



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO *STRICTO SENSU*
MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO

TADEU VILASBOAS MAGALHÃES

O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E A PRECLUSÃO DAS
MATÉRIAS DE ORDEM PÚBLICA

Salvador – BA

2013

TADEU VILASBOAS MAGALHÃES

O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E A PRECLUSÃO DAS
MATÉRIAS DE ORDEM PÚBLICA

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, no Programa de Pós-Graduação em Direito, *Stricto Sensu*, na área de concentração “Direito Público”, linha de pesquisa “Teoria do Processo e Tutela dos Direitos”, da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

Salvador – BA

2013

M188p

Magalhães, Tadeu Vilasboas.

O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E A
PRECLUSÃO DAS MATÉRIAS DE ORDEM PÚBLICA / Tadeu
Vilasboas Magalhães; – 2013
208 f.; 30cm

Orientador: Prof. Dr. Edilton Meireles de Oliveira Santos.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia,
Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito,
Salvador, BR-BA, 2013.

1. Direito processual civil. 2. Preclusão. 3. Matérias
processuais de ordem pública. I. Meireles, Edilton II. Título.

CDU 347.9
CDD 341.463

FOLHA DE APROVAÇÃO

TADEU VILASBOAS MAGALHÃES

O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E A PRECLUSÃO DAS
MATÉRIAS DE ORDEM PÚBLICA

Dissertação aprovada pelos examinadores infrafirmados, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, no Programa de Pós-Graduação em Direito, *Stricto Sensu*, na área de concentração “Direito Público”, linha de pesquisa “Teoria do Processo e Tutela dos Direitos”, da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

Salvador, ___/___/_____.

Prof. Dr. Edilton Meireles
Universidade Federal da Bahia
Orientador

Prof. Dr. Fredie Didier Júnior
Universidade Federal da Bahia
Examinador

Prof. Dr. Leonardo José Carneiro da
Cunha
Universidade Federal de Pernambuco
Examinador

RESUMO

Este trabalho se propõe a analisar a existência de preclusão para a análise de questões processuais de ordem pública. A preclusão é um dos institutos processuais mais relevantes para a dinâmica do método de prestação jurisdicional, pois é essencial para a estruturação dos procedimentos e manutenção do processo como um conjunto contínuo de atos em um só sentido, impedindo retornos a fases processuais já superadas ou a repetição de atos já praticados ou que não se possa mais fazê-lo. Essa análise, entretanto, se limitará a determinar a existência ou não aos efeitos da preclusão em relação às matérias processuais de ordem pública.

Será investigada a eficácia normativa dos princípios, estabelecendo-se como serão os mesmos identificados como espécie normativa distinta das regras e qual o critério de diferenciação adequado para essa separação. Também serão analisados os critérios de solução de conflitos entre os princípios e as regras, a fim de que se possam solucionar os problemas inerentes à contraposição dos mesmos.

Os princípios processuais serão evidenciados e comparados, medindo-se a influência normativa de cada um deles no processo.

Após, a preclusão será caracterizada e será tratado do seu regime jurídico, evidenciando as suas causas, os seus efeitos e a abrangência dos mesmos no processo para que se identifiquem com precisão os fenômenos processuais envolvidos.

Serão então comparados os princípios com as regras processuais que disciplinam a preclusão e diferenciadas as questões processuais que podem ser tratadas de ofício daquelas que são matéria de ordem pública. Será, por fim, verificado que os princípios constitucionais da segurança jurídica, do devido processo legal, da proteção da confiança, da boa-fé objetiva, da estabilidade da demanda e da duração razoável do processo viabilizam a preclusão, inclusive judicial, para a análise das questões de ordem pública.

Palavras-chave: Direito processual civil. Poderes e faculdades processuais. Matérias de ordem pública. Arguição. Preclusão.

ABSTRACT

This study proposes to analyze the existence of estoppel for the analysis of procedural issues of public order. The estoppel is one of the most important institutes of procedural law for the dynamics of the method of jurisdictional provision, it is essential to structure the procedures and maintain the process as a continuum of acts in a single direction by preventing returns to the procedural steps already surpassed or repetition of acts already performed or that you can not longer do so. This analysis, however, will be limited to determine the existence or not the effect of the estoppel in relation to procedural matters public order.

Will be investigated the effectiveness of normative principles, establishing themselves as they are identified as species distinct from the rules and the criterion for differentiation suitable for this separation. Will be also analyzed analyzed the criteria for resolving conflicts between principles and rules, so that they can solve the problems inherent to their opposition.

The principles of the procedural law will be apparent compared by measuring the influence of the regulatory function of each one of them .

The estoppel will be featured and will be treated of their legal status, highlighting its causes, its effects and comprehensiveness of them in the proceedings in order to identify the precise procedural phenomena involved.

Principles will then be compared with the procedural rules which govern estoppel and distinguished procedural issues that can be addressed of those that are subject of public order. Will finally established that the constitutional principles of legal certainty, substantial due process of law, protection of trust, objective good faith, stability of demand and reasonable length of the process enable the estoppel, including judicial, for the analysis of issues of public order issues.

Keywords: Civil procedural law. Procedural rights. Issues of public order. Complaint. Estoppel.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 A NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS NOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS ..	20
2.1 Considerações iniciais	20
2.2 As distinções entre os princípios e as regras	24
2.2.1 <i>Critérios tradicionais de distinção entre princípios e regras</i>	24
2.2.2 <i>Critérios de dissociação entre princípios e regras</i>	35
2.3 Solução de conflitos normativos entre princípios e regras	39
3 OS PRINCÍPIOS NO PROCESSO CIVIL	47
3.1 Considerações iniciais	47
3.2 O devido processo legal	50
3.3 O princípio da segurança jurídica	56
3.3.1 <i>Surgimento, formatação e nomenclatura</i>	58
3.3.2 <i>O princípio da segurança jurídica no processo judicial</i>	63
3.3.3 <i>Boa-fé objetiva na relação processual</i>	68
3.3.4 <i>Estabilidade da demanda</i>	71
3.3.5 <i>Duração razoável do processo</i>	75
3.3.6 <i>Efetividade do processo</i>	89
3.3.7 <i>Direito adquirido processual</i>	93
3.3.8 <i>O princípio da proteção da confiança</i>	99
3.3.8.1 Requisitos de aplicação	103
3.3.8.1.1 BASE DA CONFIANÇA	103
3.3.8.1.2 CONFIANÇA	111
3.3.8.1.3 EXERCÍCIO DA CONFIANÇA	112
3.3.8.1.4 FRUSTRAÇÃO DA CONFIANÇA	113
3.3.8.2 Dimensão processual	114
4 PRECLUSÃO PROCESSUAL	118
4.1 Origens	118
4.2 Fundamentos e conceito	120
4.3 Abrangência	126

4.3.1 <i>Preclusão como sanção</i>	126
4.3.2 <i>Preclusão, prescrição, decadência</i>	129
4.3.3 <i>Preclusão e “suppressio”</i>	131
4.3.4 <i>Preclusão como efeito jurídico</i>	133
4.3.5 <i>Preclusão como fato jurídico</i>	136
5 PRECLUSÃO E QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA	143
5.1 Preclusão nas questões de ordem pública	143
5.2 Questão de ordem pública e preclusão	148
5.3 Invalidades processuais e preclusão	171
5.3.1 <i>Regime jurídico das invalidades processuais</i>	173
5.4 Pressupostos processuais e preclusão	182
5.5 Produção de provas e preclusão	190
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	197
REFERÊNCIAS	204

1 INTRODUÇÃO

Antes de abordar o núcleo do tema, é necessária a sua apresentação e indicação das premissas sobre as quais irá se desenvolver a hipótese e a partir da qual será o mesmo analisado. É necessário se promover, também, o recorte epistemológico relativo ao estudo proposto. Serão objetos de abordagem, nesse primeiro momento introdutório, a finalidade deste trabalho, os seus objetivos, o assunto analisado, assim como a metodologia proposta, a fim de que o leitor tenha uma visão geral acerca do objeto de estudo.

O escopo deste trabalho é determinar a existência ou não de preclusão para a análise de matérias processuais de ordem pública. Com esse desiderato, serão analisadas as normas jurídicas que dizem respeito ao instituto, aprofundando a verificação em torno daquelas que estabelecem o regramento dos momentos processuais de ocorrência da preclusão em contraposição com as demais normas do ordenamento que regem o processo, notadamente aquelas que, explicita ou implicitamente, estão positivadas na Constituição Federal (CF).

O método de investigação adotado será o hipotético dedutivo de análise, sendo que, para tanto, serão reunidas as posições doutrinárias mais relevantes acerca do tema, quando serão, então, utilizadas como premissas para a análise dedutiva, objeto principal desse labor, que viabilizará as conclusões finais. Essa reunião de análises prévias acerca dos fundamentos erigidos ao longo do trabalho não excluirão eventuais intervenções do autor. Assim será procedido para que possam ser, em pequena medida, aprimorados os painéis doutrinários ou justificadas pontuais divergências, a fim de que se possibilite a combinação dos elementos e mantenha uma coerência com a conclusão final.

A primeira parte do trabalho se dedica ao exame da força normativa dos princípios no ordenamento jurídico. Assim, serão investigados os princípios como espécies normativas, caracterizando-os e os distinguindo das regras, estas que são tipos de normas distintos dos princípios.

Nessa mesma fase serão abordados os critérios tradicionais que diferenciam os princípios das regras, quando serão ressaltadas as deficiências desses modelos

de distinção e sedimentadas as suas qualidades como forma de agremiar elementos no interesse da separação entre tais espécies.

Serão, então, estabelecidos os critérios de dissociação adotados, como forma de identificar, separar essas espécies normativas umas das outras e viabilizar a tarefa de, em momento posterior, analisar a preclusão em relação às matérias processuais de ordem pública.

Por fim, ainda no que se relaciona à primeira parte, será abordada a metodologia de solução de conflitos entre regras e princípios, uma vez que se trata de fase absolutamente necessária na tarefa de interpretar o ordenamento jurídico como um todo no que tange ao objetivo final.

Na segunda parte se dará primeiramente importância a ressaltar a normatização do processo por intermédio dos princípios que o regem, sendo destacadas as funções dos mesmos no interesse de servir ao propósito da prestação jurisdicional. Este propósito, como se verá, extrapola o âmbito processual, pois serve, assim como o próprio processo, a interesses superiores que ao da mera entrega da jurisdição, vez que se relaciona à própria gênese do direito.

Serão evidenciados os princípios regentes do processo civil que são afetos ao exame do instituto preclusão. Serão eles nominados e analisados cada um daqueles que influenciam na tarefa hermenêutica de identificação da norma jurídica complexa no que se refere à preclusão, assim como a sua abrangência.

A terceira parte se incumbirá de perquirir acerca das qualidades ínsitas à preclusão, permitindo se identificar as notas que distinguem os fenômenos jurídicos reputados de preclusão dos demais.

Serão criadas condições de igualar os eventos que empiricamente se tem alcunhado de preclusão, catalogando as nuances necessárias e suficientes a estes fenômenos isolados, para que se possam identificar as recorrências, e, a partir dessas recorrências, acumular tais características perceptíveis, tentando enquadrá-las em determinada categoria jurídica predeterminada.

Não sendo possível a rotulação previamente estabelecida, se recorrerá a arbitrariamente classificar tais fenômenos como preclusão, imputando-lhes autonomia ontológica, separando-os dos demais, pois desses se diferirão

justamente em razão das características que os reúnem entre si, justificando, assim, o isolamento classificatório.

Caso se conclua que os eventos costumeiramente chamados de preclusão não possuem especificidade que os distinga dos demais assim não chamados, o referido isolamento classificatório se pautará pelo exame das vantagens didáticas e utilidade de tal estratificação, em face das demais possíveis, justificando tal opção com esse fundamento.

Os eventos jurídicos, aprioristicamente classificados a partir de conhecimento doutrinário de preclusão, serão objeto de experimentação fenomenológica, pois somente a partir das constatações desta natureza que se poderá identificá-los, certo de que, conforme, EDMUND HUSSERL (2006) o conhecimento do observador estará sempre condicionado à sua capacidade de perceber os fenômenos, *litteris*:

O conhecimento natural começa pela experiência e permanece na experiência. Na orientação teórica que chamamos “*natural*”, o horizonte total de investigações possíveis é, pois, designado com *uma só palavra: o mundo*. As ciências dessa orientação originária são, portanto, em sua totalidade, ciências do mundo, e enquanto elas predominam com exclusividade, há coincidência dos conceitos “ser verdadeiro”, “ser efetivo”, isto é, ser real e – como todo real se congrega na unidade do mundo – “ser no mundo”.¹

Esta incapacidade dos observadores de reunir os dados com a precisão da realidade concreta, explica a postura de cautela ao se limitar o estudo às experiências e percepções acerca dos fenômenos jurídicos envolvidos, mas não àqueles absolutamente simétricos e limitados aos dados colhidos pelo autor, que serão apresentados mais adiante, mas também frutos de outras obras.

Como já ressaltado, os trabalhos anteriores que abordam o mesmo tema serão objeto de pesquisa, pois as conclusões já cristalizadas na doutrina dirigida, tem permitido que se reúna uma enormidade de informações, a partir da experiência de demais pesquisadores que se propuseram a expor às suas percepções entre si dedutivamente combinadas, permitindo o acréscimo do trabalho de observação formulado somente pelo autor singular.

¹ HUSSERL, Edmund. *Idéias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica: introdução geral à fenomenologia pura*. 2. ed. São Paulo: Idéias & Letras, 2006, p. 33.

O tema escolhido se justifica, dentre outras coisas, pelo fato de que não há disciplina legal devida e explicitamente positivada acerca do assunto e nem concisão doutrinária que justifique uma só abordagem judicial sobre o mesmo.

A dogmática processual se limitou a enunciar proposições que dirigem os eventos jurídicos com fundamento na ideia da preclusão, mas não tratou de expressamente lhe atribuir qualidades próprias. Também não lhe estruturou e esmiuçou as suas características básicas, ou seja, os dados necessários e suficientes ao conhecimento da matriz do fenômeno, qual seja o instituto do qual se origina.

Assim, um dos problemas que surgiram em razão dessa falta de sistematicidade acerca do tema foi o fato de não ser poder, em abstrato e com uniformidade, definir o alcance e os limites da preclusão para análise das matérias processuais de ordem pública.

Embora e à primeira vista, o tema possa ser objeto afeito única e limitadamente à técnica processual, havendo de se remeter às instituições jurídicas meramente formais e sem correspondência direta com os elementos materiais dos direitos, o estudo se justifica em razão do fato de que o direito nem sempre se presta a coordenar comportamentos de forma direta.

O direito pode ser considerado em si mesmo uma técnica criada para a solução de conflitos, ainda que o faça de modo preventivo e, portanto, carece de alternativas metodológicas para a sua implementação, que até o séc. XIX não eram casuísticas, mas dotadas de particularizações típicas de cada comunidade em que o direito era aplicado com este desiderato. Não se pode afirmar, portanto, que as comunidades ou sociedades anteriores ao séc. XIX aplicaram o direito de forma aleatória. Não eram formulados casuisticamente procedimentos dirigidos somente aos casos concretos. Não havia o estabelecimento de cada uma das etapas de produção e conhecimento da norma aplicável em todos os momentos que os fatos demandassem tal interferência.

Nem mesmo os povos anteriores ao direito romano assim o fizeram, pois os conflitos envolvendo a conduta humana em interferência intersubjetiva² são tão

² COSSIO, Carlos. *La Teoría Egologica del Derecho*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964.

antigos quanto esta interferência. Desde o que se sabe, o ser humano sempre conviveu em comunidades, demandando meios de normalização da conduta e formulação de parâmetros para a acomodação de pretensões, mesmo que de natureza punitiva, pois:

O direito aparece [...] para o vulgo, como um complicado mundo de contradições e coerências, pois, em seu nome tanto se vêem respaldadas as crenças em uma sociedade ordenada, quanto se agitam a revolução e a desordem. O direito contém, ao mesmo tempo, as filosofias da obediência e da revolta, servindo para expressar e produzir a aceitação do status quo, da situação existente, mas aparecendo também como sustentação moral da indignação e da rebelião.³

Portanto, não carecia a comunidade de célebre sofisticação para que se empenhasse no esforço de conceber alternativas metodológicas à aplicação da técnica jurídica de solução de conflitos, ainda que dispusesse de mecanismos rústicos ou de natureza teológica.

Segundo ARNOLD, aquilo que o homem comum denomina direito:

[...] corresponde a uma certa atitude, uma forma de pensar, uma maneira de referir-se às instituições humanas em termos ideais. Trata-se de uma exigência do senso comum, profundamente arraigada, no sentido de que aquelas instituições de governo dos homens e de suas relações simbolizem um sonho, uma projeção ideal, dentro de cujos limites funcionam certos princípios, com independência dos indivíduos.⁴

Todavia, somente após o séc. XIX, com a elevação do paradigma positivista de produção do conhecimento, principalmente viabilizado por meio das ciências naturais e sociais, é que se tenta de forma mais universal, ao menos no que concerne à cultura ocidental, fornecer subsídios racionais e transcendentais, que sejam diretamente vinculados e qualificados pelo parâmetro da própria natureza do direito e no grau de efetividade que se pretende.

