metade da década de 80 do século passado, na época da redemocratização do país e da promulgação da nova Constituição da República.

Pesquisa realizada no *site* do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, revela que a expressão "segurança jurídica" aparece pela primeira vez na ementa de um de seus acórdãos em 1989[1], datando de 1999[2], por sua vez, a primeira utilização da antítese "insegurança jurídica". Por sua vez, no extinto Tribunal Federal de Recursos (extinto pela CF/88 e substituído pelos Tribunais Regionais Federais) o acórdão mais antigo de cuja ementa consta a expressão "insegurança jurídica" remonta a 1986[3].

E não é de se espantar que assim tenha ocorrido. Durante o período de exceção iniciado em 1964 e que terminou formalmente em 1985[4] não se poderia mesmo cogitar de "segurança jurídica" na plenitude do termo, especialmente após os Atos Institucionais que estabeleceram de forma definitiva um regime de exceção em nosso país.

Demais disso, somente a partir do final da década de 80 surgiram ou se exacerbaram outros fatores que a nosso ver favoreceram a conscientização dos operadores do direito, e mesmo da população em geral, para a importância da segurança jurídica: o aumento da população e, consequentemente, do volume de negócios e relações jurídicas; a abertura (e posterior estabilização) da economia, com o aumento dos investimentos estrangeiros no país e de transações comerciais com o exterior; o incremento da "fúria legiferante" das pessoas políticas da federação, especialmente da União e a crescente

---

[1] STF – Tribunal Pleno – AR nº 1.323 – Rel. Min. Moreira Alves - j. 3.11.89
[2] STF – Tribunal Pleno – ADC(MC) nº 8 – Rel. Min. Celso de Mello - j. 13.10.99
[3] TFR – 5ª Turma – AG nº 50.298 – Rel. Min. Sebastião Reis - j. 29.09.86
[4] *Formalmente* porque o rompimento (ou esboço de rompimento, segundo alguns) com a ordem jurídica anterior somente teve início com a promulgação de uma nova Constituição em 1988, que substituiu a EC nº 1/69 até então vigente.

utilização de cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados; o aumento dramático da litigiosidade, fruto da constitucionalização de direitos e da criação de novos direitos pela legislação, da adoção de medidas de acesso à justiça e até da judicialização de questões que até pouco tempo se considerava impossíveis de revisão pelo Poder Judiciário.

Sem embargo, ainda são escassos os estudos de pós-graduação a respeito do princípio da segurança jurídica na área do direito processual (no caso mais especificamente do direito processual *civil*), voltadas normalmente a outros ramos do conhecimento jurídico (*v.g.*, direito tributário) ou à filosofia do direito. Quando não, limitam-se a examiná-lo a partir de algum instituto em particular, como é o caso da chamada súmula vinculante, e não como reclama a sua natureza, isto é, como valor que se projeta sobre a técnica e os institutos do processo civil brasileiro e que, portanto, deve orientar a aplicação dos princípios e regras processuais, obtendo em cada caso concreto a interpretação que melhor atenda à segurança jurídica e à idéia de justiça.

O exercício da jurisdição, por meio do processo civil, deve ser um fator de segurança jurídica. Quando ocorre o inverso, a produção de insegurança jurídica, o processo se perverte e degenera, passando a representar o que JOSÉ IGNÁCIO BOTELHO DE MESQUITA denominou de forma eloqüente *processo incivil*.

A presente tese, destarte, tem por objeto a demonstração da influência e da importação da segurança jurídica para o Direito processual civil.

PARTE I – SEGURANÇA JURÍDICA

CAPÍTULO I - DIREITO E SEGURANÇA

O Direito, assim como a moral e a religião, é um mecanismo de controle ou, em sentido mais amplo, um processo social de adaptação social[5] (do indivíduo à vida social[6]).

> "O fato social é *relação de adaptação* (ato, combinação, fórmula) do indivíduo à vida social, a uma, duas ou mais coletividades (círculos sociais) de que faça parte, ou dessas aos indivíduos, ou entre si. Tais círculos, pré-histórica e historicamente, foram o par, o clã, a fratria, a família, a tribo, a nação de tribos etc. Na mesma época, podem ser, quanto à extensão: o par sexual, a amizade, a família, a escola, a oficina, a classe social, o partido, o bairro, o Município, o Estado-membro, o Estado"[7].

Por meio dele se criam normas que regulam as relações entre os indivíduos, estabelecendo, por exemplo, qual dos interesses deve prevalecer em caso[8] de conflito[9], obtendo-se assim uma (certa) ordem que torna viável a convivência em sociedade[10].

---

[5] Pontes de Miranda menciona nada menos do que 7 (sete) processos adaptativos principais: religioso, moral, estético, gnoseológico, jurídico, político e econômico. Da preponderância de um ou outro resultaria o caráter mais ou menos estável da sociedade. Cf. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado.* t. VII. Atualizado por Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: RT, 2012, p. 231.

[6] Advirta-se, com Goffredo Telles Junior, que o indivíduo se subordina à sociedade, mas esta existe para o bem dos indivíduos: "Dentro da sociedade, cada pessoa se subordina, sim, à ordem social, como a *parte* ao *todo.* Mas a ordem social, note-se, existe para *o bem das pessoas:* a este *bem* a sociedade se destina, e a ele a sociedade se subordina, como o *meio* ao *fim*" (*A criação do direito.* 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 474). O que a nosso ver revela o equívoco de perspectivas exageradamente estatais ou publicísticas, que veem o fenômeno jurídico, em suas variadas manifestações, a partir do interesse do Estado (às vezes sob a denominação de "interesse público") e não do indivíduo.

[7] Cf. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado.* t. VII. Atualizado por Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: RT, 2012, p. 229.

[8] "O Direito é um modo de resolver casos concretos" (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito.* Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. xxiv).

[9] É nesse sentido se fala que o princípio da certeza do direito (que não se confunde com a segurança jurídica em sentido estrito, embora dela seja pressuposto) é inerente ao ordenamento jurídico e ao caráter deôntico das normas que o compõem: "Substanciando a necessidade premente da segurança do indivíduo, o sistema empírico do direito elege a certeza como postulado indispensável para a convivência social organizada" (CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário.* 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 165).

[10] "Para os seres humanos, viver *bem* é *bem conviver.* Ou seja, é *bem* se relacionar com o próximo. E isto significa que, para os seres humanos, a convivência implica um relacionamento *ordenado:* um

"No fundo, a função social do direito é dar valores a interesses, a bens da vida, e regular-lhes a distribuição entre os homens"[11].

É por meio do Direito que se tenta compatibilizar duas características antagônicas presentes nos seres humanos: o seu individualismo e o seu caráter gregário.

Realmente, desde os primórdios da humanidade[12], onde quer que tenha existido um aglomerado de pessoas vivendo juntas (= convivendo) aí também poderá ser encontrado, mesmo que de forma rudimentar (ainda que, por exemplo, costumeiro e sem uma separação precisa entre direito e religião), um sistema jurídico[13]. Ubi societas, ibi jus[14] (e seu oposto, *nisi societas, nec ius*)[15].

Aliás, tal fenômeno é encontrado até mesmo em outras espécies[16].

Ao disciplinar as relações entre os indivíduos, o Direito cria uma ordem, a qual se espera seja respeitada por todos[17].

---

relacionamento conforme a uma ordenação normativa" (TELLES JUNIOR, Goffredo. *A criação do direito*. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 475).

[11] Cf. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado.* t. VII. Atualizado por Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: RT, 2012, p. 11.

[12] "Não se pode dizer como apareceram elas [regras disciplinadoras de conduta], originariamente, perdidas que se acham na noite dos tempos, pois no momento em que o historiador ou o sociólogo recua as suas pesquisas aos primórdios de qualquer civilização, e situa o fenômeno jurídico na sua gênese, já encontra o agrupamento disciplinado" (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil.* v. I. 23. ed. Revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 43).

[13] Cf. BENÍTEZ, Alberto Rosas. *Orígenes y derecho antiguo.* Guadalajara: Editorial hexágono, 1995, p. 28-30. Fala o autor, de forma expressiva, em uma *propensão da espécie humana ao direito.*

[14] "Onde quer que se distribuam bens da vida, inclusive os que se ligam à própria pessoa, aí está o sistema jurídico" (PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado.* t. VII. Atualizado por Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: RT, 2012, p. 17). Segundo Ferrara, é o Direito um *produto necessário* da vida social. Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil.* v. I. 23. ed. Revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 43.

[15] Conforme bem observou David Friedman, "se existisse apenas um homem no mundo, ele teria muitos problemas, mas nenhum deles seria jurídico" (tradução livre). Cf. *Law's order: what economics has to do with law and why it matters.* Princeton: Princeton University Press, 2000, p. 3.

[16] "O estudo comparativo do comportamento demonstrou que, em muitas sociedades animais, o processo de evolução seletiva produziu formas de comportamento com elevado grau de ritualização, regidas por normas de conduta que têm o efeito de reduzir a violência e outros métodos destrutivos de adaptação, assegurando assim uma ordem de paz" (HAYEK, F. A. *Direito, legislação e liberdade.* v. I. São Paulo: Visão, 1985, p. 85-86).

[17] "La inseguridad jurídica, si bien deviene fundamentalmente de la actuación de los poderes públicos, depende también en grande parte de la actitud que tiene la sociedad con respecto al acatamiento a las normas" (DALLA VIA, Alberto Ricardo. *Derecho constitucional econômico.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999, p. 442).

Consoante observa PONTES DE MIRANDA, por meio do Direito (sobretudo das regras jurídicas, embora a tanto não se resuma o fenômeno jurídico), "consegue o homem diminuir, de muito, o arbitrário da vida social, a desordem dos interesses, o tumultuário dos movimentos humanos à cata do que deseja, ou do que lhe satisfaz algum apetite"[18].

O locatário, por exemplo, "sabe" que deve pagar o aluguel na data avençada[19] e igualmente "sabe" que, se não o fizer, o locador poderá, por intermédio do Poder Judiciário, obter a rescisão do contrato de locação e a desocupação do imóvel. Aquele que celebra um contrato com cláusula compromissória sabe que, em caso de controvérsia, não tem o direito de reclamar que ela seja resolvida pelo Poder Judiciário, vez que escolhida a via da arbitragem, e, que se o fizer, o juiz a quem for distribuída a demanda deverá extinguir o processo sem julgamento de mérito.

O Direito, assim, serve para estabelecer padrões de conduta, que permitem aos sujeitos de direito, em princípio, saber como agir[20]. Em outras palavras, o que cada um poderá exigir de outrem ou da coletividade e o que de cada um poderá ser exigido[21].

Veja-se que mesmo em caso de dissenso entre os interessados, a "insegurança" resultante poderá ser debelada, bastando que qualquer deles peça a intervenção do Poder Judiciário (ou do árbitro, nas controvérsias envolvendo direitos disponíveis, caso essa tenha sido a escolha dos envolvidos), a fim de que este declare qual o direito aplicável e, se for o caso, concretize-o.

Tal segurança diz-se jurídica, porquanto proveniente do Direito e não de outro mecanismo de controle social[22].

---

[18] Cf. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado.* t. VII. Atualizado por Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: RT, 2012, p. 11.

[19] Não se ignora que o dever de pagar o aluguel, porquanto decorrente do regime jurídico da locação, existiria ainda que fosse ignorado pelo locatário, nos termos do art. 3º da LINDB. O que se pretende ressaltar é que a ordem criada pelo Direito serve para orientar a conduta das pessoas e favorece o reconhecimento e cumprimento espontâneo dos direitos e obrigações, o que em si é um benefício para os envolvidos e para a coletividade como um todo.

[20] O que Darci Guimarães Ribeiro denomina função psicológica do ordenamento jurídico. Cf. "Esboço de uma teoria processual do direito". In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial.* v. 2. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 130-135.

[21] Cf. ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição.* 2. ed. Atualizado por Rosalea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 184.

Posto que o fim último do Direito seja a Justiça[23], esta não poderia ser obtida se este não for apto a conferir segurança aos indivíduos, no tocante às relações que mantêm entre si:

> "Sólo sobre la base de un orden se puede hablar de justicia o injusticia en la sociedad; si ese orden no existe, entonces se puede hablar de ideas o ideales de justicia, pero no de justicia existente en las relaciones de la vida, pues desde el momento que se admite que la vida social está regida por la justicia, se presupone que existe un orden social establecido precisamente por el Derecho"[24].

É falsa a oposição entre segurança e justiça, pois "o valor da *justiça* é justamente construído a partir de direitos e liberdades individuais fundamentais, dentre as quais se insere a própria segurança"[25].

Por tal razão, deve-se concordar com a doutrina quando afirma que acima dos valores consagrados pelos textos constitucionais está a segurança jurídica[26], que em si mesma também é um valor, pois ela garante e dá consistência a esses outros valores, razão pela qual não deve ser sacrificada em defesa de um valor isolado, "por mais valioso que ele seja"[27].

---

[22] "Qualquer direito, na ordem privada ou pública, pode ser apreciado pelo lado do indivíduo que dele extrai uma segurança jurídica ou uma função, como pelo lado do agrupamento social que institui uma regra de conduta" (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil.* v. I. 23. ed. revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 11).

[23] Cf. NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito.* 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 119.

[24] Cf. DALLA VIA, Alberto Ricardo. *Derecho constitucional económico.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999, p. 446.

[25] Cf. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Coisa julgada, ação rescisória e justiça. *Direito Constitucional.* Barueri: Manole, 2007, p. 140.

[26] Claus-Wilhelm Canaris se refere à segurança jurídica como um "valor supremo", ao lado da justiça e da igualdade. Cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito.* Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 22.

[27] Cf. ATALIBA, Geraldo. "Limites à Revisão Constitucional de 1993". São Paulo, *Revista Trimestral de Direito Público,* v. 3, 1993, p. 58.

A segurança, além de ser um valor do sistema jurídico, tendo assim relevância intrínseca, é igualmente um meio para se atingir os demais valores, tendo assim também valor instrumental[28].

É forçoso concluir, pois, com LUÍS RECASENS SICHES, que "sin seguridad no hay Derecho, ni bueno ni malo, ni de ninguna clase"[29].

E, para que seja possível a segurança *através do direito* (segurança jurídica em sentido amplo), impõe-se que exista a segurança *do próprio direito* (segurança jurídica em sentido estrito)[30], que diz respeito também ao direito processual e será objeto da presente tese.

---

[28] Cf. GRECO, Rodrigo Azevedo. *Direito e Entropia* (Dissertação de Mestrado). São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2008, p. 33.

[29] Cf. *Tratado general de filosofia del derecho.* 19. ed. Mexico: Porrúa, 2008, p. 224. De forma análoga, afirmou CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO que o princípio da segurança jurídica "se não é o mais importante dentre todos os princípios gerais de Direito, é, indisputavelmente, um dos mais importantes entre eles" (*Curso de direito administrativo.* 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 124).

[30] Cf. KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito.* Prefácio e tradução de António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 281.

CAPÍTULO 2 – O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURIDICA

1. Conteúdo, sujeitos e requisitos

Na doutrina brasileira costuma-se classificar a segurança jurídica em objetiva (estabilidade e previsibilidade do direito) e subjetiva (a confiança produzida pelo direito em seus destinatários)[31].

Mais correto, no entanto, seria considerá-los aspectos da segurança jurídica, na linha do que defende HUMBERTO ÁVILA[32], mormente porque, quanto ao segundo (aspecto subjetivo), se coloca igualmente a questão não apenas dos seus destinatários, mas igualmente de quem deverá produzi-la ou garanti-la.

Segundo este autor, sete seriam os aspectos a partir dos quais a segurança jurídica pode ser estudada: material (qual é o conteúdo da segurança jurídica?), objetivo (segurança jurídica do quê?), subjetivo (quem são os sujeitos da segurança?), temporal (segurança jurídica quando?), quantitativo (segurança jurídica em que medida?), justificativo (segurança jurídica para quê e por quê?) e instrumental (meios necessários à promoção do fim)[33].

De nossa parte, entendemos, o que se coaduna com os fins do presente trabalho[34], que estes podem ser reduzidos a apenas três: objetivo (no que consiste a segurança jurídica, no qual está incluída a sua finalidade e suas dimensões quantitativa e temporal), subjetivo (quem assegura e a quem se destina a segurança jurídica) e o instrumental (quais os requisitos para obter a segurança jurídica).

No tocante aos requisitos necessários para a obtenção da segurança jurídica há praticamente um consenso na doutrina.

---

[31] Cf. NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 120.
[32] Cf. ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário.* São Paulo: Malheiros, 2011.
[33] Cf. ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário.* São Paulo: Malheiros, 2011, p. 109-183
[34] A proposta da presente tese é demonstrar a influência e importância da segurança jurídica para o processo civil, o que envolve a delimitação do que se deva entender por segurança jurídica, sem que no entanto seja ela própria o objeto da nossa investigação.

Tais requisitos relacionam-se ao processo de produção de normas jurídicas, que consiste basicamente na criação de normas abstratas e na sua posterior aplicação a situações concretas, tarefas confiadas primordialmente ao legislador e ao juiz, procurando nele influir. Tal influência, no mais das vezes, consiste na limitação da liberdade dos órgãos com competência normativa[35], sendo este o caminho natural para reduzir o grau de incerteza no interior do sistema normativo[36].

Em um Estado Democrático de Direito, como o Brasil, cabe primordialmente à lei (lei escrita ou *statute* dos norte-americanos e ingleses), aprovada pelos representantes eleitos do povo (conforme dispuser a repartição de competências prevista na Constituição da República), inovar na ordem jurídica, criando em abstrato direitos e obrigações.

Uma das primeiras exigências da segurança jurídica, assim, é que as leis devem ser, tanto quanto possível, claras e precisas[37], evitando equívocos na sua compreensão, quer pelos destinatários das normas, quer por aqueles que deverão aplicá-las (Poder Executivo e Judiciário).

É o que KAUFMANN denomina positividade do direito[38].

Não se ignora, todavia, que a simplicidade nem sempre é possível, pois a sociedade (e as relações que o Direito busca disciplinar), tem se tornado cada vez mais complexa[39].

---

[35] O que significa que tanto o legislador como o juiz pode ser fonte de insegurança jurídica, de perturbação da ordem existente no sistema jurídico, quando atuam de forma alterada, disfuncional. O juiz, por exemplo, não pode pretender substituir o legislador, inovando na ordem jurídica.

[36] Cf. GRECO, Rodrigo Azevedo. *Direito e Entropia* (Dissertação de Mestrado). São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2008, p. 52. Do que resulta inevitável concluir que ao de um lado exigir maior respeito aos precedentes dos tribunais e de outro aumentar os poderes dos juízes de primeira instância, por meio por exemplo da utilização de conceitos indeterminados, o legislador na verdade pretende induzir o processo a caminhar em direções opostas. Só é possível aumentar a segurança jurídica diminuindo a liberdade de decidir do legislador e do juiz e consequentemente a flexibilidade do ordenamento.

[37] "Ya que no es asequible la total certeza jurídica formal, hay sí la posibilidad de tender hacia la misma" (GIOFFRÉ, Marcelo A.; MORANDO, Mario J. *Economía y orden jurídico: el impacto de la juridicidad en los procesos económicos.* Buenos Aires: Ad-hoc, 1994, p. 29).

[38] Cf. KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito.* Prefácio e tradução de António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 282.

[39] Cf. SZTAJN, Rachel. "Os custos provocados pelo Direito". São Paulo, *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro,I* n. 112, out./dez., 1998, p. 76 (refutando que a solução para diminuir a

Como será mencionado a seguir, segundo esta perspectiva a utilização de conceitos jurídicos indeterminados ou cláusulas abertas contribui para um aumento da insegurança jurídica.

Ainda segundo o autor germânico, outro fator de promoção da segurança jurídica é a diminuição da possibilidade de erro quanto à determinação dos fatos juridicamente relevantes (o que denomina exeqüibilidade prática), o que pode ser feito por meio da criação de requisitos formais (formalização das hipóteses normativas). Como exemplo, cita os requisitos formais estabelecidos para a validade do testamento, que teriam o propósito de assegurar a inexistência de dúvidas a respeito da real vontade do testador[40].

Outra, igualmente importante, é a "austeridade" que deve presidir a atividade legiferante[41], evitando-se a proliferação de leis (= inflação legislativa[42]), que sofreu um incremento dramático a partir do início do século XX, pois este fenômeno, de um lado, tende a produzir normas contraditórias (além de dificultar uma visão sistemática do direito), e, de outro, dificulta o conhecimento do direito pela população[43] (em casos mais graves, até mesmo dos operadores do direito).

Quanto maior for o número de normas que integram o ordenamento mais difícil será a interação entre elas, geranto um aumento da complexidade do sistema e, portanto, da insegurança jurídica[44]. Essa realidade se revela de forma clara em determinados ramos do direito, em que a produção de normas pelo Estado se revela (ainda) mais intensa, como o direito tributário, gerando para o contribuinte considerável dificuldade de prever como as normas serão aplicadas e assim orientar a sua conduta.

---

insegurança jurídica – e os custos provocados pelo Direito – possa ser obtida pela simplicidade das normas jurídicas).

[40] Cf. KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito.* Prefácio e tradução de António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 283.

[41] Cf. GIOFFRÉ, Marcelo A.; MORANDO, Mario J. *Economía y orden jurídico: el impacto de la juridicidad en los procesos económicos.* Buenos Aires: Ad-hoc, 1994, p. 30-31.

[42] Cf. FARIA, José Eduardo. "A inflação legislativa e a crise do Estado no Brasil". São Paulo, *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo,* n. 42, dez., 1994, p. 165-182.

[43] Em um cenário de insegurança jurídica causada por leis obscuras, a chamada presunção de conhecimento da lei (art. 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), que tem a clara função de evitar comportamentos oportunistas (= desculpa para o descumprimento da lei), acaba se revelando perversa e opressiva dos direitos do cidadão. Cf. GRECO, Rodrigo Azevedo. *Direito e Entropia* (Dissertação de Mestrado). São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2008, p. 60.

[44] Cf. GRECO, Rodrigo Azevedo. *Direito e Entropia* (Dissertação de Mestrado). São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2008, p. 59.

Logo, há que se evitar leis desnecessárias, que assim devem ser entendidas tanto aquelas que pretendem disciplinar situações que não carecem de disciplina jurídica (nem tudo o que ocorre na sociedade carece de disciplina jurídica e merece ser judicializado), como as que incidem sobre fatos já regulados por leis vigentes[45].

Por fim, outro requisito, que possuir relação com o anterior, é a estabilidade do direito objetivo, por força do qual não devem ser freqüentes as alterações da legislação (e, com maior razão, do texto constitucional).

Sob este ângulo, já afirmava MIGUEL REALE, em lição que não foi observada pela Assembleia Constituinte e que tornava previsíveis as dezenas de Emendas Constitucionais que sofreria o texto aprovado em 1988, que "quando uma Constituição exagera em seu conteúdo expõe-se a ter uma existência precária, pois os fatos emergentes, ao longo do processo histórico, implicam a necessidade de sucessivas alterações"[46].

Em matéria de direito processual esse aspecto da segurança jurídica impõe que se avalie com muito cuidado a ideia de promulgação de um novo Código de Processo Civil[47], pois a novidade pode resultar em um considerável aumento do grau de incerteza do sistema, ao menos durante um período de tempo (algo como dar dois passos para trás antes de dar um passo à frente), quer por suscitar novas discussões, quer por permitir a reabertura de discussões doutrinárias que já haviam sido superadas.

Não obstante, se a alteração for inevitável é de bom alvitre que se indique expressamente que leis ou dispositivos legais estão sendo revogados, pois a falta de revogação expressa incremente a insegurança jurídica naturalmente causada pela promulgação de uma nova lei: além do aumento do número de leis a serem aplicadas, fica

---

[45] "Não raramente, vemos leis, que vigoram há muitos anos e sobre as quais já existe uma jurisprudência sedimentada, serem alteradas sem qualquer razão relevante, fazendo com que surjam, novamente, divergências com relação à interpretação da nova lei, que demandarão um determinado tempo para serem solucionadas" (GRECO, Rodrigo Azevedo. *Direito e Entropia* (Dissertação de Mestrado). São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2008, p. 63).

[46] Cf. REALE, Miguel. Constituição e totalitarismo normativo. *Aplicações da Constituição de 1988.* Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 7.

[47] Cf. MACHADO, Marcelo Pacheco. *Incerteza e processo.* São Paulo: Saraiva, 2013, p. 106-110.

aberta a possibilidade de criação de incerteza a respeito de que norma regulará determinada situação[48].

Os requisitos acima, como se pode perceber, dizem respeito à atividade do legislador.

No tocante à atividade jurisdicional, a segurança jurídica exige basicamente que as decisões sejam proferidas com base em critérios objetivos e previamente estabelecidos[49] e que forneçam soluções idênticas a situações similares (o que demanda exigir respeito aos precedentes e a jurisprudência consolidada), o que será objeto de estudo na segunda parte do trabalho.

Sem embargo, desde logo merece ser ressaltado que a importância desta (e conseqüentemente do processo) para a obtenção da segurança jurídica tem sido cada vez maior, pois em todos os ordenamentos a produção normativa "tornou-se imensa, incontrolável, incoerente, invasiva, fragmentária e variável"[50] (tradução livre).

---

[48] Cf. GRECO, Rodrigo Azevedo. *Direito e Entropia* (Dissertação de Mestrado). São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2008, p. 64-65.

[49] Por esta razão não concordamos com a afirmação de que a declaração incidental de inconstitucionalidade da lei pelo juiz seria fonte de insegurança jurídica, porque ao afastar a aplicação da lei teria o julgador de recorrer a normas mais abstratas para decidir o caso. Cf. GRECO, Rodrigo Azevedo. *Direito e Entropia* (Dissertação de Mestrado). São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2008, p. 60-61. Além desse resultado ser eventual (se a lei inconstitucional revogou uma outra lei, seria o caso de aplicação da lei revogada), a insegurança jurídica não decorre da declaração em si de inconstitucionalidade, mas do fato de o controle no caso ser difuso, ensejando a que outros juízes venham a proferir decisões divergentes e assim, ao menos por um determinado período de tempo, uma mesma norma seja aplicada em alguns casos e não em outros. A insegurança jurídica não decorre do controle de constitucionalidade, mas da falta de isonomia entre as partes enquanto a questão não é definitivamente dirimida pelo Judiciário. Aliás, se o próprio autor reconhece que a promulgação de leis inconstitucionais é causa de insegurança jurídica (p. 65), evidente que o mecanismo de correção desse problema somente pode ser considerado como fator de aumento da segurança jurídica. A solução por ele proposta para evitar esta insegurança, qual seja, a adoção do controle prévio de constitucionalidade das leis (p. 77-79), que é estranha à tradição do direito, a nosso ver apresenta o grave risco de não permitir um amadurecimento da discussão antes do julgamento da questão, pois muitas vezes é na aplicação do direito aos casos concretos que se revela a inconstitucionalidade da norma.

[50] Cf. TARUFFO, Michele. "Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto". Milano, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano LV, n. 1, mar., 2001, p. 19.

2. Natureza jurídica e *sedes materiae*

A segurança jurídica, conforme se pode depreender das considerações já expendidas, é indissociável da idéia de Estado de Direito (o *Rule of law* dos anglo-americanos ou *Staatsrecht* dos germânicos), conforme ressalta a doutrina[51].

Para GILMAR MENDES e PAULO GONET a segurança jurídica é um subprincípio do Estado de Direito[52].

Também HUMBERTO ÁVILA considera a segurança jurídica um subprincípio do Estado de Direito, mas observa que, em relação a outros princípios (e até mesmo outras regras) funcionaria como sobreprincípio[53], razão pela qual utiliza a denominação mais abrangente de princípio.

O princípio da segurança jurídica, destarte, estaria positivado[54] nos artigos 1º, *caput* (que estabelece ser a República Federativa do Brasil um Estado Democrático de Direito) e 5º, *caput* (que inclui entre os direitos individuais o direito *à segurança*) da Constituição da República.

O imperativo da segurança jurídica também é mencionado pelo texto constitucional no art. 103-A, § 1º, da CF, que disciplina a súmula vinculante, instituto cujo propósito é eliminar controvérsias que gerem "grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica".

---

[51] Cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. "O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo". In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras complementares de processo civil*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 154.

[52] Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 436.

[53] Cf. *Segurança jurídica: Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário.* São Paulo: Malheiros, 2011, p. 633-639,

[54] Em sentido contrário: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo.* 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 123. Também para Carlos Ari Sundfeld a segurança jurídica seria um princípio não escrito ou implícito, mas é enfático o autor ao afirmar que isso não impediria o seu reconhecimento como princípio de direito, o que não costuma ser objeto de questionamento, havendo dúvidas apenas quanto à possibilidade de sua aplicação (e eventuais efeitos) em cada caso concreto: "No STF, que usa com freqüência a *segurança jurídica* como fundamento de suas decisões (por exemplo: para manter em seus cargos servidores nomeados sem concurso público, quando este era obrigatório, segundo a Constituição), não parece haver vozes contrárias a ela em si, embora possa ocorrer divergência quanto à sua aplicabilidade e efeito em cada hipótese" (SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos.* São Paulo: Malheiros, 2012, p. 65).

Em razão de sua estatura constitucional o princípio da segurança jurídica possui eficácia normativa[55], servindo assim como parâmetro ou régua para medir a validade de normas hierarquicamente inferiores, reputando-se nulas estas em caso de conflito (= inconstitucionalidade), bem como para orientar a atividade interpretativa que as tenha por objeto (o que também ocorre com as regras e princípios contidos na própria Constituição), o que impõe, a nosso ver, que nos casos em que mais de uma interpretação da lei for possível deve-se privilegiar aquele que melhor contribuir para a estabilidade e confiança no direito.

Embora o postulado da segurança jurídica tenha estatura constitucional, também foi ele expressamente consagrado em nível infraconstitucional, como revela o art. 2º, *caput*, da Lei nº 9.784/99, que disciplina o processo administrativo no âmbito da Administração Federal:

> "Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência."

Além disso, diversas aplicações da segurança jurídica a determinadas situações jurídicas igualmente encontram-se previstas em lei.

Ainda no âmbito da Lei nº 9.784/99, é o caso do inciso XIII do parágrafo único do art. 2º, o qual impõe, nos processos administrativos, a adoção de "interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação"[56].

---

[55] Adota-se aqui a concepção de Eros Grau no sentido de que os princípios (que podem ser explícitos e implícitos) são espécies do gênero regra, juntamente com as regras em sentido estrito, que destas se diferenciam em razão do seu alto grau de generalidade e sua proximidade aos valores. Cf. GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e dos princípios).* 6. ed. Refundida do Ensaio sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 104-105.

[56] Cf., nesse sentido, DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo.* 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 84. A respeito do tema, cf. *infra*, Capítulo 15, item 3.1.

CAPÍTULO 3 - SEGURANÇA JURÍDICA E CERTEZA

Demonstrado que a segurança jurídica tem por objeto tanto o passado (estabilidade das situações jurídicas já constituídas e dos atos que lhes deram origem ou sustentam) quanto o futuro (previsibilidade das decisões a serem tomadas a respeito de situações jurídicas já existentes ou a serem constituídas)[57], nos parece forçoso reconhecer que tal conceito não corresponde, exatamente, ao de certeza jurídica.

Em relação ao futuro, que por definição é incerto, não se pode falar em certeza, mas apenas em previsibilidade, a partir dos elementos existentes no tempo presente, diante dos quais se reconhece a alguém a legítima expectativa de que os fatos se desenvolvam de uma determinada maneira, sem a garantia, porém, de que isto ocorrerá.

O Direito, especialmente o direito moderno, é tido como racional porque permite cálculos de resultado ou previsibilidade, dado que embora não garanta a obtenção de um determinado resultado em cada caso concreto assegura o processo (entendido aqui o termo em sentido amplo) que o produzirá[58].

E mesmo quanto ao passado talvez não seja de todo correto falar em certeza jurídica, ao menos no sentido de imutabilidade das situações/relações jurídicas[59], pois estas continuam sujeitas aos efeitos de eventos supervenientes, o que lhes confere natureza dinâmica.

Com efeito, a imutabilidade, se houver, refere-se ao ato que deu origem (v.g., contrato) ou reconheceu a existência (v.g., sentença) da situação ou relação jurídica, e não à situação ou relação em si mesma considerada, que continuam sujeitas a serem modificadas (alteradas, extintas).

---

[57] Como ponderou PAULO DE BARROS CARVALHO "essa bidirecionalidade *passado/futuro* é fundamental para que se estabeleça o clima de segurança nas relações jurídicas" (*Curso de direito tributário.* 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 166).

[58] Cf. FORGIONI, Paula A. *Contrato de distribuição.* São Paulo: RT, 2005, p. 535.

[5959] Transitada em julgado sentença declarando existente determinado direito pode-se dizer que passa a haver certeza de que ele, em determinado momento existiu, mas não que continue a existir indefinidamente, sendo esta a razão pela qual a existência de título executivo (judicial ou extrajudicial) não significa que o direito nele declarado também continue a existir.

Logo, correta a análise de CALMON DE PASSOS, segundo a qual o conteúdo de toda sentença de mérito transitada em julgado encontra-se sujeito à chamada cláusula *rebus sic standibus*[60], uma vez que diante de fatos novos (ou da mudança do direito objetivo), que venham a fundamentar uma pretensão a respeito de matéria já resolvida de forma "definitiva" pelo Poder Judiciário, não se pode invocar a coisa julgada para afastar um julgamento de mérito, ante a ausência da tríplice identidade entre as demandas, nem a sua eficácia preclusiva, pois não haverá contradição entre eles.

Segundo esta óptica, que nos parece correta, a eficácia da coisa julgada material dependeria de permanecerem inalterados os fatos (ou eventualmente o direito) existentes ao tempo em que proferida a decisão.

Por exemplo, reconhecida à empresa X o direito de não pagar determinado tributo com fundamento em isenção contida na lei M, a alteração (v.g., alterando os requisitos para a obtenção do benefício) ou a revogação desta lei, após o trânsito em julgado da decisão, implica ipso facto na mudança da relação jurídico-tributária entre ela e o Estado, sem que se possa cogitar na hipótese de ofensa à coisa julgada.

De forma análoga, reconhecido o direito à renovação compulsória do contrato de locação comercial (art. 72 e seguintes da Lei nº 8.245/90), nada obsta a que, no curso do novo período locatício, a relação contratual seja extinta, em razão da falta de pagamento dos alugueis ou de outro tipo de infração contratual.

Tanto em um como no outro exemplo a coisa julgada confere estabilidade, mas não imutabilidade, à relação jurídica a respeito da qual dispôs o julgamento de mérito.

Talvez por isso, aliás, entenda por bem o legislador determinar ao órgão jurisdicional que ao julgar, aplicando o direito ao caso concreto, leve em consideração os fatos supervenientes (art. 462 do CPC)[61], como que para evitar que a norma jurídica

---

[60] Cf. *Comentários ao Código de Processo Civil.* v. X. t. I. São Paulo: RT, 1984, p. 235.

[61] No processo de conhecimento os fatos anteriores à propositura da demanda são alcançados pela eficácia preclusiva da coisa julgada (art. 474 do CPC), revelando-se irrelevantes, e os posteriores ao trânsito em julgado podem vir a alterar a situação jurídica criada pela sentença, de sorte que o art. 462 diz respeito aos fatos ocorridos entre a litispendência e o trânsito em julgado. Cf. TALAMINI, Eduardo. "A coisa julgada no

concreta contida na sentença já nasça *obsoleta*, porquanto do contrário ficaria sujeita a contestação com fundamento nesses mesmos fatos, resultando em verdadeiro desperdício da atividade jurisdicional.

Por força deste dispositivo, que não encontrava correspondente no CPC/39[62], "o processo deixa de ater-se a um momento estático no tempo, para afeiçoar-se, ao contrário, ao dinamismo e à fluência da vida, a fim de, com olhos voltados à economia das partes e à necessidade de eliminar-se o litígio com presteza, aproveitar o já instaurado para fazer justiça ulterior ao momento inicial"[63], visão que tem sido prestigiada, por exemplo, pelo Superior Tribunal de Justiça[64].

Por outro lado, também não pode olvidar que não é sempre que a decisão proferida pelo juiz, que se tornará imutável uma vez esgotados os recursos contra ela cabíveis, resultou de efetiva certeza a respeito da existência do direito da parte, ainda que fundada em cognição exauriente, vez que a proibição do *non liquet* impõe ao Estado-juiz o dever de dar uma solução ao litígio em que pese não haja certeza quanto aos fatos relevantes para o julgamento da causa. É o que ocorre quando o julgamento é fundado na revelia e presunções[65] ou, em sentido amplo, quando o resultado decorre da aplicação das regras de distribuição do ônus da prova.

---

tempo (os 'limites temporais' da coisa julgada)". São Paulo, *Revista do Advogado,* ano XXVI, n. 88, nov., 2006, p. 57-58.

[62] Segundo Galeno Lacerda o preceito, qualificado como notável e avançadíssimo, não tinha paralelo no direito alemão ou italiano, tendo sido inspirado no direito português, embora adotado de forma mais abrangente pelo direito brasileiro. Cf. LACERDA, Galeno. O juiz a e a justiça no Brasil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *O Judiciário e a Constituição.* São Paulo: Saraiva, 1994, p. 142.

[63] Cf. LACERDA, Galeno. O juiz a e a justiça no Brasil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *O Judiciário e a Constituição.* São Paulo: Saraiva, 1994, p. 143.

[64] "RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA. EXECUÇÃO. ARGUIÇÃO INCIDENTAL DE NULIDADE DA CITAÇÃO. SUPERVENIÊNCIA DO TRÂNSITO EM JULGADO DE SENTENÇA EM AÇÃO DECLARATÓRIA COM O MESMO OBJETIVO. FATO SUPERVENIENTE. ART. 462 DO CPC. CONSIDERAÇÃO. RESPEITO À COISA
JULGADA. 1. O julgamento deve refletir o estado de fato da lide no momento da entrega da prestação jurisdicional. 2. O fato superveniente (art. 462 do CPC) deve ser tomado em consideração no momento do julgamento a fim de evitar decisões contraditórias e prestigiar os princípios da economia processual e da segurança jurídica. 3. No caso dos autos, o fato superveniente - consubstanciado na coisa julgada produzida em lide (ação declaratória) que tramitava paralelamente ao processo de execução que deu origem aos presentes autos - é tema relevante e deve guiar a solução do presente recurso especial sob pena ofensa à coisa julgada. 4. Recurso especial provido para restabelecer a decisão de primeira
Instância" (STJ – 3ª Turma – REsp. nº 911.932-RJ – Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva – j. 19.03.2013 – v.u.).

[65] Cf. MACHADO, Marcelo Pacheco. *Incerteza e processo.* São Paulo: Saraiva, 2013, p. 33-36.

O vocábulo “certeza”, nesta situação particular, pode ser entendido apenas como sinônimo de imperatividade, no sentido de que a decisão, por seu caráter autoritário, elimina o conflito de interesses até então existente.

No âmbito do processo certeza é expressão que pode exprimir realidades muito diferentes[66], havendo, portanto, que se indagar em que contexto o termo é utilizado (certeza sobre o que e para que?), pois não raramente o termo designa apenas um requisito ou condição considerada *suficiente* pela lei para a produção de determinado efeito jurídico.

[66] Cf. Cf. MESQUITA, José Ignacio Botelho de. “Da liquidez suficiente para requerer falência”. São Paulo, *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro,* n. 7, 1972, p. 49.

CAPÍTULO 4 - SEGURANÇA JURÍDICA COMO PROTEÇÃO DA CONFIANÇA

Na realidade, o bem jurídico tutelado pela segurança jurídica é legítima confiança das pessoas (físicas e jurídicas) no Direito (e, indiretamente, no Estado, que produziu as normas jurídicas e deve assegurar a sua observância) ou, em outras palavras, em que o Direito foi e será corretamente interpretado e aplicado, permitindo-lhes pautar suas condutas sem surpresas.

Conforme ressalta, por exemplo, GERALDO ATALIBA, o indivíduo necessita de um "clima de confiança" que lhe forneça "condições psicológicas para trabalhar, desenvolver-se, afirmar-se e expandir sua personalidade"[67].

Institutos como o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, indispensáveis à concretização da idéia de segurança jurídica, no fundo não passam de instrumentos de proteção da confiança depositada no Direito pelos indivíduos e pelo próprio Estado.

É a proteção da confiança, enquanto manifestação da idéia de segurança jurídica, que inspira, por exemplo, regras como a do art. 54 da Lei Federal nº 9.784/99 (que disciplina o processo administrativo no âmbito da Administração Federal), que estabelece o prazo decadencial de 5 (cinco) anos para que o Poder Público anule atos administrativos ilegais[68].

Com efeito, decorre diretamente do princípio da segurança jurídica, que dessa maneira se sobrepõe ao princípio da legalidade, a possibilidade de "convalidação"[69] de situações jurídicas que nasceram contrárias ao direito pela simples passagem do tempo ou pela ocorrência superveniente de determinados atos ou fatos.

---

[67] Cf. ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição.* 2. ed. Atualizado por Rosalea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 169.

[68] Cf. STJ – 5ª Turma – RMS nº 25.652-PB – Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho – j. 16.09.2008 – v.u.

[69] Não se trata de convalidação em sentido próprio, pois esta pressupõe a sanação dos defeitos do ato a ser convalidade. Cf. ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos.* 2. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 56. Dada a antinomia entre *invalidação* e *convalidação,* porém, a impossibilidade de invalidação, nos casos citados, resulta em fenômeno análogo ao da convalidação.

No primeiro caso o decurso do tempo, por si só, é causa extintiva do dever (poder-dever) que o Estado teria de invalidar determinados atos, negando-lhes a aptidão de produzir efeitos jurídicos, apesar de estes já terem resultado em alteração da realidade fática[70]. É a chamada "prescrição administrativa", que sob tal aspecto não se mostra diferente dos demais casos de prescrição e decadência previstos pelo direito positivo.

No segundo, embora inválido o ato, a ocorrência de atos ou fatos posteriores podem justificar sejam resguardados os efeitos por ele produzidos[71], como no caso do trabalho do servidor público nomeado de forma irregular, que não obstante tem direito à remuneração e demais direitos decorrentes do trabalho que por ele foi realizado[72]. Nessa outra situação, porém, não bastará a invocação do princípio da segurança jurídica, devendo este vir acompanhado do princípio da boa-fé, entendido como a ausência de má-fé por parte do beneficiado[73].

Igualmente decorre da segurança jurídica a proibição de comportamentos contraditórios, que resultem na quebra da confiança legitimamente criada por um ato ou fato anterior[74], fenômeno que, no direito público, costuma ser identificado com a impropriamente chamada "coisa julgada administrativa"[75], e, no direito privado, veda o *venire contra factum proprium* e fundamenta a *supressio*, a *surrectio* e o *tu quoque.*

---

[70] "Com efeito, atos inválidos geram consequencias jurídicas, pois se não gerassem não haveria qualquer razão para nos preocuparmos com eles" (ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos.* 2. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 61). Se em regra a eficácia decorre da validade do ato, isto nem sempre ocorre. Cf. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Motivo e motivação do ato administrativo.* São Paulo: RT, 1979, p. 76-78.

[71] Cf. ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos.* 2. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 61.

[72] Conforme se verá a seguir (cf., *infra*, Capítulo 13), por tal razão entendemos desnecessário o recurso à chamada *modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, vez que o que autoriza a manutenção de alguns dos efeitos ocorridos antes da pronúncia da inconstitucionalidade são os atos e fatos concretos ocorridos nesse interregno, e não a norma inconstitucional, que como tal não poderia produzir efeitos, valendo contra a Constituição.

[73] Cf. ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos.* 2. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 62.

[74] Em termos similares alude Miguel Reale a "situações de fato revestidas de forte aparência de legalidade, a ponto de fazer gerar nos espíritos a convicção de sua legitimidade" (*Revogação e anulamento do ato administrativo.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 71).

[75] Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo.* 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 452-454.

Também merece ser ressaltado que a proteção da confiança tem como irmã siamesa a proibição da surpresa, que não tem lugar em um Estado Democrático de Direito.

O modelo constitucional adotado no Brasil (e em outros países democráticos, no mundo ocidental), caracterizado por uma Constituição escrita e rígida, que consagra direitos e garantias fundamentais (individuais e coletivos), a submissão do Estado determinados princípios (legalidade, isonomia, publicidade, motivação, moralidade etc.) e a possibilidade da sua atuação pelo Poder Judiciário, independente e imparcial, mostra-se fisiologicamente incompatível com a surpresa[76], que deve ser identificada como um "corpo estranho" e atacada pelos "anticorpos" disponibilizados pelo ordenamento jurídico.

A vedação da surpresa inspirou o legislador constituinte, em matéria tributária, a instituir o chamado princípio da anterioridade, em razão da qual não pode o Estado (Fisco), de imediato, exigir do contribuinte o pagamento de novo tributo ou do acréscimo resultante da alteração de alíquota ou base de cálculo.

Na doutrina há inclusive aqueles que extraem de diversos dispositivos constitucionais um princípio da "não-surpresa" do contribuinte[77].

Corolário da proibição da surpresa em matéria de direito é a inaceitabilidade de que mudanças bruscas sejam aplicadas de imediato, o que, em nossa opinião, impõe ao legislador a obrigação de estabelecer um período de *vacatio legis* compatível com a extensão e profundidade (i.e., a repercussão) da alteração sobre a vida dos destinatários das normas jurídicas, sendo inadmissível, por exemplo, que um novo Código Civil, Comercial ou Processual, normalmente gestado sem o conhecimento ou a participação de boa parte da coletividade, tenha vigência imediata, tão logo promulgado.

Uma advertência, porém, faz-se necessária.

---

[76] Cf. ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição.* 2. ed. Atualizado por Rosalea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 171.

[77] Cf. COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *O controle da constitucionalidade das leis e do poder de tributar na Constituição de 1988.* 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 434-436.

Para ser merecedora de proteção jurídica a confiança deve se fundar em expectativas que possam ser consideradas legítimas pelo próprio Direito[78]. Daí resulta que a segurança jurídica tem como escopo conferir estabilidade às situações jurídicas sem torná-las, contudo, imutáveis, pois não se afigura legítimo pensar de forma ampla e irrestrita em imutabilidade em matéria de direito.

A estabilidade que se pretende seja obtida pelo Direito não pode olvidar que este, na qualidade de mecanismo de adaptação social, é naturalmente mutável, pois a sociedade também se encontra em contínuo processo de mutação. Ambas essas necessidades se fazem presentes no Direito, que deve atender a ambas, compondo-as[79].

Isso significa que algumas expectativas podem vir a ser contrariadas (esse é o caso, por exemplo, do que se convencionou chamar de expectativa de direito), em razão do caráter mutável do Direito, sem que se possa na espécie cogitar de ofensa à segurança jurídica.

Por exemplo, a empresa que obtém decisão judicial de mérito transitada em julgado afirmando que a importação de determinado produto é isenta de imposto de importação tem a legitima expectativa de que tal decisão seja observada pelo Fisco, deixando de efetuar o lançamento do imposto nas operações futuras e desconstituindo os atos de lançamento já praticados, mas a proteção a tal expectativa não vai ao ponto de negar eficácia a que nova lei venha a revogar aquela isenção, pondo fim à situação jurídica que foi criada pela decisão de mérito.

---

[78] "O direito só visa a impedir a frustração das exxpectativas que ele declara legítimas, e não, portanto, qualquer prejuízo causado a outrem" (HAYEK, F. A. *Direito, legislação e liberdade.* v. I. São Paulo: Visão, 1985, p. 119).

[79] Cf. GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e dos princípios).* 6. ed. Refundida do Ensaio sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 42.

CAPÍTULO 5 - SEGURANÇA JURIDICA E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS[80]

1. Princípio da legalidade

A legalidade é um dos pilares da segurança jurídica, e é bastante fácil entender por que.

Conforme observou um autor, "se cada juiz julgasse segundo seu critério subjetivo desapareceria toda a segurança jurídica e o sistema jurídico tenderia a sua desintegração, por não servir ao propósito de controle social para o qual a humanidade, através dos séculos, o tem elaborado" (tradução livre)[81].

Embora historicamente a figura do juiz tenha precedido a do legislador, porque nos primórdios o direito era costumeiro e as controvérsias, quando ocorriam, eram decididas de acordo com o comportamento que se esperava de cada um dos membros do grupo social, à medida que a população foi crescendo e a sociedade se tornou mais complexa percebeu-se ser conveniente a prévia definição das condutas permitidas ou exigidas de cada um, de quais interesses deveriam ceder diante de outros, por meio da previsão abstrata de fatos e suas conseqüências jurídicas.

Surge então a lei, cujo propósito é dar a conhecer a todos, previamente, as conseqüências jurídicas de determinados atos, viabilizando dessa forma que os interessados possam orientar suas condutas (v.g., se exijo de um potencial mutuário a apresentação de fiador e este é casado, sei que para que a fiança seja válida – e assim a garantia sirva para o fim a que se destina – deverá o contrato ser assinado também pelo seu cônjuge, pois assim dispõe o Código Civil).

A lei, assim, ajuda a combater o arbítrio, pois na ausência de uma previa definição a respeito das conseqüências jurídicas dos fatos da vida seria muito fácil àquele

---

[80] Neste Capítulo são abordados os princípios constitucionais de natureza não exclusiva ou predominantemente processual relacionados à segurança jurídica, reservando-se para Capítulo localizado na segunda parte do trabalho o exame dos princípios processuais que guardam mais estreita relação com a segurança jurídica, tenham eles hierarquia constitucional ou não.

[81] Cf. GRÜN, Ernesto. *Uma Visión Sistémica y Cibernética del Derecho em el Mundo Globalizado del Siglo XXI.* Buenos Aires: Editorial Dunken, 2004, p. 70.

que fosse aplicar o direito ao caso concreto (o juiz, o administrador) criar soluções casuísticas, fruto apenas de suas preferências ou preconceitos pessoais, das quais os interessados seriam reféns, porque impossíveis de serem previstas.

Ao mesmo tempo, a legalidade favorece a isonomia, por ser a lei abstrata e impessoal[82].

Sob este aspecto, embora o princípio da legalidade tradicionalmente seja vinculado ao surgimento do Estado liberal e ao modo de produção capitalista, é forçoso reconhecer que "a legalidade é o último instrumento de defesa das classes subalternas, dos oprimidos"[83].

O princípio da legalidade assume inegável importância na disciplina das formas processuais, sendo necessário para limitar os poderes do juiz e assegurar a liberdade das partes[84].

Sob este aspecto, é preocupante fenômeno que surgiu e se ampliou nos últimos anos, consistente na invocação de princípios constitucionais (ou supostos princípios) para simplesmente deixar de aplicar regras estatuídas pelo legislador[85], criando regimes jurídicos alternativos. Não se cuida, aqui, de criar normas concretas dentro dos "espaços vazios" deixados pelo legislador, mas de criar uma disciplina jurídica que se choca com o que foi estabelecido pela lei. Na primeira situação a lei "delega" poderes ao juiz, no segundo, este usurpa os poderes do legislador[86].

---

[82] "A lei é instrumento de isonomia" (ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição.* 2. ed. Atualizado por Rosalea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 159). Cf., ainda, MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade.* 3. ed. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 23-35.

[83] Cf. GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e dos princípios).* 6. ed. Refundida do Ensaio sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 20.

[84] "A sujeição do juiz à lei é, pois, a primeira, senão a única, garantia de liberdade que se pode outorgar ao indivíduo, quão ampla ou diminuta que ela seja, em conseqüência do regime democrático, ou ditatorial vigente no Estado" (MESQUITA, José Ignácio Botelho de. O princípio da liberdade na prestação jurisdicional. *Teses, estudos e pareceres de processo civil.* v. 2. São Paulo: RT, 2005, p. 35).

[85] Cf. GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e dos princípios).* 6. ed. Refundida do Ensaio sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2013.

[86] Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos.* São Paulo: Malheiros, 2012, p. 75-76.

Conforme indagou respeitado publicista, em estudo voltado para o direito administrativo, mas plenamente aplicável ao direito processual, será que expressões como "instrumentalidade", "efetividade", "boa-fé", entre outras, "bastam para permitir que a autoridade faça algo que a lei proíbe ou não autoriza?"[87]. Dúvida semelhante pode ser suscitada quanto à invocação de princípios para afastar a aplicação de regra contida em lei[88].

Como pode o juiz exigir o respeito à lei se for o primeiro a descumpri-la?[89]

A atividade jurisdicional, ninguém o nega, é importantíssima, fundamental, mas não ao ponto de autorizar que aqueles que a exercem desconsiderem o princípio da legalidade, que por ser um dos pilares do Estado de Direito se impõe a todos aqueles que agem em nome do Estado[90].

Coerentemente com o que foi exposto acima, relativamente à importância do princípio da legalidade para a existência do Estado de Direito, estabelece o Código de Processo Civil, de forma expressa, que "o juiz só decidirá por eqüidade nos casos previstos em lei" (art. 127).

Isso significa que, salvo autorização expressa do legislador (como ocorre, por exemplo, em matéria de "jurisdição" volutária, nos termos do art. 1.109 do CPC), o juiz deve resolver os conflitos de interesses que lhe são submetidos de acordo com os

---

[87] Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos.* São Paulo: Malheiros, 2012, p. 82.

[88] "Jamais poderá um princípio ser aplicado contra o que dispõe a lei, salvo a hipótese já examinada, de inconstitucionalidade de tal lei. Se esta der uma aplicação razoável ao princípio e, consequentemente, não estiver maculada por inconstitucionalidade material, ela há de ser aplicada" (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A concretização dos princípios constitucionais no Estado Democrático de Direito. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Org.). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover.* São Paulo: DPJ Editora, 2005, p. 288).

[89] Conforme pondera HAYEK, "toda autoridade deriva do direito – não no sentido de que o direito institui a autoridade, mas no de que a autoridade infunde obediência porque (e só na medida em que) aplica leis cuja existência se presume ser independente dela, leis fundamentadas numa opinião difusa acerca do que é certo" (HAYEK, F. A. *Direito, legislação e liberdade.* v. I. São Paulo: Visão, 1985, p. 110-111).

[90] "Toda ação pública tem tem por base e limite a lei. Esta contém as decisões inaugurais, inovadoras e básicas do Estado. As demais ações do Estado são pela lei balizadas, demarcadas, contidas, pautadas e limitadas. Nenhuma (ação estatal) pode contrariar a lei" (ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição.* 2. ed. Atualizado por Rosalea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 181).

critérios e valores estabelecidos pela lei, não lhe sendo lícito substituí-los pelos seus, ainda que isso resulte no caso concreto, em sua opinião, em uma "injustiça"[91].

Em um modelo ou sistema de julgamento fundado na legalidade, embora o juiz possa (na realidade, *precise*) interpretar a lei para aplicá-la à situação concreta revelada nos autos, tarefa que não é simplesmente mecânica[92], e que deve levar em consideração os ideais de justiça[93], não assume ele papel de "criador" do direito objetivo, tal como ocorre com o legislador.

Essa proibição, obviamente, não impede que o juiz deixe de aplicar a lei por entender que a *fattispecie* não se amolda à situação fática, que a lei deve ceder diante de outro comando legal (com fundamento nos conhecidos critérios da anterioridade, especialidade e hierarquia), nem, finalmente, por entender que esta é contrária à Constituição (controle incidental de constitucionalidade), carecendo assim de validade, inclusive sob o fundamento de falta de razoabilidade[94]. Salienta-se, porém, que para deixar de aplicar a lei com fundamento na contrariedade ao texto constitucional, deverá o juiz declará-la expressamente e de forma fundamentada.

Nos Tribunais, ademais, tal alegação sequer poderá ser acolhida de plano, devendo a questão da inconstitucionalidade ser submetida ao pleno ou órgão especial (salvo se a questão já tiver sido por este decidida afirmativamente), por meio do

---

[91] Como bem pontuou a Profª ADA PELLEGRINI, "não pertence ao juiz a avaliação do bem ou do mal das disposições com que a nação pretende ditar os critérios para a vida comum. O clima de legalidade ditado constitucionalmente no Estado de direito repele sentença *contra legem*. A sujeição do juiz à lei, que não se traduz em culto servil às suas palavras, impede a livre invenção jurídica, que põe por terra o imperativo axiológico da segurança jurídica" (*A Professora da USP*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, p. 220).

[92] Conforme se depreende da lição de BISCARETTI DI RUFFIA, a equiparação do raciocínio do juiz ao silogismo não passa de uma simplificação, pois o processo lógico por aquele desenvolvido "implica uma série de operações mentais extremamente delicadas e difíceis, que alteram aquele esquema fictício" (DI RUFFIA, Paolo Biscaretti. *Direito Constitucional (Instituições de Direito Público).* Tradução de Maria Helena Diniz. São Paulo: RT, 1984, p. 421). É a influência de fatores não-jurídicos nesse processo mental, aliás, que confere um elevado grau de imprevisibilidade à atividade jurisdicional, conforme se verá oportunamente (cf. *infra*, Capítulo 8), que precisa ser corrigido (ou "contido") por meio de mecanismos com a uniformização de jurisprudência e similares.

[93] "Quando a lei não favorece uma interpretação justa para o caso concreto, busque o juiz interpretá-la com justiça. Não lhe é dado, porém, recusar-lhe aplicação, como revogador de lei. Ou como legislador" (SANCHES, Sydney. O juiz e os valores dominantes. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *O Judiciário e a Constituição.* São Paulo: Saraiva, 1994, p. 190).

[94] Fundada em uma visão sistemática do ordenamento jurídico e não apenas das preferências pessoais do intérprete.

competente incidente (arts. 480 a 482 do CPC), dependendo a declaração do voto da maioria absoluta de seus membros (art. 97 da CF).

A observância do princípio da legalidade, reforçada pelo art. 127 do CPC, impõe-se tanto em matéria de direito material, quanto do próprio direito processual. Não se pode admitir que cada juiz, em cada uma das comarcas e Estados do país, tenha o "seu" Código de Processo Civil, fruto das suas particulares noções de "justiça", de "devido processo legal" ou de "instrumentalidade". O Código de Processo Civil deve ser o mesmo do Amapá ao Rio Grande do Sul, do Acre à Paraíba.

Já em um julgamento por equidade, o juiz se investiria no papel de legislador, criando[95] a norma jurídica que disciplinará a situação de fato representativa da controvérsia: "o magistrado, em lugar de encontrar a *premissa maior do silogismo* numa norma já preventivamente formulada, a deduziria de sua consciência em relação com o caso concreto, e a providência por ele emitida, teria não somente um caráter meramente comprovante de uma norma existente, mas criador da mesma norma"[96].

Resta evidente que tal modelo de julgamento, caso permitido de forma indiscriminada, corroeria pela base o Estado de Direito, pois nem mesmo as decisões anteriores de um mesmo juiz serviriam para fornecer ao jurisdicionado alguma previsibilidade a respeito de serem suas condutas conformes ou contrárias ao Direito[97], além de abrir as portas para favorecimentos e perseguições de toda sorte, tornando letra morta a garantia de tratamento isonômico dos indivíduos.

Não é por outra razão que, mesmo em sistemas jurídicos que desenvolveram mecanismos de correção/adaptação do direito estrito, como é o caso da *equity* no direito anglo-americano, mostra-se errônea a idéia de que nesses casos a decisão não encontraria

---

[95] Ainda que não de modo *totalmente* livre, pois a criação da norma jurídica pelo juiz, tal como sucede com o legislador, não poderá ofender a Constituição. Por exemplo, para resolver o caso concreto não pode o juiz utilizar como razão de decidir a superioridade de uma raça sobre outra, ou do homem sobre a mulher, pois isso ofenderia valores caros e inafastáveis do ordenamento jurídico brasileiro.

[96] Cf. DI RUFFIA, Paolo Biscaretti. *Direito Constitucional (Instituições de Direito Público).* Tradução de Maria Helena Diniz. São Paulo: RT, 1984, p. 422.

[97] Cf. DI RUFFIA, Paolo Biscaretti. *Direito Constitucional (Instituições de Direito Público).* Tradução de Maria Helena Diniz. São Paulo: RT, 1984, p. 422-423.

limites em princípios ou regras preexistentes, o que é confirmado pelas máximas "*equity follows the law*" e "*between equal equities the law must prevail*"[98].

2. Princípio da isonomia

Juntamente com o princípio da legalidade, a garantia de igualdade de tratamento é um dos corolários da segurança jurídica.

Deveras, sendo a lei (expressão que compreende não apenas a lei infraconstitucional, mas também as normas contidas na Constituição) igual para todos, porque impessoal (norma geral e abstrata), aqueles que se encontrem, no plano dos fatos, em situação similar[99], devem receber igual tratamento jurídico por parte daqueles incumbidos de interpretar e aplicar o direito, em especial os órgãos do Poder Judiciário.

Assim, a circunstância de determinada previsão legal já ter sido interpretada de determinada maneira (v.g., o Sr. X, porque portador da doença Y, tem direito a isenção do imposto de renda sobre seus salários) permite àqueles que se encontrem na mesma situação (a Sra. Z, que também padece da mesma moléstia) prever, com um maior grau de segurança, como será aplicado o direito, previsibilidade que lhes permite, porque transmite confiança, decidir se e como agir (v.g., propondo demanda pleiteando o mesmo benefício).

A necessidade de conferir igual tratamento aos indivíduos que se encontrem em situação equivalente, inerente à idéia de Estado de Direito, é um dos fatores contribuem para a racionalidade do Direito, de modo a afastar, por exemplo, que o juiz profira decisões arbitrárias:

> "A fenomenologia jurídica não se esgota, porém, no factor de irracionalidade que a sua natureza cultural necessariamente postula: ela

[98] "It is, however, manifest that such an exercise of power by the court of chancery would be little short of legislation; and, as a matter of fact, the jurisdiction of the court of chancery was always bound by certain legal restrictions" (FALKNER, W. Howard. "Equity". In: MERRILL, John Houston (Ed.). *American and English Encyclopaedia of Law.* v. 6. Northport: Edward Thompson, 1888, p. 685-686).

[99] Tem razão Kaufmann quando afirma que nada no mundo é absolutamente igual ou diferente, sendo-o apenas, para fins de comparação, semelhante ou dissemelhante, e constituindo a igualdade numa equiparação, que nunca é fundada apenas no conhecimento racional, mas, sobretudo, em uma decisão de poder. Cf. KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito.* Prefácio e tradução de António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 230-232.

assenta em decisões que se querem previsíveis e que devem variar de acordo com uma certa adequação, em função do princípio tratar o igual de modo igual e o diferente de forma diferente, de acordo com a medida da diferença. Ou seja: a decisão deve obedecer a regras; estrutura-se, pois, cientificamente"[100].

Em verdade o respeito à isonomia (considerados os demais valores existentes em uma sociedade) é inerente ao conceito de Direito:

> "Em termos esquemáticos, pode-se considerar que, mediante bitolas eleitas em cada cultura jurídica, o Direito tende para tratar o igual de modo igual e o diferente de modo diferente, de acordo com a medida da diferença. De outro modo, os diversos problemas concretos seriam resolvidos ao acaso, surgindo como expressão do puro arbítrio. Noutros termos: por primitiva que seja a sociedade onde a questão se ponha, só pode falar-se em Direito quando os confrontos de interesses mereçam saídas previsíveis, diferenciadas em função do que se entenda ser relevante"[101].

3. Princípio da irretroatividade da lei

Outro princípio constitucional intimamente ligado à idéia de segurança jurídica é o da irretroatividade da lei (ou, mais propriamente, do Direito), albergado no inciso XXXVI do art. 5º da Constituição da República.

O Direito, como cediço, existe para a sociedade e, como ela, está sujeito a sofrer alterações ao longo do tempo, razão pela qual as leis, que nos últimos dois séculos são a forma principal de expressão do direito nos países democráticos, naturalmente tendem a serem aplicadas por determinado tempo[102] e não perpetuamente.

---

[100] Cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito.* Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. lxi-lxii.

[101] Cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito.* Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. lxiii.

[102] Cf. CAIS, Fernando Fontoura da Silva. Direito Processual Civil Intertemporal (Tese de Doutorado). São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2010, p. 22; PESSOA, Fabio Guidi Tabosa. Elementos para uma Teoria do Direito Intertemporal no Processo Civil (Tese de Doutorado). São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2004, p. 11. Não há vedação, porém, de que a lei revogada continue a disciplinar fatos futuros, sendo tal

Daí não se segue, contudo, possam ser aplicadas as (novas) normas jurídicas resultantes dessas alterações a fatos já ocorridos e a condutas já praticadas, pois isto seria contrário ao próprio escopo do Direito, que é orientar os indivíduos e induzir a prática de atos em conformidade com a ordem jurídica[103].

A *lex nova* volta-se para o futuro e não para o passado:

> "Quando uma lei entra em vigor, revogando ou modificando outra, sua aplicação é para o presente e para o futuro. Não seria compreensível que o legislador, instituindo uma qualquer normação, criando um novo instituto, ou alterando a disciplina da conduta social, fizesse-o com os olhos voltados para o tempo pretérito, e pretendesse ordenar o comportamento para o decorrido"[104].

Deveras, se já não é tarefa imune ao fracasso (e aos riscos que lhe são inerentes) prever de que forma será interpretada e aplicada no futuro uma determinada norma jurídica, quando disso tiver necessidade um dos seus destinatários ou terceiro interessado, restaria inviável essa empreitada se os indivíduos, ao fazerem semelhante avaliação (*v.g.,* para saberem se praticam ou não determinado ato jurídico, como a constituição de sociedade, a aquisição de um imóvel ou a assunção da qualidade de fiador), tivessem de levar em conta eventual alteração dessa situação jurídica por força da mudança superveniente do direito aplicável (normalmente decorrente da aprovação de uma nova lei[105]), por incidir o novo regramento não apenas sobre os fatos que forem praticados depois da sua promulgação, mas igualmente sobre os já praticados.

---

solução adotada algumas vezes pelo legislador (caso do art. 76 da Lei nº 8.245/91, que reservou a aplicação da lei nova aos processos iniciados após a sua vigência).

[103] A retroatividade, como pondera Geraldo Ataliba, "vem com o timbre do arbítrio, do casuísmo, da pessoalidade, marcas repugnantes do passado que a república representativa veio sepultar definitivamente" (ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição.* 2. ed. Atualizado por Rosalea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 186).

[104] Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil.* v. I. 23. ed. Revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 117.

[105] Idêntico raciocínio deve ser aplicado à hipótese de mudança da jurisprudência consolidada a respeito da interpretação de determinada norma jurídica, que para aquele que se vê por ela surpreendido em nada difere da aprovação de uma nova lei, que deve encontrar limites para a sua aplicação a fatos já consumados quando "vigente" o entendimento anterior. Se nem mesmo o legislador, que pode inovar na ordem jurídica, criando direitos e obrigações antes inexistentes, há de respeitar tais limites, como deixar de impô-los aos juízes, que ressalvadas hipóteses excepcionais (= julgamento por equidade) devem aplicar um direito preexistente, ainda que se reconheça ter sido equivocada a interpretação anterior? . No âmbito da Administração Federal a

Tal pretensão, como é fácil perceber, está fadada ao insucesso, vez que impossível prever o conteúdo da futura lei ou regramento.

Admitir, pois, de forma ampla (i.e., sem qualquer exceção, como as consagradas pelo texto constitucional), a retroatividade das leis, seria eliminar qualquer possibilidade de segurança jurídica[106].

No Direito brasileiro, a aplicação da lei nova a situações já consolidadas encontra obstáculo, como já ressaltado, em vedação expressa do texto constitucional (art. 5º, XXXVI)[107], segundo a qual "a lei não prejudicará o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada", preceito que não encontra paralelo na Constituição de outras nações[108]. Sob este aspecto, o nosso direito positivo representa um amálgama das teorias subjetivistas (fundada na proteção do direito adquirido) e objetivistas (em que sobreleva o respeito às situações jurídicas consolidadas) do direito intertemporal, vez que os institutos do ato jurídico perfeito e da coisa julgada não se confundem com a noção de direito adquirido nem a ela podem ser reduzidas[109], possuindo a garantia constitucional espectro amplo.

---

possibilidade de aplicação retroativa de mudança de interpretação é expressamente vedada pelo art. 2º, parágrafo único, XIII, da Lei n 9.784/99. Sem embargo, é oportuno mencionar o seguinte esclarecimento formulado por MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO a respeito da regra em questão: "O principio tem que ser aplicado com cautela, para não levar ao absurdo de impedir a Administração de anular os atos praticados com inobservância da lei. Nesses casos, não se trata de impedir mudança de interpretação, mas de ilegalidade, esta sim a ser declarada retroativamente, já que atos ilegais não geram direitos" (*Direito administrativo.* 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 84). É o critério que inspira a Súmula nº 473 do STF ("A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial").

[106] Conforme observou Portalis, citado por Ripert e Boulanger, "En todas partes donde se admita la retroactividad, no solamento no existirá seguridad, sino ni siquiera la sombra de ello" (RIPERT, George; BOULANGER, Jean. *Tratado de derecho civil.* t. I. Tradução de Delia Garcia Daireaux. Buenos Aires: La Ley, 1988, p. 239). Entre nós, também afirmou Caio Mário que "o efeito retrooperante da lei traz um atentado à estabilidade dos direitos, e violenta, com a surpresa da modificação legislativa, o planejamento das relações jurídicas instituído como base do comércio civil" (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil.* v. I. 23. ed. Revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 120).

[107] Em outros países ocidentais a proibição da retroatividade não tem estatura constitucional, o que pode ser explicado pelo fato de neles ter se alcançado grau de civilização que torna dispensável tal salvaguarda: "Seria absolutamente inaceitável que o Estado, por qualquer de seus órgãos, agisse surpreendentemente, que colhesse de inopino seus cidadãos. Isso é algo que nem passa pela mente de um europeu ou norte-americano" (ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição.* 2. ed. Atualizado por Rosalea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 186).

[108] Cf. PESSOA, Fabio Guidi Tabosa. Elementos para uma Teoria do Direito Intertemporal no Processo Civil (Tese de Doutorado). São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2004, p. 56.

[109] Cf. PESSOA, Fabio Guidi Tabosa. Elementos para uma Teoria do Direito Intertemporal no Processo Civil (Tese de Doutorado). São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2004, p. 59-62. Embora a proteção

O texto constitucional, porém, não fornece os conceitos de direito adquirido (carecendo de proteção a mera expectativa de direito[110]), ato jurídico perfeito e coisa julgada, cabendo esta tarefa à legislação infraconstitucional (opção cujos inconvenientes há muito são denunciados pela doutrina[111]), em especial à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, segundo a qual: direito adquirido é aquele que o seu titular, ou alguém por ele, pode exercer, como aquele cujo começo de exercício tem termo prefixado, ou condição preestabelecida inalterável a arbítrio de ontem (art. 6º, § 2º); ato jurídico perfeito é aquele já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou (art. 6º, § 1º); e coisa julgada (ou caso julgado) é a decisão judicial de que já não cabe mais recurso (art. 6º, § 3º)[112].

Entre nós, assim, mercê do supracitado preceito constitucional, a proibição da retroatividade da lei (ressalvada a retroatividade benéfica ao acusado/criminoso, em matéria penal[113], que escapa ao âmbito do presente estudo), diferentemente do que pode ocorrer em outros países (daí o cuidado que se deve ter no manejo do direito comparado), não é "mero conselho, segundo o qual o legislador deve abster-se de votar leis retroativas"[114]. Se é da natureza das coisas, por imperativo lógico, que não se deve

---

constitucional não se limite ao direito adquirido, este, quando caracterizado, revela-se instrumento muito útil para a resolução de problemas de direito intertemporal, conforme observa Fabio Tabosa (p. 49).

[110] Cf. PESSOA, Fabio Guidi Tabosa. Elementos para uma Teoria do Direito Intertemporal no Processo Civil (Tese de Doutorado). São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2004, p. 37 (observa o autor, no entanto, "o valor próprio, e separado do todo, que possam ter um ou mais dos elementos já aperfeiçoados"). Conforme observa HAYEK, "numa sociedade em permanente mudança, o direito só pode impedir a frustração de algumas expectativas, não de todas" (HAYEK, F. A. *Direito, legislação e liberdade.* v. I. São Paulo: Visão, 1985, p. 118).

[111] Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional.* 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 407.

[112] A definição contida na LINDB repete os termos do art. 467 do CPC, cuja redação sempre foi criticada pela doutrina, vez que aludiria à coisa julgada formal e não à material..

[113] Interpretando em conjunto estes preceitos, defende FERNANDO FONTOURA DA SILVA CAIS que a Constituição não proíbe em termos absolutos a retroatividade, sendo esta possível em matéria não-penal (ressalvado o direito tributário que possui vedação específica) desde que não haja ofensa a ato jurídico perfeito, direito adquirido ou coisa julgada. Cf. Direito Processual Civil Intertemporal (Tese de Doutorado). São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2010, p. 78-79. Dada a amplitude da vedação constitucional, porém, temos dificuldade em vislumbrar em que casos isso poderia ocorrer na prática (a hipótese levantada – alteração da maioridade ou cassação da cidadania de estrangeiros oriundos de país com o qual não subsistam relações diplomáticas – além de artificial revelar-se-ia inconstitucional por ofensa à isonomia), pois retroação que não ofenda ao dispositivo constitucional tende a ser juridicamente irrelevante. Difícil cogitar de retroação que não ofenda à segurança jurídica (a qual impõe, segundo reconhece o autor, o respeito à conhecida tríade).

[114] Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil.* v. I. 23. ed. Revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 121.

presumir que as leis sejam retroativas[115], no direito brasileiro tal desiderato não tem como ser atingido ainda que expressamente declarado pela lei.

Por isso mesmo, a vedação alcança até mesmo as chamadas "leis de ordem pública", conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal[116].

A fim de evitar que este preceito seja artificiosamente contornado pelo legislador (ou pelo juiz), a proibição alcança também as chamadas leis interpretativas, mormente se nítido o propósito de afastar interpretação vitoriosa nos Tribunais: "o corpo legislativo somente pode, hoje, fazer lei *para o futuro;* não, *para trás,* ainda a pretexto de interpretar lei feita"[117].

Tal garantia constitucional incide inclusive sobre o exercício do chamado Poder Constituinte derivado, sendo inconstitucional qualquer Emenda ao texto constitucional tendente, a afrontar, no caso concreto, o ato jurídico perfeito, o direito adquirido ou a coisa julgada, por se tratar de matéria inserida entre as cláusulas pétreas da Constituição da República (art. 60, § 4º, IV)[118].

A restrição, sem embargo de tudo quanto foi dito, não é absoluta, encontrando temperamentos segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como forma de tentar compatibilizar a necessidade de segurança jurídica com a inevitabilidade da mudança do Direito, da qual resulta não haver em determinadas situações uma legítima expectativa de permanência que mereça a proteção do ordenamento jurídico[119].

---

[115] Cf. PESSOA, Fabio Guidi Tabosa. Elementos para uma Teoria do Direito Intertemporal no Processo Civil (Tese de Doutorado). São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2004, p. 17.
[116] Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional.* 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 404-406 (citando, entre outras decisões, o acórdão proferido na ADI nº 493).
[117] Cf. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado.* t. VII. Atualizado por Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: RT, 2012, p. 14.
[118] Cf. CAIS, Fernando Fontoura da Silva. Direito Processual Civil Intertemporal (Tese de Doutorado). São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2010, p. 87-90. Em sentido contrário; PESSOA, Fabio Guidi Tabosa. Elementos para uma Teoria do Direito Intertemporal no Processo Civil (Tese de Doutorado). São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2004, p. 85.
[119] Cf. PESSOA, Fabio Guidi Tabosa. Elementos para uma Teoria do Direito Intertemporal no Processo Civil (Tese de Doutorado). São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2004, p. 81-82.

É o caso das reiteradas decisões que negaram a existência de direito adquirido a um instituto jurídico ou estatuto/regime jurídico, admitindo não apenas a sua modificação, como até mesmo a sua supressão pela lei nova[120].

[120] Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional.* 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 411-417. Ressalvam ou autores, contudo, que a inexistência de direito adquirido não impede que se discuta a validade dessas alterações, no plano constitucional, "sob uma perspectiva estrita de segurança jurídica", com o que concordamos integralmente: "A idéia de segurança jurídica torna imperativa a adoção de cláusulas de transição nos casos de mudança radical de um dado instituto ou estatuto jurídico. Daí por que se considera, em muitos sistemas jurídicos, que, em casos de mudança de regime jurídico, a não adoção de cláusulas de transição poderá configurar omissão legislativa inconstitucional grave. Assim, ainda que se não possa invocar a idéia de direito adquirido para a proteção das chamadas situações estatutárias ou que se não possa reivindicar direito adquirido a um instituto jurídico, não pode o legislador ou o Poder Público em geral, sem ferir o princípio da segurança jurídica, fazer *tabula rasa* das situações jurídicas consolidadas ao longo do tempo" (p. 435).

CAPÍTULO 6 - SEGURANÇA JURÍDICA E ECONOMIA

A segurança jurídica, como é intuitivo, não interessa apenas ao Direito, repercutindo sobre outras áreas ou aspectos da existência humana, como a Economia.

Realmente, a insegurança jurídica (incerteza quanto ao passado e imprevisibilidade do futuro, relativamente à interpretação e aplicação do direito) representa um sério entrave e no limite uma ameaça à realização de negócios e investimentos, necessários ao desenvolvimento de qualquer país:

> "Um país economicamente forte está assentado em indústrias, comércio e serviços, e essas atividades só florescem em terreno institucional firme. Isso quer dizer que o empresariado, de maneira geral, precisa de segurança jurídica, de estabilidade e de norte claro para investir. Previsibilidade é fator de progresso e deve qualificar tanto o ambiente da realização do investimento quanto o de solução de eventuais disputas que ele venha a ensejar"[121].

A atividade econômica, não se ignora, lida com fatores de incerteza (influência do clima sobre a safra deste ou daquele produto agrícola; da moda sobre a venda de determinada peça de roupa ou acessório etc.)[122], mas contra estes, em primeiro lugar, o empresário tem como se precaver (*v.g.*, por meio de contrato de seguro ou operação de *hedge*).

Em segundo lugar, tais variáveis costumam ser setoriais e transitórias, diversamente da insegurança jurídica, que afeta a economia como um todo e de forma persistente, e consiste basicamente nos riscos de "mudança das regras do jogo no meio da partida" (aplicação de novas regras de forma retroativa ou alteração da interpretação das

---

[121] Cf. CARMONA, Carlos Alberto. "Segurança jurídica e o papel institucional do STJ". São Paulo, *O Estado de S. Paulo*, Espaço Aberto, 19 jun., 2012, p. A2.

[122] "Si bien podría observarse que el 'riesgo' y el 'espíritu de aventura' es sustancial en la actividad empresaria, los riesgos aceptables son aquellos que surgen de la propria actividad económica" (DALLA VIA, Alberto Ricardo. *Derecho constitucional econômico*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999, p. 441).

regras já existentes) e de descumprimento do direito, mesmo havendo recurso ao Poder Judiciário (ou à arbitragem, caso admissível e estipulado pelas partes)[123].

Assim, a insegurança jurídica produz uma espécie de "incerteza ao quadrado", de conseqüências nefastas para as decisões relativas à produção e ao investimento:

> "La peculiaridad del deterioro de la seguridad jurídica reside en que aumenta la prima de riesgo de todas las actividades económicas en relación a las primas de otras comunidades, y de modo persistente. Genera incertidumbre sobre la incertidumbre. Acorta el horizonte temporal, volviendo impaciente al empresario, que se convierte en un *snatcher (*arrebatador) y reacciona aumentando los precios, tratando de incrementar sus márgenes brutos para protegerse. La economia se torna más especulativa, en el sentido de que la frecuencia promedio de reordenación de carteras de inversión es anormalmente alta. Llegado a cierto grado de empeoramiento, más que aumentar las primas de incertidumbre, las torna indeterminadas, impidiendo casi todo proceso de inversión y encareciendo dos productos"[124].

---

[123] Cf. SZTAJN, Rachel. "Os custos provocados pelo Direito". São Paulo, *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro,I* n. 112, out./dez., 1998, p. 75. Este último aspecto corresponde ao que em inglês se denomina *enforcement* (= cumprimento coativo das obrigações) e que de um modo geral – sob o aspecto econômico - é mais importante para a segurança jurídica do que a rapidez na efetivação do direito violado, pois para reparar os males da demora há outros instrumentos (v.g., juros de mora, cláusula penal, arras), que tendem a ser menos deletérios para a sociedade (quando a incerteza do cumprimento das leis é embutida no custo do produto ou serviço, todos pagam por ela; no caso dos juros moratórios, por exemplo, somente o inadimplente suportará esse custo adicional). A maior rapidez, por si só, não resulta em maior segurança jurídica para a economia, acarretando a diminuição de custos, se não vier acompanhada de certeza quanto à interpretação e aplicação do direito: "A palavra de ordem é segurança. Lentidão na distribuição da justiça equivale a insegurança, mas não se deve concluir que rapidez sem segurança constitua diminuição de custos" (SZTAJN, Rachel. "Os custos provocados pelo Direito". São Paulo, *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro,I* n. 112, out./dez., 1998, p. 78).

[124] Cf. GIOFFRÉ, Marcelo A.; MORANDO, Mario J. *Economía y orden jurídico: el impacto de la juridicidad en los procesos económicos.* Buenos Aires: Ad-hoc, 1994, p. 109. A insegurança jurídica "lleva a la postergación de decisiones de inversíon y a la exigencia de incentivos más fuertes para actuar en condiciones de incertidumbre" (DALLA VIA, Alberto Ricardo. *Derecho constitucional econômico.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999, p. 442), ou seja, estagnação econômica ou aumento dos preços e das taxas de juros. A *contrario sensu,* "o aumento do grau de segurança e de previsibilidade jurídicas leva à *diminuição dos custos de transação;* nesse sentido o Direito deve servir a aclarar o 'marco regulatório', diminuindo o risco a ser suportado pelos agentes econômicos em suas transações" (FORGIONI, Paula A. "Análise econômica do direito (AED): paranóia ou mistificação?". São Paulo, *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro,* n. 139, jul./set., 2005, p. 248).

Sem segurança e previsibilidade a livre iniciativa não passaria de figura de retórica[125].

Este, inclusive, é um dos fatores que tem sido apontado para a menor competitividade da nossa Economia, integrando o chamado "custo-Brasil":

> "No Brasil, o risco jurídico-institucional é expressivo. Muitas vezes o empresário é surpreendido por interpretações diferentes da lei, feitas pelos tribunais, com fortíssimo impacto nos números que ele havia calculado, antes de definir os preços pelos quais já vendeu, aqui, seus produtos ou serviços"[126].

A segurança jurídica, assim, é um fator que contribui (embora não seja por si só suficiente) para o progresso econômico[127], sendo por isso mesmo um dos pilares da Análise Econômica do Direito (*Law and Economics*)[128].

Na verdade, consoante observa DALLA VIA, "aun cuando hoy no podamos compartir esse fácil optimismo que tenían los autores clásicos, de la teoría económica, que consideraban a la seguridad jurídica como una condición suficiente para que se diera el crecimiento económico, sí, en cambio, podemos afirmar que hay un mínimo de seguridad jurídica que es condición necesaria para el crecimiento, y que la afirmación de la seguridad jurídica favorece la capacidad de crecimiento del sistema"[129].

---

[125] Cf. ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição.* 2. ed. Atualizado por Rosalea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 178.

[126] Cf. COELHO, Fábio Ulhoa. "E no Brasil quanto é?". São Paulo, *O Estado de S. Paulo,* Espaço Aberto, 31 dez., 2011, p. A2

[127] Cf. GIOFFRÉ, Marcelo A.; MORANDO, Mario J. *Economía y orden jurídico: el impacto de la juridicidad en los procesos económicos.* Buenos Aires: Ad-hoc, 1994, p. 105-111. Ao examinar a taxa média anual de crescimento do PIB de diferentes países entre 1965 e 1990, por exemplo, constataram os autores que países baixo nível de segurança jurídica apareciam em ambos os extremos da tabela, apresentando por vezes desempenho melhor do que o de países desenvolvidos. Quando comparado o chamado "risco país" (ao qual está vinculado o valor da taxa de juros pagos pelos títulos da dívida pública), no entanto, o resultado por eles encontrado está mais condizente com a impressão (a mensuração da segurança jurídica é qualitativa e não quantitativa) que se tem a respeito do tema (quanto maior a insegurança jurídica, maiores os juros). "Justamente es el respecto a las normas y a los procedimientos lo que diferencia a las naciones juridicamente desarolladas de las subdesarolladas" (DALLA VIA, Alberto Ricardo. *Derecho constitucional econômico.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999, p. 450).

[128] Cf. FORGIONI, Paula A. "Análise econômica do direito (AED): paranóia ou mistificação?". São Paulo, *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro,* n. 139, jul./set., 2005, p. 243.

[129] Cf. DALLA VIA, Alberto Ricardo. *Derecho constitucional econômico.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999, p. 439.

Trata-se, contudo, de uma relação de mão-dupla (= interdependência)[130], pois a instabilidade da economia (de causas não-jurídicas e em certa medida inevitável[131]) pode tornar inócua em determinadas circunstâncias qualquer preocupação com a segurança jurídica, como, aliás, revela a experiência brasileira.

Até a estabilização da economia, iniciada no Governo Itamar Franco e consolidada no Governo Fernando Henrique Cardoso, o descontrole inflacionário dificultava a tomada de decisões econômicas no longo prazo, inviabilizando qualquer expectativa de manutenção ao longo do tempo de um mesmo regramento jurídico para determinado contrato ou atividade econômica (= imprevisibilidade), quadro agravado (e muito), pelo mau hábito dos planos econômicos (e da legislação que os implementou) de desconsiderar as garantias constitucionais do direito adquirido e do ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI), vistas por muitos como "dano colateral" (*collateral damage*) da guerra contra a inflação[132].

Atualmente, com o país gozando de estabilidade econômica há quase duas décadas e tendo alcançado posição de destaque entre as maiores economias do mundo, é natural que aumente a preocupação com a segurança jurídica, vista aqui e no exterior como requisito indispensável para a realização e incremento de novos negócios e investimentos:

> "(...) Recente notícia publicada em um dos maiores periódicos espanhóis (*El País*, 21/5/2012) dá conta de que o Brasil, dada a segurança jurídica que ostenta para a comunidade internacional, é um dos maiores receptores de capital estrangeiro na América Latina. Segundo a reportagem, em 2011 o Brasil foi o maior receptor de capitais estrangeiros, superando em muito México, Chile, Colômbia e Peru juntos. Percebe-se, assim, verdadeira

---

[130] "Así como el estancamiento económico crea desequilíbrios que suelen manifestarse por el lado de la inestabilidad jurídica; también la falta de seguridad jurídica impide el crecimiento y prolonga el estancamiento econômico" (DALLA VIA, Alberto Ricardo. *Derecho constitucional econômico.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999, p. 439).

[131] "Dada la cambiante realidad econômica, la estabilidad de las políticas sólo puede ser relativa. Este problema lo sufren aun los agentes econômicos de las naciones más desarrolladas, pero no todos en igual medida. Pasado cierto límite, la inestabilidad genera imprevisibilidad, dificultando el cálculo económico" (GIOFFRÉ, Marcelo A.; MORANDO, Mario J. *Economía y orden jurídico: el impacto de la juridicidad en los procesos económicos.* Buenos Aires: Ad-hoc, 1994, p. 68).

[132] Fenômeno comum a outros países latinoamericanos, como a Argentina. Cf. GIOFFRÉ, Marcelo A.; MORANDO, Mario J. *Economía y orden jurídico: el impacto de la juridicidad en los procesos económicos.* Buenos Aires: Ad-hoc, 1994.

cruzada em prol da nova imagem do País, resultado de um real pacto republicano, unindo Executivo e Judiciário para construir uma nova bandeira de ordem e progresso, ou melhor, segurança jurídica e progresso. Nada disso passa despercebido aos olhos da comunidade internacional"[133].

A advertência que ora se faz, no entanto, não equivale a pura e simplesmente defender a submissão do pensamento jurídico ao econômico, o que no limite equivaleria à própria negação do Direito[134], vez que este "está voltado a outros escopos que não, simplesmente, a busca da eficiência alocativa"[135] (ainda que essa afirmação seja relativizada por alguns estudiosos[136]), mas de reconhecer as repercussões econômicas do fenômeno jurídico e, conhecendo-as, extrair do Direito soluções que melhor atendam aos interesses da coletividade, pois à sociedade certamente não interessa nem aproveita a insegurança jurídica.

---

[133] Cf. CARMONA, Carlos Alberto. "Segurança jurídica e o papel institucional do STJ". São Paulo, *O Estado de S. Paulo,* Espaço Aberto, 19 jun., 2012, p. A2.

[134] "(...) Evidentemente, na medida em que a chamada 'teoria da eficiência' da Escola de Chicago, afirma que a incerteza da jurisdição 'atrapalha' o desenvolvimento econômico, na realidade o que se está pretendendo é subordinar o pensamento jurídico ao econômico, o que seria inadmissível. Mesmo porque, subordinado o pensamento jurídico ao econômico, sempre o mais forte economicamente fará prevalecer seu interesse, o que redundaria, em último caso, até na afirmação de desnecessidade do próprio Judiciário" (BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de recuperação de empresas e falências comentada. 5. ed. São Paulo: RT,2008, p. 75).

[135] Cf. FORGIONI, Paula A. "Análise econômica do direito (AED): paranóia ou mistificação?". São Paulo, *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro,* n. 139, jul./set., 2005, p. 251. Por outro lado, tem razão a autora quando adverte que a preocupação com a segurança jurídica não é exclusividade da AED, ou de alguma escola jurídica em particular: "Para afastar discursos que muito sucesso podem fazer nas salas de bacharelado – mas que não resistem a uma análise mais profunda -, é preciso ter bem claro que *todos* os operadores do Direito, por mais 'modernos' que se proponham ser, preocupam-se em preservar (ou, pelo menos, em não abalar demasiadamente) a segurança e previsibilidade jurídicas. Caso contrário defenderiam o autoritarismo e deixariam as portas abertas para que a legalidade, pela qual a Humanidade lutos séculos, fosse substituída pelo despotismo e pelo arbítrio" (p. 243-244).

[136] Cf. FRIEDMAN, David D. *Law's order: what economics has to do with law and why it matters.* Princeton: Princeton University Press, 2000. O autor, por exemplo, alega que em muitos casos as normas jurídicas que são aplicadas por acreditarmos serem elas justas, na realidade o são por serem eficientes.

PARTE II – PROCESSO CIVIL E SEGURANÇA JURÍDICA

CAPÍTULO 7 – O BINÔMIO DIREITO-PROCESSO E A SEGURANÇA JURÍDICA

O direito processual, conforme há muito tempo ressalta a doutrina, tanto nacional quanto estrangeira, não existe para si mesmo. Trata-se de instrumento por meio do qual a jurisdição atinge o seu escopo magno, que é a aplicação do direito material.

Vale dizer, o processo existe em função do direito material, sendo sua função a declaração ou efetivação do direito nos casos concretos, a pedido do interessado (= legitimado), sempre que por qualquer motivo (as chamadas crises de direito material) isto não tenha sido possível sem a intervenção do Poder Judiciário.

Ocorre, no entanto, que esta concepção da natureza do processo (como instrumento do direito material), apesar de correta e útil (v.g., para evitar que uma visão do processo desvinculada do direito material acabe por comprometer a sua finalidade), tende a deixar em segundo plano alguns aspectos relevantes do fenômeno processual, os quais dizem respeito diretamente ao tema da segurança jurídica.

Com efeito, quando se diz que o processo judicial é um instrumento ou mecanismo de resolução de conflitos, pode-se ter à primeira vista a impressão de que se trata de um entre outros mecanismos equivalentes, como por exemplo, a conciliação, a mediação ou a arbitragem. Recentemente, aliás, encontra-se na doutrina entendimento segundo o qual estas outras formas de eliminação de conflitos de interesses (algumas exemplo de autocomposição, outras de heterocomposição) sequer deveriam ser qualificadas como “alternativas”, vez que não raro seriam as formas mais freqüentes e eficazes de se obter a pacificação social (= eliminação do conflito). Em determinados contextos (sociais, econômicos etc.) “alternativo” seria o processo.

Esta visão, porém, não tem como ser aceita, vez que sublima a inescondível e ineliminável diferença qualitativa existente entre a atividade jurisdicional, realizada por meio do processo, e as outras formas de eliminação dos conflitos de interesses (= interesses

jurídicos), a qual se revela, sobretudo, nas hipóteses em que tal mecanismo (que é imperfeito, já que criado e operado por seres imperfeitos) não atinge os resultados que dele são esperados, produzindo efeitos muito mais graves do que os resultantes do mau funcionamento de seus equivalentes funcionais.

Se o exercício da jurisdição envolve o exercício de poderes de que não dispõem os particulares ou, em determinadas matérias, nem mesmo os outros Poderes do Estado (é sabido, por exemplo, que à Administração Pública se concede dentro de certos limites a possibilidade de autotutela, como regra vedada às pessoas em geral),é natural que em caso de "defeito" do instrumento (v.g., a demora a produzir o resultado que dele se espera ou a produção de um resultado indesejado[137]) as conseqüências haverão de ser muito mais graves, razão pela qual dele se deve exigir maior segurança jurídica do que dos demais[138] (o que, conforme se verá oportunamente, consiste em reduzir o grau de entropia processual do sistema jurídico).

Para demonstrar esse ponto-de-vista, entendemos ser útil fazer referência a estudo de JOSÉ IGNÁCIO BOTELHO DE MESQUITA[139] voltado ao exame das relações jurídicas uma vez tornadas litigiosas e da dinâmica do litígio na dimensão espaço-tempo.

O Direito, conforme já ressaltado, existe para disciplinar as relações entre os indivíduos que (con)vivem em sociedade, relações estas que são em número praticamente infinito e mostram-se variadas quanto às suas causas. Uma única pessoa, como é fácil perceber, pode manter diferentes relações jurídicas com outras: relação de emprego com o

---

[137] Para não falar nos casos em que à demora se agrega a produção de um resultado diverso do desejado pelo direito material, exemplo de suprema crueldade para com o jurisdicionado (o leigo sempre há de pensar – e não sem razão – que se fosse para julgar mal a causa o processo ao menos deveria ser rápido...).

[138] Em sentido contrário manifestou-se Fernando Fontoura da Silva Cais, ao afirmar que no processo a necessidade de segurança jurídica sofre temperamentos em razão dos escopos do processo, em especial o de proferir um julgamento justo (escopo jurídico), para o que deve ter o juiz "segurança ao solucionar a lide". Cf. Direito Processual Civil Intertemporal (Tese de Doutorado). São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2010, p. 109-114. Ora, tais temperamentos existem, não se nega, dado que a segurança não é um valor absoluto, mas daí a afirmar que a sua importância seria menor no processo do que fora dele vai uma diferença colossal. A insegurança jurídica no (e consequentemente do) processo compromete todos os seus escopos (v.g., conflitos de interesse decididos por decisões "lotéricas" não aplicam o direito corretamente em boa parte dos casos, não geram pacificação social e não educam os jurisdicionados) e com o passar do tempo tornam menos freqüente o cumprimento espontâneo do Direito e a obtenção de soluções de acomodação (v.g., transação) a ele menos ofensivas, pois estimulam comportamentos oportunistas.

[139] Cf. MESQUITA, José Ignácio Botelho de. "Panorama do Direito Visto do Processo". In: BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudinei de. *Direitos Humanos, Democracia e República: Homenagem a Fábio Konder Comparato.* São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 583-590.

seu empregador, relação locatícia com aquele que aluga imóvel de sua propriedade, relação tributária com o Estado caso seja contribuinte de determinado tributo.

Tais relações, criadas pela incidência de normas sobre determinados fatos ocorridos no mundo material, seriam como fios ou cordas, que não se encontram soltos, mas entrelaçados, formando uma rede ou tecido infinito, que seria o Direito.

Dentro de um cenário de normalidade, ou seja, de conformidade com o direito material, a criação, modificação ou extinção de direitos não altera a forma dessa rede[140], ainda que impliquem necessariamente no acréscimo de um novo fio, na mudança da posição de um fio já existente ou na sua remoção do tecido.

Em caso de litígio, porém, essa normalidade deixa de existir:

> "O litígio, a lide, altera em algum trecho a rede a que nos referimos: os laços que a compõem deixam de ser os mesmos, para sempre ou temporariamente. Dir-se-ia que se lhe abrem crateras na face.
> Instaurado o litígio, cada vínculo, cada laço, cada uma das cordas dessa rede, ata-se ou se desata, passa a comportar-se de outro modo, passa a ser outra coisa, torna-se litigiosa, possivelmente a *res in judicium deducta*, sendo vedado ao seu titular impedi-lo, porque lhe é proibido fazer justiça por mão própria"[141].

Manifestada uma alteração em algum trecho da rede, a que corresponde uma crise de direito material, devem existir meios para que os interessados possam elimina-la, restituindo as coisas ao estado anterior de normalidade, seja atando os fios que haviam sido cortados, seja cortando os fios que haviam se soltado em uma das pontas, seja finamente

---

[140] Cf. MESQUITA, José Ignácio Botelho de. "Panorama do Direito Visto do Processo". In: BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudinei de. *Direitos Humanos, Democracia e República: Homenagem a Fábio Konder Comparato.* São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 585.
[141] Cf. MESQUITA, José Ignácio Botelho de. "Panorama do Direito Visto do Processe". In: BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudinei de. *Direitos Humanos, Democracia e República: Homenagem a Fábio Konder Comparato.* São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 585.

realinhando-os para eliminar uma deformação que fora criada. Esse "restauro", inclusive, pode tornar o trecho da rede mais resistente do que era anteriormente[142].

Plenamente compreensível, assim, a afirmação de que a atividade jurisdicional, que tem por objeto (às vezes com exclusividade, outras não) esse "restauro", é transformadora do universo humano (quer no plano dos fatos, quer no do direito), tendo o escopo de "transformar a ordem em desordem"[143].

Evidente que, às vezes, os interessados podem não tomar a iniciativa de tentar "reparar" o trecho da rede (= eliminar a crise de direito material), o que, no caso dos direitos disponíveis, é conduta admitida pelo Direito e se consente, precisamente, porque nesses casos a anomalia é de pequena monta, não tendo repercussão sobre o restante do tecido[144]. É possível, ainda que os interessados, ou de alguém por eles (v.g., o árbitro), efetuem o reparo, porém o façam sem respeitar, necessariamente, o *design* original da rede, o que também se admite pelas razões já mencionadas. Quando as partes obtêm um resultado que não corresponde exatamente ao que determina o direito material (v.g., em caso de transação), essa anomalia dificilmente chega ao conhecimento de terceiros e, mesmo que chegue, não influenciará suas decisões e condutas, vez que não foi emanada de um órgão estatal, que aplica o direito de forma imperativa[145].

No mais das vezes, porém, cabe ao Estado, por meio do Poder Judiciário (e do processo), efetuar o "reparo" do trecho da rede atingido pelo litígio, quer porque as partes interessadas não chegaram a um consenso a respeito de como isso deve ser feito, quer porque o próprio Direito estabelece expressa ou implicitamente que somente ao

---

[142] É o que ocorre em decorrência da coisa julgada material, por força da qual "as posições jurídicas que se haviam infirmado durante a pendência da ação, se tornam a *solidifica*r, de uma forma ou de outra, segundo o que restou decidido" (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Coisa julgada, "collateral estoppel" e eficácia preclusiva "secundum eventum litis". São Paulo, *Revista dos Tribunais*, n. 608, jun., 1986, p. 22-24) – grifamos. Este resultado, como cediço, só o Estado pode produzir.

[143] Cf. MESQUITA, José Ignácio Botelho de. O princípio da liberdade na prestação jurisdicional. *Teses, estudos e pareceres de processo civil.* v. 2. São Paulo: RT, 2005, p. 36.

[144] Não obstante, em um cenário em que os indivíduos, como regra, deixassem de defender seus direitos, a proliferação de rasgos na rede tenderia a ameaçar a sua integridade, fazendo o Direito entrar em colapso e instaurando o caos na sociedade. Logo, sob tal aspecto parece correto imaginar que um certo grau de litigiosidade não deixa de ser um indicador do nível civilizatório de determinada sociedade ou povo, vez que representa a consciência de que os direitos são importantes e devem ser respeitados por todos, o que em última instância resulta em tornar mais forte ou resistente a própria rede.

[145] "A determinação do direito não é portanto apenas um processo de conhecimento, ela é também uma *decisão*, uma manifestação de *poder*" (KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito.* Prefácio e tradução de António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 282).

Estado se pode atribuir esta tarefa, normalmente nos casos em que os fios são muito delicados e há receio de que os particulares venham a danificar ainda mais a rede com o propósito de consertá-la (é o caso dos direitos indisponíveis, que revelam nitidamente uma forma de tutela – controle – do Estado sobre os cidadãos).

Para tanto, concede-se ao órgão jurisdicional poderes que, verdadeiramente, podem ser considerados terríveis, mas que são necessários ao conserto da rede e à sua restituição ao estado anterior ao litígio, conforme a gravidade do dano causado à sua superfície. Poderes, ressalte-se, de que não dispõem os particulares, razão pela qual o processo será sempre a "última linha de defesa" do direito material (veja-se, por exemplo, que se mesmo após a prolação de decisão arbitral condenatória o devedor continuar a se recusar a cumprir a obrigação, inevitável será a intervenção do Estado-juiz para terminar de reparar o dano causado à rede).

Veja-se que o litígio (a deformação em um trecho da rede) tem uma dimensão temporal: ele ocorre em um determinado momento da linha do tempo e, necessariamente, continuará a existir por algum por algum intervalo de tempo (algumas vezes maior, outras menor, conforme suas circunstâncias[146]), gerando efeitos até que seja eliminado.

Conforme observa BOTELHO DE MESQUITA[147], o nascimento do litígio corresponde a um impacto na rede do Direito, a partir da qual se produzem ondas de choque que em alguma medida afetarão a malha ao seu redor, cabendo ao processo contê-las e eliminar a deformação que por elas houver sido causada. Em isso não ocorrendo, dependendo a intensidade do impacto e da resistência da rede, as ondas de choque podem se espalhar infinitamente.

---

[146] "Alguns, de menor força, praticamente nascem mortos e acabam de início. Outros de maior poder provocam de imediato grande impacto, que vai diminuindo à medida em que o processo se desenrola. Outros, o processo acirra e só cessam quando o processo cessa. Outros enfim superam o tempo do processo, atravessam gerações e só o tempo terá poder suficiente para fechar a ruptura" (MESQUITA, José Ignácio Botelho de. "Panorama do Direito Visto do Processe". In: BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudinei de. *Direitos Humanos, Democracia e República: Homenagem a Fábio Konder Comparato.* São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 588).

[147] Cf. MESQUITA, José Ignácio Botelho de. "Panorama do Direito Visto do Processe". In: BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudinei de. *Direitos Humanos, Democracia e República: Homenagem a Fábio Konder Comparato.* São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 586-589.

Essa visão do Direito a partir do processo ressalta, sobremaneira, a importância da segurança jurídica. Se ao apreciar uma mesma questão de direito alguns órgãos jurisdicionais fornecem respostas distintas, contraditórias (= ofensa ao princípio da isonomia), não há como se efetuar um verdadeiro reparo, pois cada uma delas acaba por puxar a malha em um sentido, diminuindo a resistência da rede e favorecendo a ocorrência de novas rupturas e deformações.

A esse respeito é ilustrativa a descrição do fenômeno feita pelo Ministro Teori Zavascki, então no Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.063.310-BA:

> "Os efeitos da ofensa ao princípio da igualdade se manifestam de modo especialmente nocivos em sentenças sobre relações jurídicas de trato continuado: considerada a eficácia prospectiva inerente a essas sentenças, em lugar da igualdade, é a desigualdade que, em casos tais, assume caráter de estabilidade e de continuidade, criando situações discriminatórias permanentes, absolutamente intoleráveis inclusive sob o aspecto social e econômico"[148].

De forma análoga, decisões judiciais em desconformidade com o ordenamento jurídico (v.g., ofendendo o princípio da legalidade, outro pilar da segurança jurídica) não passam de um simulacro de solução, antes fomentando do que resolvendo os litígios:

> "A sentença não tem que reinventar a lei nem a justiça. A lei inventada pela sentença é só um ardil, uma artimanha; não vale nada mais do que meia dúzia de palavras que qualquer um pode emitir, sem qualquer poder efetivo perante o mundo do direito. Por isto, não tem força, não amaina o impacto da lide, não restaura o todo; ao contrário, contribui para a propagação de

[148] É oportuna a lembrança de decisão transitada em julgado que favoreça um único contribuinte com a dispensa do pagamento de determinado tributo, que por representar uma vantagem competitiva pode resultar na eliminação dos concorrentes do mercado, pela impossibilidade de praticar um preço final que seja atrativo ao consumidor do produto ou serviço. Cf. RODRIGUES, Walter Piva. "A crise no conceito da coisa julgada, em especial em matéria tributária". São Paulo, *Revista do Advogado,* ano XXVI, n. 88, nov., 2006, p. 195.

novas e mais amplas ondas de choque. Desmoraliza o mundo do direito e o transforma num inferno"[149].

O resultado produzido pelo processo, mercê de disfunção como estas (i.e., ofensa à isonomia e à legalidade), provoca uma deformação na rede muito maior do que a que existia anteriormente (a crise de direito material em seu estado originário) e qualitativamente pior, porquanto um segundo reparo muitas vezes já não será possível, mercê da estabilização da decisão pela coisa julgada, ou, caso admissível, revelar-se-á tarefa mais complexa, demandando não raro mais tempo e recursos do Estado e do interessado.

[149] Cf. MESQUITA, José Ignácio Botelho de. "Panorama do Direito Visto do Processo". In: BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudinei de. *Direitos Humanos, Democracia e República: Homenagem a Fábio Konder Comparato.* São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 590. Conforme observou o ilustre processualista em outro texto, trata-se de "decisões destituídas de autoridade, com as quais os vencidos não podem, nem devem, se conformar" ("Processo civil e processo incivil". *Revista de Processo,* n. 131, jan., 2006, p. 254).

CAPÍTULO 8 - ENTROPIA PROCESSUAL

O direito processual, como cediço, tem por escopo primordial a realização do direito material, mediante a produção de efeitos no plano dos fatos ou do direito, afirmando ou restaurando, assim, a ordem jurídica e, conseqüentemente, assegurando a paz social.

É possível (e ninguém o nega), não obstante, que o exercício da atividade jurisdicional acabe por resultar na prolação de decisão injusta, assim entendida aquela em desconformidade com o que, de fato, determinava o direito material (a *vontade concreta da lei* de que falava CHIOVENDA). Em outras palavras, na própria negação da sua razão de ser.

E não é tão difícil entender porque.

O Direito, como explica MIGUEL REALE, é constituído de fato, norma e valor[150]. Todos esses fatores, todavia, contribuem (cada qual com uma diferente intensidade) para que a sua interpretação e aplicação apresentem um grau considerável de variabilidade e, portanto, de incerteza[151]. No tocante aos fatos, diferente pode ser a percepção de pessoas sobre um mesmo evento. Quanto à norma, diverso pode ser o entendimento de diferentes intérpretes a respeito de um mesmo enunciado prescritivo[152]. Por fim, a interpretação e aplicação do direito, a par das variáveis anteriores, sofre a influência de valores, que podem alterar não apenas a percepção dos fatos como a interpretação do direito (obtenção da norma a partir do texto ou enunciado[153]), ainda que se reconheça que "esse componente axiológico, invariavelmente presente na comunicação normativa, experimenta variações de intensidade de norma para norma"[154].

---

[150] Cf. REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 497-510.

[151] "A incerteza, portanto, é fenômeno inerente a qualquer ordem jurídica, decorre de sua própria constituição humana e linguística e pode, em diferentes ocasiões e por diferentes motivos, mostrar-se mais ou menos presente" (MACHADO, Marcelo Pacheco. *Incerteza e processo*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 25).

[152] Trata-se do problema da ambigüidade e da imprecisão das palavras e expressões. Cf. GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e dos princípios).* 6. ed. Refundida do Ensaio sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 140-146.

[153] "O fato é que não se interpreta a *norma:* a *norma* é o resultado da interpretação" (GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e dos princípios).* 6. ed. Refundida do Ensaio sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 16).

[154] Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário.* 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 158.

Consoante ponderou BENJAMIN CARDOZO "podemos tentar ver as coisas com o máximo de objetividade", mas "jamais poderemos vê-las com outros olhos que não os nossos"[155].

Quanto ao último aspecto do problema, é forçoso reconhecer que "os juízes, como outros seres humanos, não podem se divorciar dos padrões de valor que estão implícitos na sociedade ou grupo a que pertencem, e nenhuma soma de imparcialidade conscienciosamente aplicada ou ausência judicial de passionalismo conseguirá eliminar a influência de fatores desse gênero"[156].

Daí resulta a distinção entre a *incidência* e a *aplicação* das regras jurídicas, bem salientada por PONTES DE MIRANDA[157].

A atividade jurisdicional, mormente no caso da tutela declaratória (= processo de conhecimento), e, consequentemente, o processo por meio da qual ela se realiza, nasce e se desenvolve sob o signo da incerteza (no sentido de que não é possível prever com certeza qual será o seu resultado – procedência ou improcedência do pedido, extinção sem julgamento de mérito) que somente será eliminada ao final, caso seja proferida sentença de mérito, apta a produzir coisa julgada material. Ou seja, não há *a priori* garantia de que o futuro deve reproduzir o passado[158], como ocorreria se a repetição de determinados fatores ou condições autorizasse prever que um mesmo resultado ocorrerá[159] (relação linear[160]). Entra em cena o acaso[161].

---

[155] Cf. CARDOSO, Benjamin N. *A natureza do processo judicial.* Tradução de Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 4.

[156] Cf. LLOYD, Dennis. *A idéia de lei.* Tradução de Álvaro Cabral. São Paulo: Martins Fontes, 1985, p. 228-229. O problema não reside em uma análise ou visão axiológica do fenômeno jurídico por parte do juiz, mas na aplicação por este, ao decidir os casos que lhe são apresentados, de valores que lhe são peculiares: "o juiz erraria se impusesse à comunidade, como regra de vida, suas próprias idiossincrasias de conduta ou crença" (CARDOSO, Benjamin N. *A natureza do processo judicial.* Tradução de Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 79). Para tanto seria ideal que o juiz, enquanto juiz, consiga *representar* apenas o papel de juiz, deixando de levar em consideração o que ele pensa quando desempenha outros papéis. Cf. GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e dos princípios).* 6. ed. Refundida do Ensaio sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 21.

[157] "A incidência das regras jurídicas não falha; o que falha é o atendimento a ela" (PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado.* t. I. Campinas: Bookseller, 1999. p. 58).

[158] Segundo IVAR EKELAND trata-se de uma das crenças mais velhas da humanidade. Cf. *O Caos.* Tradução de António Viegas. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 16.

[159] Em um cenário assim, em que o passado e o futuro têm papéis simétricos, é possível predizer o futuro ou, como observa um ganhador do prêmio Nobel de química, "retrodizer" o passado. Cf. PRIGOGINE, Ilya. *The End of Certainty: Time, Chaos, and the New Laws of Nature.* New York: Free Press, 1997, p. 4.

Para isso contribui não apenas o comportamento do juiz, a quem compete proferir decisões no curso do processo, mas também o comportamento das partes, do qual dependem, em boa medida, as decisões que serão proferidas e o próprio resultado do processo.

Em que pese a teoria do processo como situação jurídica, criada por GOLDSCHMIDT, não tenha logrado maior aceitação entre os estudiosos do processo, não há como se negar a veracidade (e utilidade) da descrição por ele feita da *dinâmica* da relação processual: a incerteza é inerente às relações processuais, porque o conteúdo da sentença não pode ser previsto com segurança; instaurado o litígio os direitos mais intangíveis se convertem em expectativas, possibilidades e ônus, e qualquer direito pode vir a ser aniquilado como conseqüência de não ter sido aproveitada uma oportunidade ou atendido um ônus, proporcionando-se ao vencedor um direito do qual não era titular[162].

Se a parte não interpõe recurso contra a sentença de mérito que lhe foi desfavorável, esta, ainda que contrária à jurisprudência dominante e/ou à prova dos autos, transitará em julgado, tornando-se imutável o quanto decidido, porque o resultado do processo dependia de ter o vencido se desincumbido do ônus de recorrer, para manter a chance de obter uma decisão favorável.

O fato de um tal resultado poder ser (com razão) considerado *patológico* ou *anormal* em nada influi na existência do fenômeno acima descrito, que desse modo deve ser levado em consideração pelo estudioso do direito[163]. De outra banda, esse juízo de valor somente será possível se houver, no direito positivo, instrumento ou remédio jurídico apto em tese a reconhecê-lo e corrigi-lo[164].

---

[160] "Em uma reação linear, uma causa dada tem um e somente um efeito, e uma determinada ação um e somente um resultado. Mas em uma reação não-linear, uma determinada causa ou ação pode ter diferentes efeitos ou resultados" (PARKER, David; STACEY, Ralph. *Caos, Administração e Economia.* Tradução de Fabiano J. H. Pegurier. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1995, p. 13).

[161] "O acaso é isso mesmo, a incerteza acerca do futuro, a impossibilidade de prever com toda a certeza" (EKELAND, Ivar. *O Caos.* Tradução de António Viegas. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 20).

[162] Cf. GOLDSCHMIDT, James. *Princípios Generales del Proceso.* v. I. Buenos Aires: EJEA, 1961, p. 64-66.

[163] "Todo o processo de realização de Direito, portanto todos os factores que interferem, justificam ou explicam as decisões jurídicas, devem ser incluídos no discurso juscientífico" (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito.* Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. xxiv).

[164] "Se é exato que o juiz deve decidir *secundum legem*, certo é também que, dada a sentença, a vontade da lei fica definitivamente fixada *secundum sententiam*" (CALAMANDREI, Piero. "La sentencia

Se no plano meramente acadêmico é fácil estudar uma questão jurídica para determinar como ela deva ser resolvida, inclusive constatando que a mesma solução foi adotada pela jurisprudência, muito diversa é a situação quando se cuida de demandas judiciais, sujeitas a inúmeros fatores (em especial os atos e reações individuais das pessoas que participam do processo – juiz, partes, peritos, testemunhas) que podem influir e alterar o resultado do julgamento do magistrado[165].

Deveríamos nos conformar, então, com esta inevitável variabilidade, deixando o processo judicial sob o domínio da incerteza?

Absolutamente não. Não é porque não é possível obter, com 100% de precisão, previsão a respeito do resultado de determinado processo (ou dos processos judiciais de um modo geral) que se pode tolerar que a atividade jurisdicional se desenvolva sob o signo da incerteza (elevado grau de imprevisibilidade), de tal modo a privar as partes da confiança que ela deveria produzir.

Para melhor compreender este fenômeno, entendemos ser útil aplicar ao direito, e ao direito processual em particular, o conceito de entropia (e outros correlatos), originários das ciências naturais e que há algum tempo têm sido aplicados cada vez com maior freqüência às ciências sociais.

Esse método que faz sentido uma vez lembrado que se tradicionalmente as noções de incerteza, escolha e risco sempre dominaram as ciências humanas, mas não às ciências naturais, em que se buscava como ideal "alcançar a certeza associada a uma

---

subjetivamente compleja". *Estudios sobre el proceso civil.* Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, p. 470).

[165] Cf. CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado.* Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 16-19. Via de conseqüência, temerária seria a conduta do advogado que desde logo garantisse a seu cliente a certeza de êxito em futuro litígio: "O advogado que desde o primeiro colóquio garante ao cliente o resultado vitorioso da causa pode ser um hábil profissional, mas por certo não é um grande cientista. Assemelha-se mais ao prestidigitador que garante saber adivinhar a carta que vai sair do baralho: aqui não há ciência, apenas destreza manual" (p. 19). Em verdade, sequer poderia ser prometida, com 100% de certeza, a *derrota*, vez que são muitas as matérias que o juiz pode conhecer de ofício, de modo a conferir a vitória ao autor ou ao réu ainda que um deles, por qualquer razão, desejasse perder...

descrição determinista"[166], nos últimos tempos têm prevalecido nestas idéias como flutuações, instabilidade, escolhas variadas e previsibilidade limitada[167].

Essa abordagem exige, inicialmente, que se reconheça que o Direito de um determinado país (no caso, o Brasil) se enquadra no conceito de sistema, assim entendido como uma "entidade autônoma dotada de uma certa permanência e constituída por elementos inter-relacionados que formam sub-sistemas estruturais e funcionais, que se transforma dentro de certos limites de estabilidade graças a regulações internas que lhe permitem adaptar-se às variações do seu entorno específico" (tradução livre)[168].

O Direito, embora em si mesmo seja considerado um sistema, não deixa de ser um subsistema (da sociedade), o qual, portanto, sofre influências[169] de outros subsistemas localizados no seu entorno (religião, moral etc.)[170] e neles igualmente provoca influência[171].

---

[166] Cf. PRIGOGINE, Ilya. *As Leis do Caos.* Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Editora UNESP, 2002, p. 13.

[167] Cf. PARKER, David; STACEY, Ralph. *Caos, Administração e Economia.* Tradução de Fabiano J. H. Pegurier. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1995, p. 11; PRIGOGINE, Ilya. *The End of Certainty: Time, Chaos, and the New Laws of Nature.* New York: Free Press, 1997, p. 4.

[168] Cf. GRÜN, Ernesto. *Uma Visión Sistémica y Cibernética del Derecho em el Mundo Globalizado del Siglo XXI.* Buenos Aires: Editorial Dunken, 2004, p. 29. A definição é ampla o suficiente para compreender, segundo o autor, uma pessoa, um aparelho de ar condicionado, um automóvel e uma ameba. Este é apenas um entre muitos conceitos de sistema fornecidos por diversos autores, mas, segundo Canaris delas se pode extrair pelo menos duas características comuns (a unidade e a ordenação), referindo-se alguns ainda a uma terceira (a completude). Cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito.* Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 12.

[169] A "troca" existente, porém, é de informação e não de matéria/energia. Cf. GRECO, Rodrigo Azevedo. *Direito e Entropia* (Dissertação de Mestrado). São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2008, p. 29. Conforme observa o autor o sistema jurídico seria uma "máquina" que recebe fatos e valores da sociedade e lhe devolve normas jurídicas (p. 30).

[170] "É a interdependência dos fatos sociais que nos permite ver os acontecimentos da vida diária pelo ângulo da moral, da economia, da religião, do direito, indiferentemente" (PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado.* t. VII. Atualizado por Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: RT, 2012, p. 230). Daí o "erro" da teoria pura do direito de Kelsen, que isola o direito do seu entorno, do qual recebe e para o qual devolve influxos, especialmente de natureza axiológica, que ademais são necessários para o equilíbrio do sistema jurídico (na ausência de vetores axiológicos o sistema poderia ser levado a caminhar em direções opostas – v.g., igualdade x discriminação – que levariam a uma ruptura). Em verdade a ausência de valores acaba por dar ensejo a decisões arbitrárias, que comprometem a segurança jurídica. Cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito.* Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. xxiii-xxiv.

[171] Razão pela qual Ernesto Grün afirma que o Direito se encontra em comunicação permanente com a sociedade. Cf. GRÜN, Ernesto. *Uma Visión Sistémica y Cibernética del Derecho em el Mundo Globalizado del Siglo XXI.* Buenos Aires: Editorial Dunken, 2004, p. 61.

Na realidade, tal constatação é indispensável para caracterizar o Direito como um sistema aberto, isto é, que sofre influência do que lhe é exterior, em oposição a um sistema fechado, assim entendido aquele que permanece inalterado independentemente do que possa acontecer no seu entorno[172].

De forma análoga, se pode pensar no processo (ou mais propriamente a atividade jurisdicional) como um subsistema do Direito[173], ao qual se costuma atribuir os caracteres de um sistema caótico, a saber: a) dinâmico (pode ser modificado pela edição de novas normas jurídicas[174]); b) complexo (composto de inúmeros atos e sujeito a variáveis); c) não-linear (imprevisível)[175].

No campo da física, a 2ª lei da termodinâmica (ramo que estuda as transformações da energia) pode ser expressa[176] por meio da afirmação de que em um sistema fechado a dissipação da energia tende a crescer com o tempo, até que o sistema atinja o seu ponto de equilíbrio com o máximo de entropia, ou seja, com o tempo um sistema isolado começa inevitavelmente a entrar em desordem, com a perda de energia nele existente ou, mais propriamente, com a perda da qualidade dessa energia[177]. A entropia, assim, é considerada a medida da desordem de um sistema[178], donde resulta a

---

[172] Cf. ATKINS, Peter. *Four Laws that drive de Universe*. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 4.

[173] Precisamente por se tratar de um subsistema e não de um sistema isolado, indiferente ao seu entorno, é que se diz que o direito processual é marcado pela instrumentalidade em relação ao direito material e é dessa abertura para o direito material que se torna possível a ordenação do subsistema processual, evitando que este aumente a sua desordem com o tempo. Como observa Rodrigo Azevedo Greco são as trocas com o meio circundante que permitem a ordenação do sistema, pois se ele for fechado a desordem aumentará inexoravelmente. Cf. GRECO, Rodrigo Azevedo. *Direito e Entropia* (Dissertação de Mestrado). São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2008, p. 46.

[174] Cf. GRECO, Rodrigo Azevedo. *Direito e Entropia* (Dissertação de Mestrado). São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2008, p. 29.

[175] Cf. SUANNES, Adauto. O processo judicial e a teoria do caos. *Justiça & Caos.* Curitiba: Instituto Memória, 2008, p. 78.

[176] Segundo revelam os especialistas no assunto há mais de uma maneira de enunciar a 2ª lei da termodinâmica, destacando-se os enunciados de Clausius ("*É impossível a construção de um dispositivo que, por si só, isto é, sem intervenção do meio exterior, consiga transferir calor de um corpo para outro de temperatura mais elevada"*) e Kelvin-Planck ("*É impossível a construção de um dispositivo que, por si só, isto é, sem intervenção do meio exterior, consiga transformar integralmente em trabalho o calor absorvido de uma fonte a uma dada temperatura uniforme*"). Cf. CASTRO, Reginaldo; FERRACIOLI, Laércio. "Segunda lei da termodinâmica: um estudo de seu entendimento por professores do ensino médio". Disponível em: http://api.adm.br/GRS/referencias/SEGUNDA_LEI_DA_TERMODINAMICA.pdf. Acesso em 20 nov. 2013.

[177] F. ATKINS, Peter. *Four Laws that drive de Universe.* Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 50.

[178] Peter Atkins fornece como exemplos o gás, estado em que matéria e energia estão distribuídos de forma desordenada (alta entropia), e o cristal, no qual matéria e energia estão armazenados de forma ordenada (baixa entropia). Cf. ATKINS, Peter. *Four Laws that drive de Universe*. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 61.

identificação entre entropia e caos e a qualificação como caóticos dos sistemas dotados de alta entropia. A aplicação das leis da física à teoria da informação levou à identificação da entropia com a incerteza, sendo esta a desordem da comunicação ou informação[179]. Ambas as perspectivas são úteis, como figura de linguagem, para explicar a incerteza no campo do processo.

O exame do funcionamento da jurisdição na prática revela que este de fato se comporta como um sistema caótico, o qual tem entre suas características a amplificação de pequenos desvios[180], que é precisamente o que ocorre, por exemplo, quando é proferida uma primeira (e única) decisão divergente da jurisprudência consolidada a respeito de determinada matéria.