Em razão do contínuo avanço da técnica jurídica, inaugurou-se uma discussão mais avançada, vez que já havia o acúmulo das mais diversas experiências tanto jurídico-metodológicas, quanto puramente metodológicas, em outras disciplinas destinadas a outros objetivos.

³ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 09.

⁴ ARNOLD, Thurman W. Sociologia del derecho. Caracas: ORg. Aubert, 1971. El derecho como simbolismo. In: FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 47.

Mais que a simples e pura discussão acerca do direito, mesmo que isolada e principalmente filosófica, essa dialética já servia para delinear e aclarar características necessárias ao seu estudo como objeto universal. Assim, foi se deixando o estudo das particularidades para cada ramo em relação ao qual fosse uma determinada alternativa concebida. Isso porque o método puro e simplesmente, destacado de um determinado escopo, somente serve como objeto filosófico.

As escolas interpretativas do direito, exegética (DEMOLOMBE), histórica (FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY) e todas as demais que lhes sucederam, se detiveram, portanto, ao estabelecimento de vias para a consecução dos resultados que pretendia o direito por eles suposto. Isso na tentativa de estender tais alternativas, a partir de uma universalização da compreensão do fenômeno jurídico, concebido como uma experiência transcendente às comunidades em que estavam inseridos. Assim, se distanciaram das mais diversas abordagens fincadas na viabilização do direito mais localizada, limitada pela objetividade do direito positivado. A respeito do tema é válido transcrever o pensamento de Tércio SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, que preleciona sobre a abordagem jurídica atual:

Os juristas sempre cuidam de compreender o direito como um fenômeno universal. Nesse sentido, são inúmeras as definições que postulam esse alcance. Não é o caso de reproduzir-se numa série, certamente inacabada, os textos que ensaiam esse objetivo. Não só juristas, mas também filósofos e cientistas sociais mostram ou mostraram preocupações semelhantes.⁵

A importância dos procedimentos e das formalidades processuais reside no fato de que estes também servem à expectativa jurídica dos indivíduos, na medida que são a verdadeira metodologia jurídica do desvendamento do próprio direito. Trata-se o processo de arcabouço normativo, formal e abstrato por natureza, que se direciona a disciplinar a tarefa também formal e abstrata de se dizer o direito.

Somente as particularidades dos procedimentos adotados que qualificam e dão substância ao processo podem garantir a efetividade das condições abstratamente criadas pelo chamado direito material. Não se trata o processo de mera chancela de comportamentos, mas, sim, de criação concreta da norma, pois é impossível ao ordenamento jurídico, e por consequência, ao direito material, criar um modelo absolutamente exaustivo e preciso.

⁵ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

A tarefa jurídico-metodológica de conhecimento do próprio direito implica, necessariamente, atividade voltada para a concretização das normas abstratamente concebidas, num desempenho eminentemente criativo destas normas para os casos submetidos. Por conta disso, a qualidade da disciplina processual, a sofisticação dos seus institutos e o pleno conhecimento da sua dinâmica influenciam diretamente na materialização dos programas normativos abstratos, sendo o processo um co-responsável imediato pela qualidade da materialização do direito.

LUHMANN atesta que o sistema jurídico se orientaria para o mundo externo a ele circundante, considerando-o sempre como contingente e fazendo todas as suas formulações partir deste princípio. A esta altura, o sistema confirmaria a idéia de que não é possível abarcar solução para todos os casos concretos a serem submetidos a apreciação, razão pela qual garantiria a sua *autopoiesis* por meio da proibição da recusa de jurisdição.

A proibição da negativa de prestação jurisdicional seria, portanto, a força motriz da criatividade judiciária, mantendo o contato com os fatores externos ao sistema e ao mesmo tempo a própria fundamentação desta atividade inovadora. A situação contingencial real, decorrente da própria natureza dos fatores externos ao sistema, seria o critério de validação das inovações judiciárias. Isso seria advindo do fato de que “[...] essa contingência adquire relevância para o sistema, apenas segundo o próprio Código, isto é, apenas com vistas à possibilidade de classificar os fatos (*Tatebestand*) como Direito ou não-Direito.”⁶

Insertas no próprio código do sistema estariam as sua programações de reformulação. Elas permitiriam um ajuste das condições de decidibilidade criadas *a priori* para o ajustamento dos provimentos à solução desejadas, de acordo com as contingências do universo a partir do qual são extraídos os casos apreciados. Ante o exposto, “Não existem, por conseguinte, ‘lacunas no Direito’, mas – quando muito – problemas de decisão não regulamentados por leis.”⁷

Mais uma vez se evidencia a importância do processo, pois é a metodologia dirigida ao “ajustamento dos provimentos à solução desejadas, de acordo com as

⁶ LUHMANN, Niklas. “A posição dos tribunais no sistema jurídico”. Revista da AJURIS. Porto Alegre: AJURIS, 1990, n. 49, p. 161.

⁷ Ibid., p. 161.

contingências do universo a partir do qual são extraídos os casos apreciados.” (LUHMANN, 1990, p. 161)

Como forma de ilustrar a posição do referido autor acerca da sua constatação de que a implementação da proibição da recusa de jurisdição é a engrenagem planetária na necessária e dela decorrente criatividade judicial, é válida a transcrição do seguinte excerto, *litteris*:

O caráter abstrato da proibição da recusa da Justiça corresponde a esse arranjo interno de contingências: ao esquematismo binário da possibilidade de valoração positiva e negativa e à contingência de todas as condições para a valoração correta, isto é, à contingência de todos os programas de decisão vigentes no âmbito do Direito Positivo. E essa contingência corresponde, por sua vez, ao fato de que o sistema deve implementar a sua própria *autopoiesis* num mundo circundante, cuja complexidade ele não pode abarcar. (LUHMANN, 1990, p. 161)

Aos Tribunais seria impossível trabalhar somente com a lógica puramente dedutiva, encontrando soluções apenas por meio da subsunção dos elementos relevante no substrato fático às fórmulas predeterminadas. Ressalte-se que o referido autor não dispensa a importância da argumentação dedutiva, afirmando que a mesma:

[...] desempenha um papel considerável em contextos de decisões suficientemente arranjados é mesmo indispensável, nem o fato de que erros cometidos nessa área de fundamentações de sentenças levariam irremediavelmente à suspensão (*Aufhebung*) através de instâncias superiores [...].⁸

Ao Judiciário caberia a tarefa, querendo ou não, de implementar novas tratativas dos fatos concretos, alterar formulas já constituídas, solucionar de maneiras mais adequada e por especialidade os casos postos diante do mesmo. Dessa forma, coloca em prova e experimentação as soluções dispensadas, fazendo com que a suas formulações sejam suficientemente testadas, verificando a consistência frente ao direito vigente, “Assim surge por intermédio da atividade sentenciadora dos Tribunais um direito judicial (*Richterrecht*).”⁹

MAURO CAPELETTI também destaca a importância do processo judicial ao valorizar a atividade jurisdicional, cuja metodologia é ele próprio, pois eminentemente criadora e complementar ao processo legislativo. Entretanto se

⁸ LUHMANN, Niklas. “A posição dos tribunais no sistema jurídico”. Revista da AJURIS. Porto Alegre: AJURIS, 1990, n. 49, p. 162.

⁹ *Ibid.*, p. 162.

distingue do processo legislativo em virtude de estar eivado de características peculiares e eminentemente processuais, derivadas em maior ou menor medida do conjunto de procedimentos adotados, *litteris*:

Aquilo que distingue o processo jurisdicional daquele legislativo, e que faz com que a criação do Direito por obra dos Juizes permaneça bem distinta da legislação, não é, portanto, uma função abusiva de não criatividade, mas, isto sim, uma particular modalidade daquele processo que se traduz na conexão da função judiciária com *cases and controversies*, e na “virtude passiva”, a “passividade” do Juiz quanto a iniciar o processo nesses casos, e a imparcialidade processual do próprio Juiz, imparcialidade que há de traduzir-se num “processo justo” ou *fair hearing* de todas as partes.¹⁰

Os valores referidos pelo autor, *controversies* (ampla defesa em contraditório), “virtude passiva”, “passividade”, imparcialidade processual, “processo justo” ou “*fair hearing*” das partes não são imanentes ao conceito lógico jurídico de processo. Tais são conquistas alcançadas através da positivação de tais valores, o que se manifesta por meio dos procedimentos adotados, garantido, assim, os benefícios almejados e a contínua objetivação de um estado ideal de coisas.

A postura metodológica positivista proposta por HANS Kelsen também milita em favor da proposição de que, o desvendamento do direito pelos órgãos jurisdicionais implica-lhes tarefa não somente declaratória, mas também constitutiva, uma vez que a decisão judicial proferida se trata de legítimo ato de conhecimento do direito, *litteris*:

Do ponto de vista de uma consideração centrada sobre a dinâmica do Direito, o estabelecimento da norma individual pelo tribunal representa um estágio intermediário do processo que começa com a elaboração da Constituição e segue, através da legislação e do costume, até a decisão judicial e desta até a execução da sanção. Este processo, no qual o Direito como que se recria em cada momento, parte do geral (ou abstrato) para o individual (ou concreto). É um processo de individualização ou concretização sempre crescente.¹¹

Mas não somente. O referido autor indiretamente ressalta a importância do estudo dos institutos processuais, ao valorizar ainda mais a tarefa judiciária. Isso porque ele revela que a produção do direito por meio da prestação jurisdicional pode ser exercida não somente por meio da concretização vertical da norma no sentido

¹⁰ CAPELLETTI, Mauro. Processo, ideologias e sociedade. Vol. 01, Tradução e notas de Elicio de Cresi Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 17.

¹¹ Kelsen, Hans. Teoria pura do direito; [tradução João Batista Machado] 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 263.

individualizador, mas atribui tarefa de ainda maior gênese criativa, ao constatar que, *In verbis*:

Um tribunal, especialmente um tribunal de última instância, pode receber competência para criar, através da sua decisão, não só uma norma individual, apenas vinculante para o caso *sub judice*, mas também normas gerais. Isto é assim quando a decisão judicial cria o chamado precedente judicial, quer dizer: quando a decisão judicial do caso concreto é vinculante para a decisão de casos idênticos. Uma decisão judicial pode ter um tal caráter de precedente quando a norma individual por ela estabelecida não é predeterminada, quanto ao seu conteúdo, por uma norma geral criada por via legislativa ou consuetudinária, ou quando essa determinação não é unívoca e, por isso, permite diferentes possibilidades de interpretação. No primeiro caso, o tribunal cria, com a sua decisão dotada de força de precedente, Direito material novo; no segundo caso, a interpretação contida na decisão assume o caráter de uma norma geral. Em ambos os casos, o tribunal que cria o precedente funciona como legislador, talqualmente o órgão a que a Constituição confere poder para legislar.¹²

Daí porque resulta o equívoco na formulação, numa articulação pejorativa, de se unicamente imputar ao processo a qualidade de instrumento. Muitas vezes o nível de satisfação das necessidades humanas, a depender do estágio de sofisticação e complexidade das demandas, tem o sucesso condicionado necessária e diretamente à qualidade do ferramental empregado na tarefa de consecução dos recursos pretendidos.

A importância do método ou da metodologia é, portanto, de natureza eminentemente pragmática, pois tal conjunto de procedimentos necessariamente deve conduzir às finalidades a que se propõe a atividade empreendida, seja ela uma técnica ou o que convencionamos chamar de ciência.

A metodologia, portanto, deverá assumir uma orientação eminentemente teleológica. Assim, as finalidades para que se propõe determinado conjunto de atos são determinantes da sua extensão e profundidade, devendo abarcar todos os sentidos propostos, sem deixar espaço para incertezas ou insuficiências. A concepção do método revela importância essencialmente funcional, pois a qualidade do que se pretende está diretamente ligada aos procedimentos, técnicas e concatenação dos mesmos.

¹² Kelsen, Hans. Teoria pura do direito; [tradução João Batista Machado] 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 277-278.

No direito, em particular, não há exceção a esta regra, pois se trata de uma técnica administrada a determinado fim, que dele não pode se excluir, sob pena de deterioração do seu uso, deixando carentes as demandas das quais se origina e formulando soluções inúteis para problemas alienígenas ou até mesmo inexistentes.

E é o que se tem verificado em determinada medida, pois não há um consenso acerca do que consiste a técnica jurídica e, a despeito do fato de que as discussões são necessárias, não só para a formação do convencimento, mas como um bom parâmetro para a descoberta dos objetos, a principal demanda jurídica é a solução dos conflitos de maneira aceitável, tendo como parâmetro os valores e interesses neles envolvidos.

O problema desta pesquisa proposta, por sua vez, se circunscreve na definição de quais as matérias processuais de ordem pública cujas análises podem sofrer preclusão. Tal fato isoladamente não faz supor tamanha problemática, mas se defrontado com as demandas jurídicas, há de ser enfrentado.

Conforme acima destacado, a problemática de se recortar os fenômenos jurídicos e distingui-los com o rótulo de preclusão se estende desde a ausência de normatização geral positivada acerca do tema, pois não há uma conceituação expressa e clara a partir da legislação vigente, denotando as suas estruturas e características principais.

Entretanto, a dogmática não se faz absolutamente ausente quanto ao tema, deixando, entretanto, a formulação dos principais elementos e a mecânica da preclusão à doutrina, pois faz referência ao instituto, pacificando, ao menos, a questão acerca da existência ou não da preclusão no ordenamento jurídico brasileiro.

Outro problema que se apresenta como prejudicial á análise final é a extensão e profundidade da força normativa dos princípios no ordenamento jurídico, assim como a influência efetiva daqueles princípios processuais em relação às demais normas de processo.

No caso, a hipótese de estudo a ser trabalhada é de que há preclusão para análise de matérias processuais de ordem pública, vez que os princípios informadores do processo não direcionam a hermenêutica em outro, senão nesse sentido.

2 A NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS NOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS

2.1 Considerações iniciais

O foco desta parte do trabalho é indiscutivelmente a premissa sobre o que se fundará toda a análise restante, qual seja, a identificação e o estabelecimento dos limites da norma jurídica enquanto derivada de uma das espécies normativas ora tratadas, os princípios e a regras. Para tanto é fundamental que se esclareçam as diferenças entre a norma jurídica e o texto que trata de descrevê-la, texto que se assenta no dispositivo ou enunciado linguístico que é o veículo transmissão da mensagem.

A discussão acerca do equilíbrio entre os aspectos subjetivos da interpretação e sua capacitação como elemento comunicacional da sociedade tem ocupado lugar privilegiado na teoria hermenêutica, desde os seus primeiros passos, com os estudos bíblicos de Schleimacher, para quem “a arte ela compreensão correta do discurso de um outro”, além de pressupor a reconstrução histórica dos elementos subjetivos da estrutura discursiva, exige a apreensão de seus elementos objetivos, através de uma prática metódica voltada para a justificação racional do resultado da interpretação.¹³

Nesse interesse, é importante salientar que o texto não se confunde e nem é a norma jurídica. Como já destacado, o texto é meramente o veículo linguístico pelo qual se viabiliza o conhecimento da norma pelo intérprete, este que tem a tarefa de extrair do enunciado o conteúdo, a ideia, a informação, que são as normas jurídicas. Ou seja, “[...] para interpretar, temos de decodificar os símbolos no seu uso, e isso significa conhecer-lhes as regras de controle da denotação e conotação (regras semânticas), de controle das combinatórias possíveis (regras sintáticas) e de controle das funções (regras pragmáticas).”¹⁴ Por conta disso, pode-se afirmar que não há necessariamente norma em razão da existência de um texto e nem que há texto sempre que houver uma norma, dado o fato de que a informação veiculada por

¹³ MURICY, Marília. “Racionalidade do direito, justiça e interpretação. Diálogo entre a teoria pura e a concepção luhmaniana do direito como sistema autopoietico.” *Hermenêutica plural: Possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos*. Carlos Eduardo de Abreu Boucalt. José Rodrigo Rodriguez. (org.) São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 103.

¹⁴ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 227.

ele pode ser absolutamente inconclusiva ou que a norma jurídica tenha advindo de outros veículos.¹⁵

Essas considerações que apontam para a desvinculação entre o texto e seus sentidos também conduzem à conclusão de que a função da Ciência do Direito não pode ser considerada como mera descrição do significado, quer na perspectiva da comunicação de uma informação ou conhecimento a respeito de um texto, quer naquela da intenção do seu autor.¹⁶

A tarefa do intérprete é a composição desses significados a partir dos elementos que são fornecidos pelo veículo. Por isso o intérprete deve sistematizar esses elementos e identificar as relevantes contribuições de cada um dos enunciados para a identificação das normas que lhes são subjacentes. Mas se deve ter sempre em mira que não há uma necessária correspondência entre um determinado enunciado e sua conseqüente norma. Isso porque, muitas vezes, a interpretação do texto de um determinado dispositivo poderá não implicar imediatamente a norma jurídica em toda a sua complexidade de sentidos, porquanto essa complexidade somente pode ser alcançada após a combinação desse dispositivo com os demais.

Quando o Direito é aplicado por um órgão jurídico, este necessita de fixar o sentido das normas que vai aplicar, tem de interpretar estas normas. A interpretação é, portanto, uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior. Na hipótese em que geralmente se pensa quando se fala de interpretação, na hipótese da interpretação da lei, deve responder-se à questão de saber qual o conteúdo que se há de dar à norma individual de uma sentença judicial ou de uma resolução administrativa, norma essa a deduzir da norma geral da lei na sua aplicação a um caso concreto.¹⁷

Entretanto, mesmo diante do fato de que o intérprete não conta com uma norma pronta, acabada e precisamente derivada do texto não há que se concluir que não haja limites na tarefa de interpretar. A razão disso é a existência de sentidos mínimos estabelecidos antes mesmo de que o intérprete conheça o enunciado. Considerando as formulações que são levadas a cabo nos diferentes textos, há de se considerar que existem, em determinada medida, sentidos já construídos e conteúdos já com certa delimitação.