A princípio, trata-se de um pequeno desvio, uma única decisão entre milhares de decisões proferidas diariamente pelo Poder Judiciário, mas caso não seja rápida e energicamente corrigido, poderá rapidamente multiplicar-se e atingir enormes proporções (não chega a ser despropositada a comparação com o bater de asas de um inseto que se transforma em um furação, encontradiça entre os estudiosos do caos), ameaçando o bom funcionamento do sistema, tornando-o instável[181]. O que era certeza se torna probabilidade[182] e esta com o tempo tende natural e inexoravelmente a se reduzir[183].

Há diminuição da segurança jurídica produzida pelo sistema, que grosso modo corresponderia à qualidade (maior ou menor) da "energia" por ele produzida. Visto o fenômeno pela teoria da informação, haveria a devolução, para a sociedade, de informações confusas ou até mesmo contraditórias, dificultando a compreensão do sistema

---

[179] Isto é, quanto maior a entropia mais difícil é entender um determinado sistema.
GRÜN, Ernesto. *Uma Visión Sistémica y Cibernética del Derecho em el Mundo Globalizado del Siglo XXI.* Buenos Aires: Editorial Dunken, 2004, p. 39.

[180] Cf. EKELAND, Ivar. *O Caos.* Tradução de António Viegas. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 28. Como aplicação desse princípio, afirma Ernesto Grün que "em uma condição caótica a sociedade é sensível a qualquer pequena flutuação, a toda nova idéia, novo movimento, nova maneira de pensar e de agir. Cf. GRÜN, Ernesto. *Uma Visión Sistémica y Cibernética del Derecho em el Mundo Globalizado del Siglo XXI.* Buenos Aires: Editorial Dunken, 2004., p. 100.

[181] "Os sistemas caóticos são fundamentalmente instáveis: pequenos desvios iniciais provocam rapidamente grandes afastamentos" (EKELAND, Ivar. *O Caos.* Tradução de António Viegas. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 71).

[182] Cf. PRIGOGINE, Ilya. *The End of Certainty: Time, Chaos, and the New Laws of Nature.* New York: Free Press, 1997, p. 4.

[183] Na ausência de fatores externos a entropia gera um processo irreversível, pois sob o aspecto temporal ele se movimenta apenas em um sentido, que por definição é o futuro. Cf. PRIGOGINE, Ilya. *The End of Certainty: Time, Chaos, and the New Laws of Nature.* New York: Free Press, 1997, p. 102.

jurídico (é precisamente isso o que ocorre com o leigo quando vê situações equivalentes receberem tratamento diferenciado por parte do Judiciário).

Deveras, toda diminuição da segurança jurídica, dentro ou fora do processo (especialmente dentro, por ser o processo a "última trincheira" na defesa do direito, da eliminação da crise de direito material), representa um desperdício de "energia", consistente no tempo e recursos até então despendidos com o propósito de permitir que os indivíduos possam pautar suas condutas juridicamente relevantes, de que é bom exemplo a adoção da teoria da relativização da coisa julgada, conforme bem ressaltaram críticos desta doutrina:

> "(...) para que desperdiçar o tempo dos Magistrados de Primeira e Segunda Instâncias; para que promover longas sessões probatórias; para que despender enormes recursos advocatícios se o conteúdo da decisão judicial decorrente da realização do devido processo legal puder vir a ser simplesmente suplantado por um ato administrativo de Presidente de Tribunal?"[184].

Outra característica de um sistema caótico/entrópico é a sua imprevisibilidade, que se revela, no caso do processo judicial, não apenas quanto ao resultado no plano do direito (o pedido será ou não acolhido?) ou dos fatos (o credor receberá a quantia a que tem direito?), como a outros aspectos, como a sua duração[185].

A imprevisibilidade torna mais difícil a orientação da conduta dos agentes do sistema, razão pela qual bem observou um conhecido publicista pátrio que a operação de um sistema com elevado nível de incerteza gera "confusão"[186].

---

[184] Cf. CASTELO, Beatriz Montenegro; VIEIRA, Oscar Vilhena. "A coisa julgada na trincheira". São Paulo, AASP, *Revista do Advogado*, n. 110, dez., 2010, p. 32.

[185] Lembra Adauto Suannes, com inteira razão, que inobstante haja previsão em lei para a prática dos atos processuais é impossível prever com exatidão qual será o tempo de duração de um processo, desde a propositura da demanda até o trânsito em julgado da decisão final. Cf. SUANNES, Adauto. O processo judicial e a teoria do caos. *Justiça & Caos.* Curitiba: Instituto Memória, 2008, p. 66-69.

[186] Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos.* São Paulo: Malheiros, 2012, p. 67. O autor, em tom de blague, questiona se a confusão seria "positiva" ou "negativa", mas a resposta a essa pergunta é evidentemente respondida pela própria finalidade do Direito (cf. *supra*, Capítulo I).

Tendo em vista que a tendência natural do sistema jurídico é aumentar o seu nível de entropia com o passar do tempo, impõe-se, para que o Direito cumpra a sua finalidade, a introdução de mecanismos, no interior do próprio sistema, a fim de "coordenar o fluxo das interações inter-humanas", gerando maior previsibilidade de resultados quanto "aos efeitos jurídicos da regulação da conduta"[187].

A sua função corresponde ao que se costuma denominar realimentação negativa, isto é, compensar ou cancelar desvios do sistema (idéia que se encontra presente nos sistemas planejados), em oposição à realimentação positiva, que não cancelas os desvios, antes os reforça[188].

Alguns desses mecanismos serão objeto de exame no Capítulo 15 da presente tese.

---

[187] Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário.* 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 166.

[188] Cf. PARKER, David; STACEY, Ralph. *Caos, Administração e Economia.* Tradução de Fabiano J. H. Pegurier. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1995, p. 28-29. Nesta última hipótese ou a realimentação positiva é impedida por algum agente ou condição de fora do sistema ou este tenderá à "instabilidade incontrolável" (p. 31).

CAPÍTULO 9 - DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL, "CRIAÇÃO" JUDICIAL DO DIREITO E CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

A ideia de discricionariedade foi surgiu e começou a ser estudada no Direito Administrativo e correspondia, grosso modo, a certa margem de liberdade que a lei conferia ao agente, na medida em que não estabelecia previamente todos os requisitos ou pressupostos para a prática do ato administrativo[189]. Distinguiam-se, assim, os atos administrativos vinculados dos atos administrativos discricionários.

Quanto aos aspectos discricionários do ato a ser praticado, a escolha do agente, porquanto não previamente determinada pela lei, estaria sujeita a critérios de conveniência e oportunidade de acordo com a situação do caso concreto (e, por isso mesmo, impossíveis de serem previstos pelo legislador). Via de conseqüência, seriam insuscetíveis de controle ou reexame pelo Poder Judiciário[190], sob pena de ofensa ao princípio da separação dos Poderes da República, pois isso constituiria usurpação da competência privativa da Administração.

O Direito Administrativo, porém, evoluiu e com essa evolução, resultado também da redemocratização do país e do surgimento de uma nova ordem constitucional (há na doutrina quem diga que este ramo do Direito deixou de ser o direito da Administração para se tornar o direito do administrado), chegou-se à conclusão que o fato de a lei não predeterminar determinada escolha não significava que o agente fosse livre para decidir. Em cada situação concreta, à luz das circunstâncias fáticas existentes, haveria dentre as possíveis opções colocadas à disposição da Administração uma que melhor atenderia à finalidade do ato a ser praticado, ao interesse público, podendo tal escolha, assim, ser objeto de controle pelo Poder Judiciário[191].

---

[189] Cf. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Motivo e motivação do ato administrativo.* São Paulo: RT, 1979, p. 40.

[190] Na realidade, parece mais correto (e realista) considerar que era a amplitude da auto-restrição judicial em examinar os atos da Administração que delimitava a amplitude da discricionariedade administrativa. Cf. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Motivo e motivação do ato administrativo.* São Paulo: RT, 1979, p. 46-51.

[191] Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo.* 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 948-982; ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública.* Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 119-120. A respeito da evolução do tema na doutrina e na jurisprudência, cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988.* 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

Ora, se assim é no âmbito do Direito Administrativo, causa espanto que se possa cogitar da existência de discricionariedade por parte do juiz no contexto de um processo judicial, vez que este, diferentemente das partes parciais (autor, réu, intervenientes), não possui faculdades, mas deveres, fruto da sua condição de agente público e da obrigação do Estado de administrar a justiça em conformidade com as leis e a Constituição do país[192]. Aqueles que defendem a existência de atos judiciais discricionários, *data venia,* andam rumo ao passado, trilhando caminho já percorrido pelos administrativistas.

Realmente, as ideias de que não existe uma única interpretação correta da norma a ser aplicada pelo juiz e de que a interpretação judicial envolve também a ”criação” do direito, dependente das particularidades do caso concreto (= juízo de equidade)[193], a ensejar a impossibilidade de controle de suas decisões, não passam de uma reciclagem das teses que foram rejeitadas pelo Direito Administrativo[194], o que, inclusive, permite hoje em dia que se fale em temas como o do controle de políticas públicas[195].

Deveras, não se nega que para serem aplicadas as regras e princípios, constantes das leis e da Constituição, devem ser interpretados (a finalidade da interpretação é precisamente revelar ou obter a norma aplicável ao caso concreto[196]), mas isto não significa que não existam limites à atividade do intérprete, que ele seja “livre” para decidir.

---

[192] “Interpretar o direito é formular *juízos de legalidade*, ao passo que a *discricionariedade* é exercitada mediante a formulação de *juízos de oportunidade. Juízo de legalidade* é a atuação no campo da *prudência,*, que o intérprete autêntico desenvolve contido pelo texto. Ao contrário, *o juízo de oportunidade* comporta opção entre *indiferentes jurídicos,* procedida *subjetivamente* pelo agente. Uma e outra são praticadas em distintos planos lógicos” (GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e dos princípios).* 6. ed. Refundida do Ensaio sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 89).

[193] Segundo Arthur Kaufmann, contudo, “também a equidade não pode portanto considerar e valorar um resultado singular, uma pessoa individual totalmente por si” (KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito.* Prefácio e tradução de António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 237), no sentido de que esta também envolveria uma generalização, embora de menor amplitude.

[194] O que confirma a assertiva de Taruffo de que “poder criativo do juiz” e “escolha discricionária” são substancialmente sinônimos. Cf. TARUFFO, Michele. “Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto”. Milano, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile,* ano LV, n. 1, mar., 2001, p. 12.

[195] O que não significa que não existam limites a esse controle, como se o juiz pudesse simplesmente substituir o administrador.

[196] Nesse sentido pode-se dizer que os juízes “produzem” direito, atividade que consiste na transformação do texto na norma que será aplicada. Cf. GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e dos princípios).* 6. ed. Refundida do Ensaio sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 25.

A esse respeito, há que se concordar com Umberto Eco quando afirma que ainda que se concordasse com a assertiva de que "um texto é apenas um piquenique onde o autor entra com as palavras e os leitores com o sentido", "as palavras trazidas pelo autor são um conjunto um tanto embaraçoso de evidências materiais que o leitor não pode deixar passar em silêncio, nem em barulho", concluindo que existem critérios para limitar a interpretação[197].

Quando se fala impropriamente em "criação" do direito pelo juiz[198], se pretende dizer, em verdade, que a norma abstrata foi tornada concreta, com a declaração de que aquela incidiu sobre uma determinada situação de fato, produzindo determinada conseqüência jurídica individualizada (v.g., Pedro deve indenizar João, o contrato celebrado por Carlos e José é nulo etc.).

Assim, mesmo em se tratando da interpretação de regras não escritas, em que há maior "liberdade" do juiz (porque o texto é sempre um limite à interpretação, embora não seja o único) não há propriamente criação do Direito, como observou Pontes de Miranda:

> "Na revelação de regra jurídica não escrita é que se nota maior liberdade do juiz. Nota-se; mas há essa liberdade? Revelar a regra jurídica, se não está escrita, lendo-se na história e no sistema lógico, não é operação diferente de se ler na história, *no texto* e no sistema lógico. Não se cria a regra jurídica não escrita, como não se cria a regra jurídica escrita; ambas são reveladas, razão por que falar-se em lacuna do direito somente tem sentido se se critica o sistema jurídico, isto é, se se fala *de iure condendo,* ou se se alude a visão de primeiro exame, a algo que não se viu à primeira vista"[199].

---

[197] Cf. ECO, Umberto. *Interpretação e Superinterpretação.* 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 28. Eros Grau, citando Wróblewski, lembra que a interpretação desenrola-se dentro de três contextos (lingüístico, sistêmico e funcional) que lhe estabelecem limites. Cf. GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e dos princípios).* 6. ed. Refundida do Ensaio sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 34.

[198] "O juiz não legisla nem suplementa a lei, mas, dentro do espaço sinalizado pela lei, autodetermina-se. Eis aí a interpretação" (GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e dos princípios).* 6. ed. Refundida do Ensaio sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 27).

[199] Cf. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado.* t. VII. Atualizado por Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: RT, 2012, p. 15. Isto decorre do caráter sistemático do Direito, conforme se mencionará adiante.

O intérprete não cria a norma a partir do nada (a criação a partir do nada nos parece própria da divindade e não do homem), pois esta se encontra, em estudo de potência, no enunciado que será objeto de interpretação, sendo assim revelada ou descoberta[200].

Embora seja atribuição do Poder Judiciário dizer o que é o Direito, isto não significa que o Direito seja apenas aquilo que os tribunais dizem que ele é (há a atividade legislativa, há a doutrina), como se não houvesse limites ao processo interpretativo, como se fosse possível ao intérprete "dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa":

> "Ora, é preciso ter presente que a afirmação do caráter hermenêutico do Direito e a centralidade que assume a jurisdição nesta quadra da história, na medida em que o legislativo (a lei) não pode antever todas as hipóteses de aplicação, *não significa uma queda na irracionalidade* e nem uma delegação em favor de decisionismos.
> Talvez o grande problema esteja no fato de que a crise de paradigmas de dupla face continua a sustentar – e possibilitar que se multipliquem – os discursos positivistas, que apostam na discricionariedade do intérprete (veja-se, por todos, o decisionismo kelseniano e a contundente crítica feita por Dworkin a Hart). Não é difícil encontrar, mesmo na doutrina, autores sustentando ser facultado '*ao intérprete estimular as interpretações possíveis, de acordo com a sua vontade e o seu conhecimento*' (sic) e que '*dentre as diversas opções colocadas ao seu dispor, o exegeta escolhe aquela que lhe afigurar com a mais satisfatória'* (sic), podendo valer-se, para tanto, '*dos recursos que estiverem ao seu dispor'* (sic). Ou, ainda, que '*interpretar a lei é retirar da norma tudo o que ela contém'* (sic), como se o processo hermenêutico fosse uma '*lipoaspiração epistemológica*'"[201].

Tomada em termos absolutos, não há como se aceitar afirmação como a feita por *Sir* Alfred Denning, no sentido de que os juízes "criam" o direito porque

---

[200] Cf. GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e dos princípios).* 6. ed. Refundida do Ensaio sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 44-45.
[201] Cf. STRECK, Lenio Luiz. Crise de paradigmas. Devemos nos importar, sim, com o que a doutrina diz. Disponível em: www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/10.pdf. Acesso em: 10 out. 2011.

“ninguém” sabe o que é o direito até que ele seja por eles declarado[202]. Semelhante concepção somente poderia ser aceita para descrever um sistema jurídico primitivo, sem leis escritas aprovadas por um Congresso ou Parlamento, sem doutrina e sem noção da própria evolução histórica, em que a cada decisão os juízes forneceriam uma resposta inédita e sem qualquer vínculo com o passado (algo do tipo “nunca antes na história desse país”).

Essa visão reduz o fenômeno jurídico à aplicação do Direito por ato de uma autoridade estatal (no caso o juiz), o que pressupõe a existência de uma situação conflituosa, quando é evidente que estas são em número infinitamente inferior à aplicação espontânea de normas jurídicas pelos interessados, tomando o patológico como regra e devendo por isso mesmo ser descartada[203].

Trata-se da teoria unitária ou monista do ordenamento jurídico, há muito refutada pela maioria da doutrina processual[204].

Ademais, fosse tal correta esta proposição não faria sentido a exigência de motivação das decisões judiciais, conforme observou Claus-Wilhelm Canaris:

> “(...) a proposição colocada pelo tribunal como fundamento de uma decisão não vale por ter sido exteriorizada por um juiz, mas sim por estar convincentemente fundamentada, isto é, porque deriva de critérios de validade bastantes, exteriores à sentença judicial”[205].

---

[202]“In theory the judges do not make law. The only expound it. But as no one knows what the law is until the judges expound it, it follows that they make it” (DENNING, Alfred. *The changing law.* London: Stevens & Sons, 1953, p. vii).

[203] “A maioria de nós leva a vida em submissão consciente às normas do Direito, sem necessidade, porém, de recorrer aos tribunais para determinar nossos direitos e deveres” (CARDOSO, Benjamin N. *A natureza do processo judicial*. Tradução de Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 94). O juiz não é o único a interpretar e aplicar normas, ainda que seja o único intérprete autêntico, pois sua interpretação cria normas de decisão. Cf. GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e dos princípios).* 6. ed. Refundida do Ensaio sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 47.

[204] Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. Direito e Processo. *Fundamentos do Processo Civil Moderno.* 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 65-96.

[205] Cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito.* Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 119.

Se é verdade, na prática, que em muitos casos o juiz se vale de um raciocínio "retrospectivo", primeiro "intuindo" (ou coisa que o valha) quem tem razão, para somente depois fundamentar tal decisão, no plano do direito é extreme de dúvida que tal decisão só é válida (e, portanto, aceitável) se puder ser sustentada *racionalmente*, à luz do próprio direito:

> "O juiz pode errar, pode não descobrir o que é exigido pelo fundamento lógico da ordem existente, ou pode ser iludido pela sua preferência por determinado resultado num determinado caso; mas nada disso altera o fato de que tem um problema a resolver, para o qual, na maioria das vezes, haverá apenas uma solução correta, e de que essa é uma tarefa em que não há lugar para sua 'vontade' ou reação emocional. Se muitas vezes chegará à solução correta não pelo raciocínio, mas pela 'intuição', isso não significa que os fatores decisivos na determinação do resultado sejam emocionais, ao invés de racionais, como se dá com o cientista que, em geral, também é levado intuitivamente à hipótese correta que só posteriormente poderá submeter à prova. Como a grande maioria das tarefas intelectuais, a do juiz não consiste na dedução lógica a partir de um número limitado de premissas, mas em submeter à prova hipóteses a que ele chegou por processos só em parte conscientes. Mas, embora possa desconhecer o que o levou de início a considerar correta uma decisão, ele só deve mantê-la se for capaz de defendê-la racionalmente contra todas as objeções que possam ser levantadas contra ela"[206].

Ainda que se reconheça, em determinada situação, serem várias as interpretações possíveis (não se cogita, obviamente, das impossíveis, como seria a hipótese de considerar de 17 dias o prazo para a interposição de apelação), sempre haverá uma que melhor atenderá à finalidade da regra ou princípio e via de conseqüência aos valores albergados pelo ordenamento jurídico, que lhe são subjacentes.

---

[206] Cf. HAYEK, F. A. *Direito, legislação e liberdade.* v. I. São Paulo: Visão, 1985, p. 138. Segundo Eros Grau, "o chamado *direito moderno* é racional, na medida em que permite a instalação de um horizonte de *previsibilidade* e *calculabilidade* em relação aos comportamentos humanos – vale dizer: *segurança*" (GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e dos princípios).* 6. ed. Refundida do Ensaio sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 13).

Até porque, e aqui entra em cena outro aspecto ligado à segurança jurídica, a regra ou princípio deve ser o mesmo para todos (supondo-se que estejam na mesma situação a atrair a sua incidência), não se admitindo, por exemplo, que ora se entenda que o recurso interposto antes da publicação da decisão é intempestivo, ora que é tempestivo.

Embora elegante, é incorreta a comparação feita por alguns doutrinadores entre a interpretação das leis pelos juízes e a execução de obras musicais, alegando, por exemplo, que a 5ª Sinfonia de Beethoven soa diferente conforme seja executada por esta ou aquela orquestra ou, mesmo em se tratando da mesma orquestra, por regentes diferentes, em virtude do que não seria possível dizer ser "certa" a interpretação de Herbert von Karajan e "errada" a de Leonard Bernstein[207].

O erro reside no fato de que, diferentemente do que ocorre na música, em que não sou obrigado a "suportar" determinada interpretação (se não gosto do Réquiem de Verdi interpretado por determinado maestro simplesmente não vou ao concerto – ou me levanto no meio da apresentação – ou não compro a gravação), o jurisdicionado não escolhe o juiz que irá julgar a sua causa (= juiz natural) e tampouco pode simplesmente "desconsiderar" a sua "intepretação" do direito (= imperatividade da jurisdição)[208].

Pode-se considerar ser hipocrisia equiparar a atividade do juiz à do fotógrafo, que se limita a "revelar" uma determinada realidade, e não à do pintor, que realiza atividade "criativa", porque se lhe reconhece margem para fazer escolhas[209], mas a alternativa, *data venia*, não é mais fácil de ser deglutida.

---

[207] Cf. GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e dos princípios).* 6. ed. Refundida do Ensaio sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 63.

[208] Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. Direito e Processo. *Fundamentos do Processo Civil Moderno.* 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 85.

[209] Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos.* São Paulo: Malheiros, 2012, p. 77-78. Segundo o autor, a afirmação dos juízes e tribunais de que decidiram de determinada forma *por não terem escolha*, tornaria mais difícil a mudança das normas concretas por eles criadas. Esse fenômeno, porém, ocorreria mesmo nos casos em que a eles fosse reconhecido poder discricionário, pelo simples fato de que o Direito exige um certo grau de estabilidade e isso naturalmente leva os julgadores a evitar mutações freqüentes da jurisprudência. Por outro lado, não se leva em consideração a interação entre as atividades jurisdicional e legislativa, pois o imobilismo da jurisprudência leva inevitavelmente à alteração da lei ou até mesmo do texto constitucional.

A alternativa à hipocrisia é o cinismo, que nos levaria a reconhecer que os juízes decidem as questões que se lhes apresentam apenas com fundamento na sua vontade, no seu querer individual, e que a motivação que deles se exige não passa de uma fórmula mágica (*v.g.*, abracadabra, *hocus pocus*) destituída de conteúdo. Entre uma e outra, ficamos com a segunda[210].

A aceitação da idéia de discricionariedade judicial tem sérias repercussões no plano constitucional (os horizontes da teoria geral do direito são limitados pelas exigências do direito constitucional de cada país), pois gera incerteza e insegurança e compromete a legitimidade das decisões, conforme ressaltou um estudioso do tema:

> "But discretion is controversial. It challenges conceptions of legitimacy. In the liberal state, law must be applied consistently, openly, and dispassionately. Discretion represents the opposite: subjective justice where rules represent formal justice, prompting concern that its subjectivism facilitates arbitrariness or inconsistency. Discretion is power, with its corrupting implications, allowing an individual to act as that individual chooses, on the basis of improper considerations, substituting personal standards for public, legal standards. It is conducive to apparent inconsistencies of outcome, which can occur even if decisions are made according to approved procedures. Negotiated determinations may permit legal standards to be bargained away, while lack of procedural protections may disadvantage the weak. For decision subjects, discretion can lead to uncertainty and insecurity"[211].

Neste particular assiste inteira razão a um eminente processualista peninsular quando afirma que "o risco que a decisão discricionária e criativa se traduza em uma escolha subjetiva e arbitrária não é apenas uma eventualidade teórica, mas é uma possibilidade cotidianamente presente na praxe forense"[212] (tradução livre).

---

[210] "A hipocrisia é a concessão que o vício faz a virtude" (Duque de La Rochefoucauld).

[211] Cf. HAWKINS, Keith. Discretion. In: CANE, Peter; CONAGHAN, Joanne (Ed.). *The new Oxford companion to law.* Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 331.

[212] Cf. TARUFFO, Michele. "Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto". Milano, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile,* ano LV, n. 1, mar., 2001, p. 15.

E este fenômeno ocorre, igualmente, no caso dos chamados conceitos jurídicos indeterminados[213] ou clausulas gerais, em que não há, igualmente, discricionariedade judicial.

Para tanto, impõe discorrer, ainda que brevemente, a respeito de tal categoria jurídica.

A lei, não é novidade, costuma conter normas gerais e abstratas, de caráter generalizante.

A partir do século XX, contudo, com as mudanças sofridas pela sociedade e a maior complexidade das relações entre as pessoas (resultado, por exemplo, do desenvolvimento da economia e das ciências) se tornaram cada vez mais frequentes os casos em que a lei não conseguia prever integralmente todas as situações que por ela deveriam ser disciplinadas[214], resultando a sua aplicação no caso concreto em solução tida por "injusta". A ideia de legalidade, após ser levada ao extremo (= codificação e positivismo jurídico), entra em crise, principalmente diante das necessidades do *Welfare State*[215].

Para contornar tal inconveniente (que de fato é um problema, visto que uma das finalidades do Direito também é a Justiça), passou-se a incluir na legislação conceitos

---

[213] O termo é adotado em razão da sua ampla disseminação no meio jurídico, não obstante a crítica que lhe é formulada por Eros Grau no sentido de que todo conceito deve corresponder a uma soma de idéias determinada, de tal forma que se for indeterminado não pode ser considerado conceito. Cf. GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e dos princípios).* 6. ed. Refundida do Ensaio sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 157.

[214] A intervenção do legislador com freqüência ocorre com atraso em relação aos fatos que se pretende disciplinar. Cf. TARUFFO, Michele. "Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto". Milano, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano LV, n. 1, mar., 2001, p. 19. Também não pode deixar de ser considerada, por ser um dado da realidade, a hipótese de que tal determinação era plenamente possível, mas que não foi alcançada em razão de falta de consenso e de apoio político para produzir um texto mais exato, que produzisse um grau maior de certeza: "Quem tem influência e poder consolidados consegue obter do legislador regras precisas para realizar seus interesses. Já os poderes em formação se valem da indeterminação normativa como uma arma na luta pela afirmação" (SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos.* São Paulo: Malheiros, 2012, p. 69) Vale dizer, pode não se tratar de mera imperfeição do sistema, mas resultado dos jogos de poder existentes na sociedade (*idem, ibidem*).

[215] Cf. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Motivo e motivação do ato administrativo.* São Paulo: RT, 1979, p. 14-19.

com um maior grau de indeterminação[216], como forma de conferir maior mobilidade ao sistema jurídico[217].

Isto, porém, tem como resultado inevitável o aumento da insegurança jurídica[218]. Em outras palavras, há um incremento do nível de incerteza do sistema, porquanto menos previsíveis as decisões que deverão ser proferidas (na falta de precedentes em determinado sentido, i.e. até que eles sejam formados, uma das partes de um contrato talvez só saiba se agiu ou não de boa-fé quando a controvérsia for definitivamente julgada pelo Judiciário, aplicando-se a regra de forma retroativa[219]) e maior o risco de decisões divergentes (que por sua vez aumenta o grau de imprevisibilidade, num verdadeiro círculo vicioso).

Aqui se manifesta de forma bastante evidente a eliminável tensão entre segurança e justiça, pois previsões mais casuísticas favorecem a segurança jurídica, mas tendem a produzir injustiça nos casos concretos, enquanto que conceitos mais abertos favorecem a obtenção de uma justiça individualizada, porém muito menos segura[220].

Esse impasse somente pode ser solucionado (ou reduzido a um nível mínimo que torne aceitável o grau de imprevisibilidade do sistema) se os tribunais, ao concretizarem os conceitos indeterminados e cláusulas gerais, se preocuparem em uniformizar as interpretações divergentes e seguir os precedentes já estabelecidos (*stare*

---

[216] Até que ponto legitimamente pode ir o legislador ao adotar conceitos indeterminados é questão que só pode ser respondida no caso concreto (considerando o teor da prescrição e o bem jurídico envolvido), mas é possível desde logo afirmar que o grau de indeterminação não pode ser tal que transforme o ato de interpretação em mero exercício do subjetivismo do intérprete (desestruturando o conceito como tal), esvaziando a garantia da legalidade. Cf. FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle da moralidade na Constituição.* São Paulo: Malheiros, 1999, p. 31-33.

[217] Cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito.* Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 137-138.

[218] "La inseguridad nace en el mismo momento en que se introducen en las leyes conceptos imprecisos que hagan depender el ejercicio de un Derecho del arbítrio subjetivo de una persona, así sea un juez" (DALLA VIA, Alberto Ricardo. *Derecho constitucional econômico.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999, p. 440).

[219] Cf. GRECO, Rodrigo Azevedo. *Direito e Entropia* (Dissertação de Mestrado). São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2008, p. 62.

[220] Cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito.* Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 143-144; KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito.* Prefácio e tradução de António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 282. Razão assiste a Benjamin N. Cardozo quando afirma que "a tentativa de fazer justiça absoluta em cada caso isolado impossibilitaria o desenvolvimento e a manutenção de normas gerais" (CARDOSO, Benjamin N. *A natureza do processo judicial.* Tradução de Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 12).

decisis), criando assim um ambiente institucional no qual as partes e advogados podem antecipar o conteúdo de futuras decisões e o resultado dos litígios[221].

Como este processo de "sedimentação" do conteúdo normativo de regras e princípios demora tempo, somente poderá chegar a bom termo se houver relativa estabilidade dos textos dos quais umas e outros são extraídos[222], pois do contrário essa atividade dos Tribunais estaria fadada ao fracasso, tal como no mito de Sísifo.

Além disso, há que se reconhecer a existência de limites ao grau de indeterminação dos textos normativos, que não podem resultar, na prática, em verdadeira delegação do poder de legislar, vez que até mesmo a vera e própria delegação se sujeita a limites intransponíveis, estabelecidos pelo art. 68, § 1º, da CF.

---

[221] Cf. HAWKINS, Keith. Discretion. In: CANE, Peter; CONAGHAN, Joanne (Ed.). *The new Oxford companion to law.* Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 331.

[222] "Com o passar do tempo, um texto muito aberto pode ir se fechando por obra da cultura jurídica, da jurisprudência e da acomodação de interesses. Assim, as grandes indeterminações não seriam tão desafiadoras se textos normativos novos não surgissem a cada hora, criando mais e mais charadas a decifrar – e mais: cruzando charadas cin charadas" (SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos.* São Paulo: Malheiros, 2012, p. 67).

CAPÍTULO 10 – FORMALISMO E SEGURANÇA JURÍDICA

A existência de formalidades é inerente à atuação processual do direito (i.e., à aplicação do direito material por meio do processo), não sendo possível se cogitar, por exemplo, de um processo amorfo ou líquido em que a cada momento são praticados de modo e/ou em uma ordem diferente os atos necessários à consecução do seu objetivo, seja ele a declaração do direito, seja a sua efetivação, seja a asseguração do resultado útil desta ou daquela.

"Indiscutível é a necessidade das formas processuais para que as garantias da ordem jurídica não pereçam, dando lugar à insegurança na aplicação jurisdicional dos mandamentos legais"[223].

Tal ocorre não à vista do escopo jurídico do processo (e, portanto, da jurisdição), em si mesmo considerado, mas da necessidade de se assegurar às partes que serão afetadas pelo exercício da jurisdição, enquanto manifestação do poder estatal, um mínimo de segurança jurídica, por meio do devido processo legal, garantia constitucional que, como hoje é sabido, estabelece não apenas limites para que se prive alguém de sua vida, liberdade ou bens, permitindo ao aplicador do direito verificar se pode ou não ocorrer a privação (se ela é legítima, à luz da Constituição e das leis da República), como exige a observância de determinadas formalidades para que se possa validamente responder a essa pergunta e, em sendo afirmativa a resposta, possa a privação ser implementada.

Ilustrativa, a esse respeito, a seguinte passagem de Lewis Carroll, em seu clássico *Alice no País das Maravilhas:*

> "- E qual é o veredito? – questionou o Rei ao júri.
> - Não! Ainda não! – interrompeu o Coelho, apressadamente. – Ainda não foram cumpridos todos os procedimentos!"[224].

---

[223] Cf. MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil.* v. II. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971, p. 245.
[224] Cf. CARROLL, Lewis. *Alice no País das Maravilhas.* Tradução de Márcia Feriotti Meira. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 45.

Realmente, como bem observou José Ignácio Botelho de Mesquita, para o juiz (aplicador do direito por excelência) que acredita já ter descoberto quem tem razão, as formalidades impostas pela lei, e em particular pelo Código de Processo Civil, com amparo no texto constitucional, não passam de um estorvo:

> "Sabe-se que um juiz, para decidir de acordo com a sua consciência, para julgar do modo como lhe pareça mais justo, de processo não precisa. Basta-lhe sua intuição, não lhe valendo a ciência do direito mais do que para, a título de mera formalidade, fundamentar sua conclusão. A necessidade de, para atingir o resultado visado, seguir um processo só o atrapalha. É um tormento sem sentido. O seu decidir não aceita regras outras que não sejam as próprias. Até porque nenhum sentido faz impor regras a alguém, julgador ou julgado, para revelar o que, no seu íntimo, revelado já está"[225].

É possível, de fato, que muitos tenham esta visão, especialmente na época atual, em que a concepção de efetividade é muitas vezes distorcida, transformando esse importantíssimo valor - que como visto também integra a noção de segurança jurídica – em uma espécie de divindade pagã em cujo altar se admite sacrificar toda e qualquer garantia constitucional, como se os fins justificassem os meios.

Pouco importa. Visto ou não como estorvo, o devido processo legal (no caso o *procedural due process)*, como mecanismo necessário para a obtenção da segurança jurídica (evitando ou, ao menos, reduzindo o risco de decisões arbitrárias e via de conseqüência legitimando o exercício do poder), deverá ser observado.

As garantias processuais de matriz constitucional, como o contraditório e a ampla defesa, representam valores caros ao ordenamento jurídico[226], no atual estágio de

---

[225] Cf. Prefácio. In: YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. *Execução extrajudicial e devido processo legal*. São Paulo: Atlas, 2010, p. xiii-xiv.

[226] À míngua dos quais o processo se torna um instrumento da arbitrariedade e da injustiça: "O processo é um instrumento de exercício do poder. Assim, a democracia política e mesmo a democracia social têm no processo uma forma de manifestação e realização dos seus princípios. Mas a antidemocracia também pode valer-se dele para cumprir os seus objetivos. Daí a necessidade de se estabelecer uma principiologia jurídica democrática informadora do processo, sem a qual, tanto poderá ele ser uma arma jurídica favorável, como poderá ser contrária ao indivíduo. Somente o processo democrático é a superação do arbítrio" (ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. "Princípios constitucionais do processo administrativo no Direito brasileiro". Brasília, *Revista de Informação Legislativa*, n. 136, out./dez., 1997, p. 7).

civilização em que nos encontramos, e que por isso mesmo devem ser preservados, independentemente do juízo que se faça a respeito da legitimidade ou não da privação em jogo. Por exemplo, à luz do que se vê cotidianamente no foro, é pouco (pouquíssimo) provável que o réu em uma ação de despejo por falta de pagamento tenha defesa idônea a repelir o acolhimento do pedido do locador, caso não purgue a mora. Nem por isso, porém, justificar-se-ia privar o locatário do direito de contestar a demanda.

Conforme observou Carmen Lúcia Antunes Rocha, "a civilização é formal. As formas desempenham um papel essencial na convivência civilizada dos homens; elas delimitam espaços de ação e modos inteligíveis de comportamento para que a surpresa permanente não seja um elemento de tensão constante do homem em seu contato com o outro e em sua busca de equilíbrio na vivência com o outro e, inclusive, consigo mesmo"[227].

As considerações anteriores não significam, porém, que a necessidade de segurança jurídica justifique toda e qualquer formalidade, inclusive as inúteis.

Essa distinção, no entanto, há que observar o parâmetro da legalidade, evitando-se a criação de um ambiente de indulgência para com a violação das formas previstas em lei[228].

Sendo compatível com a idéia de um processo justo e équo a formalidade, porém, o seu descumprimento deve ensejar as conseqüências previstas pelo legislador (nulidade do ato do juiz ou ineficácia do ato da parte) e nessa hipótese pode-se mesmo reconhecer que passa a existir para uma ou ambas as partes o direito ao reconhecimento de que o ato é viciado. Ou alguém tem dúvida, por exemplo, de que o apelado tem direito a que se reconheça ser ineficaz a apelação interposta 20 dias após a intimação da sentença ou em que não houve o recolhimento das custas de preparo, quando devidas? Em caso de

[227] Cf. ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. "Princípios constitucionais do processo administrativo no Direito brasileiro". Brasília, *Revista de Informação Legislativa*, n. 136, out./dez., 1997, p. 6.

[228] "Uma *indulgência exagerada* para com a violação das formas deixaria sem eficácia as disposições da lei e ameaçaria a segurança da ordem processual e, consequentemente, da regularidade e eficiência no desempenho da função jurisdicional" (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Procesual Civil*. v. I. 3. ed. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005, n. 117, p. 327). Assim, por exemplo, não é possível, em toda e qualquer situação, invocar a instrumentalidade do processo para "desculpar" o descumprimento de preceitos legais. Cf. TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *Teoria do princípio da fungibilidade*. São Paulo: RT, 2008, p. 54.

revelia não tem o autor o direito de que o juiz reconheça em seu favor a existência de uma presunção de veracidade de suas alegações, se verossímeis? Se o juiz tem o dever de pronunciar a nulidade ou reconhecer a ineficácia do ato, a esse dever necessariamente há de corresponder o direito da parte de exigir essa pronuncia ou reconhecimento.

A idéia de instrumentalidade das formas não é uma panacéia e encontra limite intransponível na legítima expectativa que uma ou ambas as partes têm de que sejam observadas as formalidades previstas em lei, produzindo-se no caso concreto a conseqüência que a lei disse que ocorreria. Do contrário, haveria ainda o risco, igualmente danoso à segurança jurídica, de tratamento desigual não apenas às partes do processo, mas às partes de processos diferentes: não se afigura possível relevar, em um caso, a falta de assinatura da petição, e em outro reputar ineficaz documento que padeça da mesma irregularidade. Os rigores e as leniências (as "maldades" e as "bondades", sob a óptica do leigo) devem ser igualmente distribuídos entre os jurisdicionados[229] e não há caminho mais seguro para se chegar a esse resultado do que o do respeito às formalidades legitimamente estabelecidas pela lei[230].

Não se pode descurar, no entanto, de outro princípio igualmente importante, e em certo sentido logicamente antecedente: o da razoabilidade. Se a lei, por exemplo, estabelece que devem ser considerados nulos os atos postulatórios escritos em cor que não seja azul ou preto, há que se perguntar (= controle incidental de constitucionalidade), inicialmente, se é válida tal previsão.

De forma análoga, devem ser evitadas interpretações desarrazoadas dos dispositivos legais que disciplinam as formas processuais e lhes cominam a sanção de nulidade (atos do juiz) ou ineficácia (atos da parte), pois estas se revelariam inconstitucionais.

---

[229] "A força normativa do princípio constitucional da isonomia impõe ao Judiciário, e ao STJ particularmente, o dever de dar tratamento jurisdicional igual para situações iguais" (STJ – 1ª Turma – Resp. nº 1.063.310-BA – Rel. Min. Teori Zavascki – j. 07.08.2008 – v.u.).

[230] "O juiz não pode ser arbitrário e desprezar o formalismo virtuoso, a seu bel prazer" (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. "O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo". In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras complementares de processo civil*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 170).

Um eloqüente exemplo de como o excesso de formalismo pode resultar no aumento não da segurança, mas da insegurança jurídica, devendo ser afastado[231], é a chamada "jurisprudência defensiva" dos Tribunais Superiores[232]. Segundo a doutrina tal fenômeno consiste na utilização de supostas irregularidades formais para não conhecer de recursos (especial, extraordinário e respectivos agravos), por meio da aplicação distorcida de enunciados sumulares ou até mesmo da criação de requisitos de admissibilidade não previstos em lei (em ofensa ao princípio da legalidade), como se todas as vezes em que isso ocorre não fosse frustrada, ao menos potencialmente, a função nomofilácica destas Cortes e, via de conseqüência, o interesse público que justificou a sua criação[233], que não autoriza a adoção de soluções simplistas para "agilizar" a prolação de decisões ou reduzir o número de processos pendentes de julgamento[234].

Embora às vezes seja inevitável o não conhecimento do recurso por falta de requisito de admissibilidade, que não pode ser simplesmente desconsiderado pelo órgão jurisdicional, inclusive em respeito à parte contrária (v.g., caso a apelação seja interposta no 18º dia é direito do apelado ver certificado o trânsito em julgado da sentença), em caso de dúvida deve-se optar pelo julgamento do mérito, especialmente em se tratado dos recursos de estrito direito, não sendo possível - à luz dos princípios da legalidade e da igualdade – que se reconheça uma preferência implícita ou expressa do sistema pelo não conhecimento dos recursos.

Esse tipo de artifício frustra a legítima expectativa do jurisdicionado de que decisões contrárias à lei ou à Constituição não irão afinal prevalecer, bem como de que

---

[231] Cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. "O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo". In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras complementares de processo civil*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 168.

[232] Cf. FARINA, Fernanda Mercier Querido. "Jurisprudência defensiva e a função dos Tribunais Superiores". São Paulo, *Revista de Processo*, n. 209, jul., 2012, p. 105-144.

[233] "Ao criar o STJ e lhe dar a função essencial de guardião e intérprete oficial da legislação federal, a Constituição impôs ao Tribunal o dever de manter a integridade do sistema normativo, a uniformidade de sua interpretação e a isonomia na sua aplicação. O exercício dessa função se mostra particularmente necessário quando a norma federal enseja divergência interpretativa. Mesmo que sejam razoáveis as interpretações divergentes atribuídas por outros tribunais, cumpre ao STJ intervir no sentido de dirimir a divergência, fazendo prevalecer a sua própria interpretação. Admitir interpretação razoável, mas contrária à sua própria, significaria, por parte do Tribunal, renúncia à condição de intérprete institucional da lei federal e de guardião da sua observância" (STJ – 1ª Turma – Resp. nº 1.063.310-BA – Rel. Min. Teori Zavascki – j. 07.08.2008 – v.u.).

[234] Não se desconhece o problema da sobrecarga de trabalho dos Tribunais Superiores, que de fato existe e tem muitas causas, mas não se pode admitir que o preço das falhas do sistema recaia apenas sobre o jurisdicionado, que deixará de ter o mérito do seu recurso analisado apenas porque muitos (aqueles que têm e os que não têm razão) recorrem até a última instância.

interpretações divergentes serão uniformizadas em última instância, comprometendo a confiabilidade do sistema processual e, via de conseqüência, do próprio Direito.

Por outro lado, se devem ser repudiados os excessos formalistas, igualmente merecem censura, a nosso ver, as propostas (normalmente sob a "simpática"[235] denominação de *flexibilização procedimental*[236]) de conceder ao juiz (e só ao juiz) poderes discricionários para alterar o procedimento (que, como cediço, é a "coluna vertebral" do processo), moldando-o de acordo com o que lhe pareça[237] serem as necessidades da causa[238] (inclusive com abstração das necessidades e conveniências das partes), criando assim o chamado processo civil "líquido".

Um processo civil "líquido" (expressão cunhada pelo processualista - e magistrado - português Luís Corrêa de Mendonça) não é compatível com a segurança jurídica que se espera deste nobre e importante instrumento:

> "O processo líquido é um processo em que as formas se desintegram, um processo que, correndo sobre a água, não encontra portos seguros e previsíveis em que se detenha, um processo em que os actos da seqüência se diluem no próprio movimento da série, um processo em que a legalidade dos instrumentos destinados a assegurar a consecução dos 'bens' abstractamente garantidos pelo direito substantivo é substituída pela competência incerta e discutível do timoneiro em lidar com o imprevisível curso da 'acqua ùtile e ùmile' (Francisco d'Assis).
> Um processo privado de formas, completamente modelado pelo juiz é uma porta aberta à intervenção incontrolada do poder político e económico, mas também a que a crítica casuística da adaptação dos casos se transforme em crítica generalizada do sistema"[239].

---

[235] Porque quem (ou o que) não é flexível é, por definição, inflexível, intransigente, o que *a priori* não parece se compadecer com as características do nosso país e de nosso povo, para não dizer da "modernidade".
[236] Cf. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental.* São Paulo: Atlas, 2008, *passim.*
[237] "Assim é se lhe parece..." (Luigi Pirandello).
[238] "As regras de forma devem ser moldadas judicialmente quando sua utilização torna estéril e dissipa os fins do processo" (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental.* São Paulo: Atlas, 2008, p. 225).
[239] Cf. MENDONÇA, Luís Correa de. "Processo civil líquido e garantias (o regime processual experimental português). São Paulo, *Revista de Processo,* n. 170, abr., 2009, p. 249-250.

Consoante bem destacado por KAZUO WATANABE, é o procedimento que impede a relação jurídica processual de se tornar algo "amorfo, disforme e sem ossatura", pois é este que lhe confere uma *estrutura*:

> "É o procedimento estabelecido em lei, como um *iter* a ser seguido para atingir uma meta, que prescreve os atos, suas formas, os prazos, as posições subjetivas ativas e passivas, a dimensão temporal, e tudo o mais que a relação jurídica processual, vale dizer, o processo, deverá ter em sua manifestação em concreto"[240].

O formalismo, enquanto método de ordenação do processo, resulta em algo essencial para que seja assegurada a liberdade das partes e os poderes-deveres do juiz[241], que é a delimitação dos poderes, faculdades e deveres do sujeitos processuais, e sem a qual o processo se tornaria caótico, prevalecendo o arbítrio do juiz e a chicana da parte menos ética[242].

Não se nega que a influência do direito material (fim) sobre o direito processual (meio) possa se projetar também sobre o procedimento, mas o fato é que tal tarefa de adaptação é feita precipuamente pelo legislador, de que é o melhor exemplo a criação de procedimentos especiais (previstos no Código de Processo Civil – v.g., ação de prestação de contas – ou em leis extravagantes – v.g., mandado de segurança), cabendo ao juiz apenas se valer, em cada caso concreto, dos "atalhos" ou "desvios" de rota previamente admitidos pela lei na condução do processo[243], de que são exemplos o julgamento antecipado do mérito e a conversão de um procedimento em outro[244].

---

[240] Cf. WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 129.
[241] Cf. MESQUITA, José Ignácio Botelho de. O princípio da liberdade na prestação jurisdicional. *Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil*.v. 2. São Paulo: RT, 2005, p. 33-50.
[242] Cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. "O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo". In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras complementares de processo civil.* 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 149-150.
[243] O que Correa de Mendonça denomina de "forma única de processo com uma estrutura que pode ser encurtada ou estendida, apertada ou alargada, de acordo com as exigências da lide" (MENDONÇA, Luís Correa de. "Processo civil líquido e garantias (o regime processual experimental português). São Paulo, *Revista de Processo,* n. 170, abr., 2009, p. 243).
[244] Cf. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental.* São Paulo: Atlas, 2008, p. 158-180.

A uniformidade do procedimento, que pode ou não consistir em sua ordinarização, além de outorgar aos litigantes e seus advogados a necessária previsibilidade a respeito de como este se desenvolverá[245] (imagine o que seria do passageiro se a ele fosse dado conhecer apenas os portos de embarque e desembarque do navio, deixando-se ao capitão definir *ad hoc* o itinerário, como se este também não influisse no custo e tempo de duração da viagem...) é inegável fator de isonomia (não apenas entre as partes do mesmo processo[246], mas entre estas e a de processos similares[247]), cuja importância não pode ser minimizada, vez que em nosso país a história confirma a máxima *orwelliana* de se que todos são iguais (perante a lei) uns são "*mais iguais"* que outros.

Em matéria de procedimento deve prevalecer a legalidade das formas processuais, mediante a prévia ordenação dos atos que devem se suceder no tempo e no espaço, e não a liberdade de formas, que permite a sucessão de atos de acordo com o juízo "discricionário" do juiz[248] para cada caso concreto.

Conforme observa Roque Komatsu, "se se quer escapar ao inteiro arbítrio da parte do juiz, é indispensável que o legislador determine ele mesmo as formalidades, que serão sancionadas pela nulidade"[249].

A ideia de um procedimento feito sob medida pelo juiz para cada caso concreto (à semelhança dos vestidos ou ternos feitos sob encomenda) certamente é sedutora, mas deve ser prontamente abandonada, como visto, diante do risco de tratamento desigual, que poderia acobertar, com reduzida possibilidade de controle[250], a prática de

---

[245] Cf. CAIS, Fernando Fontoura da Silva. Direito Processual Civil Intertemporal (Tese de Doutorado). São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2010, p. 110.

[246] Ao controlar os possíveis excessos de uma parte diante da outra, que abriria caminho e premiaria a chicana no processo. Cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. "O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo". In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras complementares de processo civil.* 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 151.

[247] Cf. MENDONÇA, Luís Correa de. "Processo civil líquido e garantias (o regime processual experimental português). São Paulo, *Revista de Processo,* n. 170, abr., 2009, p. 244.

[248] Cf. MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil.* v. II. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971, p. 278-279.

[249] Cf. *Da invalidade no Processo Civil.* São Paulo: RT, 1991, p. 81.

[250] Afastado o critério da legalidade, o único controle possível teria de ser fundado na ideia de abuso de discrição, encontrado no processo dos países de *common law,* que como cediço torna muito mais difícil a reforma das decisões. Cf. YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. "Recursos no direito processual civil norte-americano". São Paulo, *Revista de Processo,* n. 221, jul., 2013, p. 167-168.

perseguições ou favorecimentos[251]. A padronização do procedimento, embora possa resultar em um procedimento menos eficaz é necessária para que haja previsibilidade a respeito de como será desenvolvido o processo.

O regramento da forma dos atos processuais não se destina apenas a evitar os caprichos das partes, mas também (e sobretudo), o arbítrio do juiz, que afinal representa o Estado no processo e cujas decisões são dotadas de imperatividade, característica própria da jurisdição.

Logo, entregar a sucessão de atos de que se compõe o procedimento ao arbítrio do juiz seria tão ou mais deletério que submetê-lo aos caprichos das partes:

> "A sucessão e coordenação dos atos que o compõem não podem ser arbitrárias; e não seria concebível que o respectivo *modus procedendi* ficasse entregue ao alvedrio das pessoas que nele intervêm, pelo que o processo está subordinado a normas e princípios, a regras e preceitos, cujo complexo constitui o *Direito Processual"*[252].

A interação entre segurança jurídica e formalismo se revela, de forma evidente, na disciplina que o tema das nulidades recebeu do legislador processual civil, estruturando um modelo em que, de um lado, procura-se evitar a repetição de atos irregulares quando esta irregularidade não resultou em ofensa aos valores fundamentais do processo; de outro, há limites expressos e implícitos (resultantes da interpretação sistemática do Código) à possibilidade de desconsideração de certos vícios, diante dos quais não é lícito cogitar, e muito menos exigir da parte que a invoca, *prova do prejuízo*.

O processo, como se sabe, é um instrumento, a serviço da aplicação do direito material, mas não é um instrumento qualquer, servil, pois consagra valores caros ao Direito, consagrados pela Constituição, que não são menores do que aqueles subjacentes aos direitos materiais que por meio dele devem ser efetivados.

---

[251] A priori tal problema não existiria (ou pelo menos teria outros contornos) no processo arbitral, ante a possibilidade de prévia escolha do árbitro pelas partes, o que não acontece no processo jurisdicional.

[252] Cf. MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil.* v. I. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971, p. 39.

Preceitos como os dos arts. 154, 244, 249, § 1º e 250 do CPC, que segundo Galeno Lacerda funcionam como normas de sobredireito processual, permitindo a relativização de certas nulidades (ou a maior parte delas)[253], encontram um limite intransponível nas garantias constitucionais do processo (como a igualdade de tratamento às partes), a respeito das quais não pode dispor o legislador ordinário e muito menos o juiz.

[253] Cf. LACERDA, Galeno. O juiz a e a justiça no Brasil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *O Judiciário e a Constituição.* São Paulo: Saraiva, 1994, p. 141.

CAPÍTULO 11 – INCERTEZA PROCESSUAL E FUNGIBILIDADE

Conforme ressaltado anteriormente, os conflitos de interesses têm origem, em grande parte dos casos, em divergências de interpretação das normas abstratas (princípios e regras) de direito material ou quanto à sua aplicação às situações concretas[254] (sendo a terceira causa o descumprimento, puro e simples da regra de direito material).

Tal fenômeno, no entanto, também pode envolver as regras e princípios de direito processual, que devem ser aplicadas no curso de um processo (administrativo, arbitral ou judicial), o que se mostra particularmente danoso, pois pode implicar o retardamento da entrega da prestação jurisdicional, enquanto perdurar a discussão prejudicial a respeito do direito processual, ou, até mesmo, na falta de concessão de tutela jurisdicional a quem dela tenha direito.

Como exemplo da primeira situação pode-se mencionar a situação em que haja discussão a respeito da ausência de um dos pressupostos de validade da relação processual, vindo o reconhecimento da improcedência da alegação a ocorrer apenas por ocasião do julgamento da causa pelo Superior Tribunal de Justiça, após anos de tramitação do processo. Ou, ainda, a de controvérsia a respeito da penhorabilidade do bem sobre o qual recaiu a constrição judicial, que pode retardar, por anos ou meses, o prosseguimento da atividade executiva, com a sua avaliação e posterior alienação.

A segunda situação, por sua vez, engloba os casos em que por razões apenas formais o processo de conhecimento vem a ser extinto sem julgamento de mérito, o que pode ocorrer, em grau de recurso, inclusive após (e não obstante) ampla discussão sobre o mérito e atividade probatória das partes, bem como os casos em que, por motivos igualmente formais, um recurso não é conhecido, perdendo-se a oportunidade de corrigir eventuais erros dos quais padecia a decisão recorrida (resultando, frequentemente, não apenas em injustiça no caso concreto, mas em manifesta afronta à isonomia entre jurisdicionados que se encontrem na mesma situação).

---

[254] Ou crises de interpretação e crises de adequação, segundo a terminologia utilizada por MARCELO PACHECO MACHADO. Cf. *Incerteza e processo.* São Paulo: Saraiva, 2013, p. 97-101.

Da mesma forma que ocorre com o direito material, é inevitável que haja incerteza a respeito da interpretação ou aplicação do direito processual (isto é, a respeito de pelo menos alguma regra ou princípio ou da sua aplicação a determinada situação particular), a qual, se não pode ser evitada (por mais sofisticado que seja o processo legislativo e melhor o nível intelectual, cultural etc. das pessoas nele envolvidas), pode ser corrigida pelo próprio exercício da atividade jurisdicional, por meio de institutos como a uniformização de jurisprudência, os embargos de divergência e os recursos repetitivos, cuja função é dirimir tais divergências e tornar previsíveis as futuras decisões a respeito das questões decididas.

Trata-se de mecanismos que de um lado tendem a reduzir o nível de entropia do sistema processual[255] e de outro otimizam a atividade jurisdicional, pois evitam que a discussão a respeito do "instrumento processo" retarde ou inviabilize a aplicação do direito material, que é o que motiva a parte a provocar o exercício da jurisdição (a observação é quase acaciana, mas ninguém propõe demanda para obter uma decisão judicial, mas para obter um determinado bem da vida).

Todavia, até que tais mecanismos possam ser empregados[256] e produzam resultados, o que, inevitavelmente, demora algum tempo (dimensão da vida e também do processo que não tem como ser suprimida), a situação de incerteza existe e deve ser enfrentada pelo sistema, impondo-se a adoção de solução que não prejudique as partes, vítimas das naturais imperfeições dos textos legais ou do funcionamento da máquina judiciária.

É nesse contexto que deve ser estudado o (impropriamente)[257] chamado princípio da fungibilidade, o qual, conforme reconhece a doutrina, entre nós tem origem imediata no art. 810 do Código de Processo Civil de 1939 (DL nº 1.608/1939), segundo o qual, "salvo hipótese de á-fé ou erro grosseiro, a parte não será prejudicada pela

[255] Cf. Capítulo 8.
[256] Como se verá no Capítulo 15, item 3, para que a eliminação da incerteza possa ocorrer é preciso que se instaure a divergência e ela atinja determinada "massa crítica", evitando-se decisões apressadas e de pouca qualidade, que inevitavelmente teriam de ser revistas em seguida, agravando a situação de incerteza que deveriam corrigir.
[257] Cf. MACHADO, Marcelo Pacheco. *Incerteza e processo.* São Paulo: Saraiva, 2013, p. 168-171.

interposição de um recurso por outro, devendo os autos ser enviados à Câmara, ou Turma, a que competir o julgamento".

Conforme expunha PONTES DE MIRANDA, por força do referido dispositivo "a interposição de um recurso, em vez de outro, desde que não houve má fé ou erro grosseiro, vale sempre 'como se' interposto tivesse sido o recurso adequado"[258]. Via de consequência, a parte fica dispensada de emendar ou retificar o ato praticado[259].

Embora o texto da lei não mencionasse expressamente a incerteza (quanto ao recurso cabível) como o fundamento do benefício concedido pelo dispositivo, assim entendia a doutrina[260], quer por vislumbrar a sua origem[261] em preceitos constantes de alguns Códigos estaduais (v.g., do Distrito Federal, Minas Gerais e Rio de Janeiro[262]) que assim dispunham enquanto não houvesse jurisprudência firme a respeito do recurso cabível, quer por entender que isto seria decorrência dos requisitos impostos pelo legislador (ausência de má-fé e de erro grosseiro).

Quanto ao segundo requisito, é forçoso concluir, de fato, que o erro na interposição do recurso deveria ser escusável, fruto de divergência[263] na doutrina ou nos

---

[258] Cf. PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil.* v. V. Rio de Janeiro: Forense, 1949, p. 42.

[259] Cf. PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil.* v. V. Rio de Janeiro: Forense, 1949, p. 47. Há que afastar, pois, qualquer exigência que não seja estritamente necessária para o julgamento de um recurso como se fosse o outro, ficando a parte dispensada, por exemplo, de complementar o valor do preparo do recurso, pois não se trata de conversão de um ato em outro. Cf. LAMY, Eduardo de Avelar. *Princípio da fungibilidade no processo civil.* São Paulo: Dialética, 2007, p. 109 (afirmando que a conversão seria no máximo conveniente, mas não obrigatória).

[260] Cf. ANDRADE, Odilon de. *Comentários ao Código de Processo Civil.* v. IX. Rio de Janeiro: Forense, 1946, p. 129.

[261] Embora o art. 810 tivesse maior abrangência, por se aplicar a qualquer recurso e não ter como pressuposto apenas a instabilidade da jurisprudência. Cf. ANDRADE, Odilon de. *Comentários ao Código de Processo Civil.* v. IX. Rio de Janeiro: Forense, 1946, p. 129. No mesmo sentido: PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil.* v. V. Rio de Janeiro: Forense, 1949, p. 42 (ressaltando que a lei não se limita, por exemplo, à situação em que o juiz tenha sido responsável pelo erro, como no direito alemão).

[262] Cf. TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *Teoria do princípio da fungibilidade.* São Paulo: RT, 2008, p. 132-133

[263] Observa Eduardo Lamy que a incerteza também pode decorrer não da existência de posições divergentes na doutrina ou na jurisprudência (que denomina *dúvida objetiva positiva*), mas da ausência de precedentes dos tribunais ou de orientação doutrinária (= *dúvida objetiva negativa*) que possam servir de norte para a parte. Cf. LAMY, Eduardo de Avelar. *Princípio da fungibilidade no processo civil.* São Paulo: Dialética, 2007, p. 115-117. Trata-se, sem embargo, de situação bem menos frequente, causada por inovações legislativas, e necessariamente transitória, vez que ou a dúvida será desde logo eliminada (pela existência de consenso na doutrina e na jurisprudência) ou se converterá em dúvida positiva, mercê da instauração da divergência.

tribunais (ou entre aquela e estes, enquanto não uniformizada a jurisprudência[264]), vez que para correção dos erros grosseiros já dispunha a parte a possibilidade de variar o recurso dentro do prazo previsto em lei, nos termos do art. 809 do CPC/39 ("A parte poderá variar de recurso dentro do prazo legal, não podendo, todavia, usar, ao mesmo tempo, de mais de um recurso").

Nesse sentido observava ODILON DE ANDRADE, *a contrario sensu*, que o erro não seria grosseiro se o cabimento de um ou outro recurso fosse suscetível de controvérsia, exemplificando com a possibilidade de o dispositivo processual comportar mais de uma interpretação, de a jurisprudência ainda não ter se firmado ou de algum tribunal, ainda que de forma isolada, ter entendido que o recurso errado era cabível[265].

Ao tratar do tema, mencionava PONTES DE MIRANDA[266] que a teoria da indiferença do recurso ou do "tanto vale", de matriz germânica (*Sowohl-als-auch-Theorie*), enunciava o princípio do maior favor ou da fungibilidade das interposições, de modo a abrandar o rigor da lei a respeito do cabimento dos recursos, que teria fundamento em pressupostos falsos ou nem sempre presentes na prática: a clareza da lei, a inexistência de omissões ou lacunas na lei e a uniformidade da jurisprudência.

Afastados tais pressupostos, como na hipótese de haver julgados do mesmo tribunal em sentidos diferentes, haveria grande injustiça se o órgão competente para o julgamento deixasse de conhecer do recurso, "sacrificando-se o mérito à preliminar do recurso, de cujo erro não fora culpado o recorrente"[267], pois disso resultaria a preclusão ou a coisa julgada formal.

Diante de um cenário de incerteza (objetiva) a respeito do recurso cabível ou se adotava a fungibilidade recursal ou se eliminava o princípio da unirrecorribilidade,

---

[264] Uniformizada a jurisprudência no âmbito de determinado tribunal, deverão tanto os órgãos fracionários como os jurisdicionados seguir a nova orientação, tornando-se irrelevante (para fins de exame do cabimento do recurso), a partir de tal momento, a existência de posição doutrinária em sentido contrário. A doutrina poderá ser útil, porém, para fundamentar a interposição de eventual recurso contra a decisão que adotar o entendimento dominante, acoimando-a de errônea.

[265] Cf. *Comentários ao Código de Processo Civil.* v. IX. Rio de Janeiro: Forense, 1946, p. 129.

[266] Cf. *Comentários ao Código de Processo Civil.* v. V. Rio de Janeiro: Forense, 1949, p. 41.

[267] Cf. PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil.* v. V. Rio de Janeiro: Forense, 1949, p. 41. Como o recorrente não seria culpado pelo erro, não se justificaria fosse ele punido com o não conhecimento do recurso, razão pela qual o autor chega a afirmar que "na atitude de certos juízes reacionários, o psicólogo apontaria indícios de sadismo" (*idem, ibidem*).

permitindo-se que a parte interpusesse contra uma única decisão mais de um recurso, na esperança de que um deles fosse conhecido[268], preferindo o legislador a solução que menos inconvenientes traria ao processo.

A jurisprudência da época, no entanto, majoritariamente exigia que o recurso "errado" fosse interposto dentro do prazo do recurso "correto", o que esvaziava consideravelmente a utilidade do dispositivo[269] e, hoje se reconhece, era conceitualmente incongruente (porque se a dúvida era "objetiva", "fundada" ou "razoável" a parte acreditava ter interposto o recurso correto e, portanto, tinha direito à integralidade do prazo previsto em lei)[270], aproximando neste particular o direito brasileiro mais do modelo português do que do germânico[271].

O que caracteriza a fungibilidade recursal (ou fungibilidade em sentido estrito) é o signo da incerteza, da qual decorre, como já mencionado, a necessidade de que dessa incerteza não resulte prejuízo para a parte[272], como ocorreria, por exemplo, se ao julgar determinado recurso o órgão fracionário de um tribunal entendesse que outro era o cabível, mesmo sabendo que outros órgãos do mesmo tribunal perfilham o entendimento adotado pelo recorrente.

---

[268] Cf. PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil.* v. V. Rio de Janeiro: Forense, 1949, p. 41 (o autor fala no princípio do 'jogo em todos os números da loteria').

[269] PONTES DE MIRANDA falava na existência de hostilidade dos tribunais ao art. 810 do CPC/39. Cf. *Comentários ao Código de Processo Civil.* v. V. Rio de Janeiro: Forense, 1949, p. 49.

[270] Cf. AMENDOEIRA JR., Sidnei. *Fungibilidade de meios.* São Paulo: Atlas, 2008, p. 123; MACHADO, Marcelo Pacheco. *Incerteza e processo.* São Paulo: Saraiva, 2013, p. 160-161; VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. *Princípio da fungibilidade: hipóteses de incidência no processo civil contemporâneo.* São Paulo: RT, 2007, p. 84

[271] Cf. TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *Teoria do princípio da fungibilidade.* São Paulo: RT, 2008, p. 112-118.

[272] Cf. LAMY, Eduardo de Avelar. *Princípio da fungibilidade no processo civil.* São Paulo: Dialética, 2007, p. 108. Não há que se cogitar de fungibilidade se o resultado for prejudicial à parte, como ocorreria, por exemplo, se o juiz ou tribunal recebesse o recurso de embargos de declaração como pedido de reconsideração, privando o recorrente da interrupção do prazo para a interposição de outros recursos (art. 538, *caput*, do CPC). Como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 1.213.153 – SC (1ª Turma – Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho – j. 15.09.2011 – v.u.), ao assim proceder o órgão jurisdicional prejudica a parte e cria insegurança jurídica (= proteção da confiança). Além disso, como observou o tribunal, não se trata de substituição de um recurso por outro, pois o pedido de reconsideração não tem natureza recursal. O que poderia ocorrer, com fundamento no princípio da instrumentalidade das formas, era o inverso: vislumbrando que o pedido de reconsideração apontava vício que poderia ser arguido por meio de embargos de declaração, o julgador poderia recebe-lo como se recurso fosse, com a interrupção do prazo para a apresentação de novos recursos.

Logo, há que se concordar com a doutrina[273] quando afirma que a fungibilidade deve ser diferenciada de outras técnicas (fungibilidade de meios e conversão de meios), as quais, embora produzam resultados análogos, têm fundamento jurídico diverso (*v.g.*, instrumentalidade das formas[274]) e, precisamente por tal motivo, prescindem para a sua aplicação do requisito da incerteza, a revelar que a regra da fungibilidade ou, em termos mais amplos, do maior favor, decorre do princípio da segurança jurídica.

A ideia subjacente à fungibilidade, assim, não é de aplicação restrita aos recursos[275], devendo ser utilizada todas as vezes em que houver incerteza a respeito da interpretação ou aplicação do direito processual, para que não seja prejudicada a parte cujo único pecado foi, ao praticar determinado ato processual, não vislumbrar de que forma os tribunais resolveriam tal dúvida no futuro...

Por exemplo, se houver dúvida a respeito da tempestividade de contestação, em razão, por exemplo, de ser ilegível a data constante da certidão de juntada ou haver divergência a informação constante nos autos e a lançada no "site" do tribunal), deverá o juiz considerar regular o ato processual, aplicando a teoria do maior favor[276].

Por tal razão, permanece válida a exigência (feita ao tempo do CPC de 1939, e mantida pela jurisprudência após a promulgação do Código atual), de que o erro não seja grosseiro e não se vislumbre na conduta da parte má-fé, requisitos que, como

---

[273] Cf. MACHADO, Marcelo Pacheco. *Incerteza e processo.* São Paulo: Saraiva, 2013, p. 81-82.

[274] Cf. MACHADO, Marcelo Pacheco. *Incerteza e processo.* São Paulo: Saraiva, 2013, p. 171-173. Em sentido contrário, afirmando que a fungibilidade decorre da instrumentalidade das formas, Cf. AMENDOEIRA JR., Sidnei. *Fungibilidade de meios.* São Paulo: Atlas, 2008, p. 126 (associado ao princípio da economia processual); TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *Teoria do princípio da fungibilidade.* São Paulo: RT, 2008, p, 92. Para Sidnei Amendoeira, inclusive, defende que a "verdadeira e plena aplicação do princípio da fungibilidade (...) seria justamente a de se admitir um recurso na hipótese em que não há qualquer dúvida acerca da sua interposição" (p. 101), entendimento com o qual, pelas razões já expendidas, não podemos concordar.

[275] Cf. AMENDOEIRA JR., Sidnei. *Fungibilidade de meios.* São Paulo: Atlas, 2008, p. 142-295; LAMY, Eduardo de Avelar. *Princípio da fungibilidade no processo civil.* São Paulo: Dialética, 2007, p. 126-209; TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *Teoria do princípio da fungibilidade.* São Paulo: RT, 2008, p. 166-231; VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. *Princípio da fungibilidade: hipóteses de incidência no processo civil contemporâneo.* São Paulo: RT, 2007, p. 172-334.

[276] Diversa, por exemplo, é a situação em que o ato é manifestamente intempestivo, mas pode ser aproveitado de algum modo, com fundamento na instrumentalidade das formas, como seria o caso de receber como ação anulatória os embargos à execução apresentados fora do prazo.

defende a doutrina, designam sob ângulos diferentes uma mesma realidade (= dúvida objetiva)[277].

A esse respeito, é importante ressaltar, ainda, que como a regra da fungibilidade se destina a ser aplicada enquanto os mecanismos processuais de eliminação de divergências não tenham produzido o resultado que deles se espera[278], a incerteza que autoriza a sua aplicação não apenas deve ser objetiva, como deve ser atual[279], reclamando o estudo do tema uma visão dinâmica e não estática.

Vale dizer, a aplicação da fungibilidade, até por ser uma medida de equidade (solução de compromisso para evitar que a parte seja prejudicada por imperfeições da lei processual), exige que se verifique se, no momento da prática do ao, a parte (ou, mais propriamente, seu advogado) de fato se encontrava em situação de perplexidade, diante de duas ou mais condutas, sendo todas igualmente admissíveis.

Não seria este o caso, por exemplo, da parte que interpõe agravo de instrumento, perante o Tribunal de Justiça de São Paulo, arvorando-se na jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, ou mesmo em precedente único (ou jurisprudência vacilante) do Superior Tribunal de Justiça, se o Tribunal de Justiça de São Paulo houver uniformizado a sua jurisprudência (com ou sem a edição de súmula) no sentido de que o recurso cabível é o de apelação. Nesta situação, deve a parte seguir a orientação dominante (inclusive para não dar ensejo a que um ou outro órgão fracionário passe a desrespeitar o entendimento da maioria do tribunal), sob pena de o recurso, justamente, não ser conhecido. Se isto ocorrer restará ao recorrente tentar levar a controvérsia ao Superior Tribunal de Justiça, na esperança de que o entendimento por ele defendido seja considerado o correto.

---

[277] Cf. MACHADO, Marcelo Pacheco. *Incerteza e processo*. São Paulo: Saraiva, 2013, p 174-177; TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *Teoria do princípio da fungibilidade*. São Paulo: RT, 2008, p. 150-151.

[278] Trata-se de solução provisória, a atuar uma vez constatado que as medidas preventivas de combate à incerteza malograram e enquanto não podem ser mobilizados os meios repressivos: "O fenômeno jurídico da incerteza preocupa seriamente o legislador que procura evitar o produzir-se, garantindo os sujeitos das relações de direito material por dois modos diversos: combatendo preventiva e indiretamente a incerteza, mediante um sistema de meios aptos a gerar a certeza, ou removendo-a sucessivamente e diretamente, através de um sistema de meios de eliminação da incerteza" (ESTRELLA, Hernani. *Apuração dos Haveres de Sócio.* 5. ed. Atualizada por Roberto Papini. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 176-177).

[279] Cf. VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. *Princípio da fungibilidade: hipóteses de incidência no processo civil contemporâneo.* São Paulo: RT, 2007, p. 85.

Tampouco seria admissível a aplicação da regra da fungibilidade quando a escolha da parte contraria jurisprudência pacificada de Tribunal Superior, como é o caso, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, das súmulas e das decisões proferidas em recurso repetitivo ou embargos de divergência[280].

A parte, para ser beneficiada pelo princípio do maior favor, não pode contribuir para que permaneça ou retorne o estado de incerteza. Conduta diversa revelaria, se não erro grosseiro[281], má-fé da parte, ao optar por solução que certamente fomentará discussões a respeito do recurso cabível, que é precisamente o que a aplicação da idéia de fungibilidade pretende evitar.

Dessa forma, caso exista entendimento dominante no tribunal competente para o julgamento do recurso, mas não nos tribunais superiores, este e não outro deverá ser aplicado, somente admitindo-se a invocação de precedentes contrários de outros tribunais pela parte contrária (presumivelmente "prejudicada" pela aplicação da jurisprudência majoritária), para fins de demonstração do cabimento de eventual recurso especial pela alínea "c" do permissivo constitucional (art. 105, III, da CF).

Do contrário a adoção de mecanismos de uniformização de jurisprudência, ao menos em matéria processual, não teria qualquer razão de ser: demonstrada a existência da divergência, a solução seria, a partir de então, admitir como válida qualquer das alternativas possíveis, aplicando *ad eternum* a regra da fungibilidade.

A partir do momento em que a divergência é eliminada, a nova orientação deve ser acatada, tanto pelas partes, como pelos órgãos hierarquicamente inferiores ao Tribunal que julgou a questão, afastando a possibilidade de aplicação da fungibilidade, ressalvadas apenas as decisões proferidas nos processos pendentes em data anterior ao julgamento[282].

---

[280] Cf. TJSP – 22ª Câmara de Direito Privado – Apelação nº 991.05.041375-0 – Rel. Des. Andrade Marques – j. 13.01.2010 – v.u. (interposição de apelação em contrariedade à orientação da Súmula nº 116 do STJ).

[281] Ao tempo do CPC/39 entendia PONTES DE MIRANDA que a interposição de recurso contra jurisprudência assente revelaria erro grosseiro. Cf. *Comentários ao Código de Processo Civil.* v. V. Rio de Janeiro: Forense, 1949, p. 43.

[282] O Superior Tribunal de Justiça, ao definir qual o mecanismo adequado para "destrancar" recurso especial retido, decidiu que a providência considerada incorreta (= cautelar) seria aceita durante algum tempo para

CAPÍTULO 12 – COGNIÇÃO JUDICIAL E SEGURANÇA JURÍDICA

A segurança jurídica também possui estreita ligação com o fenômeno da cognição judicial, enquanto elemento indispensável[283] para a técnica processual, a qual consiste na atividade do juiz que tem por objeto "considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e de direito que são deduzidas no processo"[284].

Com efeito, em primeiro lugar o grau de cognição (classificada em termos mais amplos em plena, sumária ou rarefeita[285]) é utilizado como critério (normalmente necessário, mas nem sempre por si só suficiente) para a produção ou liberação dos efeitos, no plano dos fatos ou do direito, das decisões proferidas pelos juízes e tribunais[286], servindo como "régua" utilizada pelo legislador ou pelo órgão jurisdicional para aferir que riscos o Estado pode legitimamente assumir no exercício da jurisdição, mormente nos casos em que, mercê do risco da demora para uma das partes (tanto no processo de conhecimento como no de execução gasta-se um certo tempo – fisiológico e não patológico - com os atos necessário para que se possa outorgar a tutela jurisdicional a quem a ela tenha direito), pede-se ao julgador que provisoriamente (porque antes mesmo de se tornar definitiva uma decisão a respeito) interfira na esfera jurídica da parte contrária ou de terceiro[287].

---

não causar surpresa nem prejuízo às partes, em substituição à correta (= agravo de instrumento). Cf. STJ – 4ª Turma – MC nº 2.454 – Rel. Min. Cesar Asfor Rocha – j. 28.03.2000.

[283] "Inexiste ação em que o juiz não exerça qualquer espécie de cognição" (WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 46).

[284] Cf. WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 67.

[285] Cf. WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 46.

[286] "ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA - Indeferimento - Pretensão de se obter declaração para fazer constar na matricula de imóvel a inexistência de direito à adjudicação - Inviabilidade - Questão em que se discute direito de aquisição de propriedade imobiliária, a qual se revela controversa e reclama prova do alegado - Argumentos utilizados para obtenção da tutela antecipada que se confundem com o mérito e exigem cognição exauriente - Necessidade de compatibilizar os valores da eficácia do processo com a segurança jurídica - Decisão mantida - Agravo a que se nega provimento (TJSP – 6ª Câmara de Direito Privado – Agravo de Instrumento nº 0019601-46.2010.8.26.0000 – Rel. Des. Percival Nogueira – j. 08.04.2010).

[287] "Quanto mais intensa for a atuação da medida sobre a esfera de direitos da parte contrária, tanto mais cuidado deve ter o juiz" (DINAMARCO, Cândido Rangel. O regime jurídico das medidas urgentes. *Nova Era do Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 74).

Quanto maior o grau de cognição, menos ofensiva à segurança jurídica é a produção desses efeitos, pois em tese menor é o risco de que a decisão seja injusta[288]. Conforme classificação que hoje é amplamente aceita pela doutrina, tal exame pode ser feito em dois planos: no plano horizontal, a cognição pode ser plena ou limitada, conforme englobe ou não todos os elementos objetivos do processo (questões processuais, condições da ação e mérito); no plano vertical, a cognição pode ser exauriente ou sumária, isto é, caso sirva para exprimir um juízo de certeza ou de mera probabilidade a respeito da existência de um fato ou de um direito[289].

Tal fenômeno se manifesta, como visto acima, na chamada tutela de urgência (satisfativa ou não – antecipação de tutela do art. 273, I, do CPC e medidas cautelares), bem como na tutela da evidência (que a nosso ver engloba não apenas a antecipação de tutela com fundamento no art. 273, II, do CPC, mas também a situação em que a lei[290] priva algum recurso ou meio de impugnação em sentido amplo de efeito suspensivo).

Não se pode colocar em dúvida, como demonstrou Liebman, que eficácia e imutabilidade são qualidades distintas das decisões judiciais (e dos atos estatais em geral), admitindo-se, pois, em tese (o que é confirmado pelo exame do direito positivo), a produção de efeitos enquanto o ato decisório ainda está sujeito a modificação ou revogação.

Sem embargo, é natural, à vista da necessidade de segurança jurídica, que como regra a produção de *todos* os efeitos somente ocorra a partir do momento em que houver a imutabilidade do ato decisório, dependendo a liberação da eficácia em momento anterior, eventualmente até no início do processo (= antes do contraditório), da natureza da cognição realizada pelo órgão jurisdicional para proferir a decisão e da concorrência de outros fatores ou circunstâncias, como o risco de ineficácia da atividade jurisdicional ou o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação a uma das partes, a relevância dos bens

---

[288] "Por certo, não se pode falar em falência do processo comum de cognição plena e exauriente, pois este é o modelo que possibilita a solução dos conflitos de interesses de maneira mais segura" (WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 149).

[289] Cf. WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 118.

[290] Nesta situação,como a produção de efeitos (ainda que não todos os possíveis efeitos) é determinada pela lei, serve a "régua" ao revés, para avaliar a necessidade da sua suspensão.

jurídicos em jogo e, subsidiariamente, a desproporção entre o benefício obtido por uma das partes em cotejo com o prejuízo ou incômodo imposto à outra[291].

Daí resulta a exigência que a coisa julgada seja precedida de cognição exauriente[292] – ou da possibilidade dela[293] – sob pena de se tornar imutável uma decisão fundada em uma avaliação superficial dos fatos e do direito, o que, ante a limitada possibilidade de utilização da ação rescisória, representaria um risco muito grande de tornar imutáveis decisões errôneas.

O grau de cognição a respeito da existência do direito a ser tutelado determina se a decisão pode se tornar imutável ou, enquanto isso mão ocorre, se é apto a produzir efeitos, por si só ou mediante a concorrência de outros fatores.

Como efeito, da mesma forma que, uma vez reconhecido um direito por decisão de mérito transitada em julgado, não faria qualquer sentido condicionar a sua eficácia à demonstração do tradicional requisito do *periculum in mora*, seria igualmente inadmissível antecipar a tutela em favor do autor, concedendo-lhe desde logo (*initio litis* e *inaudita altera parte*), por exemplo, o direito de uso e gozo de um automóvel cuja propriedade é disputada, se este não alega urgência (*v.g.*, necessita do veículo para trabalhar) nem traz com a inicial sequer começo de prova que embase a sua pretensão.

A urgência e a probabilidade da existência do direito, como que em um sistema de vasos comunicantes, determinam a possibilidade da produção de efeitos de uma

---

[291] Estes últimos fatores têm sido utilizados para contornar vedações como a constante do art. 273, § 2º, do CPC, desde que atendidos os demais requisitos para a concessão da tutela de urgência (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*). A sua admissão, no entanto, nos obriga a refletir se a sua função seria somente esta ou se se cuida de um terceiro pressuposto para a concessão de tutela jurisdicional de forma provisória, a ser avaliado em conjunto com os demais e capaz, inclusive, de suprir a eventual deficiência de um deles, para autorizar, por exemplo, a tutela de urgência de um direito ainda que o julgador o considere improvável? Não é isto que ocorre, por exemplo, toda vez que alguém ingressa em juízo para obter do Estado remédio ou tratamento que alega ser necessário à manutenção da sua vida ou integridade física, inclusive os experimentais ou de eficácia ainda não reconhecida pela literatura médica? Diante da relevância do bem jurídico (no caso a vida), não poderia (*rectius*, deveria, porque não se trata de mera *escolha*) o juiz conceder a providência ainda que tenha dúvidas quanto à situação fática? Pode-se assumir tal risco com todo e qualquer direito? O direito improvável é direito que talvez exista e essa possibilidade não pode ser desconsiderada, ainda carecendo esse problema de melhor sistematização pela doutrina.

[292] Cf. CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil.* São Paulo: RT, 2006, p. 38.

[293] Em caso de julgamento antecipado fundado na revelia não há a rigor cognição exauriente, mas na hipótese a inércia da parte é considerada suficiente para suprir essa deficiência e assim permitir a formação da coisa julgada material.

decisão. Quanto maior a probabilidade (cujo grau máximo corresponde à decisão de mérito transitada em julgado), menor será a importância da existência ou não do *periculum in mora*. Por outro lado, quanto menor a probabilidade (cujo grau mínimo aceitável é a alegação feita pela parte amparada em prova ou começo de prova com ela compatível, antes da manifestação do adversário), mais necessária se fará a presença do risco de dano irreparável ou de difícil reparação para a produção dos efeitos antes que a decisão se torne definitiva.

Nesse cenário, serve a cognição judicial para avaliar se cada um desses requisitos, somados ou não, possui densidade suficiente para autorizar a liberação dos efeitos pretendidos por uma das partes (normalmente o autor[294]).

A outorga de tutela jurisdicional com fundamento em cognição incompleta (no plano horizontal) e/ou superficial (no plano vertical) em decisão sujeita a reforma (i.e., sujeita a cognição por outros órgãos decisórios, normalmente hierarquicamente superiores), implica riscos, que se sabe que existem e que devem ser assumidos (por eles respondendo a parte que pleiteia tutela e, subsidiariamente, o próprio Estado-juiz), mas que para tanto exigem o preenchimento dos pressupostos previstos em lei e que às vezes encontram no próprio direito positivo obstáculos em princípio intransponíveis.

É o caso da vedação da concessão de tutela de urgência em caso de irreversibilidade dos efeitos da decisão (art. 273, § 2º, do CPC), da proibição de liminares contra o Poder Público (*v.g.*, art. 7º, § 2º e 5º, da nova Lei do Mandado de Segurança, art. 2º-B da Lei nº 9.494/97[295]) e, igualmente, da suspensão de liminares e sentenças pelos

---

[294] Não é usual, mas não descartamos a possibilidade de que o demandado venha a pleitear a produção parcial dos efeitos que resultariam de uma sentença de improcedência.

[295] O art. 1º da Lei nº 9.494/97 foi considerado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal (vencido apenas o Ministro Marco Aurélio de Mello), ao julgar em 01.10.2008 o mérito da ADC nº 4 (acórdão ainda pendente de publicação), que dessa forma ratificou a decisão anterior que havia deferido medida cautelar "para se suspender, "ex nunc", e com efeito vinculante, até o julgamento final da ação, a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, que tenha por pressuposto a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.494, de 10.09.97, sustando-se, igualmente "ex nunc", os efeitos futuros das decisões já proferidas, nesse sentido". Proibição semelhante não existe no âmbito dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, a teor do art. 3º da Lei nº 12.153/09. Cf. BONÍCIO, Marcelo Magalhães. "Aspectos elementares da constitucionalidade das regras de limitação das tutelas de urgência contra o Poder Público". In: BRUSCHI, Gilberto Gomes *et alii*. *Direito processual empresarial: Estudos em homenagem a Manoel de Queiroz Pereira Calças.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 492.

Presidentes dos Tribunais que criam um dilema para o operador do direito diante da garantia constitucional da efetividade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF).

Evitando os extremos - de um lado, admitir o perecimento do direito enquanto não obtida probabilidade suficiente da sua existência, e, de outro, reputar tais restrições inconstitucionais (o que a nosso ver não é possível no caso da Lei nº 9.494/97, vez que o STF proclamou a sua constitucionalidade em abstrato) – a doutrina criou uma terceira via: a decisão, caso a caso, da concessão da tutela de urgência, com fundamento no princípio da proporcionalidade, à luz da relevância do bem jurídico envolvido[296]. A solução, sem embargo, deixa a desejar do ponto de vista da segurança jurídica (critérios objetivos para que a parte saiba com algum grau de previsibilidade, por exemplo, se terá direito à medida de urgência), o que torna necessário que os tribunais, ao apreciarem estas questões, uniformizem a sua jurisprudência para tornar menos casuísticas (*v.g.*, é possível antecipar o pagamento de quantia para custear cirurgia de hérnia de disco, de transplante de fígado etc.) as hipóteses em que podem ser afastadas as restrições (*v.g.*, é possível antecipar o pagamento de quantia em dinheiro para custear cirurgia que não seja apenas estética).

Por imperativo de segurança jurídica deve ser afastada, igualmente, a possibilidade de que decisões fundadas em cognição incompleta adquiram a imutabilidade própria da coisa julgada[297], ressalvada a hipótese, já admitida em nosso direito, de restrição à atividade cognitiva em decorrência do julgamento antecipado da lide ou técnica similar fundada na falta de contestação do demandado.

Em segundo lugar, a segurança jurídica, corporificada em determinados institutos processuais, dos quais são exemplos a coisa julgada e a preclusão, pode determinar a restrição, no plano horizontal, às questões que podem ser objeto de decisão pelo juiz, servindo como limitação à cognição judicial.

---

[296] Cf. BONÍCIO, Marcelo Magalhães. "Aspectos elementares da constitucionalidade das regras de limitação das tutelas de urgência contra o Poder Público". In: BRUSCHI, Gilberto Gomes *et alii. Direito processual empresarial: Estudos em homenagem a Manoel de Queiroz Pereira Calças.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 494.

[297] Cf. TALAMINI, Eduardo. "Tutela de urgência no Projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a 'monitorização' do processo civil brasileiro". São Paulo, *Revista de Processo,* n. 209, jul., 2012, p. 15. A técnica monitória pode ser útil em outros países, mas não no direito brasileiro, em que a revelia tem efeitos muito maiores e não obsta a formação da coisa julgada.

CAPÍTULO 13 – EFICÁCIA DAS DECISÕES JUDICIAIS E SEGURANÇA JURÍDICA

Conforme observa a doutrina, a questão da eficácia dos atos jurídicos, e das decisões judiciais em particular, comporta em tese variadas soluções, razão pela qual a adoção de uma ou outra depende do ordenamento positivo de cada país[298].

A primeira das indagações relativas a este tema consiste em saber se a decisão (em especial a sentença) é eficaz desde quando proferida, a partir de outro instante ou momento processual ou se é ineficaz enquanto sujeita a reforma. A segunda diz respeito a se tais efeitos, uma vez que se devam produzir, voltam-se apenas para o futuro, sendo prospectivos (*ex nunc*) ou também para o passado, sendo retroativos (*ex tunc)*.

Ambos os aspectos do problema têm relação com a segurança jurídica, vez que em caso de reforma da decisão que era desde logo eficaz surge a questão da restituição das partes à situação anterior, o que não raro será muito difícil ou quiçá impossível no caso concreto; de outro lado, a aplicação da decisão a fatos passados tende a afetar situações consolidadas, o que pode ser fonte de insegurança jurídica.

O primeiro aspecto do problema resulta do fato de que embora se reconheça que inexiste vinculação necessária (do ponto de vista teórico) entre eficácia da sentença e sua imutabilidade[299], e não obstante as últimas alterações do Código de Processo no sentido de atribuir desde logo eficácia a determinadas decisões, continua válido o entendimento segundo o qual,

> "No processo civil brasileiro, em regra, a sentença só começa a produzir efeitos a partir do trânsito em julgado, isto é, do momento em que deixa de estar sujeita a impugnação por meio de recurso, ou a reexame necessário em segundo grau de jurisdição. Pode-se, é óbvio, simpatizar ou não com o

[298] Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. *Temas de Direito Processual: Terceira Série.* São Paulo: Saraiva, 1984, p. 100.

[299] Cf. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e Autoridade da Sentença e outros Escritos sobre a Coisa Julgada.* 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007. A distinção entre *eficácia* e *imutabilidade* da sentença, demonstrada pelo mestre, não equivale a dizer que a precedência daquela a esta seja uma constante ou regra geral.

princípio, augurar *de lege ferenda* o respectivo abandono, ou pelo menos a ampliação dos poucos temperamentos que ele comporta. O que não se pode é duvidar, *de lege lata*, de que o princípio seja esse, e não o oposto. Ele se infere do exame sistemático de várias normas"[300].

Isso é especialmente verdadeiro no caso das sentenças constitutivas[301] e das sentenças meramente declaratórias.

Tal solução se justifica, à toda evidência, em homenagem à segurança jurídica, pois desse modo se evita a invasão da esfera jurídica do réu enquanto não definitivamente (em razão da existência da coisa julgada[302]) declarada a existência do direito afirmado pelo autor.

Em algumas situações, no entanto, o direito positivo admite que uma decisão judicial produza efeitos antes de se tornar definitiva, o que pode ocorrer: no tocante às obrigações de pagar quantia, fazer ou não fazer (conteúdo condenatório), uma vez reconhecida a sua existência (cognição exauriente) por decisão sujeita a recurso desprovido de efeito suspensivo, por meio da chamada execução provisória; na generalidade dos casos, como adiantamento dos efeitos de uma futura sentença de procedência, antes do julgamento de mérito (cognição sumária), por meio da antecipação de tutela (arts. 273, 461 e 461-A do CPC).

A atribuição de eficácia a decisões judiciais ainda não definitivas, quer porque fundadas em cognição sumária e, portanto, dependentes de confirmação por outra decisão, após cognição exauriente, quer porque sujeitas a reforma em razão da interposição de recurso, implica na assunção de riscos pelo legislador, vez que o direito reputado provável ou existente pode vir a ser considerado, por outro órgão jurisdicional, inexistente.

No primeiro caso tal risco se justifica em razão da existência de uma situação de urgência, diante da qual se torna merecedora de tutela a parte cujo direito

---

[300] Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. *Temas de Direito Processual: Terceira Série.* São Paulo: Saraiva, 1984, p. 104-105.

[301] Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. Direito e Processo. *Fundamentos do Processo Civil Moderno.* 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 949-972.

[302] A possibilidade de rescisão de uma decisão de mérito mostra-se algo tão eventual que enquanto não venha de fato a ocorrer deve-se considerar definitivo o reconhecimento do direito por ela afirmado existente.

pareça provável, ante a impossibilidade de se decidir, com o grau de certeza necessário, qual delas de fato têm razão[303].

No segundo, a maior probabilidade da existência do direito, após a realização desse exame pelo juiz ou tribunal, por si só autorizaria que a decisão judicial produzisse efeitos (ainda que não todos) desde logo, independentemente da existência de qualquer "urgência" por parte do demandante.

Embora tais soluções sejam legítimas, ainda que não imunes a críticas pontuais[304], representando uma tentativa de equilíbrio entre os escopos social e jurídico da jurisdição, não há dúvida de que engendram um *risco*, potencialmente danoso à segurança jurídica, contra o qual tanto o legislador quanto o juiz devem tomar as necessárias precauções, a fim de evitar que o processo se torne fonte de injustiças, consumadas de forma *definitiva* pela execução de decisões que deveriam ser *provisórias*.

No tocante ao primeiro instituto, tal medida de salvaguarda foi a proibição da antecipação da tutela quando houvesse risco de irreversibilidade dos efeitos da decisão (art. 273, § 2º, do CPC), preceito que no entanto tem a sua incidência frequentemente afastada na prática forense quando se considera que há desproporção entre os bens jurídicos subjacentes aos interesses das partes (como no caso da antecipação de quantia em dinheiro para realização de uma cirurgia).

Relativamente ao segundo, tal risco seria reduzido pela determinação do desfazimento da execução, com a restituição das partes ao estado anterior e liquidação de eventuais prejuízos nos mesmos autos, por arbitramento (art. 475-O, II, do CPC), bem como pela possibilidade de exigência de caução quando o prosseguimento da atividade executiva possa resultar em grave dano ao executado (art. 475-O, III, do CPC).

---

[303] Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. O regime jurídico das medidas urgentes. *Nova Era do Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 72-73.

[304] Por exemplo, em nossa opinião a execução provisória da sentença também deveria depender da comprovação, pelo interessado, do risco de dano irreparável ou de difícil reparação. O modelo atual, em que as sentenças e acórdão são automaticamente exeqüíveis ou inexeqüíveis, dependendo de o recurso interposto ser ou não desprovido de efeito suspensivo, ignora as particularidades de cada causa e desconsidera ser *excepcional* a entrega da prestação jurisdicional antes da formação da coisa julgada material.

Quanto à execução provisória, porém, ressalta-se que praticamente nenhuma medida protetiva do direito do (injustamente) executado remanesce no sistema do Código de Processo Civil.

Em sua redação original, o Código Buzaid manteve o regime do CPC/1939, no qual a execução provisória, *precisamente por ser provisória*, estava sujeita a limites, não autorizando a alienação dos bens penhorados nem o levantamento de depósito em dinheiro pelo suposto credor sem a prestação de garantia idônea[305]. A execução provisória era incompleta, o que já não acontece no regime atual, em que com maior facilidade se permite seja realizada a alienação dos bens penhorados e o levantamento de quantia em dinheiro sem a prestação de caução pelo exeqüente antes de ser definitivamente reconhecida a existência do crédito.

Por exemplo, a dispensa de caução em caso de pendência de agravo de instrumento contra decisão que indefere o processamento de recurso especial ou extraordinário, reminiscente da distinção entre execução provisória propriamente dita e execução provisória imprópria (ou quase definitiva) sustentada por alguns autores no regime anterior[306], seria aceitável[307] se não se soubesse que, na prática, os recursos especiais e extraordinários interpostos não são devidamente examinados pelos Tribunais *a quo*, sendo indeferido o seu processamento, não raro, por decisões padronizadas, que nada têm a ver com a matéria discutida no acórdão e ventilada nas razões recursais, o que torna inevitável para a parte a interposição de agravo, para manter viva a esperança de que alguém se disponha a ouvir os seus reclamos

Em verdade, o que há muito falta, quanto aos dois institutos (antecipação de tutela e execução provisória), para se conferir um mínimo de segurança jurídica àquele que terá o seu patrimônio afetado por uma decisão provisória, é a atribuição ao Estado de responsabilidade subsidiária pela restituição das pessoas e coisas ao *status quo ante*, caso o

---

[305] Cf. MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil.* v. V. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971, p. 84-90.

[306] Cf. MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil.* v. V. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971, p. 85-87

[307] Nos recursos de estrito direito é menor a probabilidade de reforma da decisão agravada, pelo próprio fato de ser menor o objeto da impugnação, excluídos que são de apreciação judicial eventuais erros de fato ou erros de direito relativos ao direito local. Assim já se entendia, aliás, ao tempo do CPC/39, no tocante ao recurso de revista e ao recurso extraordinário. Cf. MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil.* v. V. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971, p. 86.

patrimônio do exeqüente não seja apto a ressarcir integralmente os prejuízos sofridos pelo executado, por meio de decisão a ser proferida nos próprios autos.

Retornando ao segundo aspecto do problema, reitera-se o entendimento de que a atribuição de eficácia retroativa à decisão pode gerar considerável insegurança jurídica, porquanto o comando contido na sentença incide sobre fatos ocorridos em momento anterior, o que é especialmente problemático em caso de relações jurídicas dependentes umas das outras, que se prolongam no tempo e podem ainda atingir terceiros.

Veja-se, por exemplo, o caso da sentença ou acórdão que declare a nulidade da constituição de sociedade dotada de personalidade jurídica por incapacidade absoluta dos sócios. Por se tratar de vício originário que não admite convalidação, a declaração de nulidade resultará na desconstituição da sociedade e poderá implicar, inclusive, no desfazimento de negócios jurídicos celebrados com terceiros.

Parece desejável que em casos assim a sentença produzisse efeitos apenas para o futuro (v.g., a sociedade deixaria de existir a partir da prolação da sentença) ou que pelo menos alguns dos efeitos fossem preservados (v.g., negócios celebrados com terceiros, que se presume tenham agido de boa-fé e desconheciam a nulidade), mas o fato é que a solução, na linha do que ressaltou Barbosa Moreira, há de ser buscada no direito positivo e, como regra, no direito material, e este em caso de nulidade absoluta não admite que a eficácia da decisão possa ser controlada pelo juiz (art. 169 do CC[308]), impondo-se a retroação[309].

A situação é diversa, porém, em matéria de controle concentrado de constitucionalidade, exercitado por meio de processos ditos objetivos (ação direta de inconstitucionalidade e de constitucionalidade), na qual há lei expressamente autorizando o órgão jurisdicional competente para o julgamento (Supremo Tribunal Federal) a decidir a

---

[308] "O negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo". O máximo que admite o direito é o aproveitamento ou conversão do negócio nulo em outro, nos termos do art. 170 do CC ("Se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade"), o que não autorizaria a modulação dos efeitos da decisão.

[309] "Quando for impossível manter a validade de algo nulo ab ovo, operam-se efeitos retroativos (ex tunc)" (STJ – 2ª Seção – EREsp nº 964.780-SP – Rel. Min. Nancy Andrighi – j. 10.08.2011 – m.v.).

partir de que momento eventual decisão produzirá efeitos, produzindo assim o que se convencionou chamar de "modulação" dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

Embora tal mecanismo não exista no processo individual de conhecimento[310], que como visto foi escolhido como corte metodológico para o exame da influência da segurança jurídica no processo civil na presente tese, a sua importância justifica o exame do tema, ainda que apenas para examinar as virtudes e defeitos desta técnica e assim de *iure condendo* avaliar a conveniência da sua generalização.

Embora os controles difuso (em caráter incidental) e concentrado (em caráter principal) convivam no direito brasileiro há algumas décadas, desde a criação da representação por inconstitucionalidade, nosso sistema de controle de constitucionalidade continuou fiel, inclusive na Constituição Federal de 1988, ao entendimento de que a lei inconstitucional seria nula *ab initio,* em razão da sua incompatibilidade congênita com a lei suprema do país, haurido do direito constitucional norte-americano.

Não foi seguida, quanto a tal aspecto do controle concentrado, o conhecido modelo austríaco, criado por KELSEN e adotado por outros países europeus, segundo o qual a decisão da Corte Constitucional que reconhecesse a inconstitucionalidade de uma lei teria natureza constitutiva negativa e não declaratória, razão pela qual produziria efeitos *ex nunc,* isto é, a partir do momento em que proferida, preservando-se a validade e eficácia da lei e dos atos jurídicos (*v.g.*, contratos, atos administrativos, sentenças judiciais) que nela se fundamentaram até aquele momento.

A vantagem deste modelo teórico residiria, como é evidente, em conferir segurança jurídica àqueles que haviam "confiado" na constitucionalidade da lei até a declaração da sua inconstitucionalidade (é a idéia de "presunção de constitucionalidade da lei", utilizada por autores mais antigos), o que, mercê da ausência de prazo para a o exercício do controle de constitucionalidade[311], poderia vir a ocorrer muito tempo após a

---

[310] "A aplicação da "modulação temporal" é situação excepcional, somente cabível no caso da declaração de inconstitucionalidade" (STJ – 1ª Turma – AgRg no RESP nº 718.751-PE – Rel. Min. Luiz Fux – j. 11.03.2008 – v.u.).

[311] Seria absurdo imaginar que a inconstitucionalidade, em si mesma considerada, pudesse ser convalidada pelo decurso de algum prazo de natureza extintiva (decadencial, prescricional ou preclusiva). Situação diversa é a consolidação de alguma situação jurídica concreta fundada na aplicação de lei inconstitucional.

sua promulgação, por permitir a preservação de situações jurídicas já consolidadas e que de outro modo ficariam expostas a serem desconstituídas pelo Poder Judiciário[312].

Conforme observou Tércio Sampaio Ferraz, "trata-se de respeitar o passado em face das alterações no sentido normativo dos fatos, precavendo-se da possibilidade de tornar ilusórias, por força do efeito *ex tunc*, expectativas legítimas então vigentes (*boa fé, promessas, acordos, confiança em decisões*)"[313].

Por outro lado, a solução apresenta uma fragilidade teórica evidente que é permitir que a lei, por algum intervalo de tempo (não importa se curto ou longo), valha *contra* a Constituição, que assim tem "arranhada" a sua supremacia[314].

Realmente, como indagou Rui Barbosa, "não seria estulto declarar teoricamente a improcedência das leis inconstitucionais, se elas, não obstante, houvessem de vigorar como válidas, por não se encerrar no organismo político uma instituição, destinada a reconhecer a inconstitucionalidade, pronunciá-la, e neutralizá-la?"[315].

Tal modelo, portanto, a nosso ver somente seria aceitável, nos países em que a Constituição é rígida e se impõem limites materiais ao Poder Constituinte Derivado, como é o caso do Brasil, se constasse do seu texto originário, hipótese em que a fratura do princípio da supremacia constitucional, exatamente porque desde logo prevista pela própria Carta Magna, não incidiria em inconstitucionalidade[316], ficando apenas no terreno da incongruência teórica ou inconveniência política, sem qualquer relevância jurídica.

---

[312] "Do efeito *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade resulta a total nulidade dos atos emanados do Poder Público, desamparando as situações constituídas sob sua égide e inibindo a possibilidade de invocação de qualquer direito (STF – RTJ , 146/461" (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Do efeito *ex nunc* na declaração de inconstitucionalidade pelo STF. *Direito Constitucional.* Barueri: Manole, 2007, p. 89).

[313] Cf. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Do efeito *ex nunc* na declaração de inconstitucionalidade pelo STF. *Direito Constitucional.* Barueri: Manole, 2007, p. 93.

[314] Não nos parece que a supremacia constitucional seja um valor, como outros existente na Constituição (v.g., segurança jurídica, igualdade) e de igual hierarquia, como afirmou Tércio Sampaio Ferraz. Cf. Do efeito *ex nunc* na declaração de inconstitucionalidade pelo STF. *Direito Constitucional.* Barueri: Manole, 2007, p. 100. Trata-se de um pressuposto da própria existência da Constituição e da sua superioridade normativa, sem o qual, aliás, seria vão pretender salvaguardar os valores por ela albergados, sejam eles quais forem.

[315] Cf. BARBOSA, Rui. *Teoria Política.* Seleção, coordenação e prefácio de Homero Pires. Rio de Janeiro: W. M. Jackson, 1970, p. 130.

[316] No direito brasileiro não tem aplicação, como já teve oportunidade de afirmar o Supremo Tribunal Federal, a teoria defendida na Alemanha por Otto Bachof, no sentido de que seria possível o reconhecimento da inconstitucionalidade de preceitos constitucionais originários, isto é, constantes do texto constitucional

Assim, porém, não entendeu o Congresso Nacional, ao aprovar a Lei nº 9.868/99[317], que em seu art. 27 autoriza que a maioria qualificada (2/3) do STF "por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social" determine que a declaração de inconstitucionalidade somente produza efeitos a partir de um momento posterior à promulgação da lei, bem como o Supremo Tribunal Federal, que não reconheceu – em nossa opinião – a evidente inconstitucionalidade dessa inovação[318].

Além de inconstitucional, tal mecanismo se mostra desnecessário, pois a preservação das situações constituídas sob o amparo da lei inconstitucional poderia ser obtida, em cada caso concreto, mediante a aplicação de princípios como a boa-fé e a proteção da confiança legítima. Ora, não é porque a lei é inconstitucional que os atos jurídicos que com fundamento nela foram praticados, muitas vezes em consórcio com outros atos normativos, estejam irremediavelmente condenados à desconstituição.

Fenômeno, aliás, que pode ocorrer quando a nulidade tiver fundamento outro que não a inconstitucionalidade, como no caso da consumação da prescrição aquisitiva em favor do adquirente, em caso de nulidade absoluta do contrato de compra e venda[319].

Ao preservar, por assim dizer, "no atacado" todos os atos jurídicos que foram praticados sob o pálio da lei viciada, o Tribunal, de outro lado, deixa de levar em consideração os legítimos interesses daqueles que a quem a inconstitucionalidade tenha sido prejudicial e que inclusive a podem estar questionando em juízo e que, face ao caráter *erga omnes* da decisão, ficariam no todo ou em parte impossibilitados de obter a tutela jurisdicional que lhes era devida.

---

desde a sua promulgação e não acrescentados a ele posteriormente, como resultado do processo de emenda constituição.

[317] Disposição idêntica foi incluída no art. 11 da Lei nº 9.882/99, que disciplina o processo da argüição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º, da CF).

[318] "A inconstitucionalidade atinge a lei desde a origem, não podendo o Direito admitir que uma 'inconstitucionalidade' seja 'constitucional' antes de sua declaração e que somente a partir desse ato se torne 'inconstitucional'" (MARTINS, Ives Gandra da Silva. "Reflexões sobre o controle concentrado de constitucionalidade". São Paulo, *Revista do Advogado,* ano XXVIII, n. 99, set., 2008, p. 54-61, p. 56).

[319] Cf. MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Coisa Julgada.* Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 117. Conforme observa o mestre, tanto é possível preservar uma situação jurídica apesar da nulidade que isso extinguiria o interesse na sua declaração.

Em matéria tributária, por exemplo, a técnica da modulação abriria as portas para que restasse inviabilizada a repetição de tributo inconstitucional, levando ao limite uma situação de imoralidade que já se afigura inaceitável, pois na prática o Fisco é incentivado a instituir tributos sabidamente inconstitucionais, sabendo que mesmo reconhecido o vício *a posteriori* (em controle concentrado ou difuso) ficará com parte do "butim", pois parte dos contribuintes jamais recorrerá ao Poder Judiciário para recuperar o que pagou indevidamente.

Em certas circunstâncias, aliás, a modulação dos efeitos implicará em transferir a essas pessoas, cujos interesses em princípio devem ter precedência (uma vez reconhecido que a lei era de fato inconstitucional), as conseqüências de decisões equivocadas do próprio Tribunal, que ao apreciar o pedido de suspensão liminar da lei (impropriamente chamado de "medida cautelar") poderá tê-lo indeferido ou concedido apenas *ex nunc*, como parece ser a regra (art. 11, § 1º, da Lei nº 9.868/1999), ao invés de determinar desde logo a sua suspensão - inclusive retroativa, se for o caso - precisamente para evitar a consolidação de situações jurídicas contrárias à lei suprema do país[320]. A modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade não pode ser uma saída fácil para resolver os problemas criados pelo próprio Tribunal, inclusive os resultantes da vergonhosa demora, que pode chegar a meses ou anos, não apenas para o julgamento do mérito da ação, como também do pedido de suspensão.

Aliás, essa demora no julgamento das ações de constitucionalidade (tanto a ADIN como a ADCON) joga por terra a principal vantagem do controle concentrado, que é a de permitir rapidamente uma decisão por parte do órgão competente (Suprema Corte, Corte Constitucional ou similar) a respeito da validade da lei, sem a necessidade de que a questão seja enfrentada incidentalmente pelas sucessivas instâncias do Poder Judiciário, o que pode demorar anos (tanto no Brasil como em outros países), até receber uma solução definitiva pelo órgão de cúpula.

Diante desse cenário, superior se revela, do ponto de vista da conciliação da supremacia da Constituição (justiça) com a preservação dos atos que foram praticados sob a égide da lei inconstitucional (segurança jurídica), o controle difuso, no qual a eficácia

[320] Foi o que aconteceu, por exemplo, na ADI 3.02-RS

erga omnes da decisão incidental é apenas *ex nunc*, nos termos do art. 52, X, da CF, a partir do momento em que o Senado Federal "suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal". O STF, porém, misturando e confundido os dois modelos, tem entendido ser desnecessária tanto a comunicação da decisão ao Legislativo como o próprio ato do Senado e, o que é pior, tem acenado com a possibilidade de modulação dos efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade[321], o que, pelas razões acima apontadas, é desnecessário para proteger os interesses dos terceiros e ofende o direito da parte a quem aproveita o reconhecimento da nulidade da lei.

[321321] RE nº 197.917, Tribunal Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 06.06.2002

CAPÍTULO 14 – PRINCÍPIOS PROCESSUAIS E SEGURANÇA JURIDICA

1. Princípio da inafastabilidade da jurisdição

Consoante ressaltado anteriormente, é ínsita à idéia de segurança jurídica a efetividade do Direito, isto é, a possibilidade de fazê-lo valer coativamente, sendo este o objeto da atividade estatal[322] a que se dá o nome de jurisdição.

De fato, seria impossível pensar em segurança do direito, e muito menos em segurança pelo direito, se o respeito às normas jurídicas dependesse apenas da boa vontade dos indivíduos, do cumprimento espontâneo das obrigações e do reconhecimento voluntário dos direitos alheios. Sujeita a condição potestativa, futura e incerta, impossível seria prever o nascimento, vida e morte das relações jurídicas.

Por tal motivo, assegura o texto constitucional (art. 5º, XXXV) o direito de provocar a atuação dos Tribunais (rompendo a inércia que os caracteriza) a fim de que seja apreciado pedido de tutela jurisdicional formulado por aquele que se afirma titular de um direito, ameaçado por uma situação de crise de direito material (incerteza quanto à sua existência, necessidade de criação, modificação ou extinção de direito, falta de adimplemento).

Tal garantia, segundo a doutrina, engloba não apenas o direito à tutela jurisdicional (caso a parte tenha razão), mas o direito à tutela jurisdicional efetiva, vez que o litígio não tem por objeto a discussão de teses acadêmicas, mas a obtenção de um determinado bem da vida, razão pela qual o processo, tanto quanto possível (em termos de quantidade, qualidade e rapidez), deve proporcionar à parte amparada pelo direito material resultado idêntico ao que teria sido obtido se não tivesse sido instaurado o litígio.

[322] A discussão ultrapassa o propósito e os limites do presente trabalho, mas na nossa visão de jurisdição não se inclui a arbitragem, vez que desprovido o árbitro do poder de *imperium*. O que, diga-se de passagem, não é nenhum demérito para a arbitragem, cuja relevância e utilidade social como meio de resolução de controvérsias não depende que se lhe reconheça natureza jurisdicional, apenas o respeito às decisões que por meio dela sejam proferidas. Já é hora de a arbitragem se livrar de qualquer "complexo de inferioridade" em relação à jurisdição, inclusive porque tal identificação acaba resultando (e por uma questão de coerência realmente fica difícil defender o contrário) na idéia de que devem a ela ser aplicados os modelos e formatos do processo judicial, o que é absolutamente incorreto, desnecessário e inconveniente.

2. Princípio do contraditório e ampla defesa

A idéia de contraditório (e, via de conseqüência, de ampla defesa[323]), hoje se reconhece, é inerente ao conceito de processo (ainda que dele não seja exclusiva).

Após um relativamente curto período de evolução (séculos XVIII a XX), em que o processo foi visto, sucessivamente, como contrato, quase-contrato, relação jurídica e situação jurídica, chegou-se ao entendimento de que o que caracteriza o processo é a presença do contraditório:

> "Em tempos mais recentes, n Itália surgiu o novo pensamento de Elio Fazzalari, repudiando a inserção da relação jurídica processual no conceito de processo. Fala do 'módulo processual' representado pelo procedimento realizado em contraditório e propõe que, no lugar daquela, se passe a considerar como elemento do processo essa abertura à participação, que é constitucionalmente garantida.
> Na realidade, a presença da relação jurídico-processual no processo é a projeção jurídica e instrumentação técnica da exigência político-constitucional do contraditório. Terem as partes poderes e faculdades no processo, ao lado de deveres, ônus e sujeição, significa, de um lado, estarem envolvidas numa relação jurídica; de outro, significa que o processo é realizado em contraditório. Não há qualquer incompatibilidade entre essas duas facetas da mesma realidade; o que ficou dito no fim do tópico precedente (direitos e garantias constitucionais como sinal da exigência de que o processo contenha uma relação jurídica entre seus sujeitos) é a confirmação de que os preceitos político-liberais ditados a nível constitucional necessitam de instrumentação jurídica na técnica do processo" [324].

[323] Pois não haverá ampla defesa sem uma participação efetiva da parte, que lhe permita influir no resultado do processo, do qual é *sujeito* e não *objeto*. Cf. CRUZ E TUCCI, José Rogério. "Garantias constitucionais do processo em relação aos terceiros". São Paulo, *Revista do Advogado*, ano XXVIII, n. 99, set., 2008, p. 64-66.
[324] Cf. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo.* 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 285.

É lícito dizer, pois, que o processo é o procedimento realizado mediante o desenvolvimento da relação entre os seus sujeitos, presente o contraditório"[325].

Em decorrência do contraditório, ouve-se o autor e ouve-se o réu. O processo é dialético, resultando da atuação de ambas as partes, que ao mesmo tempo em que são antagonistas (o autor pede o acolhimento e o réu a rejeição do pedido)[326], são também "colaboradoras necessárias" do juiz, em sua tarefa de julgar[327]. Em suma, para cada ação do autor, deve ser possível uma reação do réu e vice-versa. E, para que possa haver reação, é preciso que a parte tenha conhecimento da ação da parte contrária (informação necessária e reação possível).

Segundo observa a doutrina mais moderna, porém, o contraditório não se dirige apenas às partes, mas também ao juiz.

E, bem pensadas as coisas, não poderia ser de outra forma.

Se para as partes o contraditório significa a possibilidade de participar e influir no resultado do processo (como cidadãos, titulares de direitos – e deveres - frente ao Estado, e não como súditos), não se poderia admitir fossem elas surpreendidas pelo juiz, ao preferir decisões sobre pontos de fato ou de direito a respeito dos quais elas não puderam se manifestar, ainda que deles o julgador pudesse conhecer *ex officio*.

Em ambos os aspectos se faz presente a idéia de segurança jurídica. No primeiro, pela certeza da parte de que poderá submeter ao juiz os argumentos de fato e de direito que lhe sejam favoráveis e que este terá de levá-los em consideração ao proferir alguma decisão no processo. No segundo, pela proibição da surpresa, que se admitida tornaria inócua a garantia de influir no resultado do processo, o que impõe a prévia manifestação das partes, antes que seja proferida alguma decisão, também nas hipóteses

---

[325] Cf. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo.* 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 285.
[326] Cf. CARNELUTTI, Francesco. *Como se hace un proceso.* Bogotá: Temis, 1994. p. 81.
[327] Cf. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo.* 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 55.

em que o órgão jurisdicional possa conhecer de determinadas matérias de ofício, apreciando ponto não suscitado pelas partes[328].

A esse respeito merece ser salientado, porém, que o contraditório não pode ser encarado como um remédio para sanar o descumprimento de regras processuais, em relação às quais uma ou ambas as partes têm a legítima expectativa que sejam observadas, como ocorreria caso o juiz admitisse a alteração do pedido ou causa de pedir após a estabilização da demanda, desde que sobre a mudança pudesse se manifestar o réu. Haveria na hipótese verdadeira perversão do uso do contraditório, cuja atuação fisiológica pressupõe o uso normal/regular das faculdades das partes e dos poderes do juiz e não pode servir de instrumento para legitimar atos que segundo a lei são ineficazes ou inválidos.

Sendo o respeito ao contraditório um dos requisitos de validade do processo e das decisões que nele serão proferidas, deve-se procurar, tanto quanto possível, que as partes, e o réu em particular, possam efetivamente influir no seu resultado, legitimando o exercício da jurisdição.

Para tanto, é indispensável que haja a regular citação do réu, dando a ele ciência da existência do processo para que, caso queira, possa oferecer resistência à pretensão do autor (art. 213 do CPC[329]).

Em razão da sua importância (sem citação válida não há contraditório), este ato processual está sujeito a rigor formal, resultando em nulidade a não observância das formalidades previstas em lei (art. 214, *caput,* e 247 do CPC).

Via de conseqüência, somente em última hipótese devem ser admitidas formas fictas de citação, em que a comunicação não é feita diretamente à parte ou seu representante legal[330], por exporem o demandado ao risco de uma decisão injusta e o processo ao risco de tornar-se inútil, vez que segundo o entendimento dominante a falta ou nulidade da citação torna inexistente a decisão, vício que sobrevive ao trânsito em julgado

---

[328] Cf. NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal.* 9. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 221-230.
[329] "Citação é o ato pelo qual se chama a juízo o réu ou o interessado a fim de se defender".
[330] Evidentemente que sendo o réu incapaz (menor, interdito etc.) ou pessoa jurídica, a citação não pode ser feita na sua pessoa, mas sim na pessoa daquele que o (re)presenta.

(art. 475-L, I e 741, I, do CPC) e pode ser argüido pelo prejudicado a qualquer tempo e independentemente da demonstração de prejuízo (que seria *in re ipsa*).

Modalidades de citação como o edital ou a hora certa, à luz do que expressamente determina o direito posto, somente se justificam depois de fracassarem as tentativas de localização do demandado.

A citação por carta, embora também não seja pessoal, é considerada forma ordinária (e não excepcional) de comunicação processual pelo CPC, vez que a partir da comprovação da entrega da correspondência no endereço do réu (seja pela assinatura do aviso de recebimento, seja pelo código de rastreamento utilizado pelos correios) se presume a ciência do destinatário[331], solução de compromisso entre o direito do réu ao contraditório e o direito do autor a uma tutela efetiva e à duração razoável do processo (art. 5º, XXXV e LXXVIII, da CF).

Tal presunção, porém, é relativa, podendo ser afastada por prova em contrário (*v.g.*, que a carta foi recebida por um empregado ou parente, que deliberadamente a destruiu). Desse modo escolha da citação por carta representa sempre a assunção do risco, a ser suportado pelo autor[332], de que em caso de revelia possa vir a ser questionada no futuro a validade da citação, porquanto não comprovada a efetiva ciência da existência do processo pelo destinatário.

Solução semelhante foi adotada pela Lei nº 11.419/2006, que disciplina o chamado "processo eletrônico", que prevê a citação por meio eletrônico em portal próprio, mediante prévio cadastramento, e estabelece que caso o usuário deixe de consultar o

---

[331] "Quer o legislador certa segurança quanto à recepção da carta citatória. Para isto, exigiu o aviso de recebimento. Mas é natural que tal aviso seja firmado pelos zeladores nos edifícios residenciais (os carteiros, aliás, não entregam correspondência alguma diretamente aos moradores) e pelos recepcionistas das empresas (os diretores, gerentes ou procuradores das sociedades nem sempre estão disponíveis para receber correspondência). Assim, a entrega pessoal da carta citatória e a exigência de recibo devem ser vistos como recomendação ao carteiro e não como condição *sine qua non* para a validade do ato citatório" (CARMONA, Carlos Alberto. "A citação e a intimação no Código de Processo Civil: o árduo caminho da modernidade". São Paulo, *Repertório IOB de Jurisprudência*, n. 4, fev., 1994, p. 73).

[332] Confirmando assim a assertiva de que "o autor tem interesse precípuo na correta execução da 'in ius vocatio', cabendo-lhe, portanto, redobraar o seu controle sobre a validade do ato citatório até para que não se frustre a almejada celeridade do procedimento" (RODRIGUES, Walter Piva. "O direito de ser citado". São Paulo, *Repertório IOB de Jurisprudência*, n. 1, jan., 1994, p. 17).

sistema por dez dias corridos da data do envio eletrônico da comunicação, esta será considerada automaticamente realizada no décimo dia (art. 5º, § 3º).

Embora não seja pessoal, o que inegavelmente diminui o grau de certeza quanto à efetiva ciência do destinatário[333], essa forma de comunicação pode se revelar útil para as grandes empresas[334], que frequentemente são rés em demandas judiciais envolvendo empregados e consumidores[335], pois as chances de que a comunicação não cheguem aos órgãos ou setores competentes (administração ou departamento jurídico, se houver) parece ser naturalmente menor do que a existente na citação por carta, na qual, como já ressaltado, pode ocorrer o extravio por dolo ou culpa daquele que a receber (muitos empregados não fazem idéia do que seja uma carta de citação, nem imaginam as terríveis conseqüências que podem advir da demora em entregá-la a quem de direito).

Sob este aspecto – fornecer mecanismos de comunicação processual mais eficientes – a tecnologia tem muito a oferecer, sendo preferível, diante do desconhecimento do endereço do réu (ou de fundada dúvida quanto à sua atualidade), a sua citação por meio eletrônico (envio de mensagem para e-mail conhecido ou por meio de "rede social", como já admitem outros países), do que por edital.

3. Princípio do juiz natural

Segundo leciona a doutrina, o princípio do juiz natural encontra-se consagrado em dois preceitos da Constituição Federal, aos quais teria servido de inspiração: os incisos XXXVII e LIII do art. 5º.

Trata-se, conforme leciona BARBOSA MOREIRA, da "proibição de órgãos judiciais *ad hoc*, instituídos com a finalidade precípua de julgar pleitos especificamente

---

[333] Cf. SICA, Heitor Vitor Mendonça. "Comunicação eletrônica dos atos processuais". São Paulo, *Revista do Advogado,* ano XXXII, n. 115, abr., 2012, p. 74.

[334] Não, porém, para o litigante eventual, ainda que tenha se cadastrado para acompanhar outro processo: "A pessoa física ou jurídica que jamais litigou e nunca se cadastrou no Portal da Justiça por óbvio não poderia ser citada eletronicamente. E mesmo que o sujeito já conte com cadastro realizado quando do acompanhamento de outro processo (pendente ou findo), a nós parece inaceitável dispensar a citação pessoal" (SICA, Heitor Vitor Mendonça. "Comunicação eletrônica dos atos processuais". São Paulo, *Revista do Advogado,* ano XXXII, n. 115, abr., 2012, p. 74).

[335] A expressão "litigante contumaz" (ou habitual), frequentemente utilizada, *data venia* nos parece inexata (além de pejorativa), vez que a rigor ninguém "escolhe" ser réu em um processo judicial.

determinados", por força do que permite-se ao jurisdicionado saber, antes mesmo do início do processo, a partir de critérios gerais (e não casuísticos), qual o órgão jurisdicional competente para o julgamento da controvérsia[336].

Sob este aspecto, o princípio do juiz natural atende à exigência de previsibilidade ínsita à idéia de segurança jurídica, podendo, inclusive, servir para que o autor ou o réu "escolham" o foro competente para o julgamento da causa, quando não se tratar de competência absoluta[337].

Por outro lado, o princípio do juiz natural também é essencial para a segurança jurídica do cidadão porque caso se admitisse a escolha dos juízes *ad personam*, para julgar pessoas e casos particulares, antecipadamente poderia se investir contra a sua independência e imparcialidade, compromentendo todas as garantias do *due process of law.*

Nesse sentido esclarece BARBOSA MOREIRA que a prévia definição de competência reforça a independência e a imparcialidade dos juízes, pois "sabe cada um destes que não se lhe poderá subtrair pleito para o qual a lei o aponta como competente, nem lhe submeter pleito estranho ao círculo de sua competência, tal como definida em lei"[338].