¹⁵ AVILA, Humberto Bergmann. Teoria dos Princípios. 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 30.

¹⁶ Ibid., p. 31.

¹⁷ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito; [tradução: João Batista Machado] 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 387.

Ao disciplinar a conduta humana, as normas jurídicas usam palavras, signos lingüísticos que devem expressar o sentido daquilo que deve ser. Esse uso oscila entre o aspecto *onomasiológico* da palavra, isto é, o uso corrente para a designação de um fato, e o aspecto *semasiológico*, isto é, sua significação normativa. Os dois aspectos podem coincidir, mas nem sempre isto ocorre. O legislador, nesses termos, usa vocábulos que tira da linguagem cotidiana, mas freqüentemente lhes atribui um sentido técnico, apropriado à obtenção da disciplina desejada. Esse sentido técnico não é absolutamente independente, mas está ligado de algum modo ao sentido comum, sendo, por isso, passível de dúvidas que emergem da tensão entre ambos.¹⁸

Significa dizer que, mesmo que o significado dos enunciados somente possa ser conhecido por meio da interpretação, por meio de serem estes acessados, a construção desses sentidos não somente ocorre com o uso deles. Isso porque tal afirmação seria desconsiderar completamente que as palavras, que os signos não teriam nenhum significado prévio ou pelo menos um espectro de conteúdo que, a depender do uso, será aprimorado pelo intérprete.¹⁹

[...] pode-se afirmar que o interprete não só constrói, mas *reconstrói* sentido, tendo em vista a existência de significados incorporados ao uso lingüístico e construídos na comunidade do discurso. Expressões como "provisória" ou "ampla", ainda que possuam significações indeterminadas, possuem núcleos de sentidos que permitem, ao menos, indicar quais as situações que certamente não se aplicam: *provisória* não será aquela medida que produz efeitos ininterruptos no tempo; *ampla* não será aquela defesa que não dispõe de todos os instrumentos indispensáveis a sua mínima realização.²⁰ (Grifos no original)

Ainda que haja significados incorporados ao uso ordinário da linguagem, há algumas formulações (tais quais aquelas acima destacadas: provisória, ampla) que carecem de integração diante da necessidade de interpretação do texto, com vistas a se dispensar uma solução para um caso concreto. Isso pode ser desde a simples interpretação do enunciado objetivando o conhecimento do direito aplicável à situação, como, também, derivar de uma necessária decisão judicial que se impõe dispensar.

A construção desses significados, portanto, deve atender à tarefa de identificação da norma, mas sempre é limitada pelos significados construídos

¹⁸ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 221.

¹⁹ ÁVILA, Humberto Bergmann. Teoria dos Princípios. 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 32.

²⁰ Ibid., p. 33.

anteriormente e que funcionam como verdadeiras balizas na atividade do intérprete, o que lhe facilita e viabiliza a mesma.

O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível.²¹

Sem tais limites não se trataria de tarefa interpretativa-criativa, mas sim de tarefa exclusivamente de criação. Concluir que há normas jurídicas além dos limites erigidos pelos significados mínimos dos enunciados é criar um descompasso entre a tarefa de interpretar e as previsões legislativas e constitucionais.

Compreender "provisória" como *permanente*, "trinta dias" como *mais de trinta dias*, "todos os recursos" como *alguns recursos*, "ampla defesa" como *restrita defesa*, "manifestação o concreta de capacidade econômica" como *manifestação provável de capacidade econômica*, não é concretizar o texto constitucional. E, a pretexto de concretizá-lo, menosprezar seus sentidos mínimos. (Grifos no original)²²

Não existe fundamento para justificar tal desarmonia entre as previsões que repousam no texto que se interpreta e os sentidos construídos a partir de elementos fora dos limites estatuídos por aqueles parâmetros. Tal não constitui a tarefa de interpretar, mas de tarefa essencial e exclusivamente criativa, o que se distancia do que constitui o trabalho do intérprete que é, em realidade, de reconstruir os significados.

O intérprete deve necessariamente laborar com um conjunto de parâmetros prévios, mas que não encerram os limites da sua tarefa e nem mesmo fornece elementos nesse sentido.

Se por "interpretação" se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem.²³

As informações desses textos sobre os seus significados é incompleta e, ainda que não fossem, não limitam o conteúdo da norma a si mesmos. Tal se constata

²¹ Kelsen, Hans. Teoria pura do direito; [tradução: João Batista Machado] 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 390.

²² Ávila, Humberto Bergmann. Teoria dos Princípios. 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 34.

²³ Kelsen, Hans. Teoria pura do direito; [tradução: João Batista Machado] 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 390.

pelo fato de o ordenamento jurídico ser um sistema construído a partir de uma complexidade de informações, que se combinam se modificando e se criando, formando uma unidade.²⁴

A proposta aqui, portanto, se resume na identificação dos elementos distintivos dessas espécies normativas, das regras e dos princípios, de forma que se possam estabelecer os critérios de separação entre eles e viabilizar o estudo particularizado de ambos e, principalmente, qual a postura que o intérprete deve tomar perante eles na tarefa de desvendamento dos conteúdos normativos.

2.2 As distinções entre os princípios e as regras

2.2.1 Critérios tradicionais de distinção entre princípios e regras

Há algum tempo os princípios e as regras têm sido distinguidos por meio de uma multiplicidade de critérios. Todos esses derivados das experiências práticas e acadêmicas dos vários juristas que se embrenharam na tarefa de tentar sistematizar o conhecimento da norma, por meio da mais adequada identificação dessas espécies normativas. Tal se explica pelo fato de que, de forma crescente, essas espécies eram cada vez mais referidas individualmente como fundamentos das decisões acerca do direito aplicável a uma determinada situação concreta.

A abordagem profissional da teoria do direito tentou reformular as questões relativas à doutrina legal de tal maneira que uma ou mais dessas qualificações pudesse ser empregada. Essa abordagem produziu apenas a ilusão de progresso e deixou intocadas as questões de princípio, genuinamente importantes, que existem no direito.²⁵

Essa necessidade se deu muito em razão da necessidade de justificação das decisões judiciais, que cada vez mais vinham se fundamentando em elementos que não necessariamente se identificavam com o direito legislado por meio das regras expressas. “Os juristas estão discutindo esse tema há décadas, não porque ignoram

²⁴ ÁVILA, Humberto Bergmann. Teoria dos Princípios. 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 34.

²⁵ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério; [tradução Nelson Boeira]. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 4.

o tipo de decisões que os juízes tomam ou as razões em que as sustentam, mas porque não vêem com clareza o que realmente significa o conceito de seguir regras.”²⁶ Tal constatação decorreu em razão de que há casos judiciais nos quais não se explica a decisão por conta somente de fundamentos legais estritos e tradicionais. Cada vez mais há uma tendência de os tribunais decidirem situações críticas sem recorrer somente às regras estatuídas em diplomas já consagrados.

Nesses casos dramáticos a Suprema Corte apresenta razões - ela não cita leis escritas, mas apela para princípios de justiça e política pública. Isso significa que, em última instância, a Corte está seguindo regras, embora de natureza mais geral e abstrata? Se for assim, de onde provêm essas regras abstratas e o que as torna válidas? Ou isto significa que a Corte está decidindo o caso de acordo com suas próprias crenças morais e políticas?²⁷

Essa ausência de clareza implicou, portanto, problemas de natureza não somente jurídica, mas também política, dado o fato, como já destacado, da crescente necessidade de justificação dos provimentos judiciais.

A questão da justificação tem ramificações importantes, pois afeta não somente a extensão da autoridade judicial, mas remete também à extensão da obrigação moral e política do indivíduo de obedecer à lei criada pelo juiz. Afeta igualmente os fundamentos com base nos quais se pode contestar uma decisão controversa.²⁸

Um dos critérios utilizados primordialmente pela doutrina levou em consideração elementos mais à mostra nessas espécies. Esses critérios eram fundados em evidências que derivam justamente da formulação textual e lógica dos enunciados dos quais derivariam os princípios ou regras. Assim, por meio da natureza hipotético-condicional dos enunciados, seriam regras aquelas normas que houvessem sido formuladas por meio do estabelecimento de um determinado tipo jurídico. Ou seja, haveria a enunciação de uma hipótese, sendo-lhe determinada uma necessária e invariável consequência jurídica, com vistas ao atendimento da primordial pretensão de decidibilidade das regras.

Nesse sentido, seu problema [da ciência do Direito] não é propriamente uma questão de verdade, mas de decidibilidade. Os enunciados da Ciência do Direito que compõem as teorias jurídicas têm, por assim dizer, natureza criptonormativa, deles decorrendo conseqüências programáticas de decisões, pois devem prever, em todo caso, que, com sua ajuda, uma problemática social determinada

²⁶ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério; [tradução Nelson Boeira]. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 8.

²⁷ Ibid., p. 8.

²⁸ Ibid., p. 9.

seja solucionável sem exceções perturbadoras. [...] os enunciados da ciência jurídica têm sua validade dependente de sua relevância prática. Embora não seja possível deduzir deles as regras de decisões, é sempre possível encará-los como instrumentos mais ou menos utilizáveis para a obtenção de uma decisão.²⁹

Os princípios seriam normas derivadas de enunciados que revelam os eixos axiológicos do sistema e não determinadas condutas, sendo evidentes quais os valores a serem adotados. Mas não seria estatuída nenhuma hipótese ou atribuída nenhuma consequência. Os princípios viabilizariam, portanto, fundamentos para a decisão e não necessária consequência jurídica para um dado tipo.

Tal distinção não se revelou útil, pois fundada unicamente em elementos que derivam da formulação lógica do enunciado e não de condições que lhes são necessárias e suficientes às suas caracterizações como princípios ou regras. Ainda que os princípios possam fornecer uma hipótese provisória de trabalho, uma hipótese inicial, para que se solucionar uma determinada questão jurídica (que não necessariamente se confunde com emitir uma decisão), apenas verificar a natureza da espécie normativa por meio da análise da sua formulação lógica não permite se identificar essa hipótese provisória, esse conjunto axiológico que auxilia na composição dos fundamentos.

[...] esse critério é impreciso. Com efeito, embora seja correta a afirmação de que os princípios indicam um primeiro passo direcionador de outros passos para a obtenção ulterior da regra, essa distinção não fornece fundamentos que indiquem o que significa dar um *primeiro passo* para encontrar a regra.³⁰

Essa impossibilidade deriva necessariamente do fato de que “[...] a existência de uma hipótese de incidência é questão de formulação linguística e, por isso, não pode ser elemento distintivo de uma espécie normativa.”³¹ Aliás, a constatação de DWORKING quanto ao tema é bastante próxima dessa última ideia, de que os princípios são somente eixos axiológicos do ordenamento, enquanto as políticas seriam aproximadamente o mesmo que são os princípios segundo a conclusão final desse capítulo. Veja-se:

Acabei de mencionar “princípios, políticas e outros tipos de padrões”. Com muita freqüência, utilizarei o termo “princípio” de maneira

²⁹ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 221.

³⁰ ÁVILA, Humberto Bergmann. Teoria dos Princípios. 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 40.

³¹ Ibid., p. 41.

genérica, para indicar todo esse conjunto de padrões que não são regras; eventualmente, porém, serei mais preciso e estabelecerei uma distinção entre princípios e políticas. [...] Denomino “política” aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). Denomino “princípio” um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.³²

Tendo como foco esse critério, é possível se formular um enunciado que descreva uma regra jurídica ou um princípio, bastando, para tanto, prever os mesmo significados, mas omitindo ou evidenciando hipóteses de incidência e necessárias consequências jurídicas.

[...] mesmo que determinado dispositivo tenha sido formulado de modo hipotético pelo Poder Legislativo, isso não significa que não possa ser havido pelo interprete como um princípio. A relação entre as normas constitucionais e os fins e os valores para cuja realização elas servem de instrumento não esta concluída antes da interpretação, nem incorporada ao próprio texto constitucional antes da interpretação.³³

Vê-se que a mera diferenciação por formulação linguística não procede, em razão do que a existência ou não de hipótese de incidência e consequência normativa explícita não serve como elementos distintivos entre regras e princípios. Verificou-se, também, que não podem ser diferenciadas estas espécies com fundamento na existência ou não desses tipos legais (hipótese de incidência, tipo) ou dos resultados imputados a eles (consequência normativa).

Novamente se faz pertinente transcrever a lição de RONALD DWORKING quanto ao tema, dado o fato de que o critério de diferenciação por conta da formulação lógica tem se consagrado muito em função da teoria declinada pelo referido autor. Considerando essa diferenciação estabelecida por ele, também com base nos critérios de haver ou não tipo estatuído, há a necessária implicação das regras como normas de estrutura lógica “se-portanto”, ao passo que os princípios seriam normas que não preveriam tipos legais, mas que apenas ressaltassem conteúdos de valor.

³² DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério; [tradução Nelson Boeira]. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36.

³³ ÁVILA, Humberto Bergmann. Teoria dos Princípios. 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 41.

Os padrões especificados nessas citações não são do tipo que tomamos como regras jurídicas. Parecem muito diferentes de proposições como “A máxima velocidade legalmente permitida na auto-estrada é noventa quilômetros por hora” ou “Um testamento é inválido a menos que assinado por três testemunhas”. Eles são diferentes porque são princípios jurídicos e não regras jurídicas.

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem.

[...]

A regra pode ter exceções, mas se tiver, será impreciso e incompleto simplesmente enunciar a regra, sem enumerar as exceções. Pelo menos em teoria, todas as exceções podem ser arroladas e quanto mais o forem, mais completo será o enunciado da regra.

Mas não é assim que funcionam os princípios apresentados como exemplos nas citações. Mesmo aqueles que mais se assemelham a regras não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas.³⁴

Ambos, regras e princípios, possuem hipóteses de incidência e consequências normativas, muito embora, dependendo da formulação por meio do que eles são viabilizados, seja difícil identificar quais são os fatos concretos eleitos pela norma para que lhes sejam dispensadas determinadas providências. O estabelecimento de um estado ideal de coisas a ser atingido, assim como a implementação de condutas necessárias ao atingimento desse estado são hipótese de incidência e consequências normativas, não obstante sejam informações que contribuem para a decisão de modo distinto àquele que perfaz a regra.

[...] não é correto afirmar que os princípios, ao contrario das regras, não possuem nem consequências normativas, nem hipóteses de incidência. Os princípios também possuem consequências normativas. [...] Os deveres de atribuir relevância ao fim a ser buscado e de adoção de comportamentos necessários a realização do fim são consequências normativas importantíssimas. Ademais, apesar de os princípios não possuírem um caráter frontalmente descritivo de comportamento, não se pode negar que sua interpretação pode, mesmo em nível abstrato, indicar as espécies de comportamentos a serem adotados, especialmente se for feita uma reconstrução dos casos mais importantes.

O ponto decisivo não é, pois, a ausência da prescrição de comportamentos e de consequências no caso dos princípios, mas o

³⁴ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério; [tradução Nelson Boeira]. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39-40.

tipo da prescrição de comportamentos e de consequências, o que é algo diverso.³⁵

Outro critério estatuído pela doutrina tradicional para distinguir as regras dos princípios é o critério do resultado final interpretativo ou “modo final de aplicação”. Esse critério se funda no fato de que as regras seriam aplicadas absolutamente ou em nenhuma medida, sendo que os princípios seriam aplicados de maneira gradual. Nesse último caso, seriam implementadas parcialmente as prescrições que respeitem ao conjunto axiológico encerrado pelos princípios, em maior ou menor medida, e interpenetrando as normas dessa mesma espécie, mesmo que colidentes no caso concreto, dando a todos eles oportunidade de manifestação normativa às condutas.

Novamente, o critério do modo final de aplicação é decorrência lógica do quanto defendido por DWORKIN no que se relaciona à inexistência de hipótese de incidência e consequências normativas quanto aos princípios, mas justamente o contrário em relação às regras. Assim este autor conclui que os princípios seriam aplicados a partir da graduação em que se realizam os valores que eles encerram, ao passo que as regras somente poderiam ser aplicadas integralmente ou não.

As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.³⁶

Como uma das críticas a esse critério, pode-se citar trecho elucidativo abaixo, *litteris*:

O [critério do] modo [final] de aplicação não está determinado pelo texto objeto de interpretação, mas é decorrente de conexões axiológicas que são construídas (ou, no mínimo, coerentemente intensificadas) pelo interprete, que pode inverter o modo de aplicação havido inicialmente como elementar. Com efeito, muitas vezes o caráter absoluto da regra é completamente modificado depois da consideração de todas as circunstâncias do caso. É só conferir alguns exemplos de normas que preliminarmente indicam um modo absoluto de aplicação mas que, com a consideração a todas as circunstâncias, terminam por exigir um processo complexo de ponderação de razões e contra-razões.³⁷

³⁵ ÁVILA, Humberto Bergmann. Teoria dos Princípios. 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 43.

³⁶ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério; [tradução Nelson Boeira]. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39.