A primeira dessas conseqüências, porém, pode ser facilmente afastada por meio da argüição de suspeição por motivo de foro íntimo pelo próprio magistrado (art.135, parágrafo único, do CPC), por meio da qual se permite o afastamento do juiz competente sem a possibilidade de controle pelas partes das razões por ele invocadas, o que faz deste instituto um verdadeiro *calcanhar de Aquiles* do princípio do juiz natural[339].

---

[336] Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "A Constitucionalização do Processo no Direito Brasileiro". In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; LARREA, Arturo Zaldívar Lelo de (Coord.). *Estudos de direito processual constitucional.* São Paulo: Malheiros, 2009, p. 49.

[337] Por exemplo, em caso de competência concorrente, pode o autor preferir ajuizar a demanda no Estado "A" e não no "B" por haver no Tribunal de Justiça do primeiro jurisprudência consolidada em favor de sua pretensão.

[338] Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "A Constitucionalização do Processo no Direito Brasileiro". In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; LARREA, Arturo Zaldívar Lelo de (Coord.). *Estudos de direito processual constitucional.* São Paulo: Malheiros, 2009, p. 50.

[339] Este aspecto, somado à falta de publicidade a respeito das razões invocadas pelo magistrado, nos levam a concluir pela inconstitucionalidade do instituto, tal como atualmente configurado, a respeito do que pretendemos escrever em outra oportunidade.

4. Princípio da imparcialidade do juiz

O princípio da imparcialidade guarda estreita relação com o da isonomia, porque esta visa precipuamente a permitir um igual tratamento, não apenas entre as partes, mas entre casos análogos que por ele sejam julgados[340].

A exigência de imparcialidade (ou, mais propriamente, da aparência de imparcialidade), porém, não se aplica apenas ao juiz, pois este, embora ocupe posição de destaque no processo (é ele, afinal, quem decide e aplica o direito em nome do Estado), não é o único dos sujeitos processuais, estendendo-se ela igualmente a todos aqueles que dele participam, como o representante do Ministério Público, os auxiliares do juízo e até mesmo os serventuários da justiça, pois do contrário não se asseguraria às partes um *fair trial* (julgamento justo).

É um imperativo da segurança jurídica que não haja dúvida (cuida-se aqui de conceito aproximado ao da *reasonable doubt* – dúvida razoável - dos norte-americanos, evitando-se suspeitas exageradas e "teorias conspiratórias") quanto à lisura do exercício da jurisdição. Sendo vedado aos indivíduos o recurso à autotutela (mais do que isso, em algumas situações a realização do direito somente pode ocorrer em juízo, mediante decisão do órgão estatal), tem o Estado o dever de assegurar que o processo seja confiável.

Nesse sentido há precedente do Supremo Tribunal Federal, que ao julgar o Recurso Extraordinário nº 464.963-GO[341], com fundamento nos princípios da moralidade e do devido processo legal, anulou decisão proferida em processo no qual relação de parentesco entre o advogado de uma das partes (que sequer poderia atuar na causa, por estar no exercício do cargo de Diretor-Geral do Tribunal) e serventuária do cartório em que

[340] "Se surge a necessidade de recorrer a um juiz imparcial, será porque se espera que este decida o caso como um entre outros análogos, que poderiam ocorrer em qualquer lugar e em qualquer época, e, portanto, de uma maneira que satisfaça as expectativas de qualquer pessoa que se veja em posição semelhante entre outras que ela não conheça pessoalmente" (HAYEK, F. A. *Direito, legislação e liberdade.* v. I. São Paulo: Visão, 1985, p. 112-113).

[341] "Recurso extraordinário. 2. Diretor-geral de Tribunal Regional Eleitoral. Exercício da advocacia. Incompatibilidade. Nulidade dos atos praticados. 3. Violação aos princípios da moralidade e do devido processo legal (fair trial). 4. Acórdão recorrido cassado. Retorno dos autos para novo julgamento. 5. Recurso extraordinário conhecido e provido" (STF – 2ª Turma – RE nº 464.963-GO – Rel. Min. Gilmar Mendes - j. 14.02.2006 – v.u.).

tramitou a causa criou ambiente de suspeita de favorecimento, incompatível com a dignidade da atividade jurisdicional.

5. Princípio da publicidade

A publicidade dos atos processuais, assegurada pelo texto constitucional nos arts. 5º, LX, e 93, IX, é um dos corolários do devido processo legal e, como tal, importante instrumento em prol da segurança jurídica.

Caso fossem sigilosos os processos judiciais (mesmo nas hipóteses de segredo de justiça não se pode falar na existência de um processo secreto, pois há um mínimo de publicidade[342]), restaria prejudicada a possibilidade de controle das decisões pela sociedade (a questão do controle pelas partes e seus advogados, obviamente, não se põe, pois em relação a estes não se pode pensar em sigilo, a não ser em Estados totalitários, em que as partes não são sujeitos do processo, mas seu objeto).

Não seria possível, por exemplo, verificar a obediência ao princípio da isonomia, outro corolário da segurança jurídica, comparando as decisões proferidas em situações semelhantes para saber se nelas o direito objetivo foi interpretado e aplicado da mesma forma, o que é indispensável para evitar, além de erros de direito, perseguições e favorecimento por parte daqueles que exercem o poder em nome do Estado.

Via de conseqüência, mesmo nos processos em que for decretado o segredo de justiça, devem ser publicadas as decisões judiciais, de primeira, segunda ou última instância, omitindo-se apenas o nome das partes envolvidas (a praxe tem sido indicar apenas as iniciais do nome das partes, mas outras soluções nos afiguram possíveis, como a substituição do nome por designações genéricas como "Fulano de tal" ou "Empresa X", como ocorre em outros países), sem inviabilizar, portanto, que a sociedade tenha acesso ao raciocínio jurídico desenvolvido pelo órgão jurisdicional para proferir decisão em determinado sentido e não em outro.

[342] Distinção entre publicidade interna/restrita e externa/ampla, consagrada pelo art. 155 do CPC, cujo parágrafo único estabelece que nos casos de segredo de justiça "o direito de consultar os autos e de pedir certidões de seus atos é restrito às partes e seus procuradores", limitando-se o direito de terceiros que demonstrem interesse jurídico a "requerer certidão do dispositivo da sentença, bem como de inventário e partilha resultante do desquite".

No âmbito dos Tribunais locais (Tribunais de Justiça ou Regionais Federais) e dos Tribunais de superposição (STJ e STF) garantir esse mínimo de publicidade é indispensável, pois a decisão proferida em processo sob segredo de justiça pode servir de fundamento para pedido de uniformização de jurisprudência ou interposição de embargos de divergência.

6. Princípio da motivação

À semelhança do princípio da publicidade, o princípio da motivação das decisões judiciais também contribui decisivamente para a manutenção da segurança jurídica, pois indispensável para o controle das decisões judiciais, tanto pelas partes como pela sociedade[343].

Se uma vez transitada em julgado a sentença (ou preclusa a possibilidade de alteração, no caso das decisões interlocutórias), ao final do processo, o que passa a importar é a parte dispositiva da decisão, antes desse momento tem igual, ou talvez maior importância, não *o que* o órgão jurisdicional decidiu, mas *porque* decidiu desta ou daquela maneira.

Por exemplo, nos recursos e nas ações autônomas de impugnação, bem assim em incidentes como o de uniformização de jurisprudência, discute-se fundamentalmente a motivação da decisão impugnada, ou seja, o seu erro ou correção, o que seria impossível se não fosse obrigado o seu prolator a fornecer as razoes do seu convencimento, isto é, "as razões pelas quais determinada decisão há de ser adotada, expor as suas justificações e motivos fático-jurídicos determinantes"[344].

Não haveria como, por exemplo, verificar se foram observados pelo julgador os princípios da legalidade e da igualdade se a ele se concedesse a possibilidade de dizer, simplesmente, "anulo o contrato", "condeno o réu ao pagamento da quantia X" ou "rejeito o pedido de despejo". Ou, ainda, se os argumentos (de fato e de direito) invocados

[343] A respeito das finalidades da motivação, cf. CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 21-14.
[344] Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional.* 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 465.

pelas partes foram levados em consideração no processo decisório, sem o que seriam ilusórias as garantias do contraditório e da ampla defesa, que seriam reduzidas a mera encenação ou ritual desprovido de utilidade e relevância.

A exigência de motivação, no entanto, não se justifica apenas ante a possibilidade da interposição de eventual impugnação (de natureza recursal ou não), sendo também, e antes de tudo, um fator de legitimação do exercício do poder, a ser exigido mesmo nos casos em que a decisão for irrecorrível.

E por motivação, evidentemente, se entende a motivação efetiva, que enuncia e examina as questões de fato e de direito relevantes para o julgamento, que resultaram na decisão, e não expressões meramente sacramentais, desprovidas de conteúdo[345].

A motivação, como observa ARAÚJO CINTRA, constitui "um discurso justificativo da decisão"[346], razão pela qual "equiparam-se à falta de motivação a sua insuficiência, ininteligibilidade ou incongruência, quando tais defeitos venham a impedir que a motivação represente uma verdadeira e efetiva justificação do ato"[347].

Por tal razão, ainda mais perniciosa do que a ausência de fundamentação é a motivação aparente ou fictícia, "em que, de fato, o juiz não resolve as questões fundamentais suscitadas no processo, ou resolve apenas as que interessem ao fim de dar a vitória a uma das partes, vitória esta com a qual não a poderia contemplar, se enfrentasse todas as questões suscitadas pela parte contrária"[348].

Sob este aspecto, a motivação se entrelaça com o contraditório, não podendo o juiz deixar de apreciar todos argumentos de fato e de direito invocados pelas partes,

---

[345] Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "A Constitucionalização do Processo no Direito Brasileiro". In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; LARREA, Arturo Zaldívar Lelo de (Coord.). *Estudos de direito processual constitucional.* São Paulo: Malheiros, 2009, p. 52.
[346] Cf. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Motivo e motivação do ato administrativo.* São Paulo: RT, 1979, p. 107.
[347] Cf. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Motivo e motivação do ato administrativo.* São Paulo: RT, 1979, p. 152.
[348] Cf. MESQUITA, José Ignácio Botelho de. O princípio da liberdade na prestação jurisdicional. *Teses, estudos e pareceres de processo civil.* v. 2. São Paulo: RT, 2005, p. 39.

omitindo-se a seu respeito[349], sob o argumento de que seriam impertinentes ou irrelevantes. Somente se houver motivação será possível (para as partes e, se for o caso, para o órgão competente para o julgamento de eventual recurso) saber se de fato eram eles impertinentes e irrelevantes. Irrelevantes ou não, sobre eles deverá se manifestar o juiz em sua decisão[350].

A falta de motivação efetiva não apenas priva de validade o provimento judicial (art. 93, IX da CF e art. 165 do CPC), mas também compromete a credibilidade da jurisdição, pois "gera a sensação de que processos podem ser julgados de modo bem superficial"[351].

7. Princípio da proibição de provas ilícitas

A proibição pelo texto constitucional (art. 5º, LVI) da utilização de provas ilícitas no processo, ou seja, a determinação de absoluta ineficácia dos meios de prova obtidos sem a observância das regras processuais (v.g., prova emprestada de cuja produção não participou uma das partes) ou com ofensa[352] a direitos protegidos pelo ordenamento (como a integridade física – ofendida em caso de tortura realizada para obter confissão – ou a intimidade – violada em caso de gravação clandestina ou violação de correspondência), representa importante garantia de segurança jurídica para as partes e para a sociedade.

A peremptória vedação estabelecida pelo Poder Constituinte originário (às vezes indevidamente relativizada pela doutrina ou por decisões dos tribunais), à semelhança do que ocorre com as regras sobre a distribuição do ônus da prova, serve para determinar, antes mesmo da propositura da demanda e do nascimento do processo, quais as

---

[349] Ensejando, assim, a interposição de embargos de declaração (art. 535, II, do CPC).

[350] Defende BARBOSA MOREIRA que a "racionalização da atividade judicante", em razão do grande volume de trabalho dos juízes, os obrigaria a enfrentar apenas aquelas que possam influir na decisão, ressalvando, porém, que em caso de dúvida deve haver a fundamentação. Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "A Constitucionalização do Processo no Direito Brasileiro". In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; LARREA, Arturo Zaldívar Lelo de (Coord.). *Estudos de direito processual constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 52. Ousamos discordar do ilustre processualista, porque caso sejam *completamente* descabidas as alegações, sobre ele deverá se manifestar o julgador inclusive para sancionar a parte, por litigância de má-fé (arts. 14 e 17 do CPC).

[351] Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 80.

[352] Razão pela qual não se confunde a prova *ilícita* com a prova *atípica*, que é expressamente admitida pelo direito positivo (art. 332 do CPC).

“regras do jogo” ou, para aqueles que não gostam de ver ressaltado o caráter de disputa inerente à maioria dos litígios, os limites impostos pelo Estado à atuação das partes (e seus patronos) na defesa de seus interesses, por força dos quais ficam estes desde logo avisados da inutilidade da obtenção de provas ao arrepio do que permite o ordenamento jurídico, que é a maneira mais eficaz de coibir que essas violações venham a ocorrer.

À míngua de semelhante disposição, todos aqueles que já são ou poderiam vir a ser partes de um processo ficariam em um terrível e permanente estado de incerteza e medo, sem saber a até que nível seus adversários estariam dispostos a descer a fim de obter provas que, no seu entender, poderiam vir a lhes assegurar a vitória em juízo. Sim, porque caso se admita, por exemplo, a eficácia de prova resultante da pratica de crime, o receio da persecução penal, por si só, já não será garantia de que o ilícito não será praticado, vez que o interessado, dependendo das circunstâncias, poderá chegar à conclusão de que o benefício resultante da obtenção da prova ilícita compensa a eventual aplicação da sanção penal, sendo este um “preço” pequeno a ser pago pelo êxito em determinado litígio. A admissão da prova ilícita pode resultar, ao fim e ao cabo, na consagração da lógica distorcida de que “o crime compensa”.

A proibição deve ser encarada em termos absolutos[353], uma vez reconhecido o caráter ilícito da prova, o que em tese não impede que se discuta, em situações extremas, se a ilicitude em si pode vir a ser afastada mediante a combinação da idéia de proporcionalidade a institutos como a legítima defesa (própria ou de terceiros) ou o estrito cumprimento do dever legal, questão que se coloca no plano do direito infraconstitucional.

Em verdade, o princípio em questão favorece inegavelmente a segurança jurídica, pois exige das partes e também do juiz maior cautela no tocante à observância do princípio da legalidade (a atividade probatória, como cediço, encontra-se amplamente disciplinada pelo Código de Processo Civil, pelo Código Civil e por leis extravagantes),

[353] “II. Provas ilícitas: sua inadmissibilidade no processo (CF, art. 5º, LVI): considerações gerais. 2. Da explícita proscrição da prova ilícita,sem distinções quanto ao crime objeto do processo (CF, art. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo: conseqüente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade - à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira - para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação” (STF – 1ª Turma – HC nº 80.949-RJ – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – j. 30.10.2001 – v.u.).

sob pena de que as provas produzidas venham a ser consideradas, posteriormente, ineficazes.

10. Princípio do duplo grau de jurisdição

Segundo parcela expressiva da doutrina, a possibilidade de reexame da causa por mais de um órgão jurisdicional, quanto à matéria de fato e de direito relevante para o julgamento da causa, constituiria "fator de maior segurança na aplicação da lei pelos órgãos judiciários"[354].

Em favor dessa conclusão, aduz-se que os julgadores (colegialidade)[355] de segundo grau teriam maior experiência judicante e que, por não terem contato direto com as partes e as provas, estariam em melhor condição de fazer "um exame bem refletido e sereno da questão decidida em primeiro grau"[356].

Menciona-se, ainda, que a possibilidade de recurso serviria para aprimorar a qualidade das decisões proferidas pelos juízes de primeiro grau, receosos de vê-las reformadas pelos Tribunais, pois a ignorância na aplicação do Direito ou a rebeldia a aplicar os precedentes dos órgãos superiores poderia lhes prejudicar as perspectivas de ascensão na carreira.

Tais argumentos, obviamente, se expõem a críticas. Quanto ao primeiro, pode-se dizer que a experiência (ao menos como juízes) simplesmente inexiste no caso daqueles que passam a integrar os Tribunais por força do instituto do quinto constitucional, vez que antes da sua nomeação laboravam como advogados ou membros do Ministério Público. Esse, aliás, é um argumento ponderável (embora certamente não decisivo...) contra o instituto. No tocante ao segundo, não é de se afastar a possibilidade de que a chance de correção de eventuais erros por meio de recurso deixe o juiz menos

---

[354] Cf. MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil.* v. IV. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969, p. 19.

[355] Embora a colegialidade seja da tradição do direito luso-brasileiro não é, conceitualmente, inerente aos recursos. Estes tem a função de assegurar uma pluralidade de exames da questão ou causa ao longo do tempo, enquanto aquela exige a multiplicidade de exames ao mesmo tempo. Cf. PONTES MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil.* v. V. Rio de Janeiro: Forense, 1949, p. 13.

[356] Cf. MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil.* v. IV. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969, p. 19.

compromissado pouco preocupado com a qualidade das próprias decisões. De qualquer forma, não haveria como, *a priori*, comprovar a veracidade da tese, vez que as decisões dos órgãos hierarquicamente superiores, certas ou erradas, sempre substituem as dos órgãos inferiores (não se exige a chamada *dupla conformidade*), sendo possível se cogitar tanto que decisões erradas sejam mantidas, como que decisões corretas sejam reformadas.

Talvez por isto, não é o duplo grau de jurisdição, no direito brasileiro, uma garantia constitucional, a incidir sempre, em todos os processos e sob quaisquer circunstancias, mas um modelo de julgamento[357] a ser aplicado na generalidade dos casos, porque o senso de justiça do nosso povo assim entende ser conveniente[358], para permitir um melhor exame da causa (para que a decisão seja correta quanto aos fatos e conforme ao direito[359]) e conferir maior legitimidade à decisão que venha a ser proferida.

E o inverso também é verdadeiro, pois a abolição generalizada dos recursos, tornando firmes (= preclusão e coisa julgada) as decisões sem a possibilidade de impugnação pelos meios ordinários tampouco seria conforme a idéia de devido processo legal[360] e revelaria, no plano político, demasiada confiança do Estado na probabilidade de acerto da primeira decisão e descaso para com a necessidade de correção de eventuais erros *in judicando* ou *in procedendo*, solução que foi abandonada ao longo do tempo[361].

Um processo justo e équo exige o que PONTES DE MIRANDA denominou "princípio da recorribilidade das resoluções judiciais relevantes", cabendo à técnica

---

[357] Cf. RICCI, Edoardo. "Double instance jurisdiction". In: FAZZALARI, Elio (Ed.). *Italian Yearbook of Civil Procedure*. v. 1. Milano: Giuffrè, 1991, p. 362.

[358] Como aponta Ricci, o duplo grau, mais do que um conceito teórico, é uma tendência histórica e uma opção política. Cf. RICCI, Edoardo. "Double instance jurisdiction". In: FAZZALARI, Elio (Ed.). *Italian Yearbook of Civil Procedure*. v. 1. Milano: Giuffrè, 1991, p. 367.

[359] Em um modelo de processo em que ausente, como regra, a possibilidade de recorrer contra as decisões proferidas pelo juiz ao longo do processo, pouco ou nada valeria a garantia da legalidade, pois esta só é efetiva "quando o indivíduo disponha de uma estrutura processual apta a prevenir o arbítrio antes que ocorra ou a desfazer os seus efeitos quando este já tenha, apesar de tudo, ocorrido" (MESQUITA, José Ignácio Botelho de. O princípio da liberdade na prestação jurisdicional. *Teses, estudos e pareceres de processo civil*. v. 2. São Paulo: RT, 2005, p. 35).

[360] Cf. YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. *Execução extrajudicial e devido processo legal*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 81-82.

[361] Cf. PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. V. Rio de Janeiro: Forense, 1949, p. 7. Segundo relata o autor, historicamente o julgamento em instância única existiu nos primórdios, quando a administração da justiça cabia ao líder político ou ao povo, sendo abandonado à medida que se retirou deles a função judiciária.

legislativa, com algum grau de liberdade, determinar o que é relevante e o que é irrelevante[362].

Sem embargo, os recursos, sejam os ordinários, sejam os extraordinários contribuem para a segurança jurídica na medida em que permitem a aplicação do direito de forma uniforme aos jurisdicionados, o que seria impossível se não houvesse um mecanismo de revisão das decisões proferidas pelos magistrados de primeira instância:

> "A *jurisprudência*, no sentido de orientação uniforme do Poder Judiciário na interpretação e entendimento de determinada questão jurídica, é formada sobretudo através dos órgãos superiores da magistratura, ou seja, aqueles que exercem os graus mais elevados da atividade jurisdicional"[363].

A jurisprudência dos Tribunais, quanto a determinada questão de direito, até pode ser errada (segundo a opinião da doutrina, do povo etc.), mas, por imperativo constitucional (o princípio da igualdade perante a lei), deverá ser *errada para todos.*

9. Princípio dispositivo

Em um Estado Democrático de Direito, que reconhece a existência de direitos subjetivos e respeita a autonomia privada, cabe às partes delimitar a *res in judicium deducta* e, via de conseqüência, o objeto da cognição do juiz.

Com efeito, de nada adiantaria a estabilização da demanda, após a citação do réu (art. 264 do CPC), se ao juiz fosse permitido alterar o pedido ou a causa de pedir, ou, o que é o mesmo, julgar pedido diverso do formulado ou com fundamento em *causa petendi* ou *excipiendi* não invocada pelas partes, alterando o mérito da causa.

Por tal razão, exige o Código de Processo Civil, em seu art. 460, a congruência entre a demanda (e a contestação) e a sentença, preceito que, inegavelmente,

---

[362] Cf. PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil.* v. V. Rio de Janeiro: Forense, 1949, p. 8.
[363] Cf. MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil.* v. IV. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969, p. 101.

confere maior segurança jurídica às partes, que após a estabilização da demanda sabem de antemão quais as questões de fato e de direito relevantes para o julgamento.

A propósito, entendemos que deve ser repelido o entendimento de que a oportunidade de manifestação das partes a respeito de causa de pedir ou pedido não invocado oportunamente serviria para legitimar a ampliação da *res in judicium deducta* por iniciativa do juiz (ou da parte, depois de estabilizada a demanda), vez que tal possibilidade, ao arrepio do que determina a lei, exporia as partes (ou pelo menos uma delas) a intolerável incerteza a respeito do objeto do processo (do qual depende, por exemplo, a determinação das provas que serão produzidas), que poderia sofrer inúmeras alterações enquanto não proferida a sentença, criando tumulto processual e retardando a solução do litígio.

O princípio dispositivo influi, ainda, na atividade instrutória do juiz, ao qual, ressalvados os litígios envolvendo direitos indisponíveis, não deve ter a iniciativa de requerer a produção de prova dos fatos alegados pelas partes, suprindo sua eventual inércia, salvo quando indispensável para o julgamento do mérito diante da proibição do *non liquet*[364].

Requerer a produção de prova dos fatos que lhe sejam favoráveis é ônus da parte e, em caso de omissão do interessado, não pode o juiz surpreender o adversário suprindo tal omissão.

Ainda como conseqüência do princípio dispositivo, e demonstrando a sua implicação com a segurança jurídica, deve ser afastada a possibilidade de reforma para pior (*reformatio in peius*), que segundo BARBOSA MOREIRA ocorre "quando o órgão *ad quem*, no julgamento de um recurso, profere decisão mais desfavorável ao recorrente, sob o ponto de vista prático, do que aquela contra a qual se interpôs o recurso"[365].

---

[364] Cf., com ampla discussão a respeito do tema, que desborda do escopo aqui buscado, o seguinte artigo de nossa autoria: YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. "Considerações a respeito da iniciativa instrutória do juiz no processo civil brasileiro". São Paulo, *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 59, fev., 2008, p. 63-83.

[365] Cf. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, 13ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 434.

Vale dizer, o recurso, "se não trouxer melhora à sua situação, piora não poderá trazer"[366]. O pior que pode esperar o recorrente é o desprovimento do seu recurso.

Embora não esteja expressamente positivado no Código de Processo Civil, em matéria de recursos vigora entre nós, pelo menos desde o Código de 1939 (houve controvérsia doutrinária, mas prevaleceu a corrente contrária ao agravamento do recorrente), o princípio da proibição da *reformatio in peius*, por força do qual não se admite que a parte que interpôs o recurso venha a ter a sua posição prejudicada (*i.e.*, em comparação ao que foi decidido pela decisão recorrida) por ocasião do julgamento da sua irresignação, em homenagem aos princípios dispositivo (= a parte delimita o âmbito do recurso) e da sucumbência (= a parte não tem interesse em recorrer da sentença na parte que em foi vitoriosa ou para piorar a sua situação)[367].

Segundo lição da doutrina francesa, plenamente aplicável entre nós, a proibição da reforma para pior decorre do fato "de o efeito devolutivo, sem embargo das exceções que lhe ampliam o alcance efetivo, operar nos limites do gravame suportado pelo recorrente"[368]. Em outras palavras, "el juez de apelación está obligado a examinar la controversia solo en los limites en que en el primer grado el apelante ha sido vencido y en que es posible en segundo grado eliminar tal vencimiento"[369].

A proibição, obviamente, pressupõe sucumbência, total ou parcial, do recorrente, bem como a ausência de recurso por parte do adversário, pois se este existir, a reforma, para pior, poderá decorrer do outro recurso.

Temperando a aplicação do referido princípio, encontra-se na doutrina o entendimento de que não existiria agravamento ilegítimo da posição da parte nos casos em que é lícito ao órgão *ad quem* conhecer de determinadas matérias ou questões, relativas ao

---

[366366] Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Reformatio in peius* e a condenação em honorários advocatícios em apelação. *Fundamentos do Processo Civil Moderno.*v. I. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 656.

[367] Cf. CALAMANDREI, Piero. Apuntes sobre la 'reformatio in peius'. *Estudios sobre el Processo Civil.* Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1945, p. 301-304. De acordo com Frederico Marques, "só se pode reconhecer ao Juízo *ad quem* o poder da *reformatio in pejus*, repelindo um dos princípios mencionados, ou a ambos simultaneamente" (*Instituições de Direito Processual Civil.* v. IV. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1963, p. 166).

[368] Cf. ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos.* 2. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 105.

[369] Cf. CALAMANDREI, Piero. Apuntes sobre la 'reformatio in peius'. *Estudios sobre el Processo Civil.* Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1945, p. 303.

processo ou ao direito material (v.g., art. 301 do CPC), que é o que ocorreria por força do chamado efeito translativo[370], embora essa orientação nem sempre seja acatada pelos tribunais[371].

Em nossa opinião nem mesmo nessas situações seria possível a r*eformatio in pejus*, vez que o resultado do julgamento afrontaria as legítimas expectativas das partes: aquele que recorreu tem a legítima expectativa de ver a sua situação melhorada, mas não piorada pelo julgamento do recurso; a que não recorreu, por sua vez, não tem como legitimamente esperar que do julgamento lhe advenha qualquer benefício, na medida em que concordou com o resultado do julgamento.

Sob este segundo aspecto há de se afastar igualmente a *reformatio in pejus* em caso de reexame necessário, conforme afirma a Súmula nº 45 do Superior Tribunal de Justiça ("no reexame necessário, é defeso, ao tribunal, agravar a condenação imposta à Fazenda Pública").

Não apenas a interposição, mas também a falta de interposição do recurso cabível tem (deve ter) conseqüências jurídicas, resultando na impossibilidade de que a parte que permaneceu inerte, conformando-se, assim, com o resultado do julgamento, possa vir a ser beneficiada por eventual efeito translativo[372], quer do reexame necessário, quer do recurso voluntário manifestado por seu adversário. *Dormientibus non sucurrit jus*[373].

---

[370] Cf. NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos.* 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 485. No mesmo sentido: PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. t. VII, p. 173; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do Processo e da Sentença.* 4. ed. São Paulo: RT, 1998, p. 188.

[371] Cf. STJ – 3ª Turma – REsp nº 65.376-MG – Rel. Min. Costa Leite – j. 14.08.95 – v.u.; STJ – 3ª Turma – REsp nº 184.720-RS – Rel. Min. Eduardo Ribeiro – j. 19.11.98 – v.u. Em sentido contrário: STJ – 2ª Turma – REsp nº 923.083-RS – Rel. Min. Eliana Calmon – j. 06.03.08 – v.u.; STJ – 3 Turma – REsp nº 280.995-RS – Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito – j. 17.05.01 – v.u.

[372] "Portanto, diante da concordância do apelado com a decisão e em face da *ratio essendi* do recurso do apelante, seria ilógico piorar-lhe a situação, proferindo-se decisão que lhe seja ainda mais desfavorável que a recorrida" (ZACLIS, Lionel. "Cumulação eventual de pedidos e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça". In: CRUZ E TUCCI, José Rogério; e BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coord.). *Causa de Pedir e Pedido no Processo Civil (questões polêmicas).* São Paulo: RT, 2002, p. 415).

[373] "Se, no entanto, a sentença foi mantida e possibilidade havia de ser atendido o apelado que não recorreu, queixe-se este de sua inércia e omissão, pois descumpriu o ônus que lhe impõe a lei de ter de recorrer para que se corrijam os erros das decisões injustas" (MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil.* v. IV. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1963, p. 167).

Não se pode permitir que o recurso se transforme em uma espécie de cavalo de Tróia, que traz em seu interior, escondida, a derrota do próprio recorrente, de modo que este, mais do que ver frustradas suas legítimas expectativas de obter um resultado prático melhor, é surpreendido por uma piora sem que tenha havido recurso do adversário, contrariando o objetivo fundamental do instituto, sem o qual ele perde "seu sentido lógico, ético e processual"[374].

[374] Cf. LIMA, Alcides de Mendonça. *Introdução aos Recursos Cíveis.* 2. ed. São Paulo: RT, 1976, p. 182. "Quem recorre, sempre quer mais do que obteve, por menor que seja a perda em sua pretensão" (*idem, ibidem*).

CAPÍTULO 15 - SEGURANÇA JURÍDICA E SUA RELAÇÃO COM ALGUNS INSTITUTOS PROCESSUAIS

O princípio da segurança jurídica se manifesta em diversos institutos jurídicos[375], que dele representam concretização, quer criados e disciplinados pelo legislador, quer deduzidos do ordenamento jurídico pela jurisprudência.

Alguns são de direito material, como a usucapião e a prescrição, outros de direito processual, como a preclusão e a coisa julgada[376].

No campo do direito processual, tal projeção da segurança jurídica sobre os diferentes institutos é muito ampla, fruta da sua influência sobre os princípios e a técnica processual (como visto nos capítulos anteriores), razão pela qual optou-se limitar a investigação objeto do presente Capítulo aos institutos que mais diretamente têm por escopo assegurar a estabilidade e a previsibilidade das decisões judiciais, que correspondem à essência da idéia de segurança jurídica. Embora tais institutos se manifestem no processo civil qualquer que seja a natureza da tutela jurisdicional pleiteada (de cognitiva, executiva ou cautelar) e do direito discutido (individual ou coletivo), a investigação ora empreendida terá como foco a atuação destes institutos no processo de conhecimento de cunho individual, a que corresponde à maioria dos litígios existentes em nosso país.

1. Coisa julgada

A coisa julgada é o instituto que melhor representa, no direito processual, a ideia de segurança jurídica.

O seu objetivo é impedir a renovação do litígio e conferir estabilidade ao que houver sido decidido pela sentença, pois uma vez instaurado o processo judicial chega

---

[375] Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo.* 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 124.

[376] Cf. CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil.* São Paulo: RT, 2006. Alguns institutos, como o direito adquirido e a decadência, podem ser tanto de direito material quanto processual, caso tenham por objeto um direito ou faculdade processual.

um momento em que a discussão há de ter um fim, preponderando o escopo social sobre o escopo jurídico da jurisdição[377], a necessidade de segurança jurídica à busca de justiça.

A relevância social da estabilização dos resultados, em última análise, interessa a ambas as partes, inclusive ao vencido, que dela consegue extrair alguma utilidade, pois como observa BARBOSA MOREIRA[378] este "sabe em que termos e em que medida o seu interesse deve subordinar-se ao interesse do adversário – *não menos*, mas *tampouco mais* do que estatuiu a sentença".

Em razão da sua relevância ímpar para o direito o instituto foi incluído, juntamente com o direito adquirido e o ato jurídico perfeito, entre os direitos e garantias constitucionais (art. 5º, XXXVI), colocando-os a salvo de indevidos ataques por parte de qualquer dos Poderes da República e até mesmo do Poder Constituinte Derivado, por constituir cláusula pétrea (art. 60, § 4º) do texto constitucional.

Essa é a tradição do direito brasileiro, que desde a Constituição de 1934 constitucionalizou a coisa julgada, exceção feita apenas à autoritária Carta de 1937 (promulgada durante a ditadura de Getúlio Vargas), que não pode ser desconsiderada na análise dos problemas envolvendo o instituto[379], mormente ao se comparar a solução que a eles seja dada em outros ordenamentos, nos quais a coisa julgada não seja tratada com igual deferência.

---

[377] Cf. CALMON DE PASSOS, J. J. "Coisa julgada civil – I". In: FRANÇA, R. Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito.* v. 16. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 34.

[378] Cf. *Considerações sobre a chamada "relativização" da coisa julgada material*. São Paulo, Revista Dialética de Direito Processual, jan., n. 22, 2005. p. 97-98.

[379] Embora no plano da teoria geral do processo seja possível concordar com CALMON DE PASSOS, quando afirma que "há ação, há jurisdição e há processo onde inexista a coisa julgada, porquanto a essência dessas atividades prescinde, para como tal se caracterizem, da imutabilidade e da indiscutibilidade do resultado a que elas conduzirem", ressaltando que a existência da *res judicata* "é solução técnica, com o objetivo de dar predominância aos fins pacificadores do processo" ("Coisa julgada civil – I". In: FRANÇA, R. Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito.* v. 16. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 34-35), tal lição há que ser compreendida com reservas à luz do direito constitucional positivo brasileiro, no qual não é lícito ao legislador optar por abolir a coisa julgada, conforme lhe pareça mais conveniente. Além disso, embora seja possível conceber em tese a existência de sentenças condenatórias e constitutivas que não sejam imutáveis, pois a declaração nelas contida é apenas um meio para a obtenção do bem da vida desejado, o mesmo não ocorre nas sentenças meramente declaratórias (que procuram debelar crises de certeza), pois inútil seria a declaração sem a autoridade da coisa julgada, a revelar que sob esta óptica se trata sim de instituto fundamental do direito processual.

Pouco importa, assim, que a coisa julgada de fato não seja, diferentemente do que tradicionalmente se afirma, um instituto universal. A existência de sociedades, que por sinal eram ou são muito menos complexas que a nossa[380], nas quais não se conheça o instituto é algo absolutamente irrelevante para o seu estudo em nosso direito positivo, até porque, no contínuo espaço-tempo, não passa da exceção que confirma a regra.

No caso do Direito brasileiro, a necessidade prática de que os conflitos de interesses não se eternizem encontra-se reconhecida tanto pela Constituição Federal como por leis infraconstitucionais, de tal sorte que a discussão a respeito de o instituto ser ou não inerente ao exercício da jurisdição se situaria na seara da teoria geral do processo ou do direito comparado, o que não é o caso da presente investigação.

O Código de Processo Civil de 1973, em seu art. 467, conceitua a coisa julgada como "a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário".

Segundo parcela da doutrina, teria incorrido em erro o legislador (o que costuma ocorrer quando se arrisca a formular conceitos doutrinários), vez que o que torna a sentença imutável e indiscutível é o fato do trânsito em julgado e não a coisa julgada, que dele é conseqüência e consistiria na atribuição dessa qualidade aos efeitos da sentença.

É a conhecida teoria de LIEBMAN[381], em obra seminal que tanta influência teve no Brasil e na Itália, segundo a qual a coisa julgada seria uma qualidade dos efeitos da sentença, adotada por considerável parcela da doutrina nacional.

Em sentido contrário manifestou-se, entre outros, Barbosa Moreira, no sentido de que a imutabilidade é da sentença e não dos seus efeitos[382] ou mais

---

[380] Conforme observa Cruz e Tucci, "com o desenvolvimento da sociedade, uma das principais funções das instituições públicas é a de construir estruturas de ordem e estabilidade para regrar as relações entre os membros da comunidade" (*Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil.* São Paulo: RT, 2006, p. 36).

[381] Cf. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 38-70.

[382] Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. *Temas de Direito Processual: Terceira Série.* São Paulo: Saraiva, 1984, p. 108-110. No mesmo sentido: CALMON DE PASSOS, J. J. "Coisa julgada civil – I". In: FRANÇA, R. Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito.* v. 16. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 37.

precisamente do conteúdo decisório da decisão[383], qualquer que ela seja (declaração, condenação ou constituição/desconstituição).

A razão, segundo pensamos, está com a segunda corrente, revelando-se correta a interpretação de que a imutabilidade e a indiscutibilidade inerentes à coisa julgada recaem não sobre os efeitos da sentença transitada em julgado, mas sobre o seu conteúdo, contido na parte dispositiva (em sentido substancial e não apenas topológico) da decisão. Como se verá no momento oportuno, é precisamente o apego à teoria de Liebman que cria dificuldades para o enfrentamento da questão dos limites temporais ou cronológicos da coisa julgada, pois se a imutabilidade fosse uma qualidade dos efeitos da sentença não haveria como – ou seria muito difícil – cogitar de limites à sua incidência ao longo do tempo.

Não merece censura, pois, a redação do art. 467 do CPC.

A esse respeito, tampouco medra a acusação de que em tal dispositivo o legislador teria tratado apenas da chamada coisa julgada formal, mas não da coisa julgada material.

Como bem reconheceu o próprio Liebman, não há *duas* "coisas julgadas", uma formal e outra material, sendo a segunda, como pretendem alguns, "conseqüência" da primeira, mas uma *única* coisa julgada[384].

---

[383] Cf., no mesmo sentido, CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil.* São Paulo: RT, 2006, p. 37; MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Coisa Julgada.* Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 4.

[384] Conforme observa Botelho de Mesquita, as expressões "coisa julgada material" e "coisa julgada formal" têm origem na doutrina germânica (*materielle Rechtskraft* e *formalle Rechtskraft*) e lá eram entendidas, respectivamente, "como a eficácia da sentença frente a um futuro processo e eficácia frente ao processo de que faz parte" (MESQUITA, José Ignácio Botelho de. A autoridade da coisa julgada e a imutabilidade da motivação da sentença. *Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil*.v. 2. São Paulo: RT, 2005, p. 114, nota 37). A eficácia frente a um processo futuro, embora seja maior no caso das sentenças que julgam o mérito, existe igualmente nas sentenças terminativas, como nos casos de carência de ação, perempção, litispendência e coisa julgada. Cf. YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação Rescisória: Juízos Rescindente e Rescisório.* São Paulo: Malheiros, 2005, p. 158-166. Deve ser ressaltado que esses efeitos não recaem sobre a relação de direito material afirmada no primeiro processo, mas sobre o direito do autor (em face do Estado) a um julgamento de mérito no segundo processo, razão pela qual entendemos que nossa posição não conflita com o entendimento de BOTELHO DE MESQUITA no sentido de que apenas as sentenças de procedência produzem efeitos fora do processo, pois o mestre tem em vista as relações entre as partes (e por via reflexa as relações entre as partes e terceiros). Cf. MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Coisa Julgada.* Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 2-3.

Tal distinção, que em princípio, por seu caráter didático, seria benfazeja, acaba por dificultar a visão do instituto em determinadas situações concretas, dado o seu viés excessivamente abstratizante, além de resultar em problemas práticos que desafiam o bom funcionamento do sistema, como a ausência de remédio para desconstituir sentenças terminativas que padeçam de vícios graves[385].

A coisa julgada consiste na imutabilidade e a indiscutibilidade da sentença[386], qualquer que seja o seu conteúdo, isto é, tenha ou não sido julgado o mérito da causa. É o seu conteúdo, porém, que determina as conseqüências dessas qualidades (imutabilidade e indiscutibilidade), que serão muito maiores, como cediço, na primeira do que na segunda hipótese. A *res judicata* não existe em si mesma, sendo um predicado do conteúdo da sentença e em função dele deve ser examinado[387]. Sob tal aspecto, seria melhor, como faz a doutrina italiana, falar em limites (subjetivo, objetivo e temporal) não da *cosa giudicata,* mas do *giudicato* (= sentença).

Repita-se: transitada em julgado a sentença, pela não interposição ou exaustão dos recursos cabíveis, haverá a formação da coisa julgada qualquer que seja o seu conteúdo e qualquer que seja a natureza (de conhecimento, execução ou cautelar) do processo em que foi proferida.

A sentença que extingue uma ação de cobrança sem julgamento de mérito por ilegitimidade de parte ou que determina o arresto de determinado bem não é menos imutável do que a que julga procedente uma ação de despejo[388]. A diferença não reside na

---

[385] Cf. YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação Rescisória: Juízos Rescindente e Rescisório.* São Paulo: Malheiros, 2005, p. 157-183.

[386] "A imutabilidade *impede* que o juiz posterior se pronuncie sobre a ação já decidida por sentença transitada em julgado. Cria exceção de coisa julgada. A indiscutibilidade *obriga* o juiz posterior a decidir em conformidade com o decidido pela sentença transitada em julgado" (MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Coisa Julgada.* Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 12). Caso típico da segunda situação é o da propositura de ação condenatória subseqüente ao julgamento de procedência de ação declaratória, em que salvo a ocorrência de fatos posteriores (que possam ter extinto o direito), a existência do direito afirmado deve ser necessariamente pressuposta pelo julgador.

[387] "O referencial semântico da coisa julgada é um outro signo linguístico, a sentença" (GUERRA FILHO, Willis Santiago. "Reflexões a respeito da natureza da natureza da coisa julgada como problema filosófico". São Paulo, *Revista de Processo*, n. 58, abr., 1990, p. 246).

[388] Em estudo publicado em 1977 Calmon de Passos começava a colocar em duvida o entendimento dominante, ao afirmar que "há, evidentemente, imutabilidade e indiscutibilidade, mesmo em termos mais restritos que os reconhecidos nos processos de cognição e execução", das decisões proferidas nos processos cautelares e nos procedimentos de jurisdição voluntária. Cf. CALMON DE PASSOS, J. J. "Coisa julgada

imutabilidade em si, destas sentenças, mas das conseqüências que elas impõem ou delas se pode extrair (em especial a eficácia preclusiva) em razão do seu conteúdo.

A conclusão se aplica igualmente às sentenças proferidas nos procedimentos de jurisdição voluntária. Sobrevindo novas circunstâncias será lícito ao juiz proferir novo julgamento (art. 1.111 do CPC), não porque a sentença anterior não tenha transitado em julgado, mas porque, por força da alteração da situação fática, não se cuidará de ação idêntica à primeira, a afastar a incidência da coisa julgada anteriormente formada.

A propósito das decisões proferidas nos processos cautelares e de jurisdição voluntária, bem ressaltou que da eficácia provisória daquelas (limitada ao tempo de duração do processo principal) ou destas (sujeitas a modificação em caso de alteração do estado de fato), "não se segue, porém, que dentro dos seus limites, essas sentenças não se tornem tão imutáveis quanto quaisquer outras de que não caiba mais recurso algum"[389].

Como observou CALMON DE PASSOS, ainda que não se dê ao fenômeno o nome de "coisa julgada" a situação permanece a mesma[390].

Hoje já não causa qualquer espanto a afirmação de que em caso de propositura de uma demanda idêntica a outra, anteriormente extinta por carência de ação[391] e transitada em julgado, o juiz estará proibido de dar ao segundo pedido de tutela jurisdicional resposta diversa da que já havia sido fornecida no primeiro processo, sendo inconcebível que outra pudesse ser a solução. Para parcela da doutrina[392] este resultado seria imposto pelo art. 471, *caput*, do CPC, segundo o qual "nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide", mas a explicação não nos

---

civil – I". In: FRANÇA, R. Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito.* v. 16. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 40.

[389] Cf. MESQUITA, José Ignácio Botelho de. Da ação rescisória. *Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil.*v. 2. São Paulo: RT, 2005, p. 249.

[390] "Vale dizer, pode o juiz se arrepender do que fez e desfazer o que fez? Ou outro qualquer juiz pode reexaminar o que fez seu antecessor ou substituto e decidir contrariando o que ele decidiu? Seria imoral, antijurídico, antiprocessual, antilógico, antitudo se a resposta fosse afirmativa" (CALMON DE PASSOS, J. J. *Comentários ao Código de Processo Civil.* v. X. t. I. São Paulo: RT, 1984, p. 234).

[391] Não por falta de pressuposto processual, pois neste caso a própria natureza do vício impede que haja a sua repercussão para fora do primeiro processo.

[392] Cf. MESQUITA, José Ignário Botelho de; LOMBARDI, Mariana Capela; AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real; DELLORE, Luiz Guilherme Pennacchi; ZVEIBIL, Daniel Guimarães. "O colapso das condições da ação?: um breve ensaio sobre os efeitos da carência de ação". São Paulo, *Revista de Processo,* n. 152, out., 2007, p. 11-35.

convence, pois tal preceito nos parece dizer respeito à preclusão consumativa que incide sobre o juiz, no âmbito de um mesmo processo, que por definição não tem eficácia extraprocessual. Somente a coisa julgada, com sua eficácia extraprocessual, explicaria que o conteúdo da segunda sentença fosse determinado pelo do da primeira.

Aliás, haveria de ser a diferente o resultado caso sejam propostas duas demandas, idênticas a outras anteriormente decidas, sendo que em uma o pedido foi julgado improcedente e a outra extinta por carência de ação? Na primeira hipótese, não há dúvida, o segundo processo há de ser extinto sem julgamento de mérito, por falta de pressuposto processual, em razão da coisa julgada (art. 267, V, do CPC). No segundo, porém, impõe-se igual solução. A nova sentença, também terminativa, não pronunciará, *novamente*, a carência de ação (art. 267, VI, do CPC), mas sim a impossibilidade de um novo julgamento em razão da coisa julgada[393].

Entendimento contrário resultaria em igualar a coisa julgada que recai sobre a sentença terminativa (a chamada coisa julgada *formal*) à preclusão que atinge uma decisão qualquer proferida no curso do processo (como o despacho saneador), o que nos parece inadmissível[394]. Em primeiro lugar, porque a coisa julgada formal não é uma forma de preclusão, mas sim uma qualidade decorrente da preclusão e que por isso com ela não se pode confundir, pois a causa não se confunde com o efeito. Em segundo, porque é da natureza da sentença que põe fim ao processo a produção de efeitos para fora dele (com intensidade bastante variável, é verdade, a depender do seu conteúdo), diversamente do que ocorre com as decisões interlocutórias, cuja repercussão sempre fica restrita à própria relação jurídica processual[395].

---

[393] Isso confirma, a nosso ver, o acerto daqueles que ressaltam a função precipuamente negativa da coisa julgada, pois a imutabilidade e indiscutibilidade do comando contido na decisão não impedem apenas que seja proferida uma nova decisão em sentido contrário, mas igualmente uma decisão idêntica à primeira, por ser *desnecessário* um novo julgamento. Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "Questões prejudiciais e coisa julgada". In: SANTOS, J. M. de Carvalho (Org.). *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro.* v. XLIV. Rio de Janeiro: Borsói, s/d, p. 104-105.

[394] Em sentido contrário, afirmando que a coisa julgada formal atinge também as decisões interlocutórias, cf. TUCCI, Rogério Lauria. "Coisa julgada formal". In: FRANÇA, R. Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito.* v. 16. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 56.

[395] "A ninguém é dado ignorar que o trânsito em julgado de uma decisão interlocutória não produz os efeitos da coisa julgada material (CPC, art. 467) nem a preclusão das alegações e defesas que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido (CPC, art. 474)" (MESQUITA, José Ignácio Botelho de. "Metamorfose dos embargos". São Paulo, *Revista do Advogado,* ano XXVI, n. 85, mai., 2006, p. 59.

1.1. Eficácia preclusiva da coisa julgada

Por eficácia preclusiva da coisa julgada se entende o "impedimento que surge, com o trânsito em julgado, à discussão e apreciação das questões suscetíveis de influir, por sua solução, no teor do pronunciamento judicial, ainda que não examinadas pelo juiz"[396].

Nesse sentido dispõe o art. 474 do Código de Processo Civil que "passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido", ainda que altere a parte o fundamento legal da sua pretensão ou a qualificação jurídica do fato alegado[397].

O escopo de tal previsão, segundo observa Barbosa Moreira, é tornar a solução dada ao litígio "imune a contestações juridicamente relevantes, não apenas no âmbito daquele mesmo processo em que se proferiu a decisão, mas também fora dele, vinculando as partes e quaisquer juízes, de eventuais processos subsequentes"[398].

Segundo o entendimento dominante (e prestigiado pela jurisprudência[399]), porém, a eficácia preclusiva alcançaria apenas os fatos simples, não servindo de obstáculo, destarte, a que o autor, em outro processo, formulasse em face do mesmo réu idêntico pedido, com fundamento em fatos (= causa de pedir) diversos:

> "As razões que poderiam ser *opostas à rejeição do pedido* são aquelas que *o autor* houver omitido. Não se trata de causas de pedir omitidas, porque a coisa julgada material não vai além dos limites da demanda proposta e, se houver outra *causa petendi* a alegar, a demanda será outra e não ficará

[396] Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A eficácia preclusiva da coisa julgada material. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *Doutrinas Essenciais: Processo Civil.* v. VI. São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 711.

[397] "A diversidade de fundamento legal invocado pelas partes ou a alteração na qualificação jurídica dos fatos narrados não são determinantes para afastar a identidade entre as ações. Tais fatores não integram a causa de pedir, nem vinculam o magistrado, por força dos princípios *iura novit curia* e *da mihi factum, dabo tibi jus*" (STJ – 3ª Turma – REsp. nº 1.009.057 – Rel. Min. Vasco Della Giustina – j. 27.04.2010 – m.v.).

[398] Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. A eficácia preclusiva da coisa julgada material. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *Doutrinas Essenciais: Processo Civil.* v. VI. São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 708.

[399] STJ – 2ª Turma – REsp. nº 861.270-PR – Rel. Min. Castro Meira – j. 05.10.2006 – v.u.

impedida de julgamento (*supra*, n. 962); mas novos argumentos, novas circunstâncias de fato, interpretação da lei por outro modo, atualidades da jurisprudência *etc.*, que talvez pudessem ser úteis quando trazidos antes do julgamento da causa, agora já não poderão ser utilizados"[400].

Em posição minoritária, entende ARAKEN DE ASSIS, a nosso ver com razão, que a coisa julgada impede a alegação posterior de todas as possíveis causas de pedir que pudessem ter embasado o pedido formulado[401].

Digno de nota, ainda, o entendimento de JOSÉ MARIA TESHEINER, que propugnando uma corrente intermediária admite a incidência do art. 474 do CPC sobre causas de pedir não veiculadas na demanda desde que os fatos tenham a mesma natureza, a mesma essência[402].

Diversa, porém, é a situação do réu, que se deixar de invocar, em sua contestação, algum fato extintivo, impeditivo ou modificativo do direito alegado pelo autor, não poderá eficazmente fazê-lo em outro processo, inclusive se sua for a iniciativa de recorrer ao Poder Judiciário, pleiteando a declaração da sua inexistência, sob tal fundamento.

Por força do princípio da eventualidade o réu tem o ônus de alegar na contestação toda a matéria de defesa[403] de que disponha, ainda que contraditória (art. 300

---

[400] Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil.* v. III. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 331-332. No mesmo sentido: MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *A coisa julgada.* Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 87-88; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A eficácia preclusiva da coisa julgada material. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *Doutrinas Essenciais: Processo Civil.* v. VI. São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 715.

[401] Cf. ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações.* 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2002, p. 145-147.

[402] "Se o autor pede despejo, alegando danos nas paredes do imóvel, não pode propor outra, alegando danos nas portas, salvo se ocorridos após o encerramento da instrução. Não se lhe veda, porém, a propositura, concomitante ou posterior, de ação de despejo fundada em locação não consentida, porque se trata de fato de natureza diversa" (*Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil.* São Paulo: Ed. RT, 2001, p. 161).

[403] O problema deixaria de existir caso se aceite que o réu, ao contestar, formula verdadeira demanda em face do autor, pois em caso de procedência dessa "segunda demanda" o autor ficaria impedido de invocar, tanto neste como em futuro processo, novos fatos em defesa do seu direito (as causas de pedir que não constaram da sua petição inicial). Cf. SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O direito de defesa no processo civil brasileiro.* São Paulo: Atlas, 2011, p. 205-280. Essa teoria, apesar de suscitar dificuldades de ordem prática, serviria, por exemplo, para solucionar um problema criado pelo entendimento dominante a respeito do art. 474 do CPC: o efeito da rejeição de pedido reivindicatório em razão do acolhimento de exceção de usucapião, o qual, evidentemente, deveria resultar na impossibilidade de acolhimento posterior do mesmo pedido, caso invocado no segundo processo fundamento já existente ao tempo da propositura da primeira demanda.

do CPC), sob pena de, em caso de a decisão favorável ao autor transitar em julgado, não poder alegar os fatos que podiam ter sido alegados e não o foram (defesa concentrada com efeito preclusivo).

Antes do trânsito em julgado, a preclusão impede que o fato venha a ser alegado no mesmo processo[404]. Transitada em julgado a decisão de mérito, a imutabilidade da parte dispositiva de sentença impede que contra ela se invoque, em outro processo, quaisquer fatos (anteriores) que poderiam ser alegados para se chegar a conclusão diversa, tenham ou não por ela sido apreciados.

Por exemplo, transitada em julgado sentença de procedência em ação reivindicatória, não poderá o réu, posteriormente, obter a declaração da aquisição da propriedade do mesmo bem por usucapião[405].

No tocante à eficácia preclusiva da coisa julgada a desigualdade de tratamento entre demandante e demandado[406] não decorre de necessidade imposta pela técnica processual[407], razão pela qual deveria ser afastada, por inconstitucional, interpretação do art. 474 do CPC que permita àquele extrair da coisa julgada material, em caso de decisão favorável, maior utilidade do que aquela que seria obtida pelo adversário em caso de improcedência do pedido.

Essa incongruência, aliás, foi bem percebida por DIDIER, BRAGA e OOLIVEIRA, ao ressaltarem que a aplicação da concepção restritiva aos embargos à execução resulta problemática, defendendo, portanto, que "cabe ao executado deduzir, nos embargos à execução, todas as matérias de defesa que até então poderiam ter sido argüidas

---

[404] "O princípio da eventualidade está muito ligado à preclusão. Se a parte não alegou tudo o que lhe era lícito aduzir, no instante processual adequado, pode ficar impedida de suscitar uma questão relevante, em outra oportunidade, por ter ocorrido a preclusão" (MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972, v. III, p. 163-164).

[405] STJ – 3ª Turma – REsp. nº 332.880 – Rel. Min. Humberto Gomes de Barros – j. 05.10.2006 – v.u.

[406] Conforme observou Adriana Fagundes Burger "é evidente a quebra do princípio da isonomia processual" ("Reflexões em torno da eficácia preclusiva da coisa julgada". Porto Alegre, *Revista Jurídica,* n. 223, mai., 1996, p. 26).

[407] A interpretação defendida pela maior parte da doutrina, *data venia,* não resiste ao segundo teste proposto por Celso Antônio Bandeira de Mello para identificar a ofensa à isonomia, consistente em indagar a existência de "correlação lógica abstrata (...) entre o fator erigido em critério de discrímen e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado". Cf. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade.* 3. ed. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 21-22.

(que formalmente virão deduzidas como causas de pedir, embora sejam substancialmente defesa), sob pena de a coisa julgada da decisão final desses embargos implicar a preclusão do direito de alegá-las"[408].

Além de ofensiva à isonomia, a interpretação atualmente dominante obsta que o instituto cumpra integralmente a função para a qual foi criado (eliminar o litígio e prevenir futuras demandas relativas à mesma lide), à semelhança do que concluiu Peter Arbour em estudo sobre a *res judicata* no Estado da Louisiana, em época na qual ao instituto ainda não fora aplicado o regime de *common law*:

> "It encourages an unsuccessful party to relitigate on an alternative basis, thereby prolonging the eventual determination of the rights and obligations of the parties. This allows the harassment of the successful party and increases the caseload of the courts. Although in most cases a party will assert all of his causes in order to avoid the time and expense of multiple litigation, this is not always true"[409].

Dessa forma, nos parece ser salutar inovação como a constante do art. 98, § 4º, da Lei nº 12.529/11 (Nova Lei do CADE), segundo o qual "na ação que tenha por objeto decisão do CADE, o autor deverá deduzir todas as questões de fato e de direito, sob pena de preclusão consumativa, reputando-se deduzidas todas as alegações que poderia deduzir em favor do acolhimento do pedido, não podendo o mesmo pedido ser deduzido sob diferentes causas de pedir em ações distintas, salvo em relação a fatos supervenientes".

Se a coisa julgada é um imperativo da segurança jurídica, a eficácia preclusiva é requisito indispensável para que esta atinja a sua finalidade, pois a mera

---

[408] Cf. DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil.* 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2012, v.2, p. 440. Embora concordemos com a conclusão, discordamos do fundamento invocado pelos autores para sustentá-la. Não convence, *data venia,* a afirmação de que os embargos são ação, mas tem a natureza de defesa. A distinção entre ataque e defesa é meramente circunstancial, decorrente de um dos interessados ter tomado a iniciativa de provocar o Judiciário, rompendo a inércia da jurisdição. Se o suposto devedor tivesse tomado a iniciativa de pleitear a declaração da inexistência da obrigação antes mesmo da propositura da execução seria possível falar em "defesa"? Contra que "ataque"? Na realidade, "ação" e "defesa" são manifestações de um mesmo fenômeno, e por isso, qualquer solução que trate demandante e demandado de forma diversa, salvo quando isto for inevitável pela própria posição que ocupam no processo, será sempre incongruente e, mais do que isso, inconstitucional.

[409] Cf. ARBOUR, Peter Wilbert. "The Louisiana Concept of *Res Judicata". Louisiana Law Review,* vol. 34, n. 4, 1974, p. 770.

proibição do julgamento de ações idênticas, ainda que se dê a esse conceito alguma flexibilidade (*v.g.*, ações em que as partes estão em pólos opostos), é insuficiente para evitar que a mesma lide seja objeto de um segundo processo e nele se obtenha decisão contrária ao que foi anteriormente decidido. Isso tanto é mais necessário se considerarmos que o regime atual trata autor e réu de forma diversa, conferindo maior amplitude à eficácia preclusiva à sentença de procedência do que à de improcedência, em violação à garantia de tratamento isonômico das partes.

1.2. Limites subjetivos

Em comparação com os limites objetivos e temporais, o estudo dos limites subjetivos da coisa julgada (isto é, a identificação das pessoas que ficam vinculadas à imutabilidade da decisão transitada em julgado), tradicionalmente tem suscitado menos polêmicas entre os estudiosos do processo civil.

Com efeito, antes mesmo da disseminação no Brasil e em outros países da ideia de um direito processual constitucional, fundado na garantia do devido processo legal e seus corolários, como a ampla defesa e o contraditório, já era antigo o entendimento de que somente as partes do processo se sujeitavam à coisa julgada e os efeitos dela decorrentes.

Conforme observa Moniz de Aragão, tal visão "remonta ao Direito Romano e está compendiada no *Digesto*, apadrinhada pela autoridade de jurisconsultos famosos, tais como Paulo, Macro e Ulpiano, que não somente ensinaram ficar a autoridade da coisa julgada restrita às partes do processo entre as quais a sentença fora dada como, também, que a outros não atinge"[410].

Sem a necessidade de retroceder tanto no tempo, o próprio Código de Processo Civil, gestado e promulgado em época na qual ainda principiava uma visão

[410] Cf. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. "Observações sobre os limites subjetivos da coisa julgada" In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *Doutrinas Essenciais: Processo Civil.* v. III. São Paulo: RT, 2011, p. 780. Para um exame da evolução dos limites subjetivos da coisa ao longo do tempo, Cf. LOMBARDI, Mariana Capela. *Da coisa julgada civil: limites subjetivos e extensão a terceiros* (Dissertação de Mestrado). São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008, p. 39-70.

constitucional do processo civil (as garantias expressamente previstas no texto constitucional diziam respeito ao processo penal), confirmando esta longa tradição, expressamente estabeleceu no art. 472, que "a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando nem prejudicando terceiros", "ressalvando" apenas a situação em que a demanda fosse relativa ao estado de pessoa e todos os interessados fossem citados como litisconsortes necessários[411].

O texto legal, sem embargo, omitia a existência, entre outras[412], de uma situação expressamente prevista pelo direito positivo no qual uma decisão definitiva faria coisa julgada em face de alguém que não participou da relação jurídica processual, que não teve a oportunidade de influir no convencimento do julgador e consequentemente no resultado do processo, o que, em princípio, poderia ser visto como ofensivo à garantia do contraditório. Trata-se da substituição processual[413], espécie de legitimação processual extraordinária, na qual alguém, em nome próprio, defende em juízo direito individual[414] de titularidade de terceiro e que tem como consequência a sujeição do substituído (e também do substituto, obviamente, pois este foi parte) ao que tiver sido decidido no processo, conforme reconhecem de forma uniforme a doutrina e a jurisprudência[415].