³⁷ ÁVILA, Humberto Bergmann. Teoria dos Princípios. 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 44-45.

As normas jurídicas que são encontradas por meio das regras não são insuperáveis pelo intérprete, não há obrigatoriedade de aplicação da regra em caso de identificação precisa do caso sob análise em comparação com a hipótese de incidência. Essas consequências jurídicas podem se demonstrar juridicamente inviáveis, uma vez que se evidencie um conjunto de razões substanciais que mostre que a aplicação daquela determinada consequência não se coaduna com os fundamentos superiores que justificam a própria regra.³⁸

Mas não se pode olvidar o fato de que somente após o aplicador identificar os sentidos das regras e, portanto, precisar a norma jurídica em questão que poderá ele saber se a implementação da consequência determinadas pela regra poderá ou não subsistir no caso concreto. Somente após a elucidação desse conteúdo é que poderá o intérprete avaliar a pertinência ou não, tendo em vista as normas subjacentes às regras, assim como a sua própria orientação teleológica. Somente após a interpretação é que se poderão saber quais as consequências normativas da determinada regra.³⁹

[...] o importante é que tanto os princípios quanto as regras permitem a consideração de aspectos concretos e individuais. No caso dos princípios essa consideração de aspectos concretos e individuais é feita sem obstáculos institucionais, na medida em que os princípios estabelecem um *estado de coisas* que deve ser promovido sem descrever, diretamente, qual o comportamento devido. O interessante é que o fim, independente da autoridade, funciona como razão substancial para adotar os comportamentos necessários a sua promoção. Adota-se um comportamento porque seus efeitos contribuem para promover o fim. [...] Por exemplo, a interpretação do princípio da moralidade irá indicar que a seriedade, a motivação e a lealdade compõem o estado de coisas, e que comportamentos sérios, esclarecedores e leais são necessários. O princípio, porém, não indicará quais são, precisamente, esses comportamentos.

Já no caso das regras [...] É a própria regra que funciona como razão para a adoção do comportamento. Adota-se o comportamento porque, independentemente dos seus efeitos, é correto. A autoridade proveniente da instituição e da vigência da regra funciona como razão de agir. As regras poderiam ser enquadradas na qualidade de normas que geram, para a argumentação, razões de correção (*rightness reasons*) ou razões autoritativas (*authority reasons*). Para seguir com um exemplo já utilizado, a violência sexual só deixa de ser presumida se houver motivos extravagantes com forte apelo justificativo, como a aquiescência manifesta da vítima e a aparência física e mental de pessoa mais velha. Enfim, no caso da aplicação de

³⁸ ÁVILA, Humberto Bergmann. Teoria dos Princípios. 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 47.

³⁹ Ibid., p. 48.

regras o aplicador também pode considerar elementos específicos de cada situação, embora sua utilização dependa de um ônus de argumentação capaz de superar as razões para cumprimento da regra. A ponderação é, por consequência, necessária. Isso significa que o traço distintivo não é o tipo de obrigação instituído pela estrutura condicional da norma, se absoluta ou relativa, que ira enquadrá-la numa ou noutra categoria de espécie normativa. É o modo como o interprete justifica a aplicação dos significados preliminares dos dispositivos, se frontalmente finalístico ou comportamental, que permite o enquadramento numa ou noutra espécie normativa.⁴⁰

Verifica-se, portanto, que não pode o critério se fundar no suposto caráter absoluto das regras, pois, como demonstrado, estas podem ser superadas por meio de fundamentação que demonstre não haver necessária correspondência entre estas regras e as orientações superiores. O maior interesse não está em determinar se é possível superar regras, mas sim em que constitui a válida fundamentação para fazê-lo.⁴¹ Também não se pode deixar de evidenciar que, por conta de tudo que foi explicitado, as regras podem, sim, ser implementadas sem que percam a sua validade, pois a solução do conflito vai depender da maior ou menos atribuição de peso em relação a alguma delas.⁴²

O que se pode afirmar é algo diverso. O relacionamento entre regras gerais e excepcionais e entre princípios que se imbricam não difere quanto à existência de ponderação de razões, mas - isto, sim - quanto à intensidade da contribuição institucional do aplicador na determinação concreta dessa relação e quanta ao modo de ponderação: no caso da relação entre regras gerais e regras excepcionais o aplicador - porque as hipóteses normativas estão entremostradas pelo significado preliminar do dispositivo, em razão do elemento descritivo das regras - possui menor e diferente âmbito de apreciação, já que deve delimitar o conteúdo normativo da hipótese se e enquanto esse for compatível com a finalidade que a sustenta; no caso do imbricamento entre princípios o aplicador - porque, em vez de descrição, há o estabelecimento de um estado de coisas a ser buscado - possui maior espaço de apreciação, na medida em que deve delimitar o comportamento necessário a realização ou preservação do estado de coisas.⁴³

Entretanto, ainda que desconsiderado o fato de que as regras também podem ter seu caráter absoluto modificado, por conta de um complexo de ponderações, razões e contrarrazões, pois consideradas as peculiaridades do caso concreto, não há que se olvidar, em nenhuma medida, que o critério de distinção entre princípios e

⁴⁰ AVILA, Humberto Bergmann. Teoria dos Princípios. 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 48-49.

⁴¹ Ibid., p. 51.

⁴² Ibid., p. 52-53.

⁴³ Ibid., p. 56.

regras com base no “modo final de aplicação se funda essencialmente em uma patente tautologia, o que é, por via de consequência lógica, absolutamente inservível.

Afirmar que se podem diferenciar regras de princípios em razão da forma como são finalmente aplicados é o mesmo que afirmar que se deve resolver um problema por meio da adoção da solução “a” ou “b” com base no fato de ser pertinente a adoção final da solução “a” ou “b”. Especificamente no caso em estudo, afirmar que o critério distintivo entre princípios e regras é a forma do direito que é revelado por meio deles é uma petição de princípios. Isso porque dos enunciados podem derivar princípios e regras. Assim, qualquer critério fundado no resultado final inviabiliza justamente a tarefa de identificação preliminar dessas espécies normativas, identificação que se pretende com vistas a desvendar a norma jurídica delas advinda de acordo com as características de cada uma delas e permitir uma solução final.

O critério do modo final de aplicação se estrutura a partir de elementos extraídos da solução final aplicada ao caso em exame, sendo que a separação entre princípios e regras, inclusive para identificar as suas prescrições normativas, é tarefa realizada precisamente no interesse de se encontrar uma solução final.

Outro tema em relação ao qual a doutrina tradicional tem ministrado soluções, mas que merece revisão, é a ideia de que somente os princípios podem ter dimensão de peso, enquanto as regras não. Quanto ao tema, já foi estatuído acima que mesmo as regras não são somente aplicadas quando válidas e dispensadas quanto inválidas, pois podem ser superadas por razões que são fundadas em valores que, inclusive, as justifiquem. Por conta disso, a aplicação de normas derivadas das regras também advém do sopesamento de razões em relação aos comandos que se podem extrair por meio da consideração individual do dispositivo.⁴⁴

Essa equivocada dimensão de peso já havia sido proposta por DWORKING no interesse de diferenciar as regras dos princípios, mas levando em consideração a forma como seriam eles aplicados. A pretensão de decidibilidade dos princípios diferiria daquela das regras, o que se evidenciaria por conta do resultado final da

⁴⁴ ÁVILA, Humberto Bergmann. Teoria dos Princípios. 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 59.

aplicação de ambas as normas, a partir do que o referido Autor reuniu características utilizadas para diferenciá-las.

Tudo o que pretendemos dizer, ao afirmarmos que um princípio particular é um princípio do nosso direito, é que ele, se for relevante, deve ser levado em conta pelas autoridades públicas, como [se fosse] uma razão que inclina numa ou noutra direção.

[...]

Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm - a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um.

[...]

As regras não têm essa dimensão. Podemos dizer que as regras são *funcionalmente* importantes ou desimportantes [...] Nesse sentido, uma regra jurídica pode ser mais importante do que outra porque desempenha um papel maior ou mais importante na regulação do comportamento. Mas não podemos dizer que uma regra é mais importante que outra enquanto parte do mesmo sistema de regras, de tal modo que se duas regras estão em conflito, uma suplanta a outra em virtude de sua importância maior. Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. A decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada, deve ser tomada recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras.⁴⁵

Veja-se que DWORKING reconhece, inclusive, a importância fática de uma regra em detrimento da outra, mas dispensa a tal característica relevância funcional e não jurídica. Este autor faz essa ressalva, afirmando que determinadas regras teriam maior influência na regulação da situação de fato. Assim, essas regras teriam o condão de implicar prejuízos maiores para essa concretude do que as outras funcionalmente menos importantes. Mas tal constatação não seria jurídica, ou seja, ele não traslada a importância concreta das regras no interesse da interpretação do direito, mas somente mantém tal como um reconhecimento de fato.

A leitura que o intérprete deve fazer do enunciado jurídico se impõe necessariamente por meio da consideração de todos os valores envolvidos no sistema, quando eles lhes são sobrejacentes. A norma jurídica, portanto, é o resultado disso, não sendo características particulares de cada enunciado em si os

⁴⁵ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério; [tradução Nelson Boeira]. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 42-43.

elementos que devem ser privilegiados no caso concreto, mas uma alternativa do aplicador, que deverá considerar as razões que interferem na tarefa de interpretar.⁴⁶

Assim, o fato de uma espécie normativa se tratar de princípio não implica necessariamente consideração de peso na tarefa de interpretar o dispositivo que lhe dá origem e nem na tarefa de aplicá-lo.⁴⁷ Também não se pode aprioristicamente afirmar que o fato de ser aplicável tal regra ao caso sob análise, pois implementadas os elementos estatuídos no tipo, impede a ponderação dos valores envolvidos. Pois estes lhes dão suporte na tarefa de desvendamento dos seus sentidos, assim como na determinação da sua aplicação ou não ao caso concreto.

Quanto aos princípios, em particular, a despeito do quanto também vaticinado pela doutrina dominante e que mais tem se difundido e consolidado ao longo dos anos, deve se ressaltar o equívoco quanto à ideia da maximização dos conteúdos normativos extraídos dos princípios quando da sua aplicação em confronto com outros.

[...] quando a realização do fim instituído por um princípio sempre levar à realização do fim estipulado por outro, não há o dever de realização na *máxima medida*, mas o de realização estritamente necessária à implementação do fim instituído pelo outro princípio, vale dizer, na medida necessária. (Grifos no original)⁴⁸

As regras e os princípios não podem ser destacados uns dos outros por conta da aplicação absoluta ou inexistente das regras e nem pela graduação na implementação dos princípios. Ambos podem ter razões de aplicação ponderadas e tanto os princípios quanto as regras podem e devem ser ministrados na medida necessária ao atingimento dos fins a que se prestam. Portanto, a diferença entre eles não reside na forma como são aplicados, mas na conduta que prescrevem.

Os princípios não demonstram qual o comportamento a ser adotado, mas, somente os fins que são objetivados pelo sistema. As regras se suportam nos fins e nos valores do sistema, mas delimitam a conduta a ser adotada em caso de implementação do tipo estatuído.⁴⁹ Enquanto os princípios estabelecem os fins para que se possam implementar condutas adequadas a elas, as regras estabelecem

⁴⁶ AVILA, Humberto Bergmann. Teoria dos Princípios. 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 59.

⁴⁷ Ibid., p. 61.

⁴⁸ Ibid., p. 62.

⁴⁹ Ibid., p. 63.

as condutas a partir das condições de fato tipificadas, devendo o intérprete perquirir, no caso destas últimas, quais os eixos axiológicos que as orientam, do que resulta a identificação dos objetivos do sistema ao estatuir determinada regra.

2.2.2 Critérios de dissociação entre princípios e regras

No interesse da dissociação entre princípios e regras, como tradicionalmente vêm-se afirmando, é essencial ressaltar a importância dos princípios a partir dos valores que eles encerram e que eles representam eixos fundamentais do ordenamento. Assim, os princípios funcionariam como verdadeiros cânones interpretativos do sistema, porquanto revelam as notas distintivas axiológicas que o fariam diferir de todos os demais, fornecendo ao intérprete, portanto, as imagens necessárias dos pilares ou alicerces do ordenamento jurídico.⁵⁰

[...] uma vez que abandonemos tal doutrina [positivismo] e tratemos os princípios como direito, colocamos a possibilidade de que uma obrigação jurídica possa ser imposta por uma constelação de princípios, bem como por uma regra estabelecida. Poderemos então afirmar que uma obrigação jurídica existe sempre que as razões que sustentam a existência de tal obrigação, em termos de princípios jurídicos obrigatórios de diferentes tipos, são mais fortes do que as razões contra a existência dela.⁵¹

Entretanto, como se pode notar, essa postura não mais representa que somente uma parca imagem do que se pode contribuir com a adoção dessas espécies normativas, além de que inviabiliza um controle racional dos fundamentos da decisão judicial embasa neles.

É indispensável, portanto, a verificação estrutural dos princípios, de maneira que se possa criar um procedimento racional de argumentação. Esse procedimento racional deve ser controlável por meio da identificação dos comportamentos necessários à implementação das condições que realizem os estados de coisas objetivados pelos princípios.

⁵⁰ ÁVILA, Humberto Bergmann. Teoria dos Princípios. 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 64.

⁵¹ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério; [tradução Nelson Boeira]. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 71.

Essa análise, aliás e fundamentalmente, deverá permitir que se encontrem alternativas de separação apriorística, abstrata, de princípio das regras, antecipando as suas características. Isso porque ao intérprete é absolutamente necessário o municiamento de critérios que viabilizem essa distinção e que amenizem a necessidade de declinar extensiva argumentação na aplicação dessas categorias.

Claro está que qualquer classificação das espécies normativas será inadequada se não fornecer critérios minimamente seguros de antecipação das características normativas, nem minorar a sobrecarga argumentativa que pesa sobre o aplicador.⁵²

Por essas razões, não é viável a adoção dos critérios distintivos fundados no “modo final de aplicação” e nem no modelo do “conflito normativo”, pois ambos se estruturam em torno do fornecimento de elementos advindos da aplicação concreta dos princípios e das regras. Os critérios citados são inviáveis abstratamente e somente podem perfazer as distinções pretendidas a partir a análise do caso posto sob julgamento, sendo absolutamente desaconselháveis, vez que não permitem a necessária antecipação dessas categorias normativas.

Também como já visto, o “modo final de aplicação” também não soluciona os problemas em absoluto, porque focaliza elementos que não são exclusivos dos princípios. Esses elementos seriam a aplicação da norma por meio da ponderação das espécies jurídicas envolvidas e a possibilidade de superação das regras aplicáveis em razão de particularidades do caso concreto, principalmente se verificado desvio teleológico.

Uma classificação não pode, a pretexto de definir espécies normativas em nível preliminar, utilizar-se de elementos que dependem da consideração de todas as circunstâncias. Isso significa, por conseguinte, que os critérios do modo final de aplicação e do conflito normativo são inadequados para uma classificação abstrata, na medida em que dependem de elementos que só com a consideração de todas as circunstâncias podem ser corroborados.⁵³

Assim, a partir de um mesmo dispositivo, podem ser identificadas normas das categorias dos princípios ou das regras, o que somente depende de que aspecto se deve relevar na informação que se extrai. Interpretar-se-á uma regra, caso, como destacado pelo autor supracitado, se valorize o aspecto comportamental direto do enunciado, perquirindo-se qual o modelo de conduta que o dispositivo descreve e

⁵² ÁVILA, Humberto Bergmann. Teoria dos Princípios. 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 65.

⁵³ Ibid., p. 67.

qual a sua pretensão quanto ao destinatário da norma. Por outro lado, se destacados os valores que o referido dispositivo encerra e se se prever qual o estado de coisas que ele intenta a partir da positivação desses valores subjacentes, interpretar-se-á um princípio do referido dispositivo.

A distinção entre princípios e regras se funda, além de em outros elementos, no modo de prescrição de comportamentos que ambos levam a cabo. Enquanto as regras imediatamente prescrevem comportamentos por meio da descrição direta e precisa de condutas que se devem adotar (que não se confunde com a redação do texto), os princípios determinam um estado de coisas a ser alcançado, uma situação concreta axiologicamente reputada de determinada maneira, cabendo ao intérprete identificar quais as condutas necessárias ao atingimento desta situação.

As regras podem ser dissociadas dos princípios *quanto ao modo como prescrevem o comportamento*. Enquanto *as regras são normas imediatamente descritivas*, na medida em que estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante a descrição da conduta a ser adotada, *os princípios são normas imediatamente finalísticas*, já que estabelecem um estado de coisas para cuja realização é necessária a adoção de determinados comportamentos. Os princípios são normas cuja qualidade frontal e, justamente, a determinação da realização de um fim juridicamente relevante, ao passo que a característica dianteira das regras é a previsão do comportamento. (Grifos no original)⁵⁴

Enquanto uma espécie normativa prescreve condutas a serem adotadas, por meio de identificação precisa dos comportamentos necessários à sua realização, a outra necessita de identificação de condutas para que os fins por si prescritos sejam alcançados.

Como consequência necessária do critério estatuído acima, também devem ser diferenciados os princípios das regras quanto ao fato da justificação utilizada na adoção de cada uma das normas.

A justificativa da aplicação das regras é justamente a precisa implementação das condições concretas que se identificam com o tipo estatuído e a consequente adoção da providência prescrita a partir daquelas condições. Na aplicação das regras, o intérprete deve se concentrar em justificar a conduta a ser adotada somente em face da reunião dos elementos constitutivos do tipo erigido pelo legislador.

⁵⁴ ÁVILA, Humberto Bergmann. Teoria dos Princípios. 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 71.

Já os princípios, estes se justificam na atividade de aplicação concreta do direito a partir da correspondência lógica entre os fins que eles objetivam e a conduta que se pretende adotar como necessária ao atingimento destes fins. Nessa tarefa, deve o intérprete demonstrar as razões de imposição de um determinado comportamento, evidenciando a conexão causal entre aquela conduta e o atingimento dos fins relevantes.

As regras podem ser dissociadas dos princípios *quanto à justificação que exigem*. A interpretação e a aplicação das regras exigem uma avaliação da correspondência entre a construção conceitual dos fatos e a construção conceitual da norma e da finalidade que lhes dá suporte, ao passo que a interpretação e a aplicação dos princípios demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas posto como fim e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária. (Grifos no original)⁵⁵

Quanto ao modo de contribuição para a decisão, também devem ser diferenciados os princípios das regras, pois os primeiros são complementares e parciais. Os princípios não se destinam a indicar uma solução concreta direta e precisa dos conflitos postos diante do intérprete. Os princípios somente contribuem para a decisão na medida em que fornecem elementos que servem ao propósito de compor todo um plexo de razões que justificam a tomada de decisão em um determinado sentido e não em outro.

Os princípios não são espécie normativa que, sozinha, impõe uma determinada decisão ou solução para o caso concreto. Eles somente oferecem fundamentos para que se persiga um determinado fim, o que, composto por outros motivos, poderá implicar na adoção de certo comportamento.

As regras, por outro lado, são cânones muito mais impositivos ao intérprete, porquanto dirigem a atividade decisória em um determinado fim que se pode identificar precisa, única e exclusivamente. Estas últimas são abarcantes, pois pretendem reger absolutamente todas as situações em que se encontrem implementadas as condições factuais por si enunciadas. São também diretivas, vez que dirigem a interpretação jurídica daquelas condições para uma única solução. Mas não se entenda que as regras não podem ser superadas por condições concretas que revelem, principalmente, uma distorção entre os objetivos destas normas e as condutas que elas impõem.

⁵⁵ ÁVILA, Humberto Bergmann. Teoria dos Princípios. 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 73.

As regras podem ser dissociadas dos princípios *quanto ao modo como contribuem para a decisão*. Os princípios consistem em normas *primariamente complementares e preliminarmente parciais*, na medida em que, sobre abrangerem apenas parte dos aspectos relevantes para uma tomada de decisão, não têm a pretensão de gerar uma solução específica, mas de contribuir, ao lado de outras razões, para a tomada de decisão. Por exemplo, o princípio da proteção dos consumidores não tem pretensão monopolista, no sentido de prescrever todas e quaisquer medidas de proteção aos consumidores, mas aquelas que possam ser harmonizadas com outras medidas necessárias à promoção de outros fins, como livre iniciativa e propriedade. (Grifos no original) ⁵⁶

Considerando, assim, os aspectos acima destacados, verifica-se, portanto, que as regras se diferenciam dos princípios pela sua característica de descrever situações e fatos típicos já conhecidos, para que lhes sejam dispensado o tratamento normativo que consubstancia a conduta imposta por esta regra. Assim, objetiva resolver diretamente as questões postas à prova. Ou seja, a regra se propõe a ser decisiva, mantendo a relação de correspondência com os princípios que se sobrepõe a ela.

Os princípios são normas jurídicas que se notabilizam pelo estabelecimento de fins a serem atingidos, impondo a adoção de condutas que conduzam à situação de fato exaltada por ele, sendo que estas devem manter a relação de correspondência necessária com o atingimento desses fins. Os princípios servem, portanto, de razões complementares e parciais de que se servem o intérprete na atividade de desvendamento da norma jurídica.

2.3 Solução de conflitos normativos entre princípios e regras

Fixadas as características ínsitas de cada uma das espécies normativas sob análise, resta saber como elas interagem no sistema e, portanto, entre si, determinando a forma de solução dos aparentes conflitos existentes entre os princípios e as regras. Estas diversas espécies normativas, portanto, funcionam num mesmo interesse, de promover a elucidação do direito para o intérprete. Mas também se diferenciam da forma como viabilizam tal tarefa para o aplicador, pois

⁵⁶ ÁVILA, Humberto Bergmann. Teoria dos Princípios. 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 73.

servem para demonstrar o conteúdo jurídico dos fatos postos sob análise, assim como também para limitar e orientar a interpretação de outras normas.

Quanto a essa função de eficácia dentro do sistema, pontue-se que os princípios funcionam diretamente como “manuais” de interpretação de outras normas, sem que haja a necessidade de outra espécie normativa para fazê-lo. Isso porque em certos casos é despidendo que haja outros princípios ou regras quanto à situação em análise, podendo ser resolvida a questão somente por aplicação direta de um determinado princípio.⁵⁷

Ainda sobre essa eficácia sistemática interna dos princípios, muito embora haja sérias divergências entre a doutrina que ora se adota como premissa desse trabalho e o quanto afirmado por DWORKING acerca do mesmo tema, verifica-se que esse último autor também reconhece que os princípios desempenham papel em relação a outras normas. Quanto a esse particular, DWORKING afirma que os princípios também se prestam a justificar as regras estabelecidas. Os valores morais, de equidade e as tradições da comunidade servem a esse desiderato, permitindo ao intérprete justificar as normas estabelecidas. Isso, inclusive, conduziria este mesmo intérprete para além daquelas normas que seriam bem sucedidas no teste de validade proposto pela teoria positivista. Veja-se:

Se uma teoria do direito deve fornecer uma base para o dever judicial, então os princípios que ela apresenta de maneira ordenada devem tentar *justificar* as regras estabelecidas. Para isso, é preciso identificar as preocupações e tradições morais da comunidade que, na opinião do jurista que defende tal teoria, sustentam efetivamente essas regras. Esse processo de justificação deve levar o jurista ao exame muito aprofundado da teoria moral e política e bem além do ponto em que é acurado dizer que existe algum “teste” de “*pedigree*” para decidir qual de duas justificações diferentes de nossas instituições políticas é superior à outra. (Grifos no original)⁵⁸

Todavia, há de ser ressaltado que a teoria de ÀVILA trata dos princípios e regras como categorias normativas estatuídas no direito posto. Significa dizer que a busca por princípios e regras deverá necessariamente perpassar pela análise acurada do ordenamento jurídico positivado, devendo se justificar dentro do sistema. Mas isso não significa que somente poderão ser contempladas as normas expressamente

⁵⁷ ÀVILA, Humberto Bergmann. Teoria dos Princípios. 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 97.

⁵⁸ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério; [tradução Nelson Boeira]. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 106.

colocadas perante o intérprete, dado o fato de que os limites impostos pelo texto são muito restritos. Assim, a tarefa de identificar a norma impõe ao intérprete um espectro de investigação muito maior do que os enunciados podem oferecer pela sua simples leitura. Mas deve sempre ser limitada ao ordenamento.

Entretanto, não somente de maneira direta os princípios podem ser utilizados no interesse da solução de questões que se apresentam dentro do ordenamento jurídico. Assim eles também funcionam a partir de eficácia indireta, quando necessitam de outras normas complementares para a elucidação da norma jurídica final. Ou seja, pode haver situações em que não somente um princípio isolado forneça a solução, mas impõe-se a intermediação de outro de igual nível ou superior (que funcionará indiretamente), quando este vai limitar o conteúdo normativo do princípio que atuará diretamente, esclarecendo os limites do mesmo, até por meio de bloqueio de informações normativas incompatíveis.

A eficácia indireta traduz-se na atuação com intermediação ou interposição de um outro (sub-)princípio ou regra. No plano da eficácia indireta, os princípios exercem varias funções. (Grifos no original)⁵⁹

Como evidenciado, as normas também funcionam como cânones não somente de outras normas, mas também de fatos, que podem ser fatos jurídicos ou concretos relevantes para o direito que se pretende desvendar. Daí a inquestionável “*eficácia externa*” dos princípios, pois orientam o aplicado na tarefa de identificar a relação causal dos fatos para se precisar a consequência jurídica dos mesmos.⁶⁰

Para decidir qual evento é pertinente, o interprete deverá utilizar os parâmetros axiológicos oferecidos pelos princípios constitucionais, de modo a selecionar todos os eventos que se situarem no centro dos interesses protegidos pelas normas jurídicas. Pertinente será o evento cuja representação factual seja necessária à identificação de um bem jurídico protegido por um princípio constitucional.⁶¹

Pelo motivo acima destacado, os princípios funcionam como verdadeiro critério de seleção dos elementos concretos que servem aos valores implicados no conflito, para que se possa determinar, posteriormente, a relevância de cada um deles e qual a norma jurídica decorrentes desta tensão.

⁵⁹ ÁVILA, Humberto Bergmann. Teoria dos Princípios. 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 98.

⁶⁰ Ibid., p. 99.

⁶¹ Ibid., p. 100.

Separados os fatos que têm relevo para o direito em disputa, na sequência há a tarefa de valorá-los e balanceá-los, servindo os princípios como a principal ferramenta na tarefa de atribuição de valor aos elementos concretos que têm interferência no caso. Os princípios, quando qualificam os fatos pertinentes, servem na tarefa argumentativa do direito, pois fornecem justamente ao intérprete os fundamentos por meio do quanto se pode justificar a decisão ou a conclusão acerca da norma final. Tal constatação não exclui, mas, ao contrário, inclui a tarefa de se ponderar outras razões colidentes no caso, que podem derivar de outros princípios. Isso porque os princípios, como já dito, não se propõem a qualificar juridicamente uma determinada situação dispensando-lhe necessário e preciso efeito. Eles servem somente no interesse de qualificar um estado de coisas a ser alcançado como necessários, sendo, a partir daí, tarefa do intérprete, sopesando este com outros demais, identificar quais as condutas necessárias à concretização deste programa.⁶²

No mesmo sentido, os princípios não são somente cânones interpretativos dos outros princípios, de regras ou dos fatos, pois também servem à proposta de instituir direitos subjetivos fundamentais dos destinatários. Eles estatuem vedações ao comportamento do estado em contraposição ao cidadão. Esta função subjetiva dos princípios é qualificada como função de defesa, em virtude do fato de criarem os impedimentos de que ora se trata e como pode ser ver adiante, *in verbis*:

Relativamente aos sujeitos atingidos pela eficácia dos princípios, é preciso registrar que os princípios jurídicos funcionam como direitos subjetivos quando proíbem as intervenções do Estado em direitos de liberdade, qualificada também como *função de defesa ou de resistência (Abwehrfunktion)*.

Os princípios também mandam tomar medidas para a proteção dos direitos de liberdade, qualificada também de função *protetora (Schutzfunktion)*. Ao Estado não cabe apenas respeitar os direitos fundamentais, senão também o dever de promovê-los por meio da adoção de medidas que os realizem da melhor forma possível. (Grifos no original)⁶³

No caso das regras, a dinâmica na interpretação das mesmas com vistas à identificação da norma jurídica posta, assim como para a solução dos conflitos postos sob a análise difere dos princípios fundamentalmente em razão da função definidora e decisória que exercem. A razão disso é o fato de os princípios

⁶² ÁVILA, Humberto Bergmann. Teoria dos Princípios. 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 101.

⁶³ Ibid., p. 102.

estabelecerem um estado de coisas a ser alcançado e as regras funcionarem como diretrizes mais concretas e diretas do direito cabível nos casos estatuídos no seu tipo. Assim, elas fornecem uma solução explícita, que pode ser superada, o que demanda razões mais contundentes e esforço argumentativo maior do intérprete, devendo este demonstrar que há razões manifestas para a sua superação, razões encontradas no desvio das finalidades da própria regra ou incompatibilidade com o estado de coisas a ser perseguido por determinação de princípio superior a ela.

Como já mencionado, as regras possuem uma rigidez maior, na medida em que a sua superação só é admissível se houver razões suficientemente fortes para tanto, quer na própria finalidade subjacente a regra, quer nos princípios superiores a ela. Dai por que as regras só podem ser superadas (*defeasibility of rules*) se houver razões extraordinárias para isso [...]. A expressão "trincheira" bem revela o obstáculo que as regras criam para sua superação, bem maior do que aquele criado por um princípio. Esse é o motivo pelo qual, se houver um conflito real entre um princípio e uma regra de mesmo nível hierárquico, deverá prevalecer a regra e, não, o princípio, dada a função decisiva que qualifica a primeira. A regra consiste numa espécie de decisão parlamentar preliminar acerca de um conflito de interesses e, por isso mesmo, deve prevalecer em caso de conflito com uma norma imediatamente complementar, como é o caso dos princípios. Dai a *função eficaz de trincheira* das regras. (Grifos no original)⁶⁴

Por esses motivos, ainda segundo o autor citado, a concepção de que é mais grave infringir um princípio do que uma regra de mesmo nível é falsa, pois não há que se olvidar o fato de que no caso das regras há uma decisão legislativa mais clara e explícita acerca de um caso particular. No caso de estatuir uma regra, o legislador faz um juízo muito mais concreto e particularizado de um caso preciso, erigindo o tipo com vistas à identificação desse caso concreto e atribuindo-se uma afetação jurídica que, em seu juízo, se compõe harmonicamente com os princípios subjacentes.

A política legislativa nesses casos não pode ser ignorada. O fato de ter havido o estabelecimento de uma decisão clara sobre um caso particular significa que tal situação é previamente conhecida como geradora de conflitos, assim como as consequências dela. Por isso, no interesse da solução desse conflito de forma adequada e conforme o sistema, impõe-se um comportamento ou um efeito jurídico

⁶⁴ ÁVILA, Humberto Bergmann. Teoria dos Princípios. 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 103.

necessário e suficiente à concretização dos objetivos fundados em princípios que se sobrepõem à referida regra.

Quanto a esse tema, a lição que se destaca é justamente o quanto acima defendido e que pode se complementar pelo quanto novamente disposto no seguinte excerto:

Quanto maior for o grau de conhecimento prévio do dever, tanto maior a reprovabilidade da transgressão. De outro turno, é mais reprovável violar a concretização definitiva do valor na regra do que o valor pendente de definição e de complementação de outros, como ocorre no caso dos princípios. Como se vê, a reprovabilidade deve - é o que se defende neste trabalho - estar associada, em primeiro lugar, ao grau de conhecimento do comando e, em segundo lugar, ao grau de pretensão de decidibilidade. [...] No caso das regras, o grau de pretensão de decidibilidade é muito maior do que aquele presente no caso dos princípios, tendo em vista ser a regra uma espécie de proposta de solução para um conflito de interesses conhecido ou antecipável pelo Poder Legislativo. Veja-se que o respeito a decisões já tomadas também é algo valorizado pelo ordenamento jurídico por meio da proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. Descumprir o que já foi objeto de decisão é mais grave do que descumprir uma norma cuja função é servir de razão complementar ao lado de outras razões para tomar uma futura decisão.⁶⁵

Considerando, assim, os parâmetros estabelecidos, um conflito entre regras e princípios de mesma hierarquia se resolve dando prevalência à regra colocada em disputa, pois já houve uma determinação preliminar do sistema quanto a essa questão em particular. Naturalmente, caso haja conflito entre regras e princípios que lhes sejam superiores hierarquicamente, há de prevalecer o quanto estatuído nos princípios, pois constituem parte da gênese do ordenamento jurídico em grau inferior.

Portanto, a resolução de conflitos de regras constitucionais e princípios de mesma monta se resolve pela prevalência daquelas, a não ser que haja razões extraordinárias que superem a imposição das referidas regras, pois em desacordo com os motivos que originam as mesmas ou em virtude de desvio da finalidade que lhes suporta. Mas a análise sempre deve ser centrada no quanto estatuído pela referida regra e não em razão do princípio com o qual ela conflita. Nesse caso, o resultado de prevalência do princípio não ocorre porque ele tenha servido de motivo mais contundente para adoção de determinado comportamento, mas simplesmente

⁶⁵ ÁVILA, Humberto Bergmann. Teoria dos Princípios. 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 104.

pelo fato de a aplicação da regra em determinado sentido ser insustentável diante dos próprios fundamentos desta última.

[...] não é admissível afastar, nem ampliar além do limite semântico intransponível, uma regra constitucional com base num princípio, por ser a regra a própria solução constitucional para determinado conflito de interesses. Ainda mais considerando que a Constituição Federal não tem apenas um princípio que possa afastar ou ampliar uma determinada regra, mas vários princípios, nem todos apontando numa só direção. A interpretação que se centra exclusivamente num princípio desconsidera o ordenamento constitucional como um todo. O mesmo ocorre com interpretações que, a pretexto de preservar valores supostamente prevalentes, terminam por afastar regras constitucionais que concretizaram esses mesmos valores.⁶⁶

A compatibilização entre os princípios e as regras, portanto, é necessária ao ordenamento que se propõe a fornecer paradigmas de comportamento facilmente compreendidos pelos intérpretes. Essa compatibilização também é elementar para solucionar conflitos advindos do descumprimento pela implementação de condutas que não sejam condizentes com esses paradigmas. As regras e os princípios não são espécies incompatíveis entre si, mas são modelos normativos que se servem mutuamente.