---

[411] Cf. MOURA, Mário Aguiar. "Limites subjetivos da coisa julgada material na ação de investigação da paternidade". São Paulo, *Revista de Processo*, n. 27, jul., 1982, p. 167. Nesta hipótese, porém, não há verdadeira coisa julgada *erga omnes*, pois se todos os interessados foram partes no processo não remanesce nenhum terceiro que tenha legitimidade para impugnar a coisa julgada. Na ação de investigação de paternidade proposta em face do suposto genitor, enquanto for ele vivo, somente aquele a que se imputa a condição de pai é parte legítima e deve figurar no processo (quando muito se pode cogitar de litisconsórcio necessário com aquele até então apontado como pai no registro civil), de tal forma que acolhido o pedido ninguém (esposa, outros filhos e parentes) restará que possa discutir se o filho é de fato filho. Cf. CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil.* São Paulo: RT, 2006, p. 292. Não porque a eles se aplique a coisa julgada, mas porque lhes falece legitimidade para propor demanda que vise a obter resultado contrário ao que foi decidido no primeiro processo. Em sentido contrário, defendendo a existência de coisa julgada *erga omnes*: LOMBARDI, Mariana Capela. *Da coisa julgada civil: limites subjetivos e extensão a terceiros* (Dissertação de Mestrado). São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008, p. 129-135. Quando se fala em "hierarquização de interesses" de terceiros em ações de estado se está, a nosso ver, desviando o foco da questão, que está no plano da legitimidade e não no do interesse (embora se reconheça que em muitas hipóteses é complicado separar uma categoria da outra no caso concreto).

[412] Cf. LOMBARDI, Mariana Capela. *Da coisa julgada civil: limites subjetivos e extensão a terceiros* (Dissertação de Mestrado). São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008 (Capítulo IV).

[413] Cf. CAMPOS JR., Ephraim de. *Substituição processual.* São Paulo: RT, 1985; OLIVEIRA JR., Waldemar Mariz de. *Substituição processual.* São Paulo: RT, 1971.

[414] A substituição processual não ocorre em matéria de interesses difusos e coletivos em sentido estrito, pois a parte também é, como membro da coletividade, titular do direito. Aqui é a indivisibilidade do direito que impõe que coisa julgada também atinja todos aqueles que não participaram do contraditório. Cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo.* 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 117.

[415] Cf. STJ – 4ª Turma – REsp. nº 44.925-GO – Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – j. 21.06.1994 – v.u.

Tal fenômeno, no entanto, talvez inclusive por não ter sido expressamente mencionado pelo dispositivo legal em comento, por muito tempo não suscitou dúvidas a respeito da constitucionalidade do instituto (a discussão simplesmente não aparece nas obras mais antigas[416] e ainda é pouco mencionada nas mais recentes), à semelhança do que ocorreu em outros países, nos quais é relativamente novo tal questionamento[417].

Após a promulgação da Constituição de 1988[418], contudo, esse cenário veio a sofrer uma mudança significativa em razão de uma verdadeira releitura dos institutos e normas processuais à luz do texto constitucional, à qual não ficou imune a substituição processual.

Inicialmente levantaram-se vozes, em nível doutrinário[419], colocando em dúvida a constitucionalidade da substituição processual (inicial) exclusiva (em oposição à substituição processual concorrente), qual seja, aquela em que haveria uma completa ruptura entre o direito material e o direito de ação cujo exercício tinha por escopo a sua defesa em juízo, por aparente ofensa à garantia constitucional do direito de ação (art. 5º, XXXV, da CF).

Mais recentemente, porém, passou-se a questionar a compatibilidade do instituto com a garantia do contraditório também nos casos de substituição concorrente, sob a alegação de que a extensão dos efeitos da coisa julgada dependeria da ciência

---

[416] Cf. CAMPOS JR., Ephraim de. *Substituição processual.* São Paulo: RT, 1985, p. 76-84; OLIVEIRA JR., Waldemar Mariz de. *Substituição processual.* São Paulo: RT, 1971, p. 164-170.

[417] Cf. CARPI, Federico. "Third-party effects of 'res judicata': recent developments in Italian law". *Israel Law Review,* v. 21, n. 2, 1986, p. 173.

[418] É necessário mencionar, sem embargo, que em ensaio publicado ainda sob a égide dor regime constitucional anterior, essa tese fora defendida, pioneiramente, por Moniz de Aragão: "Sujeitar o titular da relação jurídica à coisa julgada oriunda de processo ao qual não lhe foi dado comparecer e, nele, defender *seu* interesse importa barrar-lhe o acesso ao Poder Judiciário, o que nem a lei nem ninguém poderá fazer. Porém, se ficar assegurada a intervenção do substituído (a quem é inegável a posição de assistente do substituto) no processo, a tempo de defender adequadamente seu interesse, mudam os dados do problema" (ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. "Observações sobre os limites subjetivos da coisa julgada" In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *Doutrinas Essenciais: Processo Civil.* v. VI. São Paulo: RT, 2011, p. 811).

[419] Cf. RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Processual Civil.* v. 1. 3. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 260 (nota 60).

(efetiva ou presumida) da demanda e da possibilidade de intervenção pelo substituído, na qualidade de assistente[420].

Embora a preocupação da compatibilidade do instituto da substituição processual com a garantia constitucional do contraditório (e, portanto, do devido processo legal) seja legítima, nos parece que a questão não se encontra posta em termos adequados.

Com efeito, a necessidade de intimação do eventual titular do direito material (a "parte em sentido material", conforme terminologia bastante criticada pela doutrina tradicional[421]) para que participe do processo há que ser examinada à vista das finalidades da substituição processual, que são facilitar a defesa do direito em juízo[422] e evitar a repetição ou multiplicação de litígios[423], bem como dos limites impostos pelo aspecto material do devido processo legal (idéia de razoabilidade/proporcionalidade) para que o legislador confira a alguém legitimidade extraordinária para defender direito alheio em nome próprio[424], que seriam desrespeitados caso não seja razoável esperar, ao menos

---

[420] Cf. CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil.* São Paulo: RT, 2006, p. 226-233; TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão.* São Paulo: RT, 2005, p. 113-116.

[421] Cf. CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil.* São Paulo: RT, 2006, p. 35.

[422] Cf. BUENO, Cassio Scarpinella. *Partes e Terceiros no Processo Civil Brasileiro.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 15.

[423] É o que ocorreria caso a coisa julgada produzida no processo vinculasse apenas o substituto e não o substituído.

[424] Ao tratar do tema, afirma Cassio Scarpinella Bueno que "o interesse do substituto é o traçado pela lei, pelo que tende a se confundir com a própria pesquisa em torno de saber se, para o caso concreto, há ou não autorização legal para o substituto agir", razão pela qual a indagação a respeito de qual o interesse jurídico a justificar a atuação do substituto seria "questão que se põe ao legislador quando decide criar situações que passam a admitir a substituição processual" (*Partes e Terceiros no Processo Civil Brasileiro.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 56), posição que a nosso ver merece uma observação. Embora uma vez prevista a substituição processual em lei fique o juiz dispensado de indagar qual seria o interesse concreto a ensejar a atuação do substituto (= o substituto não precisa demonstrar, concretamente, o seu interesse de agir, para além da existência da legitimação extraordinária), como já defendia Zanzucchi (ARRUDA ALVIM. "Substituição processual". In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *Doutrinas Essenciais: Processo Civil.* v. III. São Paulo: RT, 2011, p. 444), isto não significa que o legislador seja absolutamente "livre" para criar hipóteses de substituição processual, inclusive nos casos em que é de se supor (em abstrato) que nenhum seja o interesse do substituto. A questão não é tanto de ordem lógico-formal, como pareceu a Araújo Cintra, ao afirmar que essa relação seria necessária para justificar o interesse de agir em juízo do substituto ("Estudo sobre a substituição processual no direito brasileiro". In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *Doutrinas Essenciais: Processo Civil.* v. III. São Paulo: RT, 2011, p. 461, nota 24), mas de natureza processual-constitucional, pois seria inadmissível, especialmente nos casos de legitimação exclusiva, que os interesses do substituído pudessem ser colocados em uma verdadeira "nau sem rumo", como seria uma demanda em que o substituto não tem qualquer interesse em zelar por eles. Por outro lado, a existência do interesse não é por si só suficiente para permitir a atuação do terceiro, sendo de rigor a sua autorização pela lei, razão pela qual não tem cabimento entre nós a substituição processual voluntária. Cf. ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de. "Estudo sobre a substituição processual no direito brasileiro". In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.).

em um juízo abstrato[425], que o substituto atue de forma diligente na defesa do substituto, em razão da existência de interesse jurídico comum ou afim (= não conflitante) entre ambos.

Nesse passo, nos parece que ou se encontra presente tal interesse, de modo a justificar a substituição processual, situação em que a intimação do substituto atentaria contra a própria finalidade do instituto, ou a sua ausência inviabiliza a existência da própria substituição, cenário em que será inevitável que a "parte em sentido material" integre a relação processual, participando do contraditório[426].

Para secundar esta posição, entendemos ser útil o estudo do direito anglo-americano, no qual a existência de determinadas relações entre as pessoas (*privity*) há muito é aceita como fundamento para expandir os limites subjetivos da coisa julgada, aplicando àqueles que não foram partes em um processo a imutabilidade e a eficácia preclusiva da decisão de mérito definitiva nele proferida.

Segundo obras de referência, o termo *privy* (do francês *privé*) designava, na origem, um amigo ou conhecido, em oposição a um estranho, de tal forma que *privity* designaria o conhecimento de algum fato em razão dessa relação de amizade ou conhecimento[427]. Posteriormente, porém, e com carga notadamente jurídica, a expressão *privity* passou a designar a existência de um determinado tipo de relação entre duas ou

---

Doutrinas Essenciais: Processo Civil. v. III. São Paulo: RT, 2011, p. 464-465. Não se exige, contudo, que a lei mencione que se trata de substituição processual, sendo suficiente "que, pelo seu exame, o inérprete encontre os elementos básicos caracterizadores do instituto, conseguindo, em consequência, identifica-lo" (OLIVEIRA JR., Waldemar Mariz de. *Substituição processual.* São Paulo: RT, 1971, p. 135).

[425] Cf. GARBAGNATI, Edoardo. *La sostituzione processuale.* 2. ed. Padova: CEDAM, 1979, p. 211.

[426] Nesse sentido manifestou-se, *mutatis mutandis*, William J. Katt, ao defender a desnecessidade de intervenção de terceiro com fundamento na Rule 19 das FRCP (relativa ao litisconsórcio) em caso de *privity.* Cf. "Res Judicata and Rule 19". *Northwestern University Law Review,* v. 103, n.1, 2009, p. 402.

[427] Cf. BURKE, John (Ed.). *Jowitt's Dictionary of English Law.* v. 2. 2. ed. London: Sweet & Maxwell, 1977, p. 1432 (verbete "privity").

mais pessoas (denominadas *privies*)[428], em razão da qual haveria entre elas, simultânea ou sucessivamente[429], uma identidade ou comunhão de interesses[430].

Tal identidade ou comunhão de interesses, no plano do direito material[431], produziria no âmbito do processo a representação[432] (em sentido amplo) do *privy* por uma das partes da demanda, com a qual tenha relação, de tal modo que eventual coisa julgada que venha a ser produzida no processo também vinculará o terceiro em *privity* no futuro:

> "A person or entity may be a privy to an action if the privy has a relationship with a party to the action that creates an interest or stake in the outcome of the action, even though the privy does not make an appearance in the case. The privy is said to partake in the case regardless of making an appearance. Thus, a third-party beneficiary of a contract whose interest is asserted by the contracting party is a privy of that party, and a spouse is privy with the other spouse who is a party to an action related to marital property. A privy has an interest in filling an appeal of an action, because a privy is bound by its result through res judicata"[433].

---

[428] Segundo ressalta a doutrina a existência de *privity* era tradicionalmente reconhecida apenas em determinadas relações jurídicas de natureza patrimonial, em um sistema de *numerus clausus.* Cf. RICHARDS, R. Jason. "Richards v. Jefferson County: The Supreme Court Stems the Crimson Tide of Res Judicata". *Santa Clara Law Review,* v. 38, n. 3, 1998, p. 701. Para um exame das hipóteses em que a relação entre a parte e o terceiro autorizava (ou não) o reconhecimento da existência de *privity,* cf. ROBBINS, Charles A. Judgments. In: MERRILL, John Houston (Ed.). *American and English Encyclopaedia of Law.* v. 12. Northport: Edward Thompson Company, 1892, p. 156 (verbete "Privies-Privity").

[429] Cf. MERRILL, John Houston (Ed.). *American and English Encyclopaedia of Law.* v. 12. Northport: Edward Thompson Company, 1890

[430] Cf. GARNER, Bryan A. (Ed.). *Black's Law Dictionary.* 9. ed. St. Paul: West, 2009, p. 1320 (verbete "privity").

[431] No mesmo sentido manifestou-se Federico Carpi, ao sustentar que as particularidades de determinadas situações envolvendo terceiros justificam e confirmam a necessidade de que a coisa julgada tenha efeito *extra partes*. Cf. "Third-party effects of 'res judicata': recent developments in Italian law". *Israel Law Review,* v. 21, n. 2, 1986, p. 170.

[432] Evitou-se utilizar o termo "virtual representação" porque este designaria uma doutrina da *equity,* distinta do conceito de *privity* (originário do *common law*). Cf. MORRIS, John K. "Nonparties and Preclusion by Judgment: The Privity Rule Reconsidered". *California Law Review,* v. 56, n. 4, 1968, p. 1105. Além disso, a Suprema Corte dos Estados Unidos, no julgamento do caso *Taylor v. Sturgell,* igualmente rejeitou a existência de uma "representação virtual" para além das hipóteses admitidas pelo *common law* e pelo *statutory law,* razão pela qual tal expressão revelar-se-ia potencialmente equívoca. Evita-se, desse modo, problema semelhante ao que ocorreu no direito italiana, segundo relata Federico Carpi, em que por algum tempo se tentou explicar o efeito *ultra partes* da coisa julgada por meio da ideia de representação, embora o fenômeno não correspondesse ao conceito de representação do direito material, o que levou ao seu abandono. Cf. CARPI, Federico. "Third-party effects of 'res judicata': recent developments in Italian law". *Israel Law Review,* v. 21, n. 2, 1986, p. 167-168.

[433] Cf. SHEPPARD, Stephen Michael (Ed.). *Bouvier Law Dictionary: Compact Edition.* New York: Wolters Kluwer, 2011, p. 863.

Via de conseqüência, a expansão dos limites subjetivos da coisa julgada com fundamento no instituto da *privity* é historicamente aceita nos ordenamentos da tradição anglo-americana.

Na Inglaterra a aplicação da coisa julgada com fundamento na *privity* encontraria apoio em precedentes que remontam a 1575 e já era mencionada pela doutrina no começo do século XVII[434], o que demonstra que o instituto não tem origem moderna e se encontra há muito incorporado ao *common law*.

Nos Estados Unidos há muito[435] é assente o entendimento de que a proibição da incidência da coisa julgada (tradicionalmente designada pela expressão *res judicata,* compreendendo os fenômenos da *claim preclusion* e da *issue preclusion*[436]) àqueles que não participaram do processo não se aplica àqueles em *privity* com as partes, sem que haja, por isso, ofensa ao direito destes de se defender em juízo[437], compreendido nas garantias processuais do *due process of law* da 5ª e 14ª Emendas à Constituição.

Não desmente, mas antes afirma tal entendimento, a decisão proferida da Suprema Corte no caso *Hansberry v. Lee*[438], no qual se afirmou que a coisa julgada não poderia ser aplicada àquele que não figurou como parte no processo, não sendo hipótese de *privity*[439] ou de ação coletiva[440]. No caso das ações coletivas (*class actions*), precisamente porque não há *privity* entre os titulares do direito (não há relação jurídica entre os integrantes da classe, mas entre cada um deles e a parte contrária), faz-se necessário

---

[434] Cf. MORRIS, John K. "Nonparties and Preclusion by Judgment: The Privity Rule Reconsidered". *California Law Review,* v. 56, n. 4, 1968, p. 1102 (nota 32).

[435] Cf. ROBBINS, Charles A. Judgments. In: MERRILL, John Houston (Ed.). *American and English Encyclopaedia of Law.* v. 12. Northport: Edward Thompson Company, 1890, p. 92. A sujeição de terceiros em *privity* com as partes é mencionada em julgados da Suprema Corte que remontam pelo menos há segunda metade do século XIX.

[436] Para uma introdução a esses conceitos, cf. YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. "A expansão da eficácia preclusiva da coisa julgada em matéria de direito da concorrência: considerações a respeito do art. 98, § 4º, da nova Lei do CADE (Lei 12.529/2011)". *Revista de Processo,* n. 222, ago., 2013, p. 101-109.

[437] Cf. MORRIS, John K. "Nonparties and Preclusion by Judgment: The Privity Rule Reconsidered". *California Law Review,* v. 56, n. 4, 1968, p. 1124.

[438] 311 U.S. 32 (1940). A orientação foi reafirmada no caso *Richards v. Jefferson County*, 517 U.S. 793, 116 S.Ct. 1761 (1996). Em ambas, como reconheceu a Suprema Corte em *Taylor v. Sturgell,* os tribunais inferiores haviam tratado, em litígios posteriores, ações individuais como se fossem ações coletivas, criando verdadeiras "ações coletivas informais" (de facto *class actions*), em violação à garantia do *due process of law*.

[439] "It does not appear, nor is it contended that any of petitioners is the successor in interest to or in privity with any of the parties in the earlier suit".

[440] "It is plain that, in such circumstances, all those alleged to be bound by the agreement would not constitute a single class in any litigation brought to enforce it".

assegurar que os interesses dos membros da classe que não participam da demanda sejam eficazmente defendidos, o que é feito, nos termos da *Rule 23* das *Federal Rules of Civil Procedure,* por meio do controle da representatividade do autor (incluindo a sua capacidade de conduzir o litígio) e da intimação dos demais membros da classe a respeito da existência do processo. A necessidade de intimação do interessado, porém, não se justifica no caso das demandas individuais entre *privies*, sendo particular ao regime das *class actions*[441], em que a tolerância ao risco de que o interesse dos "ausentes" não seja adequadamente tutelado é muito menor. Não obstante também seja inerente ao conceito de *privity* a ideia que inspira o conceito de representação adequada[442], cuida-se de institutos diferentes, que não devem ser confundidos[443].

A possibilidade da sujeição de terceiros à coisa julgada foi recentemente reafirmada pela Suprema Corte no caso *Taylor v. Sturgell*[444], que identificou nada menos do que seis diferentes situações em que se admite a expansão dos limites objetivos da *res judicata,* incluindo aquela tradicionalmente identificada com o conceito de *privity*[445].

Embora o direito brasileiro não conheça o instituto da *privity,* tal como sistematizado por ingleses e norte-americanos, entre nós há exemplos fundados na *ratio* que lhe é subjacente[446], como é o caso da substituição processual do adquirente do bem litigioso pelo alienante (art. 42, § 1º, do CPC) ou da intimação do advogado (e não da

---

[441] Em sentido contrário, cf. RICHARDS, R. Jason. "Richards v. Jefferson County: The Supreme Court Stems the Crimson Tide of Res Judicata". *Santa Clara Law Review,* v. 38, n. 3, 1998, p. 706.

[442] Cf.. KATT, William J. "Res Judicata and Rule 19". *Northwestern University Law Review,* v. 103, n.1, 2009, p. 424 (mencionando que a ideia de "protection of interests", se não for equivalente, estaria à base do conceito de "adequate representation").

[443] Cf. "Privity, Preclusion and the Parent-Child Relationship". *Brigham Young University Law Journal,* vol. 1977, issue 3, p. 620.

[444] 128 S. Ct. 2161 (2008)

[445] O Tribunal, porém, optou por não utilizar tal expressão em sua decisão, conforme explicitado na nota de rodapé nº 8: "The substantive legal relationships justifying preclusion are sometimes collectively referred to as "privity." The term "privity," however, has also come to be used more broadly, as a way to express the conclusion that nonparty preclusion is appropriate on any ground. To ward off confusion, we avoid using the term "privity" in this opinion".

[446] Ao procurar explicar a razão de ser da substituição processual muitos autores brasileiros e italianos utilizam linguagem similar à utilizada pelo *common law* para explicar o fundamento da *privity,* falando em interferência (Satta) ou interdependência (Arruda Alvim) de relações jurídicas ou ainda em interesses conexos (Carnelutti). Cf. CAMPOS JR., Ephraim de. *Substituição processual.* São Paulo: RT, 1985, p. 60-61 e 64. A partir de tais lições, afirma Araújo Cintra que "a legitimação do substituto processual decorre da existência de um seu interesse material cuja satisfação depende da satisfação do interesse material litigioso do substituído" (ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de. "Estudo sobre a substituição processual no direito brasileiro". In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *Doutrinas Essenciais: Processo Civil.* v. III. São Paulo: RT, 2011, p. 460).

parte) para o cumprimento da sentença condenatória (conforme interpretação conferida pelo Superior Tribunal de Justiça ao art. 475-J do CPC[447]) ou para responder aos embargos à execução ou de terceiros (arts. 740 e 1.053 do CPC)[448]. No primeiro caso o interesse do alienante em não responder pela evicção autoriza supor que os interesses do adquirente serão suficientemente resguardados no processo (até porque, em caso de derrota, o substituto provavelmente suportará outros prejuízos, como a condenação ao pagamento de indenização e honorários de sucumbência). No segundo, a responsabilidade do advogado para com o seu constituinte, caso deixe de tomar as providências cabíveis, igualmente autoriza supor que os interesses da parte serão adequadamente tutelados ainda que a ela não sejam dirigidos os atos de comunicação processual.

Nessas situações, tal como sucede no *common law*, não se justifica a nosso ver a intimação do substituído para que, caso queira, participe do processo[449]. Isto equivaleria, substancialmente (falar em "intimação" e não em "citação" nos parece um jogo de palavras), a considerar o substituído litisconsorte necessário do autor ou do réu, o que, à toda evidência, contraria a razão de ser e torna inútil a substituição processual[450]. O substituto seria praticamente reduzido a uma espécie de "parte provisória" a atuar apenas enquanto o titular do direito material não fosse trazido para o processo.

Por tais motivos, não vemos no instituto da substituição processual (ou mais especificamente na sua disciplina atual) qualquer ofensa aos princípios do contraditório e do devido processo legal, desde que, como já referido, exista uma relação jurídica entre

---

[447] STJ – Corte Especial – REsp. nº 1.262.933-RJ – Rel. Min. Luis Felipe Salomão – j. 19.06.2013 – v.u.

[448] No caso da relação entre advogado e seu constituinte não há substituição processual, mas representação (defesa de direito alheio em nome alheio), a qual, porém, também é espécie de legitimação extraordinária e sob tal aspecto se assemelha ao instituto da *privity*.

[449] "Antes de tudo, ou a citação é necessária e deve ser feita, ou é desnecessária e mostra-se juridicamente inconveniente" (MOURA, Mário Aguiar. "Limites subjetivos da coisa julgada material na ação de investigação da paternidade". São Paulo, *Revista de Processo*, n. 27, jul., 1982, p. 175).

[450] Segundo bem observa Dinamarco, a utilidade da substituição processual consiste precisamente em se tratar de instituto "substitutivo da necessariedade do litisconsórcio" (*Instituições de Direito Processual Civil*. v. III. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 330). Não é por outra razão que GIROLAMO MONTELEONE defendeu que todos os casos de substituição processual seriam, na realidade, hipóteses de litisconsórcio necessário entre o substituto e o substituído. Cf. *I limiti soggetivi del giudicato civile*. Padova: CEDAM, 1978, p. 118-119. Ou bem há substituição, sem necessidade – embora com a possibilidade, conforme o caso - de participação do substituído ou não há, quer porque na realidade haveria litisconsórcio necessário entre substituto e substituído, quer porque este deveria figurar sozinho no processo, não se justificando a participação do substituto. *Tertium non datur*.

substituto e substituído[451] de tal natureza que permita supor que os seus interesses serão adequadamente representados em juízo[452] (sem prejuízo de que este, *sponte sua*, requeira a sua intervenção no processo[453], caso admitido por lei). E, para que não fique qualquer dúvida, por representados deve-se entender "defendidos" pelo substituto, como, aliás, é da essência do instituto[454].

Não se nega que a sujeição de terceiros à imutabilidade do dispositivo da decisão possui graves consequências[455] e não deve ser generalizada[456], mas a experiência do foro revela que este talvez seja um falso problema, pois o instituto da substituição

---

[451] Essa necessidade já havia sido ressaltada por JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE: "Também, tratando-se de legitimação extraordinária, não se pode prescindir da relação material. Sustenta-se, com sólidos argumentos, a necessidade de haver nexo entre as relações jurídicas de titularidade do legitimado ordinário e do extraordinário. A legitimação extraordinária somente é admissível quando se tratar de mecanismo destinado à tutela do interesse do legitimado extraordinário, ante a inércia do substituído" (*Direito e Processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 99).

[452] Como pondera DINAMARCO, tanto no caso do sucessor como no do substituto a proibição da extensão da coisa julgada a terceiros não se justifica porque "seus interesses estiveram defendidos no processo". Cf. *Instituições de Direito Processual Civil.* v. III. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 327-328. A situação do sucessor, aliás, não suscita maior dificuldades, porque se a sucessão ocorre no curso do processo e o adquirente ingressa no processo, com a anuência do adversário do alienante, torna-se parte; se não ingressa, já não há sucessão, mas substituição processual. Por outro lado, se a sucessão ocorre posteriormente ao trânsito em julgado, não tem sentido falar em "terceiro", pois o sucessor, na época, sequer teria legitimidade para participar da relação processual. Cf. LOMBARDI, Mariana Capela. *Da coisa julgada civil: limites subjetivos e extensão a terceiros* (Dissertação de Mestrado). São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008, p. 100-103. Como pondera J. J. Calmon de Passos, "a situação jurídica do sucessor provém da do antecessor e ninguém pode transmitir mais direito do que aquele de que é titular" (CALMON DE PASSOS, J. J. "Coisa julgada civil – I". In: FRANÇA, R. Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. v. 16. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 41).

[453] Em caso de substituição exclusiva isto se dará na qualidade de assistente litisconsorcial. Na chamada substituição concorrente, contudo, não há como se cogitar de intervenção do substituído sem a descaracterização, a partir de tal momento, da substituição processual: "Só pode ocorrer substituição processual, se o titular do direito material estiver ausente do processo; se estiver presente, por efeito de ter sido citado ou por ter comparecido espontaneamente, não há que se falar em substituição processual. Seria absurdo dizer substituído, na relação processual, quem nela está presente como parte principal, isto é, como autor ou como réu" (CAMPOS JR., Ephraim de. *Substituição processual.* São Paulo: RT, 1985, p. 18-19). No mesmo sentido: BUENO, Cassio Scarpinella. *Partes e Terceiros no Processo Civil Brasileiro.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 62.

[454] "A atuação do substituto é, pois, sempre, *positiva*, no sentido da realização do direito do substituído, sendo inconcebível substituição processual *negativa*, em que o substituto pretenda, *ou* o acolhimento do pedido contrário ao substituído, *ou* a rejeição de pedido deste. O interesse do substituto que autoriza a substituição há de ser *coincidente* com o interesse do substituído e suscetível de realizar-se mediante a ação direta que a ele caiba, ou de que tenha sido despojado, por efeito da disciplina legal que estabeleça a legitimação extraordinária de outrem" (NEVES, Celso. "Legitimação processual e a nova Constituição". In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *Doutrinas Essenciais: Processo Civil.* v. III. São Paulo: RT, 2011, p. 556).

[455] Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Litisconsórcio unitário.* Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 144.

[456] Trata-se de um risco controlado, precisamente porque excepcional (= dependente de lei) a legitimidade extraordinária. Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil.* v. III. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 330.

processual não tem produzido, na prática, disfunções que recomendem uma mudança de rumo na sua disciplina legal.

Pelo contrário, seria desejável que a lei, respeitados os pressupostos que acima foram mencionados, em um maior número de situações expressamente considerasse determinadas pessoas substitutos processuais das partes em litígio, evitando, assim, a multiplicação de demandas que tenham por objeto uma mesma controvérsia, o que, não raro, é instrumento de chicana processual. É o caso, por exemplo, do manejo de embargos de terceiro pelo cônjuge e até mesmo pelos filhos, individualmente, para rediscutir matéria alegada pelo outro cônjuge e já rejeitada pelo juiz, como no caso da impenhorabilidade do imóvel que serve de residência à família, conforme defendemos em oportunidade anterior[457].

Ou, nos casos em que embora haja substituição processual (mesmo sem expressa menção ao instituto pela lei), que sejam afastadas as regras que privam o instituto de toda a sua utilidade, como a nosso ver ocorre na solidariedade ativa[458], em que, malferindo o princípio da igualdade[459], o regime estabelecido pelo art. 274 do Código Civil determina que a coisa julgada aproveita, mas jamais prejudica, o credor solidário que não foi parte do processo (coisa julgada *secundum evenum litis*[460]). Em matéria de

---

[457] Cf. YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. "Abusos relacionados à argüição da impenhorabilidade do bem de família e à defesa da meação pelo cônjuge/companheiro em embargos de terceiro". São Paulo, *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 71, fev., 2009, p. 38-39.

[458] Cf. ALVIM, Thereza Arruda. *O direito de estar em juízo.* São Paulo: RT, 1996, p. 62; NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 12. ed. São Paulo: RT, 2012, p. 221. Em sentido contrário, defendendo que o dispositivo regula apenas a eficácia da sentença: LOMBARDI, Mariana Capela. *Da coisa julgada civil: limites subjetivos e extensão a terceiros* (Dissertação de Mestrado). São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008, p. 106-107; TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão.* São Paulo: RT, 2005, p. 106. Se a questão fosse apenas de eficácia da sentença, sem substituição processual, a nosso ver seria difícil explicar que os ausentes pudessem executar a sentença condenatória, vez que nela não são identificados como credores (art. 566, I, do CPC).

[459] Não se pretende afirmar que a proibição da coisa julgada *secundum eventum litis* seja uma regra vinculante que não admita qualquer exceção, como bem ponderou Federico Carpi ("Third-party effects of 'res judicata': recent developments in Italian law". *Israel Law Review*, v. 21, n. 2, 1986, p. 175-176), mas daí a admitir que se possa aceitar a outorga de tratamento diferenciado a uma parte em detrimento da outra vai uma grande diferença. Cf. CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil.* São Paulo: RT, 2006, p. 130.

[460] Há que se concordar com JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI no sentido de que "a própria natureza da coisa julgada não autoriza, de modo algum, que a imutabilidade do comando da sentença se sujeite à conveniência dos interessados" (CRUZ E TUCCI, José Rogério. "Garantias constitucionais do processo em relação aos terceiros". São Paulo, *Revista do Advogado*, ano XXVIII, n. 99, set., 2008, p. 73). BARBOSA MOREIRA justifica a opção do legislador aduzindo que a derrota do credor pode ser conseqüência da condução inábil da causa ou até conluio com o devedor, o que tornaria ilegítimo estender a coisa julgada aos

solidariedade a aplicação da coisa julgada, para o bem e para o mal, é uma decorrência do direito material[461], cuja influência não poderia, sob pena de grave incoerência para o sistema, deixar de se manifestar também no plano do direito processual.

Nessas e em outras hipóteses, caso o substituto, de forma intencional, deixe de defender adequadamente os interesses do substituído, restará a este a possibilidade de rescindir eventual sentença de mérito que venha a ser proferida, com fundamento no art. 485, III, do CPC (colusão), caso da conduta daquele se possa inferir a existência de conluio entre as partes com o propósito de prejudicar o substituído. Ou, quiçá, pleitear indenização para os prejuízos que lhe foram causados, em caso de culpa ou dolo do substituto.

Solução diversa, porém, impõe-se em situações em que não há como considerar *a priori* se o autor (ou o réu) pode ser considerado representante dos co-legitimados ausentes, de que é exemplo típico a ação em que se pede a anulação de deliberação assemblear, situação há muito tempo examinada pela doutrina e para a qual ainda não se encontrou situação plenamente satisfatória, que a um só tempo respeite as garantias constitucionais do processo (quanto aos ausentes), impeça a multiplicação de litígios e evite decisões contraditórias (o ato não pode ser declarado válido em um processo e invalido em outro).

Como o ausente tanto poderá ter interesse tanto na desconstituição como na manutenção do ato[462], em princípio a única solução possível parece ser integrar os ausentes

---

credores que não participaram do contraditório, formulando alegações e produzindo provas. Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "Solidariedade ativa: efeitos da sentença e coisa julgada na ação de cobrança proposta por um único credor". São Paulo, *Revista do Advogado*, ano XXV, n. 84, dez., 2005, p. 65. Os argumentos são legítimos, mas podem ser respondidos sem maior dificuldade: a) também a procedência pode ter sido resultado de falta de habilidade do devedor e seu advogado, diante da qual não se justificaria privá-lo da possibilidade de tentar obter uma sentença de improcedência em face dos outros credores; b) em caso de colusão, admite o direito positivo a rescisão da sentença (art. 485, III, do CPC), que pode ser ajuizada pelos credores que não foram partes, na qualidade de terceiros prejudicados (art. 487, II, do CPC).

[461] Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. III. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 329.

[462] Cf. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. "Observações sobre os limites subjetivos da coisa julgada" In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *Doutrinas Essenciais: Processo Civil*. v. III. São Paulo: RT, 2011, p. 796-797. Razão pela qual não é correto falar que exista "substituição dos que não agiram (ausentes da ação) pelos que agiram", como pretendeu Ephraim de Campos Jr. Cf. *Substituição processual*. São Paulo: RT, 1985, p. 81. Evidente que aqueles que consideram válido o ato não têm interesse em exercer o direito de ação (embora pudessem propor demanda com o fim de ver declarada a sua validade) e, precisamente por isso, não podem ser considerados substituídos por aquele que pleiteia a anulação. A sua "ausência" no polo ativo da ação não é sinal de inércia ou indiferença, mas antes de uma opção pelo resultado oposto ao pretendido pelo autor. Foi precisamente em uma situação como essa que a

à relação jurídica processual (ainda que a citação não seja pessoal, caso o número de sócios seja muito elevado), para que estes, caso queiram, se manifestem, aderindo a uma das duas posições possíveis. Dessa forma a sentença que vier a ser proferida, uma vez imutável, vinculará a todos indistintamente, como partes que foram do processo, tal como determina o art. 47 do CPC[463].

A existência de coisa julgada material apenas em caso de procedência do pedido (= *secundum eventum litis*), proposta por ilustres doutrinadores[464], embora evite a proliferação de litígios e afaste a possibilidade de decisões contraditórias, à toda evidência priva os ausentes que poderiam ser contrários ao acolhimento do pedido, e que, portanto, não poderiam ser considerados representados/substituídos pelo autor da demanda, do seu *day in court*, em violação ao devido processo legal. Por outro lado, a solução alvitrada não justifica satisfatoriamente como seria possível reconhecer à coisa julgada eficácia *ultra partes* em caso de procedência do pedido de anulação/declaração de nulidade da deliberação[465] e negá-la na hipótese de procedência do pedido oposto, isto é, de declaração da sua validade. Em ambas as situações o acolhimento do pedido extinguiria o interesse de agir daqueles cuja posição coincidia com a do autor, mas não o daqueles que buscavam o

---

Suprema Corte dos Estados Unidos, no já citado caso *Hansberry v Lee*, rejeitou que os réus de uma primeira demanda, na qual o autor buscava o cumprimento de uma restrição convencional, pudessem ser considerados representantes dos proprietários que não foram partes do litígio: "Because of the dual and potentially conflicting interests of those who are putative parties to the agreement in compelling or resisting its performance, it is impossible to say, solely because they are parties to it, that any two of them are of the same class. Nor, without more, and with the due regard for the protection of the rights of absent parties which due process exacts, can some be permitted to stand in judgment for all. It is one thing to say that some members of a class may represent other members in a litigation where the sole and common interest of the class in the litigation is either to assert a common right or to challenge an asserted obligation. *Smith v. Swormstedt, supra; Supreme Tribe of Ben-Hur v. Cauble, supra; Groves v. Farmers State Bank*, 368 Ill. 35, 12 N.E.2d 618. It is quite another to hold that all those who are free alternatively either to assert rights or to challenge them are of a single class, so that any group merely because it is of the class so constituted, may be deemed adequately to represent any others of the class in litigating their interests in either alternative. Such a selection of representatives for purposes of litigation, whose substantial interests are not necessarily or even probably the same as those whom they are deemed to represent, does not afford that protection to absent parties which due process requires".

[463] Cf. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. "Observações sobre os limites subjetivos da coisa julgada" In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *Doutrinas Essenciais: Processo Civil.* v. III. São Paulo: RT, 2011, p. 797.

[464] Cf. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 221-239; MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Coisa Julgada.* Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 26.

[465] Salvo se se considerar que a pessoa jurídica ou os acionistas controladores são substitutos processuais dos acionistas ausentes *favoráveis à validade do ato*, solução que em nossa opinião somente pode ser aceita nos casos em que o número de acionistas a serem citados seja tão elevado (= litisconsórcio multitudinário) que inviabilize a efetividade do processo. Em um processo com milhares de réus, quanto tempo não seria necessário apenas para expedir as cartas ou mandados de citação e a sua efetivação?

resultado contrário, os quais, por não terem sido partes do processo, poderiam renovar a discussão em uma nova demanda.

A solução equipara os acionistas "ausentes"[466] às pessoas indeterminadas ou desconhecidas que por vezes são citadas por edital, porque podem ter interesse em determinada causa, artifício de que se vale o legislador precisamente para que sobre recaia a coisa julgada[467], o que é absolutamente ilegítimo, do ponto de vista da ampla defesa e do contraditório (logo, do devido processo legal), em se tratando de pessoas conhecidas, como sói ocorrer com os acionistas de uma pessoa jurídica (ressalvada a hipótese de ações ao portador).

Logo, não sendo possível, de um lado, subtrair dos demais acionistas o direito de influir na decisão que será proferida, nem de outro admitir que seja instaurado um segundo processo a esse respeito por aqueles que não tomaram a iniciativa de pleitear a declaração de validade ou de invalidade da deliberação, pois isso poderia resultar em enorme insegurança jurídica, caso proferida decisão em sentido contrário ao da anterior, a solução que *de lege lata* nos afigura correta é citar todos os "ausentes" para que assumam um dos pólos da relação processual e assim tornem-se partes do processo, sujeitando-se à coisa julgada que vier a ser produzida.

De lege ferenda a solução seria aplicar a técnica da representação adequada existente no direito norte-americano, determinando ao juiz que verifique se o autor e o réu (que pode ser a própria pessoa jurídica, embora não necessariamente) representam adequadamente os interesses contrapostos dos acionistas que não são (e, salvo hipótese de intervenção voluntária, não serão) partes do processo.

Embora a existência do litisconsórcio unitário seja uma das situações que autoriza, em tese, a extensão da coisa julgada àqueles que não foram parte do processo[468],

---

[466] Pode-se qualificar como tal quem não tomou a iniciativa de instaurar o litígio se a tanto não estava obrigado – litisconsórcio facultativo – e talvez tivesse posição contrária à do autor?

[467] Cf. BORGES, Marcos Afonso. "Coisa julgada civil – II". In: FRANÇA, R. Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito.* v. 16. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 47.

[468] Cf., na doutrina recente, BONÍCIO, Marcelo José Magalhães; SICA, Heitor Vitor Mendonça. "Ensaio sobre os aspectos materiais e processuais do litisconsórcio unitário". In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Org.). *O Processo em Perspectiva: Jornadas Brasileiras de Direito Processual.* São Paulo: RT, 2013, p. 277-304.

isso somente será possível se forem observadas determinadas cautelas, que assegurem o direito dos ausentes ao *procedural due process.*

1.3. Limites objetivos

Os limites subjetivos, como visto, consistem na delimitação dos sujeitos de direito que serão afetados pela coisa julgada.

Os objetivos, por sua vez, dizem respeito à delimitação do que, na sentença, torna-se imutável e indiscutível, e frequentemente consiste na exame das relações entre coisa julgada e a motivação da sentença[469].

Sob a égide do Código de Processo Civil de 1939 o tema suscitava divergência na doutrina, em razão da redação do art. 287, *caput*, que inspirado no Projeto de CPC italiano estabelecia que "a sentença que decidir total ou parcialmente a lide terá força de lei nos limites das questões decididas".

Enquanto alguns defendiam que a coisa julgada abrangia as questões prejudiciais decididas pela sentença, outros sustentavam que a indiscutibilidade se restringia à parte dispositiva da sentença, invocando, em apoio à esse entendimento, a regra do art. 4º, que vedava ao juiz proferir sentença *extra petita*[470].

Procurando eliminar quaisquer dúvidas a esse respeito, o Código de Processo Civil atual, ainda que de forma não imune a críticas, estabeleceu que não fazem coisa julgada "os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença" (art. 469, I), do que se extrai a conclusão de que a imutabilidade produzida pelo trânsito em julgado recai apenas e tão-somente sobre a parte dispositiva da sentença, salvo se a parte interessada requerer a resolução de questão prejudicial por meio de ação declaratória incidental (art. 470 do CPC).

---

[469] Cf. MESQUITA, José Ignácio Botelho de. A autoridade da coisa julgada e a imutabilidade da motivação da sentença. *Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil*.v. 2. São Paulo: RT, 2005, p. 97-154.

[470] "O juiz não poderá pronunciar-se sobre o que não constitua objeto do pedido, nem considerar exceções não propostas para as quais seja por lei reclamada a iniciativa da parte".

Em princípio, pois, não haveria maior dificuldade para se determinar qual o alcance da coisa julgada, bastando ao intérprete examinar o que decidiu o órgão jurisdicional na parte dispositiva da decisão.

Como revela a experiência, porém, às vezes pode ocorrer que parte do pedido venha a ser apreciado no corpo da fundamentação da decisão, deixando de constar do dispositivo, razão pela qual a afirmação de que o que faz coisa julgada é o dispositivo do ato decisório deve ser entendido em sentido substancial, e não meramente formal ou topológico.

À vista deste critério, para que o conteúdo da parte dispositiva da sentença seja corretamente delimitado há que se analisar qual o pedido formulado pela parte, vez que é vedado ao julgador proferir sentença *extra, ultra* ou *citra petita* (art. 458 do CPC), bem como a sua causa de pedir. Aqui novamente se confirma que a coisa tem como referencial a sentença e esta, por sua vez, a demanda.

É precisamente a falta de identificação do pedido e da causa de pedir, que constituem o mérito da causa, que gera certas perplexidades e controvérsia quando se tenta estabelecer os limites objetivos de certas decisões, como sucede com alguma freqüência, por exemplo, em matéria tributária.

Deveras, as controvérsias que a impropriamente chamada "coisa julgada tributária"[471] suscita decorrem da má compreensão, em cada caso concreto, do pedido e da causa de pedir.

Primeiro há que se identificar qual o era o mérito da causa, para depois determinar o que transitou em julgado, pois "os limites objetivos da chamada coisa julgada fiscal apuram-se pelos próprios limites da relação deduzida na ação judicial"[472].

---

[471] Cf. SOUSA, Rubens Gomes de. "Coisa julgada (Dir. Fiscal)". In: SANTOS, J. M. de Carvalho (Org.). *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro.* v. IX. Rio de Janeiro: Borsoi, s/d, p. 290-303.

[472] Cf. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Coisa julgada em matéria tributária e sua permanência em caso de alteração do correspondente regime jurídico (CSSL: Lei n. 7.689/88). *Direito Constitucional.* Barueri: Manole, 2007, p. 125.

Eventual erro nessa primeira fase não apenas comprometerá a identificação dos limites objetivos da coisa julgada, mas, como procuraremos demonstrar em seguida, dificultará ainda a fixação dos seus limites temporais[473].

O enunciado da Súmula nº 239 do Supremo Tribunal Federal ("Decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores"), por exemplo, pressupõe que a discussão travada entre o Fisco e o suposto contribuinte foi limitada no tempo-espaço, dizendo respeito a fatos jurídicos determinados, que poderiam ou não dar ensejo ao nascimento da obrigação tributária, o que nem sempre é correto e deve ser verificado em cada caso concreto[474]. Trata-se de uma simplificação, que não pode ser aplicada a todos os litígios surgidos entre o contribuinte e o Fisco, pois o que importa é o objeto do processo[475].

No caso da ação anulatória (= pedido de desconstituição de lançamento tributário) e dos embargos à execução, por exemplo, a limitação da coisa julgada decorre do próprio pedido formulado (v.g., se a execução fiscal tinha por objeto a cobrança do IPTU do mês de julho de 2008, a procedência dos embargos à execução resultará apenas no reconhecimento de que aquele crédito não era devido), que naturalmente é restrita a um ou mais eventos (e exatamente por isso não incide sobre outros, futuros ou passados) referentes a um ou mais exercícios fiscais determinados[476]. No caso da ação declaratória, por outro lado, ainda que o pedido contenha algum grau de determinação (o que é exigido pelo art. 286, *caput*, do CPC), o que importa é verificar se esta se encontra ou não fundada em fato que diga respeito à existência do próprio poder de tributar, ou seja, a causa de pedir, pois é ela que permitirá identificar que o pedido não se referia à possibilidade *tout court* de cobrança do tributo, mas à cobrança em uma circunstância específica (v.g., a cobrança do IPVA de 2009 era indevida porque este tributo já havia sido pago

---

[473] O que explica a afirmação de EDUARDO TALAMINI no sentido de que a investigação dos limites temporais da coisa julgada a rigor concerne aos seus limites objetivos. Cf. TALAMINI, Eduardo. "A coisa julgada no tempo (os 'limites temporais' da coisa julgada)". São Paulo, *Revista do Advogado,* ano XXVI, n. 88, nov., 2006, p. 56-57.

[474] Cf. SOUSA, Rubens Gomes de. "Coisa julgada (Dir. Fiscal)". In: SANTOS, J. M. de Carvalho (Org.). *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro.* v. IX. Rio de Janeiro: Borsoi, s/d, p 298.

[475] Cf. TALAMINI, Eduardo. "A coisa julgada no tempo (os 'limites temporais' da coisa julgada)". São Paulo, *Revista do Advogado,* ano XXVI, n. 88, nov., 2006, p. 59-60.

[476] Cf. RODRIGUES, Walter Piva. "A crise no conceito da coisa julgada, em especial em matéria tributária". São Paulo, *Revista do Advogado,* ano XXVI, n. 88, nov., 2006, p. 195.

oportunamente)[477]. Fica ressalvada apenas a hipótese de que o autor, embora podendo pleitear uma declaração mais abrangente, autorizada pela causa de pedir, restringiu-a ao formular o pedido[478].

1.4. Limites temporais

Além dos limites objetivos (que parte da sentença torna-se imutável) e subjetivos (quem se sujeita à imutabilidade), costuma aludir a doutrina aos chamados limites temporais da coisa julgada, embora tanto tal expressão não conste do Código de Processo Civil como da legislação extravagante.

No Código de Processo Civil, tais limites teriam sido reconhecidos nos artigos 471, I e 1.111, o que autorizaria no entender de alguns afirmar que tais sentenças não fariam coisa julgada (material).

Sem razão, porém, pois a alteração da situação de fato, uma vez afirmada na segunda demanda, afasta a identidade das ações e por via de conseqüência a alegação de ofensa à coisa julgada, não se cogitando de que com o advento da segunda decisão a primeira deixe de existir ou perca o seu valor. Como tal fenômeno não é excepcional, mas antes resulta da regular aplicação dos conceitos relativos à coisa julgada, conclui Barbosa Moreira que os limites temporais da coisa julgada não passaria de um pseudo-problema[479].

Deveras, não é a coisa julgada que se sujeita e limites temporais, mas sim os efeitos da sentença, incluindo a eficácia preclusiva da coisa julgada, resultando as dificuldades frequentemente encontradas no trato de problemas práticos relativos a este tema da ausência ou má compreensão desta distinção.

---

[477] Na hipótese aventada, se a causa de pedir fosse o pagamento tempestivo do IPVA do ano de 2009 e o pedido englobasse outros exercícios, individuados ou não, haveria, quanto a estes, clara inépcia da inicial, pois do fato (o tributo de 2009 foi pago) não decorre logicamente o pedido quanto aos exercícios de 2008, 2010, 2011 etc.

[478] Se o autor pediu mal (v.g., a causa de pedir autorizava a declaração de que o pagamento não seria devido em nenhuma circunstância – como no caso da inconstitucionalidade da lei que instituiu o tributo – e a parte limitou o seu pedido a um determinado exercício ou operação), há que suportar os efeitos da escolha que fez, sendo inviável a expansão dos limites objetivos da coisa julgada a partir da fundamentação da decisão (a inconstitucionalidade do tributo).

[479] Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. *Temas de Direito Processual: Terceira Série.* São Paulo: Saraiva, 1984, p. 110-112.

Para demonstrar a correção desta posição entendemos ser útil recorrer à experiência norte-americana, em que doutrina e jurisprudência há muito têm procurado estabelecer critérios para determinar em que circunstâncias a eficácia preclusiva da coisa julgada (= *claim preclusion*) produzida em um processo não obstaria a propositura (*rectius*, o julgamento do mérito) de uma segunda demanda.

Em muitas situações é evidente que a existência da coisa julgada (e, por se tratar de decisão de mérito, da sua eficácia preclusiva) não obsta a propositura de uma segunda demanda pela parte vencida, pela elementar razão de que não há identidade entre as ações (partes, causa de pedir e pedido) nem o risco de eventual decisão de mérito a respeito do segundo pedido venha a contrariar (nulificar, esvaziar) o que foi decidido no primeiro processo. È o caso, por exemplo, da parte que processa um médico reclamando indenização decorrente de imperícia, sendo o pedido julgado improcedente, e que posteriormente é agredido pelo réu com um soco[480]. A agressão é um fato distinto (e posterior) e a eventual procedência do segundo pleito indenizatório não contrariaria a declaração emitida pelo órgão jurisdicional no primeiro processo.

Essa *ratio* mostra-se bastante clara em um caso julgado pela Suprema Corte do Estado de Wisconsin[481], em que o resultado desfavorável (no direito norte-americano existe a possibilidade de desistência do processo com prejuízo para o direito, equiparável à renúncia) no primeiro processo, no qual o autor buscava uma indenização por lesões causadas a seus pulmões por contato com amianto, não barrava a propositura de uma segunda demanda pela viúva, após o seu falecimento, decorrente de complicações posteriores causadas pela exposição à substância. Como observou o tribunal, caso se reconhecesse à primeira decisão eficácia preclusiva, a parte teria de esperar que todas as possíveis complicações resultantes do envenenamento se manifestassem, para só então pleitear todas as indenizações a que pudesse ter direito. Considerando, porém, que a ocorrência de tais complicações era incerta (como costuma ocorrer em casos desta natureza), a parte correria o risco de que o seu direito à reparação pelas lesões de menor magnitude viesse a prescrever, solução que foi descartada sob o fundamento de que as

[480] O exemplo é de David Charles Hricik. Cf. *Mastering Civil Procedure.* 2. ed. Durham: Carolina Academic Press, 2011, p. 572.
[481] *Sopha v. Owens-Corning Fiberglas Corp.*, 601 N.W.2d 627 (Wis. 1999)

lesões mais graves, precisamente por ainda não existirem ao tempo da propositura da primeira demanda, não poderiam ter sido nela deduzidas.

Tanto a ocorrência de um evento superveniente como a alteração do direito positivo aplicável à situação objeto da primeira demanda são obstáculos à incidência da eficácia preclusiva da coisa julgada, que de outro modo impediria fosse proferido um julgamento cujo resultado fosse incompatível com o primeiro.

É o caso da revogação de lei que concede isenção de tributo, que fora utilizada como fundamento por decisão judicial transitada em julgado para reconhecer ao contribuinte a inexistência de obrigação de recolher o imposto:

> "TRIBUTARIO. ICM. CREDITAMENTO. FERRO VELHO, APARAS E RESIDUOS DE METAIS EM GERAL UTILIZADOS EM PROCESSO INDUSTRIAL. AÇÃO DECLARATORIA. EFICACIA DA SENTENÇA.
> A EFICACIA DA SENTENÇA DECLARATORIA PERDURA ENQUANTO ESTIVER EM VIGOR A LEI EM QUE SE FUNDAMENTOU, INTERPRETANDO-A. CONHECIMENTO DO RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO" (STJ – 2ª Turma – RESP nº 719 – Rel. p/ acórdão Min. Américo Luz – j. 07.02.1990 – m.v.).

O que não significa, em absoluto, desrespeito à imutabilidade da decisão transitada em julgado, como salientado pela doutrina norte-americana:

> "Neither a subsequent change in law or fact results in na ability to reopen the original case and seek the original remedy from the original litigation. Rather, what is at issue is the prospective effect. The doctrine of claim preclusion concerns what may be contested after the first suit is over. Even when an exception to claim preclusion is triggered, the original judgment stands as before, though the legal relationship between the parties may be subject to subsequent modification"[482].

[482] Cf. ISSACHAROFF, Samuel. *Civil Procedure.* 3. ed. New York: Thomson Reuters/Foundation Press, 2012, p. 160-161.

A lição não poderia ser mais clara e encontra no direito processual brasileiro exemplo bastante conhecido: em caso de execução/cumprimento de sentença fundada em sentença condenatória transitada em julgado a coisa julgada material e sua eficácia preclusiva não impedem o devedor de discutir a existência ou o valor da dívida, desde que alegue fato superveniente.

Fenômeno análogo ocorre na hipótese de declaração da inconstitucionalidade da lei que serviu de fundamento para a decisão em sede de controle concentrado (v.g., ação direta de inconstitucionalidade).

A coisa julgada é um imperativo do escopo social da jurisdição (= pacificação), mas em nada atenderia a essa necessidade levar às últimas consequências os efeitos da imutabilidade (e não a imutabilidade em si mesma considerada) das sentenças transitadas em julgado:

> "Pode parecer que, finda a relação jurídica processual, a todo o tempo a sentença ficará incólume a todas as imputações. É a regra. Nunca nos deslembre, porém, que o direito processual obedece à política da paz e, hoje principalmente, da realização do direito objetivo.
> Porque o Estado, ao fazer a lei do processo, procura chamar a si o julgar, por lhe parecer missão mestra prover à atuação do direito e pacificar, casos há em que lhe parece *mais grave* manter a eficácia da sentença, ou a própria sentença, do que atender às razões que se lhe expõem contra a sua eficácia ou contra ela-mesma"[483].

Quando se fala, nos Estados Unidos ou no Brasil (embora entre nós o fenômeno seja menos frequente), que o Congresso Nacional aprovou uma Emenda Constitucional ou uma nova lei para "revogar" uma decisão proferida pelos tribunais (normalmente a Suprema Corte) ao julgar determinado caso concreto (ou no direito brasileiro ao apreciar um processo de natureza objetiva, como as ações diretas de inconstitucionalidade), a impropriedade da linguagem não poderia ser mais evidente. A alteração do direito objetivo não desconstitui a decisão antes proferida, nem os efeitos que

[483] Cf. PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil.* v. V. Rio de Janeiro: Forense, 1949, p. 21.

se exauriram antes dela, apenas impede que eles continuem a serem produzidos, bem como que a *ratio decidendi* seja utilizada como precedente em casos análogos.

Pelas razões acima, reconsideramos manifestação anterior[484] no sentido de que os arts. 475-L, § 1º e 741, parágrafo único, do CPC, seriam inconstitucionais, violando a coisa julgada.

A impugnação ao cumprimento de sentença e os embargos à execução, quando embasados na hipótese de o título executivo ter como fundamento lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo STF, não ofendem a coisa julgada, pois caso sejam acolhidos não desconstituem a sentença ou os efeitos que ela produziu e se consumaram, diversamente do que ocorreria em caso de procedência da ação rescisória fundada na mesma alegação (= afronta à Constituição Federal), limitando-se a impedir que os efeitos da sentença transitada em julgado (v.g., impossibilidade de cobrança de determinado tributo) continuem a se manifestar a partir do momento em que declarada com eficácia *erga omnes* a inconstitucionalidade pelo tribunal competente.

Embora a declaração de inconstitucionalidade (em caráter incidental ou principal) não seja uma revogação da lei, os fenômenos se equivalem. Reconhecida a inexistência de obrigação de pagar determinado tributo, com fundamento em isenção concedida por lei, tal situação deixará de existir (o que significa que a decisão transitada em julgado já não poderá mais ser invocada para justificar a falta de pagamento do tributo) a partir do momento em que essa lei for revogada. De forma análoga, se a lei que instituiu a isenção for declarada inconstitucional com eficácia *erga omnes*, a partir deste momento deixará de produzir efeitos a decisão que reconheceu ser indevido o tributo[485]. Solução diferente, com todo o respeito, seria ilógica, pois decisões errôneas, fundadas em normas

---

[484] Cf. YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. "Em defesa da coisa julgada". São Paulo, *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 29, ago., 2005, p.35-37.

[485] Diversa é a situação em que lei considerada inconstitucional pela sentença transitada em julgado for declarada constitucional em sede de controle concentrado (e, com maior razão, em controle difuso): a permanência no ordenamento jurídico da lei que foi aplicada é requisito para que a sentença continue a produzir os efeitos constantes da sua parte dispositiva, não havendo nesse sentido uma completa ruptura entre a conclusão e o juízo lógico que lhe deu origem; contudo, quando a lei deixa de ser aplicada – seja por inconstitucionalidade, seja por outro motivo – ocorre justamente o contrário, de tal sorte que a posterior declaração de constitucionalidade, por si só (independentemente da propositura de ação rescisória), não serve para cortar-lhe os efeitos). Cf., admitindo a diferença entre as duas hipóteses, MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Coisa Julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 109-110.

inconstitucionais, receberiam maior proteção do sistema do que decisões isentas de *error in judicando*, fundadas em normas constitucionais.

Em tal situação a segurança jurídica não impõe que se assegure à parte que foi beneficiada pela aplicação da lei inconstitucional uma situação jurídica inalterável, pois o sistema não reconhece a ninguém legitima expectativa a esse tipo e grau de invariabilidade.

A legítima expectativa protegida pela segurança jurídica é no sentido que novos fatos e circunstâncias não tornem irrelevante uma situação passada e não que não possam alterá-la, criando no todo ou em parte uma situação jurídica nova.

Em suma, a retirada da lei do ordenamento por ato do Senado ou da decisão proferida em sede controle concentrado, embora não desconstituam a decisão judicial transitada em julgado, nem os efeitos consumados até então, pois para tanto exige-se a procedência da ação rescisória[486] (que deverá ser proposta dentro do prazo decadencial previsto em lei), impedem que os efeitos dela decorrente continuem a se produzir.

A sentença transitada em julgado, enquanto não rescindida, não se altera e não se discute, mas tal proibição não abrange seus efeitos[487], pois a coisa julgada, como já visto, não os alcança.

1.5. A "relativização" da coisa julgada

Segundo o que se convencionou denominar de "relativização" da coisa julgada "em determinadas hipóteses, para se evitar a 'cristalização de injustiças' (v.g., avaliação de imóvel em valor 'excessivo' em ação de desapropriação, aplicação de norma julgada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal), seja possível desconsiderar ou desconstituir, independentemente da propositura de ação rescisória e/ou de limitação

[486] Cf. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Coisa julgada em matéria tributária e sua permanência em caso de alteração do correspondente regime jurídico (CSSL: Lei n. 7.689/88). *Direito Constitucional.* Barueri: Manole, 2007, p. 115.

[487] Em caso de ineficácia da sentença por causa superveniente não há ofensa à coisa julgada: "Note-se que isto não implica mudar ou discutir a sentença; implica tão-somente o reconhecimento de que a sentença, com conteúdo que tenha, bom ou mau, certo ou errado, não produz efeitos" (MESQUITA, José Ignácio Botelho de. Da ação rescisória. *Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil*.v. 2. São Paulo: RT, 2005, p. 251).

temporal, a autoridade da coisa julgada material, permitindo ao órgão jurisdicional (o mesmo que proferiu a decisão ou outro) aplicar o direito ao caso concreto em desconformidade com o que fora anteriormente decidido"[488].

Esse entendimento, que passou a ser defendido por juristas de renome[489] e combatido por outros igualmente ilustres[490], à toda evidência, ofende a garantia constitucional (art. 5º, XXXVI) que protege a coisa julgada, proteção que se volta tanto pra o legislador como para o Estado-juiz, conforme ressalta a melhor doutrina[491] e já decidiu o Supremo Tribunal Federal[492], e a sua aceitação resultaria em enorme insegurança jurídica, pois tornaria incerta a existência ou não da imutabilidade e indiscutibilidade das decisões transitadas em julgado.

Admitida que fosse tal possibilidade, nem mesmo a segunda decisão ficaria a salvo de contestação[493], permitindo uma espiral de impugnações que se estenderia ao infinito:

> "De todos os argumentos concebidos pela doutrina, através dos séculos, para sustentar a necessidade de que os litígios não se eternizem, parece-me que o mais consistente reside, justamente, na eventualidade de que a própria sentença que houver reformado a anterior, sob o pressuposto de conter

---

[488] Cf. YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. "Em defesa da coisa julgada". São Paulo, *Revista Dialética de Direito Processual,* n. 29, ago., 2005, p. 11.

[489] Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova Era do Processo Civil.* 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 217-270; THEODORO JÚNIOR, Humberto e FARIA, Juliana Cordeiro de. "A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle". São Paulo, *Revista dos Tribunais*, n. 795, jan., 2002, p. 21-40; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. *O Dogma da Coisa Julgada: Hipóteses de Relativização*. São Paulo: RT, 2003.

[490] Cf. ASSIS, Araken de. "Eficácia da coisa julgada inconstitucional*"*. São Paulo, Revista Dialética de Direito Processual, n. 4, jul., 2003. p. 9-28; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "Considerações sobre a chamada "relativização" da coisa julgada material". São Paulo, *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 22, jan., 2005. p. 91-111; MARINONI, Luiz Guilherme. "O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material)". Porto Alegre, *Revista Jurídica*, n. 317, mar., 2004. p. 14-33; MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Coisa Julgada.* Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 89-123; NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 500-522; SILVA, Ovídio A. Baptista da. "Coisa julgada relativa?" Porto Alegre, *Revista Jurídica*, n. 316, fev., 2004. p. 7-18.

[491] Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "Considerações sobre a chamada "relativização" da coisa julgada material". São Paulo, *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 22, jan., 2005. p. 99-100; MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Coisa Julgada.* Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 98-101.