Um sistema exclusivamente formado por regras seria demasiadamente rígido quanto aos comportamentos descritos e às soluções jurídicas apresentadas, considerando que as condições de superação dessas espécies normativas são substancialmente mais rigorosas, mas também pobre. Também seria rígido em demasia por conta do fato de que as regras são normas que descrevem amiúde um limitado número de condutas e lhes dispensa também um limitado número de soluções. Assim, em razão dessa exclusividade, ficariam sem disciplina jurídica as situações que, por algum motivo, suscitam solução pela comunidade, mas que não possuem a tratativa exaustiva das regras postas.

Os princípios vêm justamente fazer essa complementação, tanto normativa, quanto argumentativa, na medida em que viabilizam, de modo diferente das regras, paradigmas e soluções para situações concretas não disciplinadas. Também servem como razões complementares na aplicação das regras postas, assim como também se prestam ao controle da própria produção legislativa de maneira mais abrangente, mas mais incerta que as regras. Assim, a adoção de um ordenamento jurídico

⁶⁶ ÁVILA, Humberto Bergmann. Teoria dos Princípios. 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 108.

formado exclusivamente de princípios se prestaria a resolver com eficiência as situações de conflito desconhecidas em certa medida, mas não seria capaz de promover para a maioria absoluta dos casos as estabilidades jurídica e decisória desejáveis.

3 OS PRINCÍPIOS NO PROCESSO CIVIL

3.1 Considerações iniciais

Os estudos de direito constitucional estão sofrendo importante renovação atualmente. Isso ocorre muito por conta da necessidade de adequação das recentes constatações jurídicas acerca da efetiva normatividade dos princípios e consequente implicação nos direitos individuais, dada a substância que lhes emprestam essas espécies normativas e que estão cada vez mais se concretizando. Isso se explica a partir, também e principalmente, da ampliação da jurisdição constitucional, por meio dos controles concentrados e difusos, o que obriga necessariamente a leitura das normas inferiores a partir do paradigma interpretativo constitucional. Também como consequência dessa nova perspectiva é o expurgo de legislação em desconformidade ou das interpretações que impliquem comportamentos vedados pela norma fundamental.⁶⁷

Assim, ante à positivação explícita de princípios na Constituição Federal ao lado daqueles outros implícitos na norma fundamental, foi necessário um novo dimensionamento da dinâmica processual, porquanto as interferências desses princípios, agora com normatividade reconhecida, passaram a concretizar programas antes inexistentes ou desconsiderados. Por conta disso, o processo civil passou a sofrer ainda mais a influência da normalização constitucional. Normalização, pois, a partir do paradigma constitucional, a norma processual passou a ser, como ainda não o era antes, adequada, retificada, padronizada por uma determinada perspectiva.

Direito processual constitucional é o método consistente em examinar o sistema processual e os institutos do processo à luz da Constituição e das relações mantidas com ela. O *método constitucionalista* inclui em primeiro lugar o estudo das recíprocas influências existentes entre Constituição e processo – relações que se expressam na *tutela constitucional do processo* e, inversamente, na missão deste como fator de efetividade dos preceitos e garantias constitucionais de toda ordem; inclui também o exame do arsenal de medidas integrantes da chamada *jurisdição constitucional* das

⁶⁷ DIDIER Jr., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. v. 1. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 25.

liberdades (mandado de segurança, ação popular, ação civil pública etc.).

[...]

A *tutela constitucional do processo* é feita mediante os princípios e garantias que, vindos da Constituição, ditam padrões políticos para a vida daquele. Trata-se de imperativos cuja observância é penhor da fidelidade do sistema processual à ordem político-constitucional do país. (Grifos no original)⁶⁸

Dito isso, percebe-se que hoje, mais do que nunca, impõe-se a verificação da pertinência constitucional da norma processual, com vistas, inclusive, à adequada interpretação dos dispositivos que são passíveis de compatibilização com a norma fundamental. Como visto no capítulo anterior, os princípios constitucionais, especificamente processuais ou não, são hierarquicamente superiores à legislação processual, servindo não somente à tarefa de fundamentá-la, mas, também, de validá-la. Isso a partir da verificação de pertinência concreta entre os programas estatuídos por estes princípios e os comportamentos impostos pelas regras processuais de nível inferior.

A atuação *indireta* do processo sobre a Constituição realiza-se continuamente nos juízos e tribunais, no dia-a-dia de sua constante operação. Como a Constituição é a matriz a que remonta toda a ordem jurídica do país (*tête de chapitre*), sendo o direito material infraconstitucional um conjunto de desdobramentos do modo como ela define a ordem social, a política e a econômica dar atuação aos preceitos infraconstitucionais significa impor a efetividade das próprias normas constitucionais. A efetividade do ordenamento jurídico nacional como um todo, que é um dos *escopos políticos do processo* (*supra*, 11. 50), no fundo é a efetividade da própria Constituição.

[...]

Dá-se a influência *direta* do processo sobre a vida da Constituição sempre que a própria norma constitucional é examinada e concretamente efetivada mediante a atividade do juiz. Isso acontece no julgamento de causas que incluam discussão sobre a compatibilidade ou incompatibilidade entre uma norma de direito infraconstitucional e outra situada em nível constitucional (controle difuso de constitucionalidade); ou ainda quando perante o Supremo Tribunal Federal é proposta a *ação direta*, inconstitucionalidade (controle concentrado de constitucionalidade: Const., art. 102, inc. I, letra a). Numa hipótese ou em outra, o reconhecimento da incompatibilidade importa afastamento da eficácia da norma

⁶⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. v. 1. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 188-189.

infraconstitucional, para preservação do princípio da *supremacia da Constituição*. (Grifos no original)⁶⁹

Mas não somente os princípios constitucionais são revelados na Constituição Federal quanto às matérias processuais. Atualmente já são tratadas algumas normas jurídicas, também constitucionais, derivadas desses princípios e que são destinadas a regular o método de prestação jurisdicional, como direitos fundamentais processuais, podendo ser eles de dupla dimensão. Estas seriam subjetiva, dado o fato de que atribuem certa vantagem jurídica aos seus destinatários, ou objetivos, que seriam aqueles direitos fundamentais que constituem cânones de interpretação e aplicação das demais normas, dado o fato de constituírem conteúdos axiológicos estruturantes do ordenamento jurídico.⁷⁰

Por esses motivos e se considerando o desiderato principal deste trabalho, verifica-se que é tarefa que se impõe a explicitação e investigação, ainda que não exaustiva dos princípios processuais. Serão, portanto, tipificados aqueles que serão relevantes e será dada importância proporcional à contribuição de cada um para a análise final que vai justificar o resultado atingido.

A relevância da matéria constitucional, a importância da normatividade dos princípios, assim como reconhecimento positivo dos direitos fundamentais ampliam a análise dos fenômenos processuais para além das regras infraconstitucionais que disciplinam o método de prestação jurisdicional.

Sucedem que as normas relativas a direitos fundamentais também obrigam o magistrado, que deverá proceder ao controle de constitucionalidade difuso das regras processuais quando em um caso concreto, perceber que uma delas viola a pauta normativa constitucional. Daí surge o princípio da adequação judicial das regras processuais, que está intimamente relacionado ao controle de constitucionalidade das leis no momento da aplicação (controle incidental e concreto) e à teoria dos princípios e dos direitos fundamentais, que pregam eficácia imediata e direta dessas normas.

⁷¹

Assim, o direito processual moderno deve levar a cabo a efetividade normativa dos princípios, principalmente aqueles derivados da Constituição Federal, constituindo-se essa tarefa em método de investigação da

⁶⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. v. 1. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 190-191.

⁷⁰ DIDIER Jr., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. v. 1. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 27.

⁷¹ Ibid., p. 28.

norma processual. Devem ser incluídas, necessariamente, a tutela constitucional do processo e a jurisdição constitucional das liberdades, servindo a Constituição como a principal fonte de princípios que irão reger o sistema processual infraconstitucional, servindo este sistema processual de instrumento realizador e de defesa dessas normas constitucionais.⁷² Por esses motivos, de análise de duas vias, além daqueles já explicitados acima, as normas processuais, do que necessariamente decorrerá a prática do processo, deverão ser revistas a partir das normas constitucionais que se sobrepõem a elas e lhes dão fundamento, lhe emprestam limites de significados e orientam a sua aplicação.

3.2 O devido processo legal

Perquirir acerca da existência, ou não, de direito subjetivo ao devido processo legal, no interesse da apuração do direito aplicável aos casos concretos, demanda questionamentos em busca de uma resposta que está intimamente e necessariamente ligada à dogmática jurídica regente. Não há como se tratar da existência de um direito substancial processual, sem perquirir acerca da norma jurídica aplicável, uma vez que tal categoria (como direito) está conectada diretamente à construção normativa.

A existência de um processo, como método estatuído, explicitado e normatizado de prestação jurisdicional ou de que natureza for, administrativa, pública ou privada, não é inerente ao direito. Isso é uma construção dogmática e deriva direta e inexoravelmente da norma jurídica posta, mas que deve ser holisticamente considerada, dado o quanto já exposto no tópico anterior acerca da composição normativa. Nesse caso particular, da norma processual, esta é o resultado da composição das diversas regras processuais ordinárias com aquelas lhes sobre jazem, principalmente os princípios constitucionais, além, por via de consequência, das regras constitucionais de processo e as demais afeitas ao tema.

No caso da experiência jurídica brasileira, pode-se falar de um direito substancial ao processo se considerados alguns princípios regentes das relações

⁷² DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. v. 1. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 191.

entre os sujeitos, princípios que objetivam criar condições amplas de debate, oportunizando aos envolvidos todas as condições para intervirem na defesa dos seus interesses.

Nesse sentido, embora a simples existência de possibilidade de prestação jurisdicional não garanta essas condições equitativas de debate e nem a amplitude necessária, posto que tais caracterizações derivam, em sua maioria, do procedimento adotado, este último pressupõe necessariamente o processo.

O direito substancial ao processo, portanto, pode ser afirmado no sistema jurídico brasileiro como um precedente necessário e inescusável dum procedimento que crie condições ideais de debate, viabilizando a pronúncia do direito de maneira coerente com o ordenamento. Mas não pode ser admitido como uma característica ontológica do direito isoladamente considerado, vez que a este último não lhe é imanente.

O *devido processo legal* constitui uma garantia constitucional que assegura o direito a um processo justo e efetivo, daí se extraindo a necessidade de serem expungidas as dilações indevidas que retardam, injustificadamente, o resultado final do processo. Vale dizer que, como corolário do devido processo legal, todos têm direito a um processo com duração razoável, sem dilações indevidas.⁷³

Entretanto, em se tratando a análise jurídica focalizada nos sistemas que encerram regimes democráticos de direito e que se fundam em garantias fundamentais consolidadas historicamente na cultura humana ao longo da história, não há como dissociar o devido processo legal do direito positivo. O devido processo legal é necessário método de explicitação institucional e definitiva da norma jurídica, por absoluta e inexorável associação axiológica havida entre ele e o modelo de estado adotado e a partir da sedimentação dos valores que hoje servem também de matriz para outros fundamentos do processo.

A locução "devido processo legal" corresponde à tradução para o português da expressão inglesa "*due process of law*". *Law*, porém, significa *Direito*, e não lei ("*statute law*"). A observação é importante: o processo há de estar em conformidade com o *Direito* como um todo, e não apenas em consonância com a lei. "Legal", então, é adjetivo que remete a "Direito", e não a Lei.

[...]

⁷³ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. "Conceito e fundamento da *perpetuatio jurisdictionis*". Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial. Fredie Didier Jr. (org.). Salvador, Bahia: Editora Jus Podivm, 2010, v2, p. 495.

Desse enunciado normativo extrai-se o *princípio do devido processo legal*, que confere a todo sujeito de direito, no Brasil, o *direito fundamental a um processo devido (justo, equitativo etc.)*.⁷⁴

A garantia do devido processo legal, *due process of law*, Constituição Federal – CF –, art. 5º, inciso LIV, significa uma norma unificadora dos demais e diversos princípios constitucionais processuais que se impõe na aplicação do método de prestação jurisdicional adotado. A garantia do devido processo legal fecha o círculo das garantias e exigência processuais, pois lhe serve como uma referência única, de forma a conferir às demais regras, princípios e garantias processuais constitucionais um eixo axiológico por meio do qual eles se organizam e se identificam. Isso porque eles são destinados a promover estados de coisas semelhantes ou imprimir condutas parecidas, mas sempre no interesse do resguardo deste conjunto de valores em particular e sempre no interesse da ideia democrática associada à prestação jurisdicional.⁷⁵

Em síntese, a garantia constitucional do devido processo legal deve ser uma realidade em todas as etapas do processo judicial, de sorte que ninguém seja privado de seus direitos, a não ser que no procedimento em que este se materializa se constatem todas as formalidades e exigências em lei previstas.⁷⁶

Do ponto de vista formal e mais vinculado aos termos que compõem a expressão, a garantia do devido processo legal é a norma jurídica que determina o processamento da prestação jurisdicional tendo como parâmetro as normas vigentes que regem o processo, seja ele de que natureza for. “O devido processo legal procedimental refere-se à maneira pela qual a lei, o regulamento, o ato administrativo ou a ordem judicial são executados.”⁷⁷

Formalmente, a garantia do devido processo legal não significa mais do que respeito às próprias normas processuais e de tutela constitucional do processo, porque positivadas. “Verifica-se, apenas, se o procedimento empregado por aqueles que estão incumbidos da aplicação da lei, ou do regulamento, viola o

⁷⁴ DIDIER Jr., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. v. 1. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 45.

⁷⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. v. 1. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 244-245.

⁷⁶ TUCCI, Rogério Lauria. TUCCI, José Rogério Cruz e. Devido processo legal e tutela jurisdicional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 107.

⁷⁷ SILVEIRA, Paulo Fernando. Devido processo legal. 3. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 242.

devido processo legal, sem se cogitar da substância do ato.”⁷⁸ Assim, por essa perspectiva, não carecem de garantia sobrejacente que imponha observância por parte dos seus destinatários, vez que devem ser cumpridas somente por ser direito.

Considerar como devido o processo legal como sendo somente a observância das normas legais e constitucionais afeitas à prestação jurisdicional não significa muito mais de se afirmar que a legislação constitucional e infraconstitucional deve ser cumprida. Como já explicitado, não há que se olvidar o fato de que normas legais em sentido amplo, quando válidas e vigentes, devem ser respeitadas se implementadas as condições de fato ou jurídicas por si tipificadas. Por esse motivo, garantir o devido processo legal, se apenas do ponto de vista formal for assim considerado, é clara redundância normativa, pois se trataria de uma diversidade de normas processuais, constitucionais ou não, impondo seu cumprimento em duplicidade.

Talvez em outros tempos fosse salutar, do ponto de vista político, se normatizar o dever de observância das próprias normas jurídicas, principalmente aquelas que mais diretamente impedem as práticas arbitrárias e impositivas que não encontram respaldo na lei. Assim, positivizar legalmente o dever de se cumprir a própria lei, no caso, a lei processual, poderia ter sido uma medida de se explicitar, de se evidenciar o extraordinário escândalo que causa a violação das normas processuais na atividade de prestação jurisdicional, assim como o descumprimento das normas que determinam a necessidade de existência de prestação jurisdicional para limitar direitos ou punir pessoas.

Todavia, a moderna processualística deu conta de demonstrar que o processo é importante, necessário e fundamental elemento realizador e garantidor de direitos, além de viabilizar a concretude dos direitos fundamentais.

Devido processo substantivo, no direito brasileiro, deve ser entendido como princípio de garantia da liberdade em geral contra as arbitrariedades do Estado, que proíbe que se prejudiquem determinados direitos fundamentais, a não ser por uma justificativa suficiente.⁷⁹

⁷⁸ SILVEIRA, Paulo Fernando. Devido processo legal. 3. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 242.

⁷⁹ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. Devido processo legal e proteção de direitos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 110.

Por conta disso, carece de concepção adequada para a sua consubstanciação com a tutela dos casos concretos. Verificou-se, portanto, que “devido processo legal” é expressão que encerra muito mais do que a simples necessidade do cumprimento de um programa legal no interesse da prestação jurisdicional.

O devido processo legal possui quase oitocentos anos de história. Seu antecedente histórico, a cláusula *law of the land*, pode ser encontrado na Magna Carta inglesa de 1215. [...] Apesar de compreendido inicialmente apenas como uma garantia *procedimental*, os labores empreendidos ao longo da história conferiram-lhe duas versões distintas, a versão *procedimental* – ligada às formalidades inerentes aos processos e procedimentos judiciais, prioritariamente – e a versão *substantiva* aliada ao controle judicial de razoabilidade dos atos normativos constritores dos direitos de *vida, propriedade e liberdade*. (Grifos no original)⁸⁰

O devido processo legal em sentido substancial, devido processo legal substancial ou *substantive due process*, significa justamente o conteúdo que as demais normas legais sozinhas não encerram, senão apenas tangenciam e indiretamente os princípios determinam. O devido processo legal substancial é justamente a garantia de que as decisões judiciais deverão ser devidas e corretas. O direito ao devido processo legal substancial determina que seja emitido provimento jurisdicional na solução dos conflitos da forma mais adequada possível, para que se efetive concretamente a divisão do quanto cabe a cada um, na medida do merecimento de cada um deles, pois não somente demandam as partes uma solução para a sua contenda, estas também pedem uma solução que reflita os programas normativos que preexistem ao conflito.