[492] Cf. STF – 1ª Turma – RE nº 117.991-DF – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – j. 04.09.90 – v.u.; STF – Tribunal Pleno – ADIN (MC) nº 1.718-DF – Rel. Min. Octavio Gallotti – j. 15.12.97 – m.v.

[493] Como ponderou a Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Stoll v. Gottlieb*, 305 U.S. 165 (1938), "não há razão para esperar que a segunda decisão será mais satisfatória do que a primeira". A possibilidade de erro da segunda decisão não tem como ser eliminada, por se tratar de projeção da falibilidade do ser humano.

injustiça, venha a ser mais uma vez questionada como injusta; e assim *ad aeternum*, sabido, como é, que a justiça, não sendo um valor absoluto, pode variar, não apenas no tempo, mas entre pessoas ligadas a diferentes crenças políticas, morais e religiosas, numa sociedade democrática que se vangloria de ser tolerante e "pluralista" quanto a valores"[494].

O respeito devido à coisa julgada não permite que se desconstitua a coisa julgada de forma atípica (= sistema aberto[495]), ou seja, por meio diverso da ação rescisória e fora das hipóteses (art. 485, incisos I a IX, do CPC) e dos requisitos (v.g., prazo decadencial de 2 anos) previstos em lei, pois este já representa o remédio jurídico por meio do qual se admite, compatibilizando a segurança jurídica com outros valores caros ao direito, a relativização da coisa julgada[496].

Realmente, a mera alegação de injustiça no caso concreto, fruto por exemplo da equivocada apreciação da matéria fática, não autoriza a desconsideração da coisa julgada, vez que o sistema processual convive e tolera o risco de que alguma injustiça venha a ser cristalizada, ao atribuir "igual disciplina, idêntica validade e imutabilidade à sentença revestida de autoridade de coisa julgada, seja ela justa ou injusta"[497]. Essa indiferença, aliás, existe antes mesmo do trânsito em julgado, como revela a disciplina dos recursos especial e extraordinário. Garante-se o justo "possível", não o justo "utópico"[498].

---

[494] Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. "Coisa julgada relativa?" Porto Alegre, *Revista Jurídica*, n. 316, fev., 2004. p. 11. "O processo civil se transformaria numa espécie de *Valhalla* judiciário, em que as partes se enfrentariam, em longa e extenuante batalha, até a proclamação do vencedor, para recomeçar o combate, do zero, no dia seguinte. Só que processo sem fim não é processo" (YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. "Em defesa da coisa julgada". São Paulo, *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 29, ago., 2005, p. 20).

[495] Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. "O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material)". Porto Alegre, *Revista Jurídica*, n. 317, mar., 2004. p. 30.

[496] Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "Considerações sobre a chamada "relativização" da coisa julgada material". São Paulo, *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 22, jan., 2005, p. 91.

[497] Cf. GUIMARÃES, Luís Machado. *Estudos de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, 1969, p. 21.

[498] "A segurança jurídica, trazida pela coisa julgada material, é manifestação do Estado Democrático de Direito. Entre o justo absoluto, utópico, e o justo possível, realizável, o sistema constitucional brasileiro optou pelo segundo (justo possível), que é consubstanciado na segurança jurídica da coisa julgada material. Descumprir-se a coisa julgada é negar o próprio Estado Democrático de Direito, fundamento da República brasileira" (NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 501).

Ora, é da natureza do instituto que uma vez transitada em julgado a decisão de mérito não mais possível seja discutir a sua justiça ou injustiça, como bem observou CALAMANDREI:

> "Sócrates, no cárcere, explica serenamente aos discípulos, com uma eloqüência que jamais jurista algum foi capaz de igualar, qual a suprema razão social que impõe, até ao extremo sacrifício, que se respeite a sentença, mesmo que seja injusta: o trânsito em julgado da sentença implica que ela se destaque de seus motivos, como a borboleta sai do casulo, e não possa mais, a partir daquele momento, ser qualificada de justa ou injusta, uma vez que está destinada a constituir, daí em diante, o único e imutável termo de comparação, a que os homens deverão referir-se para saber qual era, naquele caso, a palavra oficial da justiça"[499].

Outrossim, tampouco se justifica a "relativização" no caso da impropriamente[500] chamada "coisa julgada inconstitucional", isto é, a coisa julgada que torne imutável o conteúdo de sentença que tenha por fundamento norma inconstitucional.

Sendo a coisa julgada uma garantia constitucional, não se pode admitir que o juiz, ao apreciar um determinado caso concreto, em que porventura tenha ocorrido erro de fato ou de direito, possa desconsiderar a coisa julgada, "sacrificando-a" em homenagem a outra garantia, preceito ou princípio constitucional.

A compatibilização da coisa julgada com outros valores protegidos pelo texto constitucional ou, em sentido amplo, da segurança jurídica com a justiça, é tarefa do

---

[499] Cf. CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado.* Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 10-11.

[500] "Salvo engano, o que se concebe seja incompatível com a Constituição é a sentença (*lato sensu*): nela própria, e não na sua imutabilidade (ou na de seus efeitos, ou na de uma e outros), é que se poderá descobrir contrariedade a alguma norma constitucional. Se a sentença for contrária à Constituição, já o será antes mesmo de transitar em julgado, e não o será mais do que era depois desse momento. Dir-se-á que, com a coisa julgada material, a inconstitucionalidade se cristaliza, adquire estabilidade; mas continuará a ser verdade que o defeito lhe preexistia, não dependia dela para exsurgir" (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "Considerações sobre a chamada "relativização" da coisa julgada material". São Paulo, *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 22, jan., 2005. p. 92).

Poder Legislativo, que já se desincumbiu deste mister ao prever os recursos e a ação rescisória[501].

Por outro lado, também não se justifica o entendimento de que a decisão inconstitucional seria absolutamente nula, não fazendo coisa julgada, permitindo-se, portanto, a sua desconstituição e/ou alteração através de ação rescisória, embargos à execução, ação declaratória ou por simples petição, independentemente do prazo decadencial do artigo 495 do CPC[502].

Não obstante se fale em "nulo" e "nulidade", as conseqüências do reconhecimento da inconstitucionalidade se limitam ao plano da eficácia:

> "Os tribunais só revogam as sentenças de tribunais. O que eles fazem aos atos inconstitucionais de outros poderes é coisa tecnicamente diversa. Não os revogam: desconhecem-nos. Deixam-nos subsistir no corpo das leis, ou dos atos do Executivo; mas a cada indivíduo, por eles agravado, que vem requerer contra eles proteção, ou reparação, que demanda a manutenção de um direito ameaçado, ou a restituição de um direito extorquido, a cada litigante, que usa, com esse fim, do meio judicial, os magistrados, em homenagem à lei, violada pelo Governo, ou à Constituição, violada pelo Congresso, têm obrigação de ouvir, e deferir"[503].

Ora, no caso da chamada "coisa julgada inconstitucional" ocorre exatamente o contrário: o juiz aplica, no julgamento da lide, lei que deveria ignorar.

A situação, todavia, não é, em substância, diferente de qualquer outra má aplicação da lei (v.g., aplicação de regra sobre competência em ações relativas a representação comercial em caso envolvendo concessão mercantil).

---

[501] "O conflito entre a autoridade da coisa julgada e alguma norma ou princípio constitucional resolve-se pela ação rescisória contra a coisa julgada" (MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Coisa Julgada.* Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 120).
[502] Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliano Cordeiro de. "A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle". São Paulo, *Revista dos Tribunais*, n. 795, jan., 2002, p. 36.
[503] Cf. BARBOSA, Rui. *Atos Inconstitucionais.* Campinas: Russell, 2003, p. 83.

A sentença não é nula, mas, apenas, errada[504].

Não se pode cogitar, em tal situação, de nulidade[505] (e *a fortiori*, de inexistência[506]), muito menos de nulidade que obste a formação da coisa julgada, o que, no direito brasileiro, ocorre apenas na singular hipótese de falta ou nulidade da citação no processo de conhecimento.

Pelo contrário, a regra é que, com o trânsito em julgado, considerem-se sanadas eventuais nulidades.

E, nos poucos casos em que a nulidade sobrevive à sentença, previstos no artigo 485 do CPC, permitindo o direito positivo a sua rescisão, o cabimento da ação rescisória pressupõe, precisamente, a existência da coisa julgada, pois do contrário não haveria interesse (= necessidade da tutela jurisdiciona) na sua propositura.

Logo, não corrigido o erro, em razão da não interposição ou do esgotamento dos recursos, a superioridade do texto constitucional não impede que a sentença faça coisa julgada.

No direito brasileiro, esta orientação foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal, que em mais de uma oportunidade admitiu que a decisão inconstitucional adquire a autoridade da coisa julgada, a qual, enquanto não julgada procedente eventual ação rescisória, impõe o respeito ao que foi decidido pelo ato jurisdicional[507].

---

[504] Cf. TALAMINI, Eduardo. "Embargos à Execução de Título Judicial Eivado de Inconstitucionalidade (CPC, art. 741, par. ún.)". São Paulo, *Revista de Processo*, n. 106, abr./jun., 2002, p. 53.

[505] Como ressalta OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, citando CALAMANDREI, "para o direito romano, especialmente no período republicano, a possível *injustiça* da sentença não tinha qualquer influência sobre sua validade" (*Da Sentença Liminar à Nulidade da Sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 82). Não é novo, destarte, o entendimento ora defendido, segundo o qual, "os erros de direito material não são causa de nulidade" (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. III. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 682).

[506] Cf. YARSHELL, Flavio Luiz. *Ação Rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 256. O alargamento das hipóteses de inexistência da sentença é apenas um expediente de que se valem os defensores da "relativização" para esconder a sua incompatibilidade com o direito positivo.

[507] Cf. STF – 1ª Turma – RE nº 86.056-SP – Rel. Min. Rodrigues Alckmin – j. 31.05.77 – v.u.; STF – Tribunal Pleno – Reclamação nº 148-RS – Rel. Min. Moreira Alves – j. 12.05.83 – v.u.

Tanto é assim que a jurisprudência do STF tem decidido, reiteradamente, pelo descabimento de reclamação contra decisão transitada em julgado[508], por não ser sucedâneo da ação rescisória eventualmente cabível[509], ainda que para preservação da autoridade de suas decisões, inclusive as proferidas em sede de controle de constitucionalidade.

Idêntico raciocínio é aplicável à declaração de inconstitucionalidade realizada por meio do controle concentrado, e ainda com maior razão, pois em tal sistema a lei não é nula, mas anulável, distinção que inclusive permite o reconhecimento apenas *ex nunc* da inconstitucionalidade, preservando "intocados os efeitos já produzidos"[510], possibilidade que foi acolhida pelo direito positivo brasileiro (artigo 27 da Lei n. 9.868/99 e artigo 11 da Lei n. 9.882/99) e que favorece a preservação da coisa julgada[511].

Em segundo lugar, o fato de o órgão jurisdicional extirpar a lei inconstitucional do ordenamento jurídico, retroativamente e com eficácia *erga omnes*, não altera o fato de que a lei existiu e foi aplicada e de que eventual equívoco na apreciação da sua constitucionalidade integra apenas a fundamentação da decisão transitada em julgado, que não faz coisa julgada, não servindo, portanto, para impugnar o dispositivo da sentença ou acórdão, do qual não consta declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei que pudesse ser confrontada com a decisão do STF[512], até porque esta tem por objeto apenas a lei ou ato normativo em causa[513] e não outros atos, como as decisões judiciais já proferidas.

Em resumo, a declaração de inconstitucionalidade não impede a formação nem implica a desconstituição da autoridade da coisa julgada.

---

[508] Cf. STF – Tribunal Pleno – Reclamação n. 2017-PR – Rel. Min. Sydney Sanches – j. 28.08.2002 – v.u.
[509] Cf. STF – Tribunal Pleno - Agravo Regimental na Reclamação n. 1109-RJ – Rel. Min. Maurício Corrêa – j. 25.04.2002 – v.u.
[510] Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 35.
[511] Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. "O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material)". Porto Alegre, *Revista Jurídica*, n. 317, mar., 2004, p. 23.
[512] Em outras palavras: "A decisão transitada em julgado não é uma simples lei – que pode ser negada por ser nula -, *mas sim o resultado da interpretação judicial que se fez autônoma ao se desprender do texto legal, dando origem à norma jurídica do caso concreto*" (MARINONI, Luiz Guilherme. "O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material)". Porto Alegre, *Revista Jurídica*, n. 317, mar., 2004, p. 21).
[513] Cf. MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Coisa Julgada.* Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 113.

O entendimento ora defendido, entretanto, não equivale a se negar, peremptoriamente, a possibilidade de, pelo meio legalmente previsto (= ação rescisória), desconstituir decisões judiciais transitadas em julgado nas quais, erroneamente, tenha se considerado constitucional lei inconstitucional (ou vice-versa), o que somente ocorreria se houvesse expressa disposição constitucional a respeito[514].

Uma vez declarada[515], pelo Supremo Tribunal Federal, a inconstitucionalidade de uma lei, quer pelo controle difuso, quer pelo controle concentrado de constitucionalidade, resta evidente que qualquer decisão judicial que, julgando o mérito da causa, a tenha aplicado, contrariou preceito da Constituição Federal, sujeitando-se, assim, a ser desconstituída por meio de ação rescisória, com fundamento no artigo 495, V, do CPC, desde que respeitado o prazo decadencial fixado em lei.

Deveras, a aplicação "retroativa" das decisões do Supremo Tribunal Federal, para desconstituir decisões proferidas em época em que talvez não se cogitasse da inconstitucionalidade da lei ou até mesmo em que fosse outro o entendimento do STF[516], com o devido respeito àqueles que têm entendimento contrário[517], é a única compatível com o princípio da supremacia do texto constitucional, como já reconheceu o próprio Tribunal:

> "A manutenção de decisões das instâncias ordinárias divergentes da interpretação constitucional revela-se afrontosa à força normativa da

---

[514] Como a constante do artigo 161, "1", "a", da Constituição Espanhola: "A declaração de inconstitucionalidade de uma norma jurídica com força de lei, afetará a sua interpretação pelos Tribunais, mas as decisões anteriormente proferidas não perderão a qualidade de coisa julgada" (tradução livre).

[515] Na realidade, a propositura da ação rescisória, sob a alegação de equívoco do órgão jurisdicional quanto à constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei, independe, a rigor, da existência de prévia decisão do Supremo Tribunal Federal a respeito (MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Coisa Julgada.* Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 111), pois a conformidade ou desconformidade do ato legislativo é contemporânea ao seu nascimento. Por idêntica razão, o prazo para a propositura da ação rescisória deverá ser contado da data do trânsito em julgado da decisão rescindenda, como determina a lei (*legem habemus*), e não da data de eventual decisão do STF.

[516] Não se pode ignorar que a jurisprudência do STF orientou-se no sentido de que as decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade não condicionam a atuação do próprio STF, limitando apenas os demais órgãos do Poder Judiciário e o Poder Executivo (STF – Tribunal Pleno – Questão de Ordem na ADIN n. 2.777-SP – Rel. Min. Cezar Peluso – j. 27.11.2003 – v.u.).

[517] Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. "Ação rescisória e divergência de interpretação em matéria constitucional". São Paulo, *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 8, mai., 1996. p. 9-20; MARINONI, Luiz Guilherme. "O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material)". Porto Alegre, *Revista Jurídica*, n. 317, mar., 2004. p. 21.

Constituição e ao princípio da máxima efetividade da norma constitucional”[518].

Além disso, vedar a possibilidade de novo julgamento das causas transitadas em julgado, via ação rescisória, para que prevaleça o entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito de questão constitucional implica em violação ao princípio da isonomia, de que somente se poderia cogitar em caso de expressa previsão constitucional.

2. Preclusão

Outro instituto que guarda íntima relação com a segurança jurídica é a preclusão.

Se do ponto de vista da parte (subjetivo) a preclusão é a perda de uma faculdade ou direito processual, do ponto de vista do processo (objetivo) trata-se de fato que o impele para frente, aproximando-o do seu escopo (celeridade), ao impedir o recuo a fases anteriores do procedimento ou a rediscussão de questões já decididas (segurança jurídica).

Em verdade, sem preclusões o processo correria o risco de não chegar ao seu fim (declaração ou efetivação do direito) ou, no mínimo, não o atingiria em um tempo razoável (art. 5º, LXXVIII, da CF), privando a parte que tem razão de uma tutela realmente efetiva.

A própria coisa julgada formal, aliás, nada mais é do que o resultado da derradeira preclusão no processo, fruto da necessidade prática de que em algum momento já não seja mais possível impugnar, dentro da mesma relação jurídica processual, a decisão proferida pelo órgão jurisdicional[519], quer porque não interposto a tempo e modo o recurso

[518] Cf. STF – 2. T – Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 328.812-AM – Rel. Min. Gilmar Mendes – j. 10.12.2002 – v.u.

[519] “Não se reconhece direito a uma contestação continuada e permanente, sob pena de se colocar em xeque um valor da própria ordem constitucional, o da segurança jurídica, que conta com especial proteção (coisa julgada)” (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 444)

cabível, quer porque esgotada a possibilidade de recorrer (porque já interposto e julgado o recurso cabível).

Sob este aspecto, um modelo de processo menos preclusivo conspira contra as garantias da coisa julgada e da duração razoável do processo, podendo, no limite, ser considerado inconstitucional[520].

A preclusão, porém, não se volta apenas contra a faculdade das partes de praticar atos processuais (art. 473 do CPC), mas também teria por função limitar o poder do juiz de voltar a decidir questão que já foi apreciada (art. 471, *caput*, do CPC), na ausência de recurso da parte ou expressa autorização legal.

A propósito dessa dualidade, cabe aqui aderir a manifestação doutrinária mais recente[521], que ressalta que o termo preclusão tem sido utilizado para designar fenômenos diversos: de um lado, a perda da possibilidade de praticar um ato processual pela parte; e de outro a impossibilidade de alteração de uma decisão por parte do juiz, cada qual informada por fundamentos diversos, decorrentes da posição das partes e do juiz no processo. Seria possível cogitar, assim, que a respeito de determinadas questões houvesse preclusão para a parte, mas não para o juiz, quando este delas puder conhecer ainda que aquela tenha sido omissa e suscitá-las[522].

Essa conclusão demonstra que sob a perspectiva da segurança jurídica predomina a preocupação com a preclusão das questões decididas pelo juiz, pois somente esta e não aquela é apta a conferir estabilidade às decisões proferidas no curso do processo e diminuir o grau de incerteza nele existente (= segurança jurídica).

Sob esta perspectiva nos parece inegável o acerto de CALMON DE PASSOS quando afirma que "a preclusão para as partes significa preclusão para o juiz, ou

---

[520] "Um sistema rígido de preclusão pode assim corresponder, ao contrário do que possa parecer, a uma exigência constitucional do estado democrático de direito" (MESQUITA, José Ignácio Botelho de; ZVEIBIL, Daniel Guimarães; TEIXEIRA, Guilherme Silveira; DELLORE, Luiz Guilherme Pennacchi; LOMBARDI, Mariana Capela; e AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real. "Questões de ordem pública: revisíveis *ad infinitum*?". In: ASSIS, Araken de *et alii* (Coord.). *Direito Civil e Processo: Estudos em Homenagem ao Professor Arruda Alvim.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 1529).
[521] Cf. SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil.* 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 91-94.
[522] Cf. SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil.* 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 182.

de preclusão para as partes não se pode falar"[523]. Para a segurança jurídica interessa se houve ou não preclusão *no processo*, seja quem fosse aquele apto a praticar o ato processual.

O problema se mostra ainda mais sério se atentarmos para o fato de que inúmeras são as matérias – no direito processual - que o juiz pode conhecer de ofício (normalmente identificadas com a idéia de ordem pública); e se tornaria dramático caso se admita que em relação a estas também não ocorre proibição de revogar ou alterar a decisão que as tenha apreciado: praticamente tudo o que tem mínima relevância no e para o processo (pressupostos processuais e condições da ação, regularidade formal do processo, poderes instrutórios etc.) ficaria exposto à possibilidade de mudança de opinião por parte do juiz[524].

Tal visão do fenômeno levaria a concluir que a preclusão sobre questões incidentais seria a exceção e não a regra do sistema processual[525].

E reduziria a muito pouco o que se reconhece ser a legítima expectativa das partes de que resolvida uma questão sem que haja impugnação (ou previsão expressa de revogação/alteração) já não é possível haver retrocessos[526], prosseguindo o processo em terreno firme e não em perigosa areia movediça[527].

Em nossa opinião a insegurança jurídica resultante da ausência de preclusões para o juiz é especialmente grave nesses e não em outras hipóteses mencionadas pela doutrina, como é o caso da revogação das tutelas de urgência[528].

---

[523] Cf. CALMON DE PASSOS, J. J. *Comentários ao Código de Processo Civil.* v. X. t. I. São Paulo: RT, 1984, p. 236.
[524] Cf. SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil.* 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 230-252.
[525] Em sentido contrário: SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil.* 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 318.
[526] "No correr da demanda, a lide vai sofrendo como que um trabalho de *erosão*, mediante a eliminação de certas questões que se mostraram irrelevantes, ou se tornaram incontestáveis, de forma a se apresentar quase sempre ao tribunal de recurso encerrada em contornos mais restritos e reduzida aos seus elementos essenciais" (MACHADO GUIMARÃES, Luiz. Efeito Devolutivo da Apelação. *Estudos de Direito Processual.* Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, 1969, p. 217).
[527] A figura de linguagem não nos parece despropositada, pois ao se permitir mais de uma decisão sobre determinada questão o processo se movimenta, mas corre o risco de não sair do lugar.
[528] Cf. SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil.* 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 307.

Ora, a revogação de uma antecipação de tutela, embora tenha graves e inegáveis inconvenientes, não se pode dizer seja de todo inesperada pela parte a quem aproveita, pois se trata por definição de solução provisória, a viger no máximo enquanto não é possível dar solução definitiva (com cognição exauriente e após o exercício do contraditório) ao conflito de interesses.

Muito pior, em termos de insegurança jurídica, é permitir que após o saneador e sem que tenha havido recurso contra a decisão, as partes, que aguardam a apreciação do mérito da causa, sejam surpreendidas por um julgamento de carência ou com o retorno do processo à sua fase inicial em razão de alguma nulidade[529].

Por esta razão, a fim de assegurar maior (para não dizer um mínimo) segurança jurídica ao processo, há que se reconhecer que da possibilidade de conhecer de ofício determinadas matérias não resulta necessariamente a possibilidade de decidir indefinidamente questões a elas relativas, caso não interposto a tempo e modo o recurso cabível, conforme ressaltado por JOSÉ IGNÁCIO BOTELHO DE MESQUITA: "Em suma, não interposto o recurso cabível, o mero fato de se tratar de questão de ordem pública não exclui a preclusão"[530].

3. Uniformização de jurisprudência e institutos similares

Jurisprudência, segundo leciona a doutrina, é o conjunto das decisões reiteradas dos tribunais[531] em um mesmo sentido, quanto a uma determinada questão de

---

[529] "O rejulgamento de questões de ordem pública decididas e irrecorridas constitui poderoso fator de desordem processual, acarretando prejuízo à celeridade do feito" (MESQUITA, José Ignácio Botelho de; ZVEIBIL, Daniel Guimarães; TEIXEIRA, Guilherme Silveira; DELLORE, Luiz Guilherme Pennacchi; LOMBARDI, Mariana Capela; e AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real. "Questões de ordem pública: revisíveis *ad infinitum*?". In: ASSIS, Araken de *et alii* (Coord.). *Direito Civil e Processo: Estudos em Homenagem ao Professor Arruda Alvim.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 1529).

[530] Cf. MESQUITA, José Ignácio Botelho de; ZVEIBIL, Daniel Guimarães; TEIXEIRA, Guilherme Silveira; DELLORE, Luiz Guilherme Pennacchi; LOMBARDI, Mariana Capela; e AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real. "Questões de ordem pública: revisíveis *ad infinitum*?". In: ASSIS, Araken de *et alii* (Coord.). *Direito Civil e Processo: Estudos em Homenagem ao Professor Arruda Alvim.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 1532.

[531] A respeito da distinção entre precedente e jurisprudência, cf. CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito.* São Paulo: RT, 2004, p. 9-10 (nota 1). As decisões dos juízes de primeira instância não constituem jurisprudência, embora possam ser consideradas, por eles próprios, como precedentes, na linha do que dispõe o art. 285-A do CPC. Esse, pelo menos, era o entendimento até a introdução do referido instituto, orientação que reputamos continuar correta. Cf. VIGLIAR, José Marcelo

direito ou *tese jurídica*. Realmente, as questões de fato, pela sua própria natureza, dependem daquilo que for considerado demonstrado pelo órgão jurisdicional, a partir das provas existentes (ou não) nos autos, variando de caso para caso, sem que a respeito se possa falar propriamente em reiteração.

Embora em nossa opinião não se trate propriamente de fonte do direito[532] (apesar de ser claramente uma *forma de expressão* do direito[533]), é forçoso reconhecer que já há algum tempo tem sido consagrada pelo legislador, de forma crescente, a idéia de respeito aos precedentes judiciais (que em determinadas circunstâncias podem se tornar vinculantes[534] até mesmo para membros de outro Poder, como o Executivo), por força da qual a invocação da jurisprudência, na prática, tornou-se argumento utilizado pelos advogados e fundamento das decisões dos órgãos judiciais, o que torna inegável a sua importância e a necessidade da sua uniformização (a noção de jurisprudência divergente, em certas circunstâncias – v.g., de órgãos de um mesmo tribunal - é quase uma *contradictio in terminis*[535]), de forma preventiva ou corretiva.

Menezes. *Uniformização de Jurisprudência: Segurança jurídica e dever de uniformizar.* São Paulo: Atlas, 2003, p. 75-79 (obra anterior à introdução do art. 285-A).

[532] Em sentido contrário, cf., por todos, CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito.* São Paulo: RT, 2004.

[533] Cf. VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Uniformização de Jurisprudência: Segurança jurídica e dever de uniformizar.* São Paulo: Atlas, 2003, p. 51-58.

[534] Mesmo nos casos em que a jurisprudência é vinculante, não há propriamente "criação" do direito, mas equiparação da sua eficácia à dos atos legislativos. E a equiparação, não deve ser esquecido, encontra fundamento em leis e emendas constitucionais aprovadas pelo Poder Legislativo, não sendo inerente às decisões judiciais, o que a nosso ver confirma o entendimento aqui defendido: por meio da lei pretende-se obter *a fórceps* uma vinculação ao precedente que nos países de outro sistema jurídico (*common law*) decorre da tradição e não de uma regra escrita (nas leis ou na Constituição), demonstrando a superioridade do direito legislado sobre o direito jurisprudencial em nosso ordenamento.

[535] Semelhante contradição não existe em caso de divergência entre as decisões proferidas por juízes de primeiro grau (ainda que de uma mesma base geográfica). Tal variabilidade, por assim dizer, revela-se necessária para não dizer benfazeja, pois permite um melhor amadurecimento das discussões e a própria evolução da jurisprudência. De outro lado, não constituindo os julgadores de primeira instância uma unidade, como os membros dos tribunais e os órgãos fracionários a que pertencem, não há mecanismo processual para eliminar eventuais divergências que não seja a interposição de recurso para o órgão *ad quem*, cabendo a este, e não aos órgãos *a quo*, a uniformização das diferentes interpretações do direito. Embora não haja como uniformizar as decisões de primeiro grau (i.e., *ainda em primeiro grau de jurisdição*), seria desejável que as decisões dos juízes, a respeito das variadas questões de direito, fossem melhor divulgadas, o que atualmente não ocorre (apesar da crescente informatização e da disseminação da *internet* como mecanismo de pesquisa), entre os próprio juízes e os demais operadores do direito (membros do MP, advogados, defensores públicos), de modo a permitir maior previsibilidade do resultado do futuro julgamento e uma discussão mais aprofundada do tema controvertido ainda em primeira instância.

Assim, a finalidade da uniformização de jurisprudência (arts. 476 a 479 do CPC) diz respeito, diretamente, aos escopos do processo e via de conseqüência favorece à segurança jurídica.

A uniformização da jurisprudência atende, evidentemente, ao chamado escopo político da jurisdição (= afirmação do poder do Estado), vez que a proliferação de interpretações divergentes em um mesmo espaço e tempo desprestigia as leis, diminui a confiança nos juízes e favorece comportamentos oportunistas[536], de tal sorte que o instituto serve "ao interesse do próprio Estado em manter o império suas leis e o respeito às suas instituições"[537].

Quanto ao seu resultado, a uniformização da jurisprudência, na medida em que elimina respostas contraditórias a uma mesma questão de direito, contribui para a pacificação, atendendo assim ao escopo social da jurisdição.

Predomina aqui o princípio da isonomia (= igualdade perante a lei), pois "não será igual para todos a lei que, para alguns, seja interpretada num sentido e, para outros, seja interpretada em sentido oposto"[538].

Não se pode dizer, no entanto, que estes sejam os escopos prevalentes no instituto, porque do contrário haveria de se aceitar a tese vencedora qualquer que fosse ela, ainda que claramente incorreta ou menos justa. Não se busca uma interpretação qualquer, mas a correta interpretação do direito (princípio da legalidade), que permita a pacificação do conflito com justiça (= escopo jurídico).

Por isso mesmo causa perplexidade que a lei, no entender da jurisprudência dominante, não tenha tornado obrigatória a instauração do incidente, quando suscitada pela parte e demonstrada a existência de precedentes divergentes do mesmo tribunal, pois segundo o Superior Tribunal de Justiça, o pedido de instauração do incidente pela parte

---

[536] Pois duas ou mais posições, ainda que excludentes, podem ser sustentadas. Cf. BENETI, Sidnei Agostinho. "Assunção de competência e *fast-track* recursal". São Paulo, *Revista de Processo*, n. 171, mai., 2009, p. 12.

[537] Cf. MESQUITA, José Ignácio Botelho de. "A súmula da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal". *Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil*. v. 2. São Paulo: RT, 2005, p. 217.

[538] Cf. MESQUITA, José Ignácio Botelho de. "Uniformização da jurisprudência (esboço de substitutivo ao projeto de lei 3.804/93". *Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil*. v. 2. São Paulo: RT, 2005, p. 240.

não vincula o juiz[539], constituindo faculdade e não obrigação do julgador[540], sujeita a juízo de conveniência e oportunidade[541].

Tal entendimento, com o devido respeito, é inadmissível[542].

Salta aos olhos que a eliminação da divergência, em benefício de maior segurança jurídica para o jurisdicionado e da racionalidade do sistema, não pode ser uma *faculdade* dos julgadores, a ser exercida conforme critérios de *conveniência* e *oportunidade*, em visão inadmissível do fenômeno processual[543], mas um direito da parte, com fundamento nos princípios constitucionais da legalidade e da isonomia, para que a vitória ou derrota na lide não resultem apenas da álea envolvida no sorteio do órgão fracionário competente para o julgamento da causa.

A uniformização da jurisprudência não pode ficar à mercê de ser ou não da predileção dos julgadores determinada questão de direito.

Admitido, porém, que seja o incidente e reconhecida a existência de divergência, outro problema se apresenta, que é a obrigatoriedade da edição de súmula, caso o julgamento obtenha o quorum qualificado exigido pelo art. 479 do CPC, pois tais enunciados tendem à abstração[544], resultem ou não do incidente de uniformização,

---

[539] STJ – 3ª Turma – Resp. nº 1197816-RS – Rel. Min. Nancy Andrighi – j. 16.08.11

[540] STJ – 5ª Turma – AgRg no Ag nº 930930-SP – Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho – j. 26.10.10 – v.u.; STJ – 3ª Turma – AgRg no REsp. nº 698105-RJ – Rel. Min. Sidnei Beneti – j. 16.10.08 – v.u.

[541] STJ – 6ª Turma – IUJur no AgRg no HC nº 120.990-RS – Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura – j. 21.10.10 – v.u.; STJ – 2ª Turma – REsp. nº 711151-PR – Rel. Min. Castro Meira – j. 17.05.05 – v.u.

[542] Cf. CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito.* São Paulo: RT, 2004, p. 259; PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Jurisprudência: da divergência à uniformização.* São Paulo: Atlas, 2006, p. 66-67; VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Uniformização de Jurisprudência: Segurança jurídica e dever de uniformizar.* São Paulo: Atlas, 2003, p. 181. Em sentido contrário: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil.* v. 5. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 19.

[543] O juiz não exerce a jurisdição no seu interesse pessoal, mas no interesse do Estado (a quem interessa a aplicação do direito objetivo) e das partes (a quem foi prometida tutela jurisdicional). Se a uniformização da jurisprudência representa para o Estado economia e respeitabilidade, e para os jurisdicionados segurança e igualdade (VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Uniformização de Jurisprudência: Segurança jurídica e dever de uniformizar.* São Paulo: Atlas, 2003, p. 197-204), não pode haver escolha entre uniformizar e não uniformizar.

[544] "As Súmulas vinculantes representam um retrocesso em direção à metafísica clássica, em que o sentido estava nas 'coisas'. Na Súmula estará condensada a substância (essência) de cada 'coisa' jurídica. Ou seja, a 'substância' contida no verbete sumular destemporaliza o sentido, pelo seqüestro da temporalidade" (STRECK, Lenio Luiz. "O fahrenheit sumular do Brasil: o controle *panóptico* da justiça". Disponível em: www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/14.pdf. Acesso em 19 nov. 2011). Também entendemos plenamente aplicáveis às nossas súmulas o que disse o Tribunal Constitucional de Portugal a

principalmente porque elaborados sem a participação das partes e seus advogados[545], o que pode dificultar a sua aplicação nos casos futuros. Expliquemo-nos.

O fenômeno jurídico envolve, inexoravelmente, fato, norma e valor, de tal sorte que ao aplicar a lei ao caso concreto todos esses fatores se colocam diante do juiz.

Veja-se que no recurso especial (e também no extraordinário), precisamente por ser este um recurso de revisão e não de cassação, o STJ não *reexamina* os fatos, o que lhe permitiria chegar a conclusão diversa do tribunal *a quo*, mas pode e deve *examiná-los* (i.e., determinar qual a situação fática, de acordo com o acórdão recorrido), pois do contrário não conseguiria julgar a causa, como estabelece a Súmula nº 456 do STF[546], vez que deste exame depende a determinação de qual a norma jurídica aplicável e de como esta deve ser interpretada.

Confirmando este entendimento, a lei e a jurisprudência do STJ exigem, para a configuração do dissídio pretoriano, necessário para a admissão do recurso pela alínea "c" do permissivo constitucional (art. 105, III), a demonstração das "circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados" (art. 541, parágrafo único, *in fine*, do CPC)[547], visto que a interpretação da mesma lei ou dispositivo legal pode em tese ser diversa se diferentes também forem os fatos aos quais se pretende sejam aplicados.

---

respeito dos assentos do direito lusitano, no já mencionado acórdão nº 810/93: "Como é consabido, os assentos não são os próprios acórdãos do tribunal pleno, mas estritamente as proposições normativas de estrutura geral e abstracta que se autonomizam, formal e normativamente, desses acórdãos. O assento é o "preceito que coroa a decisão do caso concreto" com "força genérica" (Antunes Varela, *Do Projecto ao Código Civil*, p. 18), não a própria decisão do caso concreto ou o conteúdo normativo causuístico dessa decisão". A eficácia *erga omnes*, inclusive contra outros Poderes, é apenas um complicador deste caráter, presente tanto nas súmulas "simples" (que não podem ser mera recomendação aos órgãos fracionários do tribunal ou aos órgãos hierarquicamente inferiores) como nas vinculantes".

[545] Cf. MESQUITA, José Ignácio Botelho de. "A súmula da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal". *Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil*. v. 2. São Paulo: RT, 2005, p. 225.

[546] "O Supremo Tribunal federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie".

[547] O mesmo pode ser dito da técnica de julgamento por amostragem (= recursos repetitivos), que se bem aplicada pode obter igual eficácia à da edição de súmula, sem os inconvenientes desta. A técnica empregada na alínea "c", assim, se aproxima da utilizada nos países de *common law*, em que "na aplicação do precedente, discute-se mais sobre a existência, ou não, de analogia entre o caso julgado e o caso a ser decidido, do que sobre as virtudes ou defeitos do precedente" (MESQUITA, José Ignácio Botelho de. "A súmula da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal". *Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil*. v. 2. São Paulo: RT, 2005, p. 219), o que pressupõe a sua *contextualização* e cria para o julgador a obrigação de justificar a aplicação da mesma *ratio decidendi* ao caso concreto (STRECK, Lenio Luiz. "O fahrenheit sumular do Brasil: o controle *panóptico* da justiça". Disponível em: www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/14.pdf. Acesso em 19 nov. 2011.

Ora, no incidente de uniformização de jurisprudência, embora seja cindido o julgamento da causa, a questão de direito nunca se desgarra totalmente da situação fática subjacente:

> "a) a uniformização de jurisprudência implica a escolha de uma entre várias teses de direito e, neste sentido, constitui atividade puramente teórica, desenvolvida a partir de conceitos jurídicos; mas
> b) implica também adequação do direito aos reclamos dos fatos sociais e, enquanto tal, constitui atividade eminentemente prática, porque se desenvolve a partir do fato concreto e se destina a dar ao fato a solução mais justa"[548].

Aliás, mesmo quando se reconhece aos enunciados das súmulas total abstração, mais evidente se revelaria o nosso ponto de vista: se os enunciados normativos provenientes do legislador precisam ser interpretados para serem aplicados, e esta atividade traz em si, ao menos em tese, a possibilidade de diferentes interpretações, qual o fundamento para imaginar que com um enunciado normativo proveniente do Poder Judiciário o resultado haveria de ser diferente? Também as súmulas precisam ser interpretadas[549].

Nesse sentido, cria-se um verdadeiro *paradoxo*, como observou LENIO LUIZ STRECK:

> "A função de fechamento, ao transformar decisões provenientes de interpretações de determinados sentidos atribuídos à lei, sem retitá-la do

---

[548] Cf. MESQUITA, José Ignácio Botelho de. "A súmula da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal". *Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil*. v. 2. São Paulo: RT, 2005, p. 217.

[549] Cf. VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Uniformização de Jurisprudência: Segurança jurídica e dever de uniformizar*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 25. Se depois de aprovada a súmula o conteúdo do seu enunciado suscitar discussões, ao ter de ser aplicado aos casos concretos, resultando depois de muitas decisões na sua alteração, não haveria aí uma segunda súmula, cujo objeto seria a interpretação da primeira? Esse parece ser o caso das súmulas 282 ("É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada") e 356 ("O ponto omisso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento") do STF, e 98 ("Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório") e 211 ("Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo")* do STJ, relativas ao requisito do prequestionamento.

sistema através de inconstitucionalidade, *não mais resolve problemas concretos.* Com isto, 'abre-se' a possibilidade para outros casos. Isto é um paradoxo, uma vez que, pelos mecanismos vinculativos, o sistema torna-se mais fechado, mas, como a súmula vinculante (e a vinculação das decisões em sede de interpretação conforme, p.ex.) *também é um novo texto, tal circunstância torna ao mesmo tempo o sistema aberto para novas interpretações.* Ora, no plano da hermenêutica, em que se trabalha com uma perspectiva produtora de sentido, e não reprodutora, e que a cada interpretação faz-se uma nova atribuição de sentido, *é evidente que também as Súmulas e as decisões que as aplicarem acriticamente deverão ser interpretadas.* Ou seja, do mesmo modo como as leis (textos) não são claras, as decisões que se pretendem universalizantes como as Súmulas também não o são... *Desse paradoxo, entretanto, a dogmática jurídica não se dá conta*"[550].

Os enunciados das súmulas podem ter diferentes graus de abstração, dos quais dependerá a sua eficácia: uma coisa é dizer, por exemplo, que o tributo X é inconstitucional, ou que o art. Z da lei Y foi revogado pela lei W; outra, por exemplo, é dizer que "só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros" (Súmula Vinculante nº 11) ou que "a nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da união, dos estados, do distrito federal e dos municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal" (Súmula Vinculante nº 13).

Por tal razão, há certa dose de ingenuidade na criação da chamada súmula vinculante, introduzida na Constituição pelo art. 103-A, vez que a depender do grau de abstração do seu enunciado não será tal instrumento apto a eliminar divergências interpretativas (poderá fomentá-las), malgrado se reconheça que a possibilidade de

[550] Cf. "O fahrenheit sumular do Brasil: o controle *panóptico* da justiça". Disponível em: www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/14.pdf. Acesso em 19 nov. 2011.

impugnação por meio de reclamação, cujo julgamento compete ao STF, tenda a inibir ao menos as decisões que claramente afrontarem a jurisprudência da Corte Suprema.

Diante de tais dificuldades no manejo do instituto, quase nenhuma seria na prática a possibilidade de uniformização da jurisprudência, não fosse a existência de outros instrumentos que permitem a obtenção de resultado semelhante, tais como os embargos de divergência no STJ ou STF (art. 546 do CPC) e os recursos especial (art. 105, III, "c", da CF) e extraordinário, notadamente quando efetuado o seu julgamento por amostragem (arts. 543-B e 543-C do CPC).

Pode-se dizer, inclusive, que no âmbito do STJ e do STF os embargos de divergência, quer por a iniciativa da uniformização depender da parte sucumbente (e não da disposição dos julgadores), quer pelo menor número de órgãos fracionários entre os quais se pode dar a divergência (em comparação aos Tribunais de segundo grau de jurisdição), praticamente tornaram inútil o instituto da uniformização de jurisprudência (que continua disciplinado nos regimentos internos), muitas vezes fazendo-lhe as vezes.

Esta situação tornou-se ainda mais evidente com a adoção do julgamento por amostragem, por força do qual a uniformização do entendimento dos Tribunais inferiores em muitos casos ocorrerá antes que a respeito possa surgir divergência entre os órgãos fracionários do STJ ou STF[551].

Tais institutos, no entanto, não existem no âmbito dos Tribunais locais (não há previsão de julgamento por amostragem para questões de direito estadual e municipal; o recurso de revista, equivalente aos embargos de divergência, não foi mantido pelo CPC vigente), o que limita a possibilidade de obtenção da uniformização da jurisprudência em segundo grau de jurisdição.

O único mecanismo assemelhado que pode ser aplicado no julgamento das causas pelos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça, para tentar suprir as já

[551] No caso do STF, aliás, há que se indagar se ainda se justifica a divisão de um tribunal com apenas 11 (onze) integrantes em turmas, mormente porque essa solução surgiu em momento histórico no qual ainda não era utilizada a técnica de julgamento monocrático dos recursos pelos relatores, *ad referendum* do colegiado.

mencionadas deficiências da uniformização de jurisprudência, seria o introduzido pela Lei nº 10.352/01, que acrescentou um § 1º no art. 555 do CPC, assim redigido:

> "§ 1º Ocorrendo relevante questão de direito, que faça conveniente prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal, poderá o relator propor seja o recurso julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar; reconhecendo o interesse público na assunção de competência, esse órgão colegiado julgará o recurso".

Entre as diferenças entre o novo instituto e a uniformização, no que interessa à segurança jurídica, está a sua finalidade não apenas de eliminar, mas igualmente de prevenir divergências entre os órgãos fracionários do tribunal, fixando desde logo qual a interpretação correta do direito. Como a discussão nem sempre pode estar suficientemente madura, entendemos que o mecanismo deve ser utilizado com *prudência*, evitando decisões precipitadas[552]. A fim de reduzir tais riscos, recomenda-se, ainda com maior razão (do que no caso da uniformização de jurisprudência), a participação das partes e de terceiros interessados, ainda que apenas na qualidade de *amicus curiae*.

Embora em princípio esta novidade pudesse ser um bom instrumento para evitar decisões contraditórias em matéria de direito, a experiência revela que ela não produziu frutos. À semelhança da uniformização de jurisprudência, o instituto lamentavelmente é de escassa utilização no dia-a-dia dos tribunais, o que contribui para a proliferação de decisões divergentes e o aumento da insegurança jurídica.

3.1. O problema da modificação da jurisprudência

A uniformização da jurisprudência permite às partes e seus advogados (normalmente aquelas orientadas por estes) tomar decisões, antes e no curso dos processos,

[552] "A interpretação vinculante tem o poder de prevenir litígios futuros, mas é uma das características salutares da jurisprudência que ela se consagre após a reiteração de casos concretos, dos quais se extrai a melhor interpretação do direito, em virtude dos aspectos multifários que apresentam. A interpretação prévia, num caso determinado, ou abstraído de um caso determinado, corre o risco de ser irremediavelmente errada, tendo em vista a sua precipitação e falta de visão de todas as peculiaridades do problema" (GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro.* v. 2. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 345).

como a de propor a demanda, contestar, recorrer ou não, ou mesmo evitá-los ou extingui-los prematuramente por desistência, renúncia ou transação.

Conforme observou CALAMANDREI, é sensato que as partes ajam em conformidade com a jurisprudência dos Tribunais. Mais do que isso, é natural que tanto as partes quanto seus advogados (que afinal são aqueles que praticam os atos processuais) respeitem a jurisprudência[553].

O respeito à jurisprudência dos Tribunais, porém, tem um pressuposto, e impõe uma conseqüência.

O pressuposto é que o Tribunal imponha a seus integrantes e a seus órgãos fracionários[554], bem como aos órgãos jurisdicionais hierarquicamente inferiores, o respeito à sua jurisprudência.

Em suma, que se respeite e se faça respeitar, como exortou o Min. Humberto Gomes de Barros em voto proferido nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 228.432:

> "O Superior Tribunal de Justiça foi concebido para um escopo especial: orientar a aplicação da lei federal e unificar-lhe a interpretação, em todo o Brasil. Se assim ocorre, é necessário que sua jurisprudência seja observada, para se manter firma e coerente. Assim sempre ocorreu em relação ao Supremo Tribunal Federal, de quem o STJ é sucessor, nesse mister. Em verdade, o Poder Judiciário mantém sagrado compromisso com a justiça e a segurança. Se deixarmos que nossa jurisprudência varie ao sabor das convicções pessoais, estaremos prestando um desserviço a nossas instituições. Se nós – os integrantes da Corte – não observamos as decisões que ajudamos a formar, estaremos dando sinal, para que os demais órgãos

[553] Cf. CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado.* Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 161-162

[554] Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. "Eficácia temporal da revogação da jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores". São Paulo, *Revista dos Tribunais,* n. 906, abr., 2011, p. 256.

judiciários façam o mesmo. Estou certo de que, em acontecendo isso, perde sentido a existência de nossa Corte. Melhor será extingui-la"[555].

Realmente, não há como se exigir das partes e seus advogados, ainda mais sob a ameaça de severas sanções processuais, que deixem de demandar, de contestar ou de recorrer em sentido contrário ao que houver sido decidido pelo Tribunal, se seus órgãos fracionários ou mesmo as instâncias inferiores assim o fazem impunemente[556].

Somente assim pode-se exigir também das partes o respeito à jurisprudência.

E esse respeito, uma vez obtido, impõe aos Tribunais dois importantes deveres, que dele são conseqüência.

O primeiro é o de zelar pela estabilidade da jurisprudência, evitando que uma vez consolidado o entendimento a respeito de determinada questão de direito ele deixe de ser aplicado sem que existam boas razões para tanto.

É inerente (*rectius*, deveria ser) à aplicação do direito pelos tribunais a idéia de *continuidade:*

> "El poder judicial tiene conciencia de una *continuidad necesaria del derecho.* Modificar en cada caso particular la aplicación y la interpretación de las reglas jurídicas, sería crear el desorden. El concepto de la *permanencia de las reglas,* modela la psicologia del juez y le da el culto del precedente. A lo que debe agregarse además, que ese respeto a las decisiones anteriores, facilita singularmente el trabajo del jues"[557].

---

[555] STJ - Corte Especial - Agravo Regimental nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 228.432 - Rel. Min. Humberto Gomes de Barros - j. 01.02.2002.

[556] O que se espera, no mínimo, é que um juiz que contraria jurisprudência e obriga a parte a recorrer não seja promovido por merecimento, pois retardar a solução dos litígios e aumentar o volume de trabalho dos tribunais não é algo que mereça "recompensa" e deve ser desestimulado. Essa solução, porém, é inútil quanto aos membros dos Tribunais de segunda instância (em relação à jurisprudência dos tribunais superiores), sendo de se esperar, porém, que laborando em um ambiente que valoriza o respeito à jurisprudência estes, uma vez ascendendo na carreira, mantenham a mesma postura que adotavam em primeira instância.

[557] Cf. RIPERT, George; BOULANGER, Jean. *Tratado de derecho civil.* t. I. Tradução de Delia Garcia Daireaux. Buenos Aires: La Ley, 1988, p. 185.

A jurisprudência (a *verdadeira* jurisprudência, e não uma única decisão, ou mesmo um precedente isolado[558]) cria para as partes a legítima expectativa de que causas serão julgadas de determinada maneira e tal expectativa deve ser protegida pelo órgão jurisdicional do qual emanada.

Da mesma forma que não convém que as leis mudem com freqüência, não há de se admitir igualmente inconstância na interpretação das leis, pois esta, do ponto de vista prático, equivale àquela, embora com a desvantagem adicional de comprometer a credibilidade do Poder Judiciário e da função jurisdicional:

> "Se o Estado estatui normas para regular relações intersubjetivas, é imperativo de segurança jurídica, que deve reinar na vida em sociedade, que essas normas não sejam postergadas, e tampouco sujeitas a flutuações constantes que acabam por substituir a Lei e o Direito pelo arbítrio e incerteza"[559].

Alterações circunstanciais da composição dos órgãos julgadores, por exemplo, não devem afetar a aplicação do precedente, sendo inaceitável (inclusive moralmente) que aqueles cuja interpretação restou vencida por ocasião da uniformização (ou mecanismo similar), aproveitem-se de ausências eventuais para impor às partes entendimento minoritário no âmbito do respectivo tribunal.

Na verdade, também a estabilidade da composição dos tribunais é um fator de estabilidade da jurisprudência, o que a nosso ver, especialmente nos tribunais de superposição, torna desaconselhável a instituição de mandatos com prazo determinado para

---

[558] É o caso, por exemplo, de uma decisão de uma das turmas do STJ, sem que a respeito haja decisão da outra turma integrante da respectiva seção ou da Corte Especial. Por esta razão, embora a existência de um precedente em princípio deva ser levada em consideração por um juiz ou tribunal ao decidir um caso similar, não há como exigir que a decisão o adote (força vinculante), diferentemente do que ocorre com a jurisprudência consolidada. A força do precedente resulta da sua autoridade e não da sua eficácia formalmente vinculante. Cf. TARUFFO, Michele. "Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto". Milano, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano LV, n. 1, mar., 2001, p. 27. A distinção entre o precedente em sistemas de *common law* e a jurisprudência em ordenamentos como o brasileiro resulta de inúmeros fatores, que vão da visão a respeito das fontes do direito à estrutura dos órgãos judiciários (a Suprema Corte dos Estados Unidos, por exemplo, não é divida em turmas ou câmaras, de tal sorte que seus julgamentos refletem a posição do Tribunal como um todo e tornam improvável a sua desconsideração em casos posteriores), o que impede que entre nós se dê a ambos o mesmo valor.

[559] Cf. MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil.* v. IV. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969, p. 107-108.

os seus integrantes, como por vezes se tem cogitado. Primeiro haveria que se implantar a cultura e a tradição de respeito aos precedentes[560], sob pena de se reduzir a nada a jurisprudência então existente a cada novo ciclo de mandatos.

O segundo é o de, em sendo inevitável a mudança, aplicá-la apenas de forma prospectiva (e não retroativa)[561].

Como a aplicação das leis pressupõe a sua interpretação, de nenhuma valia seria a proibição da retroatividade se os tribunais, sem alteração da lei pelo Legislativo, pudessem alterar de forma retroativa a sua interpretação[562].

Inevitável, nesse passo, uma crítica aos enunciados das Súmulas nº 343 ("Não cabe ação rescisória por ofensa a literal dispositivo de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais")[563] e 400 ("Decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra "a" do Art. 101, III, da Constituição Federal") do STF.

Tais enunciados, tomados em sua literalidade, exprimem a ideia de que interpretações divergentes de um mesmo enunciado legal (em matéria constitucional o Pleno do STF decidiu posteriormente afastar a aplicação dos enunciados) seriam equivalentes ou, em outras palavras, que o resultado da atividade interpretativa do juiz seria indiferente, já que um ou outro seria igualmente bom ou pelo menos aceitável pelo sistema.

---

[560] "A adesão ao precedente deve então ser a regra, não a exceção, para que os litigantes tenham fé na administração imparcial da justiça nos tribunais" (CARDOSO, Benjamin N. *A natureza do processo judicial*. Tradução de Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 21).

[561] Cf. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antônio; NERY JÚNIOR, Nelson. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. 2. ed. Barueri: Manole, 2009, *passim*.

[562] Conforme observa Tércio Sampaio, "é preciso entender que a irretroatividade das *leis* refere-se à lei conforme uma de suas interpretações possíveis" (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Do efeito *ex nunc* na declaração de inconstitucionalidade pelo STF. *Direito Constitucional*. Barueri: Manole, 2007, p. 92).

[563] Cf. MESQUITA, José Ignácio Botelho de; ZVEIBIL, Daniel Guimarães; RIBEIRO, Débora; TEIXEIRA, Guilherme Silveira; DELLORE, Luiz Guilherme Pennacchi; LOMBARDI, Mariana Capela; e AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real. "Da redução do alcance da Súmula-STF 343: o balanço de uma polêmica". In: CARVALHO, Milton Paulo de; CASTRO, Danile Penteado de (Coord.). *Direito Processual Civil*. v. 2. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 343-368.

Essa concepção, em nossa opinião, não resiste a uma análise sistemática do direito processual, pois se aplicada tornaria sem efeito o preceito do art. 105, III, "a", da Constituição Federal, que admite a interposição do recurso especial por divergência de interpretação, e contraria a função nomofilácica de um tribunal de superposição como o Superior Tribunal de Justiça, pois inviabiliza a uniformização da interpretação da legislação federal e a aplicação igualitária da lei pelos tribunais da federação.

Logo, o fato de a interpretação combatida ter sido adotada por outros tribunais não é óbice ao julgamento do mérito do recurso especial ou da ação rescisória, vez que a existência de entendimentos divergentes antes de afastar pode confirmar a existência de violação ao direito objetivo, pois a interpretação da lei deve ser uniforme dentro do seu âmbito de eficácia territorial.

O que não se admite, no caso da rescisória, é a sua utilização para reformar decisões que por ocasião do seu trânsito em julgado estavam em conformidade com a jurisprudência pacificada, "adequando-as" a uma orientação superveniente. Restrição similar aplica-se também ao recurso especial, pois a mudança da jurisprudência pacificada deve ser aplicada apenas prospectivamente, sob pena de frustrar a legítima confiança daqueles que pautaram suas condutas pela orientação fornecida pelo Poder Judiciário.

4. Ônus da prova

O ônus da prova, segundo reconhece a doutrina, possui dois aspectos, com base nos quais pode ser estudado: um objetivo e outro subjetivo.

Sob o aspecto objetivo, dirige-se ao juiz, determinando de que modo ele deve julgar caso não sejam reputados provados os fatos relevantes alegados pelas partes. Estabelece qual dos litigantes há de sofrer as conseqüências negativas da falta de prova deste ou daquele fato, pois alegar e não provar é como não alegar (*allegatio et non probatio quasi non allegatio*).

Por sua vez, sob o aspecto subjetivo o ônus da prova volta-se para as partes, advertindo-as, como exige o contraditório (que se desenvolve não apenas entre as partes,

mas igualmente entre estas e o juiz), das conseqüências da não demonstração dos fatos alegados e consequentemente estimulando-as (pelo menos é o que se espera, pois provar é necessário - em princípio - para vencer e a parte busca no processo – e pelo processo – a prevalência do seu interesse sobre o interesse contrário do adversário) a participar da instrução probatória.

Sob o aspecto da segurança jurídica sobreleva o aspecto objetivo do instituto, na medida em que permite aos potenciais litigantes saber de antemão quem sofrerá os efeitos da falta de prova, de acordo como os ônus tiverem sido previamente distribuídos pelo legislador (distribuição *ope legis*).

No direito brasileiro esta distribuição foi feita pelo art. 333, do CPC, que atribui ao autor o ônus de provar o fato constitutivo do seu direito e ao réu o ônus de provar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor,

Tal distribuição do *onus probandi* leva em consideração o efeito jurídico pretendido pela parte. Para que seja aplicada no processo determinada norma jurídica, deve a parte demonstrar a ocorrência do fato que lhe serve de base, seja ele constitutivo, extintivo, impeditivo ou modificativo[564].

Da leitura do texto legal resulta claro que o legislador, dentro da margem de liberdade que lhe concede o devido processo legal para disciplinar o direito processual, estabeleceu critério *estático* ou *fixo* para distribuir o ônus probatório entre os litigantes, vale dizer, na falta de expressa autorização legal não pode o juiz, em razão de eventuais particularidades de cada caso concreto, deixar de atribuir ao autor a conseqüência da

[564] É de se indagar qual a causa da adoção deste critério (interesse na obtenção de determinada conseqüência jurídica) pelo legislador ou, posta a questão em outros termos, se poderia ser diferente a distribuição, à luz das premissas constitucionais do processo. Por exemplo, se o autor poderia ser dispensado do ônus de provar os fatos constitutivos do direito por ele alegado, ou se a ele também poderia ser carreado o ônus de provar a inexistência de fatos que excluam o acolhimento da sua pretensão. Em nossa opinião, a resposta é negativa. A exigência de demonstração dos fatos constitutivos do direito alegado por aquele que pede tutela jurisdicional é conseqüência natural do ônus de demandar, de provocar o exercício da jurisdição, que por sua vez é decorrência da proibição da autotutela, que cria para a parte resistente o direito de ser mantida em sua situação de fato, de exercer o direito contestado, até que por meio do processo se declare que ele não existe ou pertence a terceiro. Cf. MESQUITA, José Ignacio Botelho de. Limites ao poder do juiz nas cautelares antecipatórias. *Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil.* São Paulo: RT, 2007, v. 3, p. 210. É o respeito à liberdade jurídica do réu que exige do autor que prove os fatos por ele alegados para que o seu pedido seja acolhido.

inexistência de prova dos fatos constitutivos por ele alegados (= improcedência do pedido), nem ao réu a da inexistência de prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor (= procedência do pedido).

Entre as particularidades que não foram consideradas (*rectius,* foram desconsideradas) pela lei está, precisamente, a dificuldade de produção da prova em juízo (= dificuldade de aquisição da prova pelo processo), o que a nosso ver afasta a possibilidade de aplicação, *de lege lata*, da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova.

Na realidade, a definição prévia da distribuição do ônus probatório é uma exigência do princípio ou postulado da segurança jurídica, inerente ao Estado Democrático de Direito, que impõe seja garantida uma dose razoável de previsibilidade na aplicação das regras jurídicas, mormente por agentes estatais, como é o caso do juiz, cuja função no processo de conhecimento é produzir uma norma individual e concreta que passará a disciplinar a relação jurídica existente entre as partes litigantes:

> "A prévia e clara atribuição do ônus da prova às partes, dessa forma, é conduta que se afeiçoa ao assim denominado *princípio de confiança legítima,* que pode ser tido como expressão do direito fundamental à segurança – consagrado no art. 5º, *caput,* da CF brasileira – e que apresenta como uma de suas vertentes a exigência de previsibilidade do direito. Ele é tido como uma imposição não apenas ao legislador e ao administrador, mas bem ainda ao Judiciário, sabido que a atividade dos tribunais pode também ser causa de incerteza e de um sentimento de insegurança para os jurisdicionados"[565].

Não era outra a posição de Leo Rosenberg, ao justificar a distribuição *estática* do ônus da prova:

> "La regulación de la carga de la prueba debe hacerse mediante normas jurídicas cuya aplicación debe estar sometida a la revisión por el tibunal

[565] Cf. YARSHELL, Flávio Luiz. YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova.* São Paulo: Malheiros, 2009, p. 92.

correspondiente, y esta regulación debe conducir a un resultado determinado, independiente de las contingencias del proceso particular, siendo un guía seguro para El juez con el qual las partes pueden contar ya antes de trabar El proceso. Una 'distribución libre de la carga de la prueba' no es la libertad en que podría pensar una magistratura bien aconsejada. La distribución proporcionada e invariable de la carga de la prueba es un postulado de la seguridad jurídica, sostenido justamente por los prácticos y defendido también por los partidarios de teorias discordantes"[566].

O que aqueles que defendem a alteração do ônus da prova pelo juiz no curso do processo, de acordo com as peculiaridades do caso concreto (em julgamento que se não é, em muito se assemelha da idéia de equidade), não percebem, ou pelo menos não dizem, é que provavelmente a esta altura (no curso do processo, mais precisamente no despacho saneador) talvez já seja muito tarde[567] para que a parte prejudicada (pela redistribuição) possa ir atrás das provas de que precisará para ver acolhida a sua pretensão defendida em juízo (procedência – no caso do autor – ou improcedência – no caso do réu – do pedido inicial). Ou para fazê-lo sem maiores incômodos.

Ora, a lide, o conflito de interesses, não nasce com o processo, sendo o seu nascimento, por definição, a ele anterior, razão pela qual muito antes da propositura de demanda, dentro dos marcos temporais estabelecidos pelas regras de prescrição e decadência, as partes, por precaução[568], frequentemente procuram se armar das provas que, caso seja instaurado um processo, sejam mais aptas a lhes assegurar um resultado favorável, sendo esta atividade de colheita de provas orientada pelas regras de distribuição do ônus da prova fixadas em lei (no CPC ou em lei extravagante).

---

[566] Cf. ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. 2. ed. Tradução de Ernesto Krotoschin. Montevideo: BdeF, 2002, p. 84-85.

[567] Conforme observou YARSHELL, "no caso de se autorizar que o juiz determine a regra, é preciso que o faça em momento útil, isto é, no qual a parte possa atuar de modo a produzir a prova que lhe compete e cujo ônus lhe foi atribuído" (*Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova.* São Paulo: Malheiros, 2009, p. 95).

[568] É o que explica o fenômeno da pré-constituição da prova, mormente sem o requisito da urgência: "Nesse cenário, a atenção das partes com a prova e a respectiva pré-constituição pode ser associada à busca de segurança, na premissa de que, no estabelecimento ou extinção de vínculos jurídicos, o homem prudente se preocupa com a necessidade de se precaver contra futura contestação de seu direito" (YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova.* São Paulo: Malheiros, 2009, p. 42).

As regras sobre a distribuição do ônus da prova, destarte, enquanto indutoras de comportamento produzem efeitos muito antes do nascimento da relação jurídica processual e, não raro, antes mesmo do nascimento do conflito de interesses (como diz o aforismo, “na paz, prepara-te para a guerra”).

A alteração da regra de julgamento apenas no momento da prolação da sentença, que doutrina e jurisprudência aos poucos vão reconhecendo ser um completo absurdo jurídico, nada mais é do que o exemplo extremo do fenômeno, pois nesse momento processual já foi reduzida a zero a chance da parte de se desincumbir do ônus probatório. O que não significa que o mesmo problema não possa existir, em grau menor, em estágios anteriores do processo ou mesmo antes da propositura da demanda. Sendo incerto qual o ônus probatório que recai sobre cada uma das partes, pode-se afirmar, sem medo de erro, que quanto mais longe, na linha do tempo, existir tal definição, considerado o momento em que ocorreram os fatos relevantes para o julgamento da lide (t = 0), maior em tese será a dificuldade de a parte produzir prova hábil a lhe permitir vencer o futuro processo judicial.

Mas não é só. A existência de indefinição a respeito de quais serão as regras sobre o ônus da prova desde antes do nascimento do processo pode induzir as partes a adotar uma postura de “paranóia probatória”, prejudicial aos negócios e relações pessoais:

> “Por outro lado, a indefinição quanto ao ônus de provar, se tomada nesse momento anterior ao processo (analogamente ao que acima se disse quanto ao momento em que já há um processo), pode levar a excessos indesejáveis: justamente pela preocupação com a indefinição do que possa ocorrer em juízo (do que se possa exigir da parte em tema de ônus da prova), os interessados podem ser levados à adoção de sucessivas providências voltadas à formalização de cada passo de suas relações, tudo para garantir que, em juízo, não possam ser acusadas de não ter feito a prova deste ou daquele fato; providências que, pelo eventual excesso, podem acabar onerando, dificultando ou até mesmo impedindo as relações negociais ou mesmo pessoais. Excesso de preocupação com a prova – efeito colateral da indefinição sobre as regras de atribuição do respectivo ônus – pode se

transformar em formalismo ou burocracia a inibir negócios ou em formalismo a frustrar relacionamentos pessoais"[569].

Trata-se, em suma, de técnica bastante perigosa[570], que traria muito maiores malefícios ao processo e ao tráfico jurídico de uma forma geral.

A maior ou menor dificuldade de produção da prova, por si só, jamais poderia ser utilizada como fundamento para a alteração do ônus da prova estabelecido em lei (seja a regra do art. 333 do CPC, seja a constante em lei extravagante), que conforme já ressaltado implica em dispensa da prova do fato alegado pela parte a quem ele beneficia, pois isto resultaria em flagrante ofensa ao princípio constitucional da isonomia, que exige da parte prova de suas alegações precisamente porque, à míngua de prova, não lhe seria lícito dar mais valor à palavra do autor do que à do réu, sejam eles quem forem.

---

[569] Cf. YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova.* São Paulo: Malheiros, 2009, p. 103.

[570] Cf. KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do 'ônus dinâmico da prova' e da 'situação de senso comum' como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a *probatio diabolica*. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira.* São Paulo: RT, 2006, p. 950.

CAPÍTULO 16 – DIREITO PROCESSUAL INTERTEMPORAL

Em matéria de direito processual, doutrina e jurisprudência admitem como regra a aplicação imediata da lei nova, tendo sido este o critério[571] adotado pelo Código de Processo Civil vigente por ocasião da sua promulgação, como regra de transição a ser observada:

> "Art. 1.211 – Este Código regerá o processo civil em todo o território brasileiro. Ao entrar em vigor, suas disposições aplicar-se-ão desde logo aos processos pendentes."

Segundo FREDERICO MARQUES, "como o processo, estando em curso, tem atos que ainda não se realizaram ou foram praticados, a aplicação imediata da lei nova submete-os à regulamentação nela contida. Os atos anteriores não são atingidos, porém, pelo novo dispositivo legal, em virtude da irretroatividade da norma processual"[572].

Esta orientação, não obstante, deve ser compatibilizada com a necessidade de revestir o processo de segurança jurídica[573] e, conseqüentemente, de proteger a confiança do jurisdicionado no instrumento de que se vale a jurisdição para atingir os seus escopos.

Em caso de conflito das leis processuais[574] no tempo há que se determinar qual delas incide sobre os fatos anteriores à lei nova, bem como sobre os fatos posteriores

---

[571] Idêntico ao do art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que consagra a regra da eficácia imediata das lei em geral.

[572] Cf. MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil.* v. I. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971, p. 99. Conforme observa o autor, "para os processos findos e para os que ainda não se iniciaram, não há propriamente problemas de direito intertemporal: os primeiros são intangíveis, e regulados foram pela norma legal revogada; os segundos caem plenamente sob o domínio normativo da lei nova" (p 100).

[573] "EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - RECURSO ESPECIAL - ALEGADA OMISSÃO QUANTO À APLICAÇÃO DOS ARTIGOS 462 E 511, § 2º, DO CPC, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI 9.756/98 - INEXISTÊNCIA - IRRETROATIVIDADE DA LEI. I - As modificações no Código de Processo Civil introduzidas pela Lei nº 9.756/98 não podem retroagir no intuito de alcançar situações processuais regidas por lei anterior, sob pena de ofensa aos princípios da irretroatividade da lei e da segurança jurídica. II - Embargos Declaratórios rejeitados" (STJ – 3ª Turma – EDcl. no REsp. nº 164.946-SP – Rel. Min. Waldemar Zveiter – j. 25.09.2000 – v.u.).

[574] A respeito do conceito de lei processual, cf. PESSOA, Fabio Guidi Tabosa. Elementos para uma Teoria do Direito Intertemporal no Processo Civil (Tese de Doutorado). São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2004, p. 103-108.

que com aqueles tenham alguma relação, sendo este o objeto de estudo do chamado direito processual intertemporal, que apenas recentemente passou a ser objeto de um estudo sistemático e não casuístico da doutrina processual civil[575]. Sendo o processo um conjunto ordenado de atos praticados com o propósito de se obter determinado resultado (a entrega da tutela jurisdicional prometida pelo Estado), resta evidente que não há como se pretender uma coincidência entre vigência e eficácia da lei[576], evitando assim a problemática do conflito no tempo das leis processuais[577].

A necessidade de resolver tais conflitos por si só demonstra que a constante alteração das leis, que tem sido uma constante não apenas em matéria processual, mas na maioria dos ramos do direito brasileiro, não apenas cria insegurança jurídica quando (o que é bastante freqüente) gera dúvidas a respeito da revogação ou não (e se total ou parcial) da lei antiga pela lei nova, mas também quando se faz necessário determinar se a lei antiga, apesar de revogada, continua a ser aplicada quanto a atos e fatos já consumados ou em vias de serem produzidos. Uma espécie de insegurança jurídica de segundo grau a qual, na melhor das hipóteses, tem pelo menos o potencial de resultar em desperdício do tempo e energia das partes e do juiz para ser solucionada (caso diga respeito apenas à matéria processual), e na pior poderá redundar em um julgamento errôneo (caso o conflito tenha por objeto o direito material), que se não corrigido (a parte prejudicada pode perder o prazo para recorrer ou o recurso pode não ser conhecido por alguma outra questão formal) implicará na consolidação de uma injustiça.

---

[575] Cf. PESSOA, Fabio Guidi Tabosa. Elementos para uma Teoria do Direito Intertemporal no Processo Civil (Tese de Doutorado). São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2004; CAIS, Fernando Fontoura da Silva. Direito Processual Civil Intertemporal (Tese de Doutorado). São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2010. Estudos de caráter casuístico, como o publicado por Galeno Lacerda (*O Novo Direito Processual Civil e os Feitos Pendentes.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006), sem embargo, representaram e possivelmente continuarão a representar uma importante contribuição ao estudo do tema, diante do que Fábio Tabosa denominou a "impossibilidade de se chegar a um sistema exauriente e infalível de direito intertemporal" (p. 53).

[576] Cf. PESSOA, Fabio Guidi Tabosa. Elementos para uma Teoria do Direito Intertemporal no Processo Civil (Tese de Doutorado). São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2004, p. 12.

[577] A aplicação aos processos pendentes do direito vigente no momento do seu nascimento, com a exclusão das regras que lhes forem posteriores, embora seja uma das soluções teoricamente possíveis para o problema do conflito de leis no tempo e a que se afigura mais simples, possui outros inconvenientes, bem ressaltados pela doutrina, diante dos quais resulta mais adequado à natureza do processo o chamado sistema de isolamento dos atos processuais, no qual a lei nova se aplica aos processos pendentes, ressalvados os atos já praticados e os seus efeitos, sendo este o modelo adotado pelo direito brasileiro. Cf. PESSOA, Fabio Guidi Tabosa. Elementos para uma Teoria do Direito Intertemporal no Processo Civil (Tese de Doutorado). São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2004, p. 187-192.

Que lei deve reger os requisitos da admissibilidade do recurso e da legitimidade para recorrer? A lei vigente na data da prolação da decisão ou da sua publicação? E, no tocante aos efeitos do recurso, prevalece a lei da data da publicação ou a da interposição do recurso (imagine-se, por exemplo, que a lei nova tenha suprimido o efeito suspensivo, autorizando a execução provisória da decisão)? O que fazer, finalmente, se entre a prolação da decisão e a sua publicação houver sido promulgada lei suprimindo o recurso cabível?

Tais questões (que demandam a observância da proibição constitucional de retroação ao aplicar o direito infraconstitucional) têm sido enfrentadas e respondidas pelos tribunais ao longo do tempo, porém nem sempre de forma coerente.

Por exemplo, o entendimento segundo o qual a admissibilidade e a legitimidade[578] para recorrer regem-se pela lei vigente ao tempo da prolação da decisão não pode ser fundamentado em termos estritos na proteção ao direito adquirido, ao menos caso se considere, como ainda o faz o STF[579], que antes da publicação da decisão a parte sucumbente ainda não tem o direito de recorrer, sendo a impugnação prematura inadmissível.

Esta incongruência fica mais evidente diante do entendimento de que os efeitos dos recursos devem ser regidos pela lei vigente na data da sua interposição[580]. Ora, uma vez publicada a decisão, a parte tem o direito adquirido de apresentá-lo até o último dia do prazo e os efeitos até então previstos em lei integram, a nosso ver, o patrimônio de uma das partes (a alteração pode afetar não apenas o recorrente, como também o recorrido), conforme a lei nova atribua ou retire do recurso o efeito suspensivo, ou limite a extensão ou profundidade do efeito devolutivo.

A segurança jurídica, como proteção da legítima confiança do jurisdicionado, impõe que tais questionamentos tenham uma solução segundo critérios

[578] Cf. RE nº 78.057, RE nº 85.815, ADI nº 1.591
[579] Cf. AgR no ARE nº 665977-DF, 1ªTurma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 26.06.2012, m.v.; ED no AgR no RE 421232-SE, 2ª Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 14.09.2009, v.u.
[580] Cf. RE nº 82.902

uniformes e não casuística, o que, conforme ressalta a doutrina[581], recomenda que em matéria de recursos o marco temporal para separar o passado do futuro (o direito antigo do novo) seja a data da prolação da decisão[582], pouco importando a data da sua publicação ou, ainda, da efetiva interposição da irresignação.

Outra questão de grande relevância, embora de difícil ocorrência, diz respeito à alteração das regras relativas ao ônus da prova no curso do julgamento.

Ao tratar do tema, defende José Frederico Marques que toda a matéria relativa ao direito probatório, por ser de direito processual, deve ser disciplinado pela lei nova, pois é sob o seu império que a prova será produzida e o julgamento proferido[583].

O entendimento, embora correto, não pode resultar em surpresa para a parte sobre a qual, até aquele momento, não recaia o ônus da prova, devendo o juiz, nessa hipótese, reabrir a instrução processual, intimando a parte a informar se tem provas a produzir, sob pena cerceamento de defesa[584]. Além disso, como as regras sobre o ônus da prova podem induzir comportamentos para as partes antes mesmo do nascimento do processo, eventual alteração legislativa pode revelar-se em tese inconstitucional, por violação ao devido processo legal, já que uma vez instaurado o litígio poderá já ser tarde demais para a obtenção de determinado meio de prova.

Os limites da aplicação da lei nova a um processo pendente, tendo em vista a restrição imposta à lei pela Constituição, demandam sempre que se indague se haveria infração a algum direito processual adquirido da parte, desconsideração a um ato jurídico processual já aperfeiçoado ou ofensa à coisa julgada (esta, obviamente, de muito mais fácil constatação).

---

[581] Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional.* 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 427.
[582] Cf. LACERDA, Galeno. *O Novo Direito Processual Civil e os Feitos Pendentes.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 48.
[583] Cf. MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil.* v. I. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971, p. 101.
[584] A situação é em tudo semelhante à hipótese de inversão *ope judicis* do ônus da prova, em que o juiz deve avisar a parte, no despacho saneador, se entende presentes os requisitos para a inversão por ocasião do julgamento. Nesse sentido orientou-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: EREsp 422778-SP, 2ª Seção, Rel. p/ acórdão Min. Maria Isabel Galotti, j. 29.02.2012, m.v.

Por exemplo, relativamente à estrutura do Poder Judiciário, objeto das regras de organização judiciária, não se vislumbra a existência de um direito adquirido da parte a ser julgado por determinado órgão jurisdicional, caso haja a sua supressão (v.g., extinção de uma comarca) ou alteração da sua competência[585]. Tais matérias dizem respeito ao interesse do Estado e não aos interesses individuais dos jurisdicionados[586]. Estes, não se nega, tem um direito constitucional ao juiz natural, do qual decorre a proibição da criação de Tribunais de exceção, mas, sendo este o caso, a inovação será inconstitucional e não se coloca o problema de direito intertemporal[587].

A propósito da competência, merece ser ressaltado, à luz do que expressamente determina a segunda parte do art. 87 do CPC ("são irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem o órgão judiciário ou alterarem a competência em razão da matéria ou da hierarquia"), que tornando-se o juízo absolutamente incompetente para o julgamento da lide, deverá o processo ser remetido imediatamente ao juízo competente (salvo se já proferida sentença ou acórdão[588]), tal como se originária fosse a incompetência (exceto quanto à possibilidade de aproveitamento dos atos já praticados), sem que se possa cogitar, na falta de expressa autorização legal (ou constitucional, caso a alteração da competência seja decorrente de Emenda à Constituição), da possibilidade de que o juiz tornado incompetente venha a prorrogar a sua competência originária.

Por outro lado, tampouco se pode aceitar a idéia de que a alteração da competência após o trânsito em julgado[589] venha a sanar nulidade consistente na incompetência absoluta do juiz. Respondendo à interessante indagação formulada por

---

[585] Cf. PESSOA, Fabio Guidi Tabosa. Elementos para uma Teoria do Direito Intertemporal no Processo Civil (Tese de Doutorado). São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2004, p. 112-113.

[586] Cf. LACERDA, Galeno. *O Novo Direito Processual Civil e os Feitos Pendentes.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 5-6.

[587] Cf. PESSOA, Fabio Guidi Tabosa. Elementos para uma Teoria do Direito Intertemporal no Processo Civil (Tese de Doutorado). São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2004, p. 168.

[588] Porque aí há ato jurídico perfeito que não pode ser desconsiderado, sendo possível, quanto muito, o julgamento de eventual recurso por tribunal diverso daquele a que submetido o órgão prolator da decisão. Não se cuida, assim, de suposto controla da eficácia temporal da lei pelo juiz, como defendeu Fernando Fontoura da Silva Cais (Direito Processual Civil Intertemporal (Tese de Doutorado). São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2010, p. 200), mas pura e simplesmente da aplicação da garantia constitucional.

[589] A situação é diferente na pendência de recurso que discuta a competência do juízo. Cf. CAIS, Fernando Fontoura da Silva. Direito Processual Civil Intertemporal (Tese de Doutorado). São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2010, p. 165.

Fabio Tabosa[590], caso na pendência de ação rescisória sobrevenha lei considerando competente o juízo que proferiu a decisão, esta deverá ser rescindida, ainda que para que seja julgada pelo mesmo juízo. A incompetência absoluta não tem como ser convalidada pela alteração superveniente, vez que com o trânsito em julgado a parte prejudicada passa a ter direito adquirido a pleitear a rescisão da decisão viciada.

Diversa, porém, é a solução caso se cogite, por exemplo, de lei que venha a declarar impenhorável determinado bem, que se encontrava no patrimônio do devedor e que, portanto, poderia vir a responder pela satisfação da dívida que por ele não foi adimplida. A partir do momento em que o devedor se encontra em mora, caso o credor já tenha pleiteado ao Estado-juiz a satisfação do seu direito pela via executiva (cumprimento de sentença ou execução de título extrajudicial), este tem direito adquirido a penhorar o bem, para vinculá-lo ao processo e utilizá-lo como meio de obter o pagamento da quantia a que tem direito. Se a penhora já tiver sido realizada, então, maior ainda seria a violência ao direito do credor e ao princípio da segurança jurídica, pois a aplicação da lei nova para desconstituir a constrição (como ocorreu no passado não tão distante com a Lei nº 8.009/90) afrontaria, além de tudo, ato jurídico perfeito[591].

Voltando ao instituto da ação rescisória, acima mencionado, a mudança na lei que venha a ampliar ou restringir as hipóteses de rescisão da sentença de mérito não poderá ser aplicada às decisões que transitaram em julgada sob o império da lei antiga[592]. Tanto a parte com interesse na desconstituição da sentença como o interessado na sua manutenção tem direitos adquiridos que devem ser respeitados: aquele a propor a ação rescisória contra uma sentença que na data do trânsito em julgado era rescindível; este a que o grau de imutabilidade da decisão não seja ampliado para além do que admitia o direito então vigente[593]. Por idêntica razão não vemos como aplicar a lei nova caso seja

---

[590] Cf. PESSOA, Fabio Guidi Tabosa. Elementos para uma Teoria do Direito Intertemporal no Processo Civil (Tese de Doutorado). São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2004, p. 150.

[591] Cf. CAIS, Fernando Fontoura da Silva. Direito Processual Civil Intertemporal (Tese de Doutorado). São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2010, p. 174; PESSOA, Fabio Guidi Tabosa. Elementos para uma Teoria do Direito Intertemporal no Processo Civil (Tese de Doutorado). São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2004, p. 171.

[592] Cf. CAIS, Fernando Fontoura da Silva. Direito Processual Civil Intertemporal (Tese de Doutorado). São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2010, p. 177.

[593] Cf. LACERDA, Galeno. *O Novo Direito Processual Civil e os Feitos Pendentes.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 37.

modificado o prazo decadencial para propor a rescisória, dado que uma parte tem direito a que este não seja reduzido e a outra a que não seja ampliado[594].

Caso não exista a possibilidade de ofensa aos direitos adquiridos das partes, às situações já consolidadas, contudo, não há como se aceitar que o juiz afaste a aplicação da lei nova (controlando a eficácia temporal da regra de direito processual), quando assim determinar o direito positivo, a fim de evitar supostos "prejuízos para o bom andamento da marcha procedimental"[595] ou resultado que na situação concreta pareça ofender princípios processuais como o do contraditório e da igualdade[596]. A tese certamente é bem intencionada, mas ignora o fato de que a solução produziria uma ferida ainda maior na integridade do ordenamento jurídico (pelo desrespeito à igualdade e à segurança jurídica), caso a nova lei fosse aplicada, casuisticamente, a alguns processos (*rectius*, às partes do processo) e não a outros, conforme o "prudente arbítrio" de juízes e tribunais.

Ressalva-se, por fim, que a existência de um conflito de leis processuais no tempo a ser dirimido pressupõe que se trate de normas de natureza imperativa, como sói ocorrer em matéria processual (que pertence ao direito público e no qual sobreleva o interesse do Estado), ou que, em se tratando de norma dispositiva, sobre o tema nada tenham avençado as partes (conforme admite o art. 158 do CPC), pois nesta última hipótese a elas assiste a faculdade de afastar a incidência da norma posterior.

---

[594] Em sentido contrário: LACERDA, Galeno. *O Novo Direito Processual Civil e os Feitos Pendentes.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 72-74. Em sua obra, Galeno Lacerda critica aqueles que defendem a não aplicação da lei nova em matéria de decadência, quando há redução do prazo, mas a admitem na hipótese de prescrição, contradição com a qual também não concordamos, embora alvitrando solução oposta.

[595] Cf. CAIS, Fernando Fontoura da Silva. Direito Processual Civil Intertemporal (Tese de Doutorado). São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2010, p. 118 (a idéia é desenvolvida no item 8.2 e seguintes da tese. Em outra passagem o autor afirma que "o juiz somente poderá deixar de conferir eficácia imediata a uma determinada norma processual quando essa aplicação for contrária aos próprios objetivos da lei" (p. 193), mas tal assertiva nos parece ser incompatível com o reconhecimento de que "a análise de oportunidade e conveniência de alteração da norma processual é feita pelo legislador, não pelo juiz" (idem, ibidem).

[596] A preocupação foi formulada por Fabio Guidi Tabosa Pessoa (Elementos para uma Teoria do Direito Intertemporal no Processo Civil (Tese de Doutorado). São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2004, p. 185-186), mas o autor não chegou a defender solução extrema como a não aplicação da lei nova ao processo pendente. Mesmo os exemplos por ele fornecidos, porém, não nos convencem a adotar soluções casuísticas para afastar supostas injustiças do caso concreto, como a da parte que deixa de obter a possibilidade de reconvir porque logo depois de contestar – antes do fim do prazo previsto em lei – sobrevém lei admitindo a reconvenção, até então proibida.

CONCLUSÕES

Conclusões parciais

1. O Direito é um mecanismo de controle social, por meio do qual se estabelecem normas que regulam a convivência entre os indivíduos a fim de se criar uma ordem que torne possível a convivência em sociedade. A ordem criada pelo Direito confere segurança aos membros da coletividade, pois permite estabelecer padrões de conduta, isto é, saber como agir e avaliar o que cada um pode exigir dos demais e o que dele poderá ser exigido. Essa segurança, porque proveniente do Direito, recebe o nome de segurança jurídica em sentido amplo. Como a segurança jurídica consiste em última análise no fim do próprio Direito não se pode cogitar de uma oposição em abstrato entre segurança jurídica e justiça, pois a esta é inerente a idéia de segurança. Por outro lado, para que se atinja tal objetivo deve haver igualmente segurança *do próprio Direito* (segurança jurídica em sentido estrito), cuja aplicação ao processo civil constitui o objeto da presente tese.

2. A segurança jurídica é inerente ao Estado Democrático de Direito (art. 1º da CF), constituindo um princípio de direito de matriz constitucional (art. 5º, *caput*, e 103-A, § 1º, da CF) cuja eficácia normativa pode fundamentar o controle da validade de normas hierarquicamente inferiores, bem como deve orientar a interpretação destas e também das regras e princípios constitucionais (funcionando nesta última hipótese como sobreprincípio). Embora tenha hierarquia constitucional, o princípio da segurança jurídica foi expressamente positivado em algumas leis, o mesmo ocorrendo com regras que dele constituem aplicação.

3. A segurança jurídica pode ser analisada sob três aspectos: objetivo (no que consiste a segurança jurídica), subjetivo (quem assegura e a quem se destina a segurança jurídica) e o instrumental (quais os requisitos para obter a segurança jurídica). No tocante aos requisitos necessários para a obtenção da segurança jurídica, alguns dizem respeito à atividade-fim do Poder Legislativo (*v.g.*, precisão e clareza das leis) e outros à atividade-fim do Poder Judiciário (*v.g.*, aplicação da lei com base em critérios objetivos, que forneçam soluções idênticas a situações assemelhadas).

4. O escopo da segurança jurídica é conferir estabilidade ao passado e previsibilidade ao futuro, o que não se identifica propriamente com a ideia de certeza em termos absolutos, pois também é inerente ao Direito a possibilidade de mudança ao longo do tempo, como forma de assegurar a sua utilidade como mecanismo de adaptação social. O bem jurídico tutelado pela segurança jurídica é a legítima confiança depositada pelos indivíduos, noção que se encontra na base de institutos e conceitos como o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada e que deve orientar a sua aplicação nos casos concretos. Por tal razão, a segurança jurídica tem como corolário a proibição da surpresa.

5. A segurança jurídica guarda íntima relação os seguintes princípios constitucionais, cuja incidência transcende o âmbito do direito processual e abarca todos os ramos do Direito: a) legalidade; b) isonomia; c) irretroatividade da lei.

6. A segurança jurídica (e o seu oposto, a insegurança jurídica) interessam não apenas ao Direito, influindo em outros aspectos da existência humana, como a Economia, pois a imprevisibilidade quanto à interpretação e à aplicação das normas jurídicas representa um entrave à realização de negócios e investimentos necessários ao desenvolvimento de qualquer país, representando no nosso caso parte do chamado "custo Brasil".

7. O direito processual tem por escopo a atuação do direito material, declarando-o ou efetivando-o nos casos concretos sempre que isto não tenha sido possível sem a intervenção do Poder Judiciário. As consequências do mau funcionamento da atividade jurisdicional, dessa forma, mostram-se mais graves do que as do direito material, tanto porque o processo representa, no mais das vezes, a última possibilidade de eliminação destas crises de direito material, como porque envolve o emprego de poderes de que não dispõem os particulares ou outros órgãos do Estado, que se mal utilizados podem resultar em consequências mais nefastas do que a inobservância do direito material que deu origem à controvérsia.

8. Embora o direito processual tenha por escopo a atuação do direito material, não se pode negar a possibilidade de que isto venha a ocorrer, ou seja, que o

resultado seja contrário ao que determinava o direito material. Esta possibilidade decorre de inúmeros fatores que fazem com que a interpretação e aplicação do Direito apresentem um grau considerável de variabilidade e, portanto, de incerteza, que dizem respeito tanto ao comportamento do juiz como das partes no processo, o que se pode denominar de entropia processual. Quanto maior o grau de entropia processual menos eficiente será a atividade jurisdicional e mais difícil será prever os resultados que serão obtidos nos casos concretos. Embora essa incerteza não possa de todo ser eliminada, há que se buscar meios aptos a reduzi-la a uma patamar aceitável, compensando os desvios do próprio sistema.

9. No tocante à interpretação do Direito pelo juiz, que constitui uma das causas de incerteza no processo, deve-se negar a existência de chamada "discricionariedade judicial", bem como rejeitar a ideia de "criação judicial" do Direito, pois contrárias à submissão do juiz à lei. Fenômeno assemelhando, embora legítimo à luz do ordenamento jurídico desde que respeitados determinados limites, é a utilização de conceitos jurídicos indeterminados ou cláusulas gerais pelo legislador, cujo sentido deve ser completado pelo juiz, exigindo-se nesse caso, porém, técnicas como o respeito ao precedente e a uniformização da jurisprudência a fim de diminuir a possibilidade de insegurança jurídica.

10. A existência de formalidades é inerente à atuação processual do Direito e constitui garantia das partes contra o arbítrio do juiz, atendendo dessa forma ao ideal de segurança jurídica na medida em que confere previsibilidade quanto ao desenvolvimento do processo. Se de um lado deve-se evitar formalismos exagerados, que podem comprometer os escopos do processo e fomentar insegurança jurídica (caso da "jurisprudência defensiva"), de outro não se pode aceitar que princípios como o da instrumentalidade das formas sirvam para contornar requisitos formais legitimamente estabelecidos por lei e assim contrariar as legítimas expectativas das partes na sua observância. Via de consequência, a necessidade de segurança jurídica impede que se deixe ao arbítrio do juiz a alteração do procedimento de acordo com o que lhe pareçam ser as necessidades da causa, inclusive pela necessidade de tratamento isonômico de todos os litigantes.

11. Em caso de incerteza quanto à interpretação ou aplicação do direito, quando esta for resultado do mau funcionamento da atividade jurisdicional (v.g., decisões contraditórias a respeito de uma mesma questão de direito), a segurança jurídica exige que a parte não venha a ser prejudicada, impondo-se, assim, o reconhecimento da validade do ato processual em caso de dúvida a respeito da sua regularidade formal (princípio da fungibilidade, ao menos enquanto a divergência não tiver sido eliminada por meio dos mecanismos previstos pelo próprio direito processual.

12. A técnica da cognição judicial guarda relação com a segurança jurídica, em primeiro lugar, por ser o grau de cognição critério utilizado pelo legislador para determinar se uma decisão judicial ainda não definitiva produzirá ou não efeitos. Quanto maior o grau de cognição, menos ofensiva à segurança jurídica é a produção desses efeitos, pois em tese menor é o risco de que a decisão se revele injusta. Por tal razão, ressalvada a hipótese de não-contestação do pedido pelo demandado, a formação da coisa julgada material, que possibilita à decisão produzir todos os seus efeitos, só deve ocorrer quando houver por parte do juiz cognição plena e exauriente. Por outro lado, o respeito à segurança jurídica, corporificada em institutos como a preclusão e a coisa julgada, pode limitar a atividade cognitiva do juiz, impedindo que determinadas alegações sejam por ele apreciadas.

13. A segurança jurídica impõe, como linha de princípio, que as decisões judiciais tornem-se integralmente eficazes apenas após se tornarem definitivas, o que corresponde, no caso da sentença, ao momento do trânsito em julgado. Não obstante, a necessidade de compatibilização desse valor com a efetividade da tutela jurisdicional permite a atribuição de eficácia a decisões não definitivas, uma vez presente o risco de que a produção desses efeitos em momento posterior se revele inócua (= tutela de urgência). A atual disciplina dos mecanismos existentes para garantir o direito da parte contrária em caso de reforma da decisão, porém, mostra-se deficiente, sendo aconselhável de *lege ferenda* a atribuição ao Estado de responsabilidade subsidiária pelos prejuízos causados, caso o patrimônio da parte beneficiada pela decisão se revele insuficiente para a restituição da situação ao *status quo* anterior. Por outro lado, a possibilidade de que as a eficácia das decisões se projete não apenas para o futuro, mas alcance igualmente fatos passados, pode se revelar fonte de insegurança jurídica, ainda que se trate de decisão definitiva. A

resolução do problema, no entanto, depende do que dispuser o direito material, não havendo como regra a possibilidade de que o juiz restrinja no caso concreto a eficácia temporal das decisões por ele proferidas.

14. A segurança jurídica se manifesta em diversos princípios processuais, de natureza constitucional ou infraconstitucional, tais como: inafastabilidade da proteção jurisdicional; contraditório e ampla defesa; juiz natural; imparcialidade do juiz, publicidade, motivação; proibição de provas ilícitas; duplo grau de jurisdição e dispositivo.

15. A segurança jurídica, igualmente, faz-se presente em muitos institutos do direito processual; em especial os que se destinam a conferir estabilidade a situações jurídicas (coisa julgada e preclusão) e tornar mais previsíveis as decisões judiciais (uniformização de jurisprudência e análogos e ônus da prova). A resolução dos problemas práticos envolvendo esses institutos deve visar à obtenção de maior segurança jurídica (= diminuição da incerteza), desde que não comprometidas as garantias constitucionais do processo.

16. Em caso de conflito de leis processuais no tempo a aplicação da lei nova aos processos pendentes, que tem sido a regra no direito brasileiro, deve respeitar os limites impostos pela Constituição (respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada), afastando-se a aplicação de um novo regramento a situações já consolidadas. Do contrário, porém, deve incidir a lei nova, como consequência da aplicação da regra de direito intertemporal, não sendo possível ao juiz casuisticamente modular a sua eficácia.

Conclusão geral

Por meio do processo civil se obrigou o Estado, ao proibir os indivíduos de fazer justiça pelas próprias mãos, a eliminar as crises de direito material (incerteza quanto à existência ou inexistência do direito, inadimplemento de uma obrigação ou necessidade de alteração de relações jurídicas) que lhe são apresentadas, para que assim possa o Direito cumprir de forma mais eficaz a sua função de conferir segurança àqueles que vivem em sociedade.

Para eliminar tais crises, ao invés de agravá-las, ainda maior é, no processo civil, a necessidade de segurança jurídica, que se obtém mediante o respeito às garantias constitucionais das partes (corolários do devido processo legal) e a submissão do juiz à lei, que fazem com que o resultado do processo não dependa apenas da vontade do juiz.

Quando o processo civil é fiel à sua finalidade e observa os princípios que lhe são inerentes, promove a segurança jurídica, pois ao eliminar os litígios que ocorreram contribui para que outros sejam evitados. É o que ocorre, por exemplo, quando uniformiza a interpretação a respeito de determinado dispositivo legal, sinalizando para a sociedade que interpretações divergentes não serão admitidas e, via de conseqüência, que a propositura de demanda de cujo êxito dependa a aceitação de uma delas é um desperdício do tempo e do dinheiro da parte.

O oposto do processo civil é aquele em impera a insegurança jurídica, que as partes não sabem como se desenvolverá, que torna impossível qualquer previsão a respeito do seu desfecho e no qual este soluciona apenas formalmente a crise que lhe deu origem (um processo que se assemelha a um jogo de azar não inspira respeito e não é digno da confiança dos jurisdicionados). Antes de prevenir, contribui para a proliferação de litígios, pois não serve de parâmetro para avaliar como será a interpretação e a aplicação do direito nos casos futuros.

Em suma, um simulacro ou arremedo de processo, que por isso mesmo somente pode receber a qualificação de *incivil:* "é o processo do qual nunca se sabe qual será o resultado, nunca se sabe se se conduziu com justiça, porque predisposto a ocultar, a camuflar, a impedir que apareça a desordem ou tirania" (BOTELHO DE MESQUITA)[597].

Quanto maior a insegurança jurídica, mais o processo civil se aproxima da sua antítese, sendo responsabilidade dos estudiosos do direito processual e dos aplicadores do direito oporem-se às forças que, caso não colocadas em cheque, tendem a arrastá-lo rumo à desordem e ao caos.

[597] Cf. MESQUITA, José Ignácio Botelho de. Processo civil e processo incivil. *Revista de Processo,* n. 131, jan., 2006, p. 251.

BIBLIOGRAFIA

ALVIM, Thereza Arruda. *O direito de estar em juízo.* São Paulo: RT, 1996.

ALTERINI, Atílio Aníbal. *La Inseguridad Jurídica.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993.

AMENDOEIRA JR., Sidnei. *Fungibilidade de meios.* São Paulo: Atlas, 2008.

ANDRADE, Odilon de. *Comentários ao Código de Processo Civil.* v. IX. Rio de Janeiro: Forense, 1946.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. "Observações sobre os limites subjetivos da coisa julgada" In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *Doutrinas Essenciais: Processo Civil.* v. VI. São Paulo: RT, 2011.

ARBOUR, Peter Wilbert. "The Louisiana Concept of *Res Judicata". Louisiana Law Review,* vol. 34, n. 4, 1974, p. 763-781.

ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações.* 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2002.

_____.. "Eficácia da coisa julgada inconstitucional*".* São Paulo, Revista Dialética de Direito Processual, n. 4, jul., 2003. p. 9-28.

_____. *Manual dos Recursos.* 2. ed. São Paulo: RT, 2008.

ATALIBA, Geraldo. "Limites à Revisão Constitucional de 1993". São Paulo, *Revista Trimestral de Direito Público,* v. 3, 1993, p. 42-61.

_____. *República e Constituição.* 2. ed. Atualizado por Rosalea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 1998.

ATKINS, Peter. *Four Laws that drive de Universe.* Oxford: Oxford University Press, 2007.

ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário.* São Paulo: Malheiros, 2011.

BARBOSA, Rui. *Teoria Política.* Seleção, coordenação e prefácio de Homero Pires. Rio de Janeiro: W. M. Jackson, 1970.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil.* v. 5. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____.“Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material”. São Paulo, *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 22, jan., 2005. p. 91-111.

_____. “A Constitucionalização do Processo no Direito Brasileiro”. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; LARREA, Arturo Zaldívar Lelo de (Coord.). *Estudos de direito processual constitucional.* São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. *Temas de Direito Processual: Terceira Série.* São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. A eficácia preclusiva da coisa julgada material. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *Doutrinas Essenciais: Processo Civil.* v. VI. São Paulo: Ed. RT, 2011.

_____. *Litisconsórcio unitário.* Rio de Janeiro: Forense, 1972.

_____. “Solidariedade ativa: efeitos da sentença e coisa julgada na ação de cobrança proposta por um único credor”. São Paulo, *Revista do Advogado*, ano XXV, n. 84, dez., 2005, p. 64-72.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo.* 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BENETI, Sidnei Agostinho. “Assunção de competência e *fast-track* recursal”. São Paulo, *Revista de Processo*, n. 171, maio, 2009, p. 9-23.

BENÍTEZ, Alberto Rosas. *Orígenes y derecho antiguo.* Guadalajara: Editorial hexágono, 1995.

BONÍCIO, Marcelo José Magalhães; SICA, Heitor Vitor Mendonça. “Ensaio sobre os aspectos materiais e processuais do litisconsórcio unitário”. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Org.). *O Processo em Perspectiva: Jornadas Brasileiras de Direito Processual.* São Paulo: RT, 2013.

BORGES, Marcos Afonso. “Coisa julgada civil – II”. In: FRANÇA, R. Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito.* v. 16. São Paulo: Saraiva, 1977.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Partes e Terceiros no Processo Civil Brasileiro.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BURGER, Adriana Fagundes. “Reflexões em torno da eficácia preclusiva da coisa julgada”. Porto Alegre, *Revista Jurídica*, n. 223, mai., 1996, p. 21-27.

BURKE, John (Ed.). *Jowitt’s Dictionary of English Law.* 2 v. 2. ed. London: Sweet & Maxwell, 1977.

CAIS, Fernando Fontoura da Silva. Direito Processual Civil Intertemporal (Tese de Doutorado). São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2010.

CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil.* 3. v. Tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. Campinas: Bookseller, 1999.

_____. *Eles, os juízes, vistos por um advogado.* Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

_____. *Estudios sobre el proceso civil.* Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945.

CALMON DE PASSOS, J. J. “Coisa julgada civil – I”. In: FRANÇA, R. Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito.* v. 16. São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. X. t. I. São Paulo: RT, 1984.

CAMPOS JR., Ephraim de. *Substituição processual.* São Paulo: RT, 1985.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito.* Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CANE, Peter; CONAGHAN, Joanne (Ed.). *The new Oxford companion to law.* Oxford: Oxford University Press, 2008.

CARDOSO, Benjamin N. *A natureza do processo judicial.* Tradução de Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

CARMONA, Carlos Alberto. “A citação e a intimação no Código de Processo Civil: o árduo caminho da modernidade”. São Paulo, *Repertório IOB de Jurisprudência,* n. 4, fev., 1994, p. 72-74.

_____. “Segurança jurídica e o papel institucional do STJ”. São Paulo, *O Estado de S. Paulo,* Espaço Aberto, 19 jun., 2012, p. A2.

CARNELUTTI, Francesco. *Como se hace un proceso*. Tradução de Santiago Sentis Melendo e Marino Ayerra Redín. Bogotá: Colômbia, 1994.

CARPI, Federico. “Third-party effects of ‘res judicata’: recent developments in Italian law”. *Israel Law Review,* v. 21, n. 2, 1986, p. 165-176.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário.* 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CASTELO, Beatriz Montenegro; VIEIRA, Oscar Vilhena. “A coisa julgada na trincheira”. São Paulo, AASP, *Revista do Advogado,* n. 110, dez., 2010, p. 30-36.

CASTRO, Reginaldo; FERRACIOLI, Laércio. “Segunda lei da termodinâmica: um estudo de seu entendimento por professores do ensino médio”. Disponível em: http://api.adm.br/GRS/referencias/SEGUNDA_LEI_DA_TERMODINAMICA.pdf. Acesso em 20 nov. 2013.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. “Estudo sobre a substituição processual no direito brasileiro”. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *Doutrinas Essenciais: Processo Civil.* v. III. São Paulo: RT, 2011.

_____. *Motivo e motivação do ato administrativo.* São Paulo: RT, 1979.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo.* 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

COELHO, Fábio Ulhoa. “E no Brasil quanto é?”. São Paulo, *O Estado de S. Paulo,* Espaço Aberto, 31 dez., 2011, p. A2

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *O controle da constitucionalidade das leis e do poder de tributar na Constituição de 1988.* 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. “Garantias constitucionais do processo em relação aos terceiros”. São Paulo, *Revista do Advogado,* ano XXVIII, n. 99, set., 2008, p. 62-79.

_____. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil.* São Paulo: RT, 2006.

_____. *A motivação da sentença no processo civil.* São Paulo: Saraiva, 1987.

_____. *Precedente judicial como fonte do direito.* São Paulo: RT, 2004.

DALLA VIA, Alberto Ricardo. *Derecho constitucional económico.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo.* 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988.* 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DI RUFFIA, Paolo Biscaretti. *Direito Constitucional (Instituições de Direito Público).* Tradução de Maria Helena Diniz. São Paulo: RT, 1984.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil.*v. 2. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno.* 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil.* v. III. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Nova Era do Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

ECO, Umberto. *Interpretação e Superinterpretação.* 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

EKELAND, Ivar. *O Caos.* Tradução de António Viegas. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

ESTRELLA, Hernani. *Apuração dos Haveres de Sócio.* 5. ed. Atualizada por Roberto Papini. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FALKNER, W. Howard. “Equity”. In: MERRILL, John Houston (Ed.). *American and English Encyclopaedia of Law.* v. 6. Northport: Edward Thompson, 1888.

FARIA, José Eduardo. “A inflação legislativa e a crise do Estado no Brasil”. São Paulo, *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo,* n. 42, dez., 1994, p. 165-182.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Direito Constitucional.* Barueri: Manole, 2007.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antônio; NERY JÚNIOR, Nelson. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ.* 2. ed. Barueri: Manole, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A concretização dos princípios constitucionais no Estado Democrático de Direito. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Org.). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover.* São Paulo: DPJ Editora, 2005, p. 281-289.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle da moralidade na Constituição.* São Paulo: Malheiros, 1999.

FORGIONI, Paula A. “Análise econômica do direito (AED): paranóia ou mistificação?”. São Paulo, *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro,* n. 139, jul./set., 2005, p. 242-256.

_____. *Contrato de distribuição.* São Paulo: RT, 2005.

FRIEDMAN, David D. *Law’s order: what economics has to do with law and why it matters.* Princeton: Princeton University Press, 2000.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental.* São Paulo: Atlas, 2008.

GARBAGNATI, Edoardo. *La sostituzione processuale.* 2. ed. Padova: CEDAM, 1979.

GARNER, Bryan A. (Ed.). *Black’s Law Dictionary.* 9. ed. St. Paul: West, 2009.

GIOFFRÉ, Marcelo A.; MORANDO, Mario J. *Economía y orden jurídico: el impacto de la juridicidad en los procesos económicos.* Buenos Aires: Ad-hoc, 1994

GOLDSCHMIDT, James. *Princípios Generales del Proceso.* v. I. Buenos Aires: EJEA, 1961.

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e dos princípios).* 6. ed. Refundida do Ensaio sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2013.

GRECO, Rodrigo Azevedo. *Direito e Entropia* (Dissertação de Mestrado). São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2008.

GRECO FILHO, Vicente. "Coisa julgada e tríplice identidade". São Paulo, *FMU Direito,* ano 5, n. 5, 1991, p. 27-30.

_____. *Direito Processual Civil Brasileiro.* v. 2. São Paulo: Saraiva, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini. "Ação rescisória e divergência de interpretação em matéria constitucional". São Paulo, *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 8, mai., 1996. p. 9-20.

_____. *A Professora da USP.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

GRÜN, Ernesto. *Uma Visión Sistémica y Cibernética del Derecho em el Mundo Globalizado del Siglo XXI.* Buenos Aires: Editorial Dunken, 2004.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. "Reflexões a respeito da natureza da natureza da coisa julgada como problema filosófico". São Paulo, *Revista de Processo,* n. 58, abr., 1990, p. 244-49.

GUIMARÃES, Luís Machado. *Estudos de Direito Processual Civil.* Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, 1969.

HAYEK, F. A. *Direito, legislação e liberdade.* v. I. São Paulo: Visão, 1985.

ISSACHAROFF, Samuel. *Civil Procedure.* 3. ed. New York: Thomson Reuters/Foundation Press, 2012.

KATT, William J. "Res Judicata and Rule 19". *Northwestern University Law Review,* v. 103, n.1, 2009, p. 401-435.

KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do 'ônus dinâmico da prova' e da 'situação de senso comum' como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a *probatio diabolica*. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira.* São Paulo: RT, 2006.

LACERDA, Galeno. "O juiz a e a justiça no Brasil". In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *O Judiciário e a Constituição.* São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. *O Novo Direito Processual Civil e os Feitos Pendentes.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

LAMY, Eduardo de Avelar. *Princípio da fungibilidade no processo civil.* São Paulo: Dialética, 2007.

LARENZ, Karl. *Derecho Justo.* Traducción y presentación de Luís Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 1985.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *Manual de Direito Procesual Civil.* v. I. 3. ed. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005.

LIMA, Alcides de Mendonça. *Introdução aos Recursos Cíveis.* 2. ed. São Paulo: RT, 1976.

LLOYD, Dennis. *A idéia de lei.* Tradução de Álvaro Cabral. São Paulo: Martins Fontes, 1985.

LOMBARDI, Mariana Capela. *Da coisa julgada civil: limites subjetivos e extensão a terceiros* (Dissertação de Mestrado). São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008.

MACHADO, Marcelo Pacheco. *Incerteza e processo.* São Paulo: Saraiva, 2013.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Coisa julgada, "collateral estoppel" e eficácia preclusiva "secundum eventum litis". São Paulo, *Revista dos Tribunais,* n. 608, jun., 1986, p. 23-33.

MARCATO, Antonio Carlos (Coord.). *Código de Processo Civil interpretado.* 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. "Eficácia temporal da revogação da jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores". São Paulo, *Revista dos Tribunais,* n. 906, abr., 2011, p. 255-283.

_____. "O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material)". Porto Alegre, *Revista Jurídica,* n. 317, mar., 2004. p. 14-33.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil.* v. I, II e V. 3. e 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971

MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Limitações ao Poder Impositivo e Segurança Jurídica.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. "Reflexões sobre o controle concentrado de constitucionalidade". São Paulo, *Revista do Advogado,* ano XXVIII, n. 99, set., 2008, p. 54-61.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade.* 3. ed. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. *Curso de direito administrativo.* 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional.* 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDONÇA, Luís Correa de. "Processo civil líquido e garantias (o regime processual experimental português). São Paulo, *Revista de Processo,* n. 170, abr., 2009, p. 215-250.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Coisa Julgada.* Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. "Da liquidez suficiente para requerer falência". São Paulo, *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro,* n. 7, 1972, p. 47-50.

_____. "Metamorfose dos embargos". São Paulo, *Revista do Advogado,* ano XXVI, n. 85, mai., 2006, p. 57-62.

_____. "Panorama do Direito Visto do Processo". In: BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudinei de. *Direitos Humanos, Democracia e República: Homenagem a Fábio Konder Comparato.* São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 583-590.

_____. "Processo civil e processo incivil". *Revista de Processo,* n. 131, jan., 2006, p. 250-257

_____. *Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil,*v. 1, 2 e 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005 e 2007.

MESQUITA, José Ignário Botelho de; LOMBARDI, Mariana Capela; AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real; DELLORE, Luiz Guilherme Pennacchi; ZVEIBIL, Daniel Guimarães. "O colapso das condições da ação?: um breve ensaio sobre os efeitos da carência de ação". São Paulo, *Revista de Processo,* n. 152, out., 2007, p. 11-35.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de; ZVEIBIL, Daniel Guimarães; TEIXEIRA, Guilherme Silveira; DELLORE, Luiz Guilherme Pennacchi; LOMBARDI, Mariana Capela; e AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real. "Questões de ordem pública: revisíveis *ad infinitum*?". In: ASSIS, Araken de *et alii* (Coord.). *Direito Civil e Processo: Estudos em Homenagem ao Professor Arruda Alvim.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de; ZVEIBIL, Daniel Guimarães; RIBEIRO, Débora; TEIXEIRA, Guilherme Silveira; DELLORE, Luiz Guilherme Pennacchi; LOMBARDI, Mariana Capela; e AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real. "Da redução do alcance da Súmula-STF 343: o balanço de uma polêmica". In: CARVALHO, Milton Paulo de; CASTRO, Danile Penteado de (Coord.). *Direito Processual Civil.* v. 2. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

MONTELEONE, Girolamo. *I limiti soggetivi del giudicato civile.* Padova: CEDAM, 1978.

MORRIS, John K. "Nonparties and Preclusion by Judgment: The Privity Rule Reconsidered". *California Law Review,* v. 56, n. 4, 1968, p. 1098-1133.

MOURA, Mário Aguiar. "Limites subjetivos da coisa julgada material na ação de investigação da paternidade". São Paulo, *Revista de Processo*, n. 27, jul., 1982, p. 167-180.

NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito.* 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F.; BONDIOLI, Luis Guilherme A.; FONSECA, João Francisco N. da. *Código Civil e legislação civil em vigor.* 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F.; BONDIOLI, Luis Guilherme A.; FONSECA, João Francisco N. da. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor.* 45. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal.* 9. ed. São Paulo: RT, 2009.

_____NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante.* 12. ed. São Paulo: RT, 2012.

NEVES, Celso. "Legitimação processual e a nova Constituição". In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *Doutrinas Essenciais: Processo Civil.* v. III. São Paulo: RT, 2011.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. "O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo". In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras complementares de processo civil.* 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

OLIVEIRA JR., Waldemar Mariz de. *Substituição processual.* São Paulo: RT, 1971.

PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Jurisprudência: da divergência à uniformização.* São Paulo: Atlas, 2006.

PARKER, David; STACEY, Ralph. *Caos, Administração e Economia.* Tradução de Fabiano J. H. Pegurier. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1995.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil.* v. I. 23. ed. Revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2010

PESSOA, Fabio Guidi Tabosa. Elementos para uma Teoria do Direito Intertemporal no Processo Civil (Tese de Doutorado). São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2004.

PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil.* v. V. Rio de Janeiro: Forense, 1949.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil.* t. VII. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *Tratado de direito privado.* t. VII. Atualizado por Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: RT, 2012.

PRIGOGINE, Ilya. *The End of Certainty: Time, Chaos, and the New Laws of Nature.* New York: Free Press, 1997.

_____. *As Leis do Caos.* Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Editora UNESP, 2002.

"Privity, Preclusion and the Parent-Child Relationship". *Brigham Young University Law Journal,* vol. 1977, issue 3, p. 612-643.

PRUDENTE, Antonio Souza. "Poder Judiciário e segurança jurídica". São Paulo, *Revista Trimestral de Direito Público,* v. 3, 1993, p. 211-218.

REALE, Miguel. Constituição e totalitarismo normativo. *Aplicações da Constituição de 1988.* Rio de Janeiro: Forense, 1991.

_____. *Filosofia do Direito.* 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *Revogação e anulamento do ato administrativo.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

RICCI, Edoardo. "Double instance jurisdiction". In: FAZZALARI, Elio (Ed.). *Italian Yearbook of Civil Procedure.* v. 1. Milano: Giuffrè, 1991.

RICHARDS, R. Jason. "Richards v. Jefferson County: The Supreme Court Stems the Crimson Tide of Res Judicata". *Santa Clara Law Review,* v. 38, n. 3, 1998, p. 691-743.

RIPERT, George; BOULANGER, Jean. *Tratado de derecho civil.* t. I. Tradução de Delia Garcia Daireaux. Buenos Aires: La Ley, 1988.

ROBBINS, Charles A. Judgments. In: MERRILL, John Houston (Ed.). *American and English Encyclopaedia of Law.* v. 12. Northport: Edward Thompson Company, 1892.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública.* Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Processual Civil.* v. 1. 3. ed. São Paulo: RT, 2003.

RODRIGUES, Walter Piva. "O direito de ser citado". São Paulo, *Repertório IOB de Jurisprudência,* n. 1, jan., 1994, p. 16-19.

_____. "A crise no conceito da coisa julgada, em especial em matéria tributária". São Paulo, *Revista do Advogado,* ano XXVI, n. 88, nov., 2006, p. 193-200.

ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba.* 2. ed. Tradução de Ernesto Krotoschin. Montevideo: BdeF, 2002.

SANCHES, Sydney. O juiz e os valores dominantes. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *O Judiciário e a Constituição.* São Paulo: Saraiva, 1994.

SHEPPARD, Stephen Michael (Ed.). *Bouvier Law Dictionary: Compact Edition.* New York: Wolters Kluwer, 2011.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. "Comunicação eletrônica dos atos processuais". São Paulo, *Revista do Advogado,* ano XXXII, n. 115, abr., 2012, p. 69-76.

_____. *O direito de defesa no processo civil brasileiro.* São Paulo: Atlas, 2011.

_____. *Preclusão processual civil.* 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

SICHES, Luís Recasens. *Tratado general de filosofia del derecho.* 19. ed. Mexico: Porrúa, 2008.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. “Coisa julgada relativa?” Porto Alegre, *Revista Jurídica*, n. 316, fev., 2004. p. 7-18.

_____. *Da Sentença Liminar à Nulidade da Sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SOUSA, Rubens Gomes de. “Coisa julgada (Dir. Fiscal)”. In: SANTOS, J. M. de Carvalho (Org.). *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro.* v. IX. Rio de Janeiro: Borsoi, s/d.

STRECK, Lenio Luiz. “Crise de paradigmas. Devemos nos importar, sim, com o que a doutrina diz”. Disponível em: www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/10.pdf. Acesso em: 10 out. 2011.

_____. “O fahrenheit sumular do Brasil: o controle *panóptico* da justiça”. Disponível em: www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/14.pdf. Acesso em 19 nov. 2011.

SUANNES, Adauto. *Justiça & Caos.* Curitiba: Instituto Memória, 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos.* São Paulo: Malheiros, 2012.

SZTAJN, Rachel. “Os custos provocados pelo Direito”. São Paulo, *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro,I* n. 112, out./dez., 1998, p. 75-78.

TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão.* São Paulo: RT, 2005.

_____. “A coisa julgada no tempo (os ‘limites temporais’ da coisa julgada)”. São Paulo, *Revista do Advogado,* ano XXVI, n. 88, nov., 2006, p. 56-63.

_____. “Embargos à Execução de Título Judicial Eivado de Inconstitucionalidade (CPC, art. 741, par. ún.)”. São Paulo, *Revista de Processo*, n. 106, abr./jun., 2002, p. 38-83.

_____. “Tutela de urgência no Projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a ‘monitorização’ do processo civil brasileiro”. São Paulo, *Revista de Processo,* n. 209, jul., 2012, p. 13-34.

TARUFFO, Michele. “Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto”. Milano, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano LV, n. 1, mar., 2001, p. 11-31.

TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *Teoria do princípio da fungibilidade.* São Paulo: RT, 2008.

TELLES JUNIOR, Goffredo. *A criação do direito.* 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

TESHEINER, José Maria. *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil.* São Paulo: Ed. RT, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto e FARIA, Juliana Cordeiro de. “A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle”. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, n. 795, jan., 2002, p. 21-40.

TUCCI, Rogério Lauria. “Coisa julgada formal”. In: FRANÇA, R. Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito.* v. 16. São Paulo: Saraiva, 1977.

VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. *Princípio da fungibilidade: hipóteses de incidência no processo civil contemporâneo.* São Paulo: RT, 2007.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Uniformização de Jurisprudência: Segurança jurídica e dever de uniformizar.* São Paulo: Atlas, 2003.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do Processo e da Sentença.* 4. ed. São Paulo: RT, 1998.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. *O Dogma da Coisa Julgada: Hipóteses de Relativização*. São Paulo: RT, 2003.

WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação Rescisória: Juízos Rescindente e Rescisório.* São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova.* São Paulo: Malheiros, 2009

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. "Abusos relacionados à argüição da impenhorabilidade do bem de família e à defesa da meação pelo cônjuge/companheiro em embargos de terceiro". São Paulo, *Revista Dialética de Direito Processual,* n. 71, fev., 2009, p. 29-42**.**

_____. "Considerações a respeito da iniciativa instrutória do juiz no processo civil brasileiro". São Paulo, *Revista Dialética de Direito Processual,* n. 59, fev., 2008, p. 63-83.

_____. "Em defesa da coisa julgada". São Paulo, *Revista Dialética de Direito Processual,* n. 29, ago., 2005, p. 11-37.

_____. *Execução extrajudicial e devido processo legal.* São Paulo: Atlas, 2010.

_____. "A expansão da eficácia preclusiva da coisa julgada em matéria de direito da concorrência: considerações a respeito do art. 98, § 4º, da nova Lei do CADE (Lei 12.529/2011)". São Paulo, *Revista de Processo,* n. 222, ago., 2013, p. 91-122.

_____. "Recursos no direito processual civil norte-americano". São Paulo, *Revista de Processo,* n. 221, jul., 2013, p. 155-174.

ZACLIS, Lionel. "Cumulação eventual de pedidos e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça". In: CRUZ E TUCCI, José Rogério; e BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coord.). *Causa de Pedir e Pedido no Processo Civil (questões polêmicas)*. São Paulo: RT, 2002.

ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos.* 2. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2001.

RESUMO

A presente tese tem por objeto o estudo da influência e da importância da segurança jurídica para o processo civil.

Para tanto, na primeira parte do estudo é feito um exame dos contornos e dos fins da segurança jurídica, da sua caracterização como princípio constitucional inerente ao Estado Democrático de Direito e da sua relação com outros princípios constitucionais e, finalmente, da sua importância para além do próprio Direito.

Na segunda parte do trabalho é ressaltada, inicialmente, como a relação entre o direito material e o direito processual torna mais intensa neste a necessidade de segurança jurídica, bem como a utilidade do conceito de entropia para a compreensão do fenômeno processual. Após crítica às idéias de discricionariedade judicial e de criação judicial do direito, bem como da utilização de conceitos indeterminados pelo legislador, a análise da relação entre segurança jurídica e processo prossegue em temas relativos à técnica processual, como formalismo, fungibilidade, cognição judicial e eficácia das decisões. Tal exame abrange ainda a manifestação da segurança jurídica nos princípios processuais e em alguns institutos que com ela guardam especial afinidade, como a coisa julgada, a preclusão, o ônus da prova e os mecanismos de uniformização da jurisprudência, terminando com o estudo da segurança jurídica no campo do direito processual intertemporal.

PALAVRAS CHAVE: PROCESSO CIVIL – SEGURANÇA JURÍDICA – CERTEZA – PREVISIBILIDADE – CONFIANÇA – EXPECTATIVAS LEGÍTIMAS – ENTROPIA

ABSTRACT

This thesis has as its object the study of the influence and importance of legal certainty to civil procedure.

In order to achieve this purpose, in the first part of the study is made an examination of the contours and purposes of legal certainty, its characterization as a constitutional principle inherent to the rule of law and its relationship with other constitutional principles and, finally, its importance beyond the field of Law.

In the second part of the work is initially emphasized that the relationship between substantive law and procedural law gives rise to a greater need for legal certainty from the latter, as well as the usefulness of the concept of entropy for the understanding of the procedural phenomenon. After criticism of the ideas of judicial discretion and the creation of law by judges, as well as the use of undetermined legal concepts by the legislature, the analysis of the relationship between legal certainty and the civil process continues in issues relating to procedural technique, such as formalism, fungibility, cognition and effectiveness of judicial decisions. This review also covers the manifestation of legal certainty in procedural principles and in some institutes that hold special affinity with it, such as res judicata, estoppels, burden of proof and mechanisms to prevent contradictory judicial decisions, ending with the study of legal certainty in the field of intertemporal procedural law.

KEYWORDS: CIVIL PROCEDURE – LEGAL CERTAINTY – CERTAINTY – FORESEEABILITY – TRUST – LEGITIMATE EXPECTATIONS - ENTROPY

RIASSUNTO

Questa tesi ha come oggetto lo studio dell'influenza e dell'importanza della sicurezza giuridica per il processo civile .

Per questo, nella prima parte dello studio è fato un esame dei contorni e delle fini della sicurezza del diritto, la sua caratterizzazione come principio costituzionale inerente allo Stato Democratico di Diritto e il suo rapporto con gli altri principi costituzionali e, infine, della sua importanza oltre i confini del Diritto.

Nella seconda parte del lavoro è sottolineato inizialmente come il rapporto tra diritto sostanziale e diritto processuale diventa più intenso in questo l'esigenza della sicurezza giuridica, nonché l'utilità del concetto di entropia per la comprensione del fenomeno processuale . Dopo critiche delle idee di discrezionalità giudiziaria e di creazione del diritto da parte del giudice, e del l' uso di concetti indeterminati da parte del legislatore , l'analisi del rapporto tra sicurezza giuridica e processo civile continua in questioni relative alla tecnica processuale, come formalismo, fungibilità, cognizione e efficacia delle decisioni. Questa analisi riguarda anche la manifestazione della sicurezza giuridica sui principi del processo ed in alcuni istituti che tengono speciale affinità con essa, come la cosa giudicata, la preclusione, l'onere della prova e dei meccanismi di uniformità della giurisprudenza, per finire con lo studio della sicurezza giuridica nel campo del diritto processuale intertemporale.

PAROLE CHIAVE: PROCESSO CIVILE – SICUREZZA GIURIDICA – CERTEZZA – PREVEDIBILITÀ – FIDUCIA – LEGITTIMO AFFIDAMENTO - ENTROPIA