Subentende-se, pois, que no cerne dos princípios basilares que regulam o devido processo legal encontram-se enraizados conceitos com o da igualdade e o da cidadania. Não à toa, em termos teóricos, a discussão jurídica e processualista frequentemente apresenta os preceitos do devido processo legal associados aos fundamentos que regem as garantias processuais do cidadão.⁸¹

Não somente se exaure o dever do Estado de prestação jurisdicional no encerramento do conflito por lhe ter sido dispensada qualquer

⁸⁰ MARTEL, Leticia de Campos Velho. Devido processo legal substantivo: *Razão Abstrata, Função e Características de Aplicabilidade*. A Linha Decisória da Suprema Corte Estadunidense. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p 1.

⁸¹ DARWICH, Ana. “A quem é devido o *devido processo legal*? – Entre igualdade jurídica e o reconhecimento político e social dos sujeitos de direito.” O devido processo legal. Jean Carlos Dias. Paulo Klautau Filho. (org.) São Paulo: Método, 2010, p. 18.

solução, desde que tenha sido solucionada a contenda. Resolver um conflito na perspectiva do direito ao devido processo legal substancial não se trata de somente impedir que haja uma continuidade da incerteza que ronda a arrogância jurídica de cada uma das partes oferecendo-lhes qualquer resposta ou lhes impedindo de continuar numa disputa, simplesmente inaugurando e finalizando uma relação processual.

O princípio do devido processo legal proporciona forma e matéria ao Estado de Direito brasileiro, inclusive no que pertine ao seu acréscimo democrático, que agrega noções de justiça, igualdade jurídica e respeito aos direitos fundamentais.⁸²

O dever do Estado de prestar o devido processo legal substancial significar instaurar o processo prescrito pela lei para a prestação jurisdicional e fazê-lo de modo adequado, correto, cumpridor dos programas legais formulados como fundamento de qualquer *decisum*. Em outras palavras, *litteris*:

As decisões jurídicas não de ser, ainda, substancialmente devidas. Não basta a sua regularidade formal; é necessário que uma decisão seja substancialmente razoável e correta. Daí, fala-se em um princípio do devido processo legal substantivo, aplicável a todos os tipos de processo, também. E desta garantia que surgem os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, aqui tratados como manifestação de um mesmo fenômeno.⁸³

No mesmo sentido, pode-se apresentar o direito ao devido processo legal substantivo, no seu aspecto mais servível à concretude das expectativas depositadas na metodologia de entrega da prestação jurisdicional, como foi conceituado por DINAMARCO, *in verbis*:

Direito ao processo justo é, em primeiro lugar, o direito ao processo *tout court* - assegurado pelo princípio da *inafastabilidade do controle jurisdicional* que a Constituição impõe mediante a chamada garantia da ação. Sem ingresso em juízo não se tem a efetividade de um processo qualquer e muito menos de um processo Justo. Garantido o ingresso em juízo e até mesmo a obtenção de um provimento final de mérito, é indispensável que o processo se haja feito com aquelas *garantias mínimas*: a) *de meios*, pela observância dos princípios e garantias estabelecidas; b) *de resultados*, mediante a oferta de julgamentos justos, ou seja, portadores de tutela jurisdicional a quem efetivamente tenha razão. Os meios, sendo adequadamente empregados, constituem o melhor caminho para chegar a bons resultados. E, como afinal o que importa são os resultados justos do processo (*processo civil de resultados*), não basta que o juiz

⁸² LIMA, Maria Rosynete Oliveira. Devido processo legal. Porto Alegre: SAFE, 1999, p. 184.

⁸³ DIDIER Jr., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. v. 1. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 32.

empregue meios adequados se ele vier a decidir mal; nem se admite que se aventure a decidir a causa segundo seus próprios critérios de justiça, sem ter empregado os meios ditados pela Constituição e pela lei. Segundo a experiência multissecular expressa nas garantias constitucionais, é grande o risco de erro quando os meios adequados não são cumpridos. (Grifos no original)⁸⁴

Em conclusão, talvez não haja melhor definição de concretude da garantia ou direito ao devido processo legal, do que o provimento jurisdicional adequado, justo, equânime, medindo-se tal adequação, justiça do provimento ou equidade do mesmo a partir das normas que regem os direitos que se disputam, servindo o direito positivo, os princípios e regras constitucionais, assim como os direitos fundamentais como os definitivos parâmetros de aferição da regularidade deste provimento.

3.3 O princípio da segurança jurídica

Há uma diversidade de princípios originários do ordenamento jurídico brasileiro que são comuns a diversos outros ordenamentos estrangeiros que visam a instauração de um estado de direito com vistas à satisfação das necessidades da comunidade. Muitos são estatuídos no interesse de prover condições para a atuação dos seus indivíduos entre si, com limitações e restrições claras, assim como as possibilidades de fazê-lo e em função de quais interesses. Dentre eles, o princípio da segurança jurídica talvez seja o que mais e com mais profundidade adere e se imbrica ao direito e mantém com ele uma relação quase que indissociável e absoluta de simbiose.

Simbiose, pois, como já dito, não será por outro motivo que se afirma essa relação de intimidade entre si, ainda que se saiba que o direito precede ao próprio princípio da segurança jurídica. Mas, nos termos da hipótese acima descrita, num estado em que se põe um ordenamento jurídico com vistas a este servir com utilidade à comunidade, não há outra palavra para descrever a relação havida entre o direito em si, nas bases apresentadas, e o princípio da segurança jurídica.

Essa metáfora que se apropria de um conceito da biologia, descreve uma associação recíproca estabelecida entre dois ou mais organismos diferentes, nesse

⁸⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. v. 1. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 247.

caso de duas ideias, duas instituições diferentes, pois criações e elementos essencialmente da cultura humana, que lhes implica viver com benefício mútuo. Mas não somente a convivência com direito serve de benefício para o princípio da segurança jurídica, dado o simples fato de aquele o preceder, e nem somente se serve o direito útil, erigido sobre bases democráticas, do referido princípio, pois, se somente assim fosse, não seria adequado falar em uma relação simbiótica. Seria uma relação de mutualismo facultativo, não obrigatório (simbiose), melhor especificado como protocoperação, situação em que os organismos envolvidos somente extraem vantagens dessa relação de intimidade havida entre eles, muito embora dela não necessitem para viver.

Protocoperação não é o caso da relação havida entre o direito, nas condições acima descritas, e o princípio da segurança jurídica, mas, sim, de simbiose. Isso porque não se pode negar o fato de que uma das principais finalidades da instituição de um ordenamento jurídico em um estado democrático de direito, que vise criar condições adequadas para que os indivíduos convivam e procurem cada vez mais atender às suas demandas, é a segurança jurídica destes indivíduos diante destas mesmas relações. Em razão destas relações compromissos são assumidos, acordos são firmados e há uma constante mudança de status com a implementação de diversas atividades por parte de cada um deles. Todos esses fatores se não são condicionados, somente são viáveis por conta da segurança jurídica.

No que diz respeito à segurança jurídica, parece não haver dúvida de que encontra expressão no próprio princípio do Estado de Direito consoante, amplamente aceita pela doutrina pátria e alienígena. Excepcional interesse social pode encontrar fundamento em diversas normas constitucionais.⁸⁵

Assim, um estado democrático de direito não pode ser estável se o ordenamento jurídico não é capaz de promover segurança jurídica à comunidade e permitir que esta se destaque entre as demais com a satisfação crescente de suas demandas, pois assim se podem medir as culturas, as sociedades, a partir da medida do quanto elas podem satisfazer as suas demandas em face da capacidade das demais.

O princípio da segurança jurídica hospeda-se nas dobras do Estado Democrático de Direito, consagrado já no art. 1º da Constituição

⁸⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio, CARRAZZA, Roque Antônio, e NERY JÚNIOR, Nelson. Efeito “ex nunc” e as decisões do STJ. São Paulo: Manole, 2008, p. XXVI.

Federal, e visa proteger e preservar as justas expectativas das pessoas. Para tanto, veda a adoção de medidas legislativas, administrativas ou judiciais, capazes de frustrar a confiança que as pessoas depositam nas normas Jurídicas em vigor.⁸⁶

Portanto, a segurança jurídica de um ordenamento, e em um ordenamento, somente pode se imprimir por conta e na exata medida que se implementa esse estado de coisas a ser perseguido na hipótese em exame. A simples positivação de direitos e deveres não tem o condão, isoladamente, de promover a segurança jurídica das relações. Do ponto de vista da segurança jurídica, o direito tem necessariamente de constituir uma medida continua de reflexão e autorreflexão. Reflexão, pois se consulta o direito, se reflete sobre o direito posto para a implementação ou descoberta da conduta desejada ou imposta. E autorreflexão, dado o fato de que o próprio direito se refere a ele mesmo para encontrar as soluções para as controvérsias, tanto de fato, com a resolução dos conflitos entre os indivíduos, quanto exclusivamente de direito, quanto o direito procura em si próprio os fundamentos de validade das normas (em sentido amplo) posteriores.

Assim, sem o receio de tautologias ou descambar em petição de princípio, o ordenamento jurídico que se pretende útil à comunidade, como paradigma de comportamento para fins de servir à satisfação das demandas desta comunidade, deve adotar como fundamento essencial o princípio da segurança jurídica, princípio esse que, por consequência da sua inevitável e inescusável gênese, necessariamente jurídica, não pode existir como instituição se não for por meio do próprio direito.

3.3.1 *Surgimento, formatação e nomenclatura*

O surgimento da segurança jurídica como um valor adotado pelos ordenamentos se vincula à noção democrática do direito e de que os ordenamentos jurídicos são, de fato, estruturas que impõe a adoção de condutas em determinado sentido obrigatórias. A ideia de segurança jurídica está relacionada em proporção direta a adoção do ordenamento jurídico como necessária ferramenta para o controle do Estado, devendo este ficar sujeito às normas jurídicas por si editadas.

⁸⁶ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio, CARRAZZA, Roque Antônio, e NERY JÚNIOR, Nelson. Efeito “ex nunc” e as decisões do STJ. São Paulo: Manole, 2008, p. 41.

Não há como se compreender um ordenamento jurídico como elemento garantidor de liberdades e não como limitador dos indivíduos, senão conectá-lo à ideia da segurança jurídica que lhe deve ser imanente e lhe exerce função estruturante. Assim o valor de segurança surge exatamente na mesma medida que o Estado se estrutura em torno dos valores garantidores destas liberdades individuais e, em contrapartida, se autolimita, impondo regimes jurídicos a si mesmo. Como consequência destes valores estruturais, surge a segurança jurídica, um dos mais importantes a serem buscados e sem o qual a simples implementação de um ordenamento não é capaz de solucionar as demandas sociais de estabilidade e garantias, justamente por conta das quais se originou a instituição do direito.

A segurança jurídica pode fazer referência a um elemento da definição de Direito e, nessa função, ser uma condição estrutural de qualquer ordenamento jurídico. Nesse sentido, um ordenamento jurídico privado de certeza não poderá, por definição, ser considerado "jurídico". Essa concepção foi aquela sustentada por muitos autores, dentre os quais se destacam alguns. Assim, Radbruch afirma que a segurança jurídica, ao lado da justiça e da conformidade afins, são os elementos que compõem o núcleo do Direito e sem os quais ele não se caracteriza. Bobbio sustenta ser a segurança jurídica não apenas uma exigência decorrente da coexistência ordenada do homem, mas também um "elemento intrínseco do Direito", destinado a afastar o arbítrio e a garantir a igualdade, não se podendo sequer imaginar um ordenamento jurídico sem que subsista uma garantia mínima de segurança.⁸⁷

O princípio da segurança jurídica exerce, portanto e como já destacado, papel estruturante no ordenamento jurídico e se origina justamente da perspectiva do direito não mais como elemento limitador das liberdades, mas garantidor delas, porquanto constitui as "rédeas" do Estado e dos poderes que ameaçam a manifestação individual de vontades.

Antes de dar seqüência ao assunto, impõe-se lembrar que há um secular dilema entre segurança e justiça. O estudo da segurança jurídica é desenvolvido em comparação com o da justiça. É comum afirmar-se que, sem um mínimo de certeza e segurança jurídica, não poderia reinar a justiça na vida social, já que não pode haver justiça onde não há ordem, porque a certeza e a segurança jurídica, ainda que, em alguma medida, condicionam a possibilidade de se

⁸⁷ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 106.

concretizarem valores mais elevados. Daí se dizer que a segurança jurídica constitui um valor inerente à justiça humana.⁸⁸

O surgimento do valor segurança jurídica se marca não necessariamente por momento histórico cronológico, mas por momento histórico civilizatório, na medida em que se impõe como um dos promotores dos valores supremos da sociedade, inspirando a edição de legislação em sentido amplo, de sentenças, de atos administrativos, enfim, de formação geral do direito. Consagra a coisa justa como sendo objetivo final, a *res justa* de que tratavam os antigos romanos, assim como para dar efetividade às garantias constitucionais por meio da instituição de um ordenamento jurídico seguro, assim como a sua aplicação.⁸⁹

A significação da palavra, por sua vez, pode implicar uma série de ideias, Segurança pode dizer respeito à capacidade do indivíduo identificar com precisão o objeto da norma jurídica por si observado, a fim de que possa implementar as condutas permitidas ou se abster daquelas que lhes são proibidas. Pode também significar certeza quanto ao conteúdo normativo, seja pela simples observação do ordenamento, como também pela confirmação jurisprudencial destes conteúdos que lhes são acessíveis.

A segurança jurídica, como valor que fundamenta regras e princípios, corresponde ao sentimento individual que exige o conhecimento prévio de quais serão as conseqüências jurídicas dos atos a serem praticados. Noutros termos, a segurança jurídica se apresenta como "certeza do Direito". Se os destinatários das normas sabem, prévia e exatamente, qual a conseqüência de suas condutas, podem pautá-las, programando suas expectativas para a produção dos efeitos estabelecidos nas regras e nos princípios jurídicos.⁹⁰

Segurança também pode significar que há estabilidade nas normas jurídicas de uma determinada comunidade. Informa que, a partir da verificação das situações pretéritas, pode-se concluir que há uma manutenção de conteúdos normativos em um enfeixamento de sentidos que permite uma homogeneidade na sua caracterização ao longo do tempo, por conta de ter sofrido pouca ou nenhuma alteração substancial.

⁸⁸ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. "Conceito e fundamento da *perpetuatio jurisdictionis*". Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial. Fredie Didier Jr. (org.). Salvador, Bahia: Editora Jus Podivm, 2010, v2, p. 484-485.

⁸⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio, CARRAZZA, Roque Antônio, e NERY JÚNIOR, Nelson. Efeito "ex nunc" e as decisões do STJ. São Paulo: Manole, 2008, p. 42.

⁹⁰ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. "Conceito e fundamento da *perpetuatio jurisdictionis*". Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial. Fredie Didier Jr. (org.). Salvador, Bahia: Editora Jus Podivm, 2010, v2, p. 487.

Por esses motivos, a palavra “segurança” pode remeter o intérprete a um futuro previsível e análogo ao estado atual, o intérprete pode apostar numa situação concreta ainda não implementada que se identifique com a presente. Isso lhe implica o sentimento de segurança na imutabilidade dissociante, ou seja, aquela que impede o rompimento com os paradigmas sobre o que se fundam as expectativas jurídicas, muito embora possa haver pequenas divergências.

Essa segurança de imutabilidade dissociante, também pode se referir ao direito positivo contra legislações posteriores que rompam com as estruturas do ordenamento jurídico de até então. Passa, de igual forma, pela falta de necessária correspondência entre os provimentos jurisdicionais com o quanto previsto por esse mesmo ordenamento, assim como também em relação à uniformidade destes mesmos provimentos, dado o fato de que milita contra a ideia de segurança a variabilidade dos conteúdos das decisões judiciais.

Conforme constatado por ÁVILA⁹¹, a ideia de segurança jurídica pode constituir a representação de um estado de coisas implementado, já concretizado, já existente, um fato. Significa dizer que se pode se referir à segurança jurídica como um conceito destinado a uma simples descrição de uma situação concreta, uma constatação de fato. Falar em insegurança jurídica pode ser a descrição de uma situação onde não há por conta dos órgãos do poder judiciário uma confirmação judicial adequada às previsões legislativas. Também significa não haver a manutenção dos entendimentos pretéritos, ainda que se destaquem da Lei, ou que a própria legislação venha se modificando injustificadamente e subtraindo dos indivíduos patrimônio jurídico consagrado anteriormente.

Ainda conforme o referido Autor, a segurança jurídica pode denotar um valor, um conjunto axiológico, pois tendente a representar conceitualmente a situação ideal, ainda não realizada, onde não se constata a insegurança anteriormente referida. Para tanto, é imponível que se adotem as condutas necessárias ao impedimento da variabilidade jurisprudencial, para a manutenção das decisões cada vez mais em correspondência com a legislação e que esta não constitua elemento de variabilidade jurídica capaz de incutir no indivíduo a sensação de que não

⁹¹ ÁVILA, Humberto Bergmann. Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 108-109.

existem garantias jurídicas mínimas de manutenção dos patrimônios ou das expectativas.

Nesse sentido, a segurança jurídica constitui um valor, pois representa uma situação de fato desejável.

Por fim, a segurança jurídica funciona mais explicitamente no nosso ordenamento jurídico como norma-princípio, pois incorpora o conjunto de valores antes referidos como salutares. Mas os incorpora juridicamente e de forma tendente a orientar os comportamentos no sentido do atingimento do estado de coisas em que tais valores se sobressaiam.

O valor segurança jurídica fundamenta regras e princípios contidos na legislação brasileira. A Constituição Federal de 1988 garante, em seu art. 5º, XXXVI, a irretroatividade das leis, e a legislação ordinária estabelece a prescrição e decadência como fatores que têm na segurança seu maior fundamento. Nessas hipóteses, a segurança jurídica constitui o valor levado em conta seja para manter o *status quo*, seja para garantir previsibilidade.

O princípio da legalidade também se escora no valor segurança jurídica, conferindo maior *previsibilidade* para casos que possam subsumir-se à norma previamente estabelecida, afastando arbitrariedades ou decisões tomadas ao exclusivo sabor contingências ou vicissitudes pessoais do julgador. Efetivamente, a segurança jurídica pressupõe a existência de uma regulamentação prévia. Em outras palavras, é a regulamentação prévia que gera certeza, desaguando na segurança jurídica. (Grifos no original)⁹²

A segurança jurídica é, portanto, norma jurídica, pois consubstancia uma prescrição normativa, porquanto orienta os comportamentos por intermédio de determinado vetor que é a própria norma. Mas, ao contrário das regras, a segurança jurídica não determina quais os comportamentos que devem ser adotados. Como princípio a segurança jurídica estatui um estado de coisas a ser buscado, uma situação de fato ideal que, para ser atingida, demanda comportamentos tendentes nesse sentido. A segurança jurídica não é um estatuto de meios, mas de fins, conforme pode se constatar pela leitura do trecho abaixo:

A segurança jurídica, na sua acepção normativa preponderante, é *norma-princípio*, pois estabelece um estado de coisas que deve ser buscado mediante a adoção de condutas que produzam efeitos que contribuam para a sua promoção gradual. A sua aplicação exige o cotejo de uma norma (princípio da segurança jurídica) com outra

⁹² CUNHA, Leonardo José Carneiro da. “Conceito e fundamento da *perpetuatio jurisdictionis*”. Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial. Fredie Didier Jr. (org.). Salvador, Bahia: Editora Jus Podivm, 2010, v2, p. 486.

norma (norma legal, administrativa ou judicial), residindo o seu caráter distintivo na *interposição de uma norma* entre a norma superior e a realidade fática: ao contrário de um princípio material, que exige a correlação entre os efeitos de um comportamento e o estado de coisas que ele determina realizar, o princípio da segurança jurídica exige a correlação entre os efeitos de uma norma e o estado de coisas cuja realização ele estabelece. (Grifos no original)⁹³

A segurança jurídica como norma princípio impõe, portanto, a adoção de comportamentos no interesse de instaurar a necessária tranquilidade nas relações, fazendo com que os indivíduos possam identificar e antecipar as medidas judiciais, assim como os comportamentos juridicamente necessários. A segurança jurídica tem, portanto, como corolário o princípio da proteção da confiança, que impõe limites jurídicos ao exercício do poder, possibilitando a previsão das consequências jurídicas decorrentes das situações que lhes derem causa.

3.3.2 O princípio da segurança jurídica no processo judicial

Em se tratando da ambientação deste trabalho, deve-se abordar a aplicação e importância do princípio da segurança jurídica no processo judicial, como elemento chave para que se analise, mas adiante e com profundidade, a interferência deste princípio na preclusão da análise judicial das matérias de ordem pública. Trata-se a segurança jurídica de uma das bases sobre a qual se erigirão as conclusões, posto que, isoladamente considerada, a simples necessidade de manutenção de um método de prestação jurisdicional crivado pela segurança das relações jurídicas que encerra não justifica limitar ou ampliar os efeitos da preclusão.

Considerando os fundamentos lançados no item anterior, acerca da formatação da segurança jurídica na forma como foi apresentada, impõe-se analisar a importância de tal princípio no processo judicial a partir da constatação de que este em si é sistema que decorre necessariamente do ordenamento jurídico. Também se deve levar em consideração que o processo não tem subsistência própria para além do direito, como algumas normas do chamado direito material, pois estas seriam simples emanações de constatações éticas ou morais que inspiram a edição do

⁹³ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 669.

direito positivo. Entretanto, as normas de processo, de igual forma, tratam de garantir a instituição e manutenção jurídica (processual) de critérios de comportamento fundados na experiência extrajurídica. Esses critérios revelam um plexo de constatações morais e éticas que se cristalizaram como padrões jurídicos aplicados à metodologia de prestação jurisdicional.

Tradicionalmente, têm-se dividido as normas jurídicas em normas processuais e normas de direito material, ainda mais quando considerado o estudo do processo, momento que em se ressalta tal diferença. Essa diferenciação é ontologicamente fundamentada, sendo afirmado que seriam imanentes às normas jurídicas qualidades que as tornariam processuais ou materiais.

Estas normas se difeririam entre si de acordo com as relações jurídicas que se destinam a disciplinar, sendo as primeiras (processuais) estatuídas com o objetivo de regulamentar os atos de solução judicial dos conflitos, partir do estabelecimento de uma demanda perante um órgão do poder judiciário.

No caso das normas de direito material, estas seriam destinadas à normatização das condutas havidas entre os sujeitos de direito, criando-lhes direitos e obrigações entre si, a fim de regulamentar genericamente os seus comportamentos.

Resumidamente, criou-se um conceito de que as normas processuais não seriam autônomas, pois não se prestariam a mais nada quando excetuada do contexto a norma material, esta que consagraria os direitos e obrigações dos sujeitos, cuja tutela se pretende através do ajuizamento de uma demanda.

Assim, apenas quando houvesse uma demanda judicial, proposta com o intuito de resolver um conflito originado da suposta violação de uma norma de direito material, é que as normas processuais teriam relevância, pois produziriam efeitos.

Todavia, essa distinção tradicional não tem se revelado fiel aos fenômenos jurídicos que se tem percebido a partir da observação da natureza e dos efeitos de ambas as normas. Exemplo disso é o caso do ajuizamento e processamento das demandas em que se conclui não haver o direito material pretendido, não obstante ter se desenrolado todo o processo e sido estabelecidas as relações jurídico-processuais inerentes ao mesmo.

Tanto a norma chamada de material quanto a processual são da mesma natureza, pois jurídicas. Não há que se diferenciar as normas materiais das processuais invocando, pois, tal fundamento dizendo-o ontológico. Como fora dito, não há outra natureza de ambas, senão a jurídica. Ambas, material e processual, regulamentam relações intersubjetivas de conduta, ainda que não refletindo objetos concretos.

Enquanto a norma dita material disciplina os direitos e obrigações dos sujeitos entre si, as normas processuais o fazem de igual forma, embora no âmbito restrito da prestação de um serviço público que é a prestação jurisdicional, criando nesse contexto as obrigações e os direitos dos sujeitos envolvidos.

Assim, faria sentido a separação se a diferenciação se tratasse meramente uma classificação, criada arbitrariamente, como é o caso de todas as classificações, com o objetivo único de se facilitar o conhecimento de tais objetos e tendo como fundamento distintivo as relações processuais em contraposição às demais. Mas, não há que se prevalecer a tese de que há diferença ontológica entre elas.

A norma jurídica de processo, portanto e embora tenha como objetivo direto a instituição de uma disciplina de prestação jurisdicional, também incorpora valores, tornando-os jurídicos, a exemplo do direito à ampla defesa (fundado na concepção moral, histórica e ética de que a todo o indivíduo assiste o direito de se defender). Também são exemplos os critérios para a valoração das provas (em que sobressaem os princípios de acreditação dos meios considerados moral ou eticamente como mais merecedores), do direito ao exercício do contraditório e a instituição de algumas técnicas que lhes são úteis para o deslinde dos feitos.

Dentre estas técnicas que lhes são úteis, destacam-se aquelas que se fundam em práticas concretas derivadas relações humanas, tal qual a apropriação de determinados fatos como causa para a extinção de direitos ou faculdades, que podem ser o simples transcurso do tempo, o fato de ter sido tal direito ou faculdade exercido anteriormente ou a constatação de que há contradição lógica entre futura prática destas faculdades ou exercício de determinados direitos com condutas anteriores dos indivíduos.

Mas não somente se constata que a norma processual se inspira em comportamentos concretos por conta dos diversos procedimentos adotados em

razão da conduta dos litigantes, sem que haja influência direta e imediata no esclarecimento do direito em disputa. Isso porque, dentre as processuais, há normas de procedimento e normas de julgamento.

Normas de procedimento são aquelas que tratam de estabelecer direitos e obrigações processuais sem correlação direta com o direito disputado. Ou seja, não mantém uma relação de dependência ou de coordenação com o chamado direito material em litígio.

Assim, seriam as normas correlatas aos atos do processo que não implicam provimento judicial em um ou outro sentido. Tais normas não induzem um resultado jurisdicional, mas somente cria regras destinadas às práticas processuais inerentes ao procedimento.

As normas de julgamento, entretanto, são normas processuais que criam, modificam ou extinguem as condições que determinam o modo como se resolverá o mérito da demanda. São de julgamento, pois, apesar de somente terem existência após a formação da relação jurídico processual, condicionam o provimento sobre o direito “material” em litígio, no sentido de reconhecê-lo ou não. Seriam normas de julgamento aquelas afeitas, por exemplo, aos efeitos da revelia e da confissão ficta.

As normas relativas ao ônus da prova, por exemplo, são normas de julgamento, pois condicionam o modo como se resolverá o mérito da demanda na falta de comprovação do alegado.

No caso das normas acerca da prescrição, embora o instituto se refira à perda da pretensão relativa ao cumprimento de uma obrigação oriunda de um determinado direito material, não há que se questionar se tratar de norma de julgamento. Tal regulamentação cria condições determinantes do provimento judicial a ser emitido que resolverá a demanda de uma ou de outra forma, admitindo-se que tal condicionamento seja derivado da atual dogmática processual civil, por exemplo.

Com a preclusão se reproduz realidade processual semelhante. Havendo preclusão do direito ou faculdade processual de algum dos litigantes, tal fato pode lhe implicar desde nenhuma desvantagem processual ou graves consequências, implicando prejuízos refletidos na elucidação do direito material.

Como exemplo da primeira situação descrita pode-se citar a parte que deixa precluir o seu direito de impugnar documento juntado pelo adversário que em nada

socorre à tese esposada por este último. É certo que, havendo preclusão do seu direito, não mais poderá impugná-lo, somente lhe restando o direito de comentar acerca da sua eficiência como prova. Nesse caso, uma vez que a hipótese tratada diz respeito à prova sobre fato que em nada aproveita o litigante, a consequência processual não teria nenhuma interferência na elucidação do direito material em disputa, sendo, portanto e em relação a este particular, inócua.

Entretanto, fica explícito o prejuízo processual que se reflete na relação material em disputa quando uma parte ré, por exemplo, deixa de contestar os fatos como narrados pelo autor, reputando-os, por consequência da presunção que milita nesse sentido, verídicos, ainda se considerando que estes fatos são perfeitamente hábeis a justificar juridicamente a pretensão do demandante.

Também se constata tal dano quando, novamente exemplificando, uma parte, por iniciativa própria, dá espontâneo cumprimento a decisão judicial que lhe prejudica e que foi proferida em desconformidade com o direito aplicável, o que a tornaria passível de modificação por meio da interposição de medida recursal, mas não por via rescisória. A conduta da parte prejudicada implica preclusão do seu direito de recorrer, fazendo a referida decisão transitar em julgado e tornar definitivo o provimento jurisdicional, inquinando as pretensões concretas desse mal sucedido litigante.

Verifica-se, por via de consequência e considerando tudo o quanto afirmado, que a norma processual está inevitavelmente (a depender de qual, em menor ou em maior medida) imbricada com o direito material em disputa. O processo, por conta disso, pode constituir ou não via de acesso à realização do programa jurídico positivado no que se refere ao bem da vida disputado, caso esse constitua o objeto da demanda. E, mesmo que o bem da vida não seja o objeto da demanda, caso em que, por exemplo, há disputa incidental acerca de questão meramente processual, inescapavelmente, ainda que indiretamente, em alguma medida refletirá em algum patrimônio jurídico com expressão concreta.

Todas as constatações acerca da segurança jurídica como fator estruturante do direito positivo e valor estruturado juridicamente em comunidades que se constituem como estados democráticos de direito se aplicam à realidade jurídica processual. Isso porque se demonstrou que não há essa dissociação direta do processo com os bens da vida que são necessários à satisfação das demandas dos indivíduos.

Mesmo as relações processuais instauradas para a solução de litígios jurídicos à primeira vista formais e essencialmente processuais, como, por exemplo, o estabelecimento da competência para julgar e processar determinados tipos de demandas, ainda que não sejam flagrantemente disputas com foco em bens concretos, ocultam, necessariamente, alguma relação com os meios de satisfação das demandas dos indivíduos, ainda que imateriais, mas com dimensão, inevitavelmente, extrajurídicas.

Se a segurança jurídica, como um princípio, constitui um estado de coisas a ser buscado por meio da adoção das condutas necessárias ao estabelecimento dessa situação, constatada a intimidade indissociável do processo com o chamado direito material, assim como o fato de o processo ser o método adotado para a prestação jurisdicional, a segurança jurídica é valor que deve necessariamente inspirar todo o ordenamento jurídico. Assim, não há como negar que, com muito mais concentração deve fazê-lo no âmbito processual, pois é nessa seara em que serão resolvidas definitivamente as contendas no interesse da proteção desse ordenamento e de garantir o cumprimento do mesmo.

3.3.3 *Boa-fé objetiva na relação processual*

Conforme estatuído expressamente no art. 14, inciso II, da Lei 5.869 de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil – CPC –): “São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: [...] proceder com lealdade e boa-fé;” A legislação processual, portanto, impôs expressamente regra de conduta que determina que os atos processuais deverão ser praticados com essa inspiração, ou seja, que os atos processuais, muito embora possam objetivar direta ou indiretamente outros resultados, não podem ser motivados por estado de consciência da parte que o pratica caracterizado como má-fé, havendo de a parte sempre proceder com lisura, respeito, sem a tentativa de lograr sucesso por meio que não se considere lícito, ético.

Entretanto, a consideração da boa-fé processual por meio da perscrutação do ânimo daquele que pratica o ato é, em certa medida, inservível, pois remete a análise a um quadro anímico da parte que, via de regra, é muito difícil de se

alcançar. Dessa forma fica quase que impossível prospectar as qualidades deste estado da parte que pratica determinado ato, notadamente porque tais condutas não são implementadas acidentalmente, não manifestam explicitamente as suas motivações e o ardil ordinariamente se faz acompanhar da devida ocultação.

A consequência deste estado normativo, quase que inócuo, é, portanto, a adequação da interpretação de forma que se alcance um conteúdo normativo compatível com a estrutura constitucional (havendo de garantir a observância dos princípios e garantias fundamentais no que pertence ao processo). Também deve viabilizar o conjunto de valores que a referida regra encerra, qual seja, o repúdio à prática de atos processuais que não condigam com a ética, mas uma vez se evidenciando valores concretos que servem de matriz para normas processuais.

Compatibilizando o referido dispositivo (art. 14, inciso II, do CPC) com o objetivo do mesmo, assim como no interesse de garantir efetividade aos princípios e fundamentos constitucionais do processo, chega-se ao conteúdo normativo que implica o dever das partes, assim como de qualquer um que participe da relação processual, de proceder com boa-fé objetiva.

No entanto, o ordenamento jurídico processual também elege como tipo de determinadas normas o estado anímico que motiva aquele que pratica os atos do processo, notadamente porque “Reputa-se litigante de má-fé aquele que: [...] interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.” (art. 17, inciso VII, do CPC). Esse dispositivo normatiza situação concreta mais específica do que o quanto estatuí o *caput*, dado o simples fato de ser o único inciso que tipifica a inspiração psicológica daquele que pratica o ato, sendo que, nos demais, a norma processual erige como tipo simplesmente as condutas concretas, reputando-as como litígio de má-fé, mais em razão de constatações objetivas. São exemplos, “[...] deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;”, “[...] alterar a verdade dos fatos “ ou “[...] usar do processo para conseguir objetivo ilegal;” (incisos I, II e III do art. 17 do CPC).

Excetuando-se, portanto, o quanto dispõe o inciso VII, por exemplo, para que seja juridicamente litigante de má-fé é necessário que aquele que pratica o ato implemente as condutas objetivamente descritas, não sendo necessária a motivação de má-fé subjacente para que ele seja considerado dessa forma.

Não se pode confundir o princípio (norma) da boa-fé com a exigência de boa-fé (elemento subjetivo) para a configuração de alguns atos ilícitos processuais, como o *manifesto propósito protelatório*, apto a permitir a antecipação dos efeitos da tutela prevista no inciso II do art. 273 do CPC. A "boa-fé subjetiva" é elemento do suporte fático de alguns fatos jurídicos; é fato, portanto. A boa-fé objetiva é uma *norma* de conduta: impõe e proíbe condutas, além de criar situações jurídicas ativas e passivas. Não existe princípio da boa-fé subjetiva. (Grifos no original)⁹⁴

Nesse sentido, o dever de todos os sujeitos do processo de não se conduzir arditosamente se mede objetivamente, a partir de paradigmas de moralidade e ética para a mensuração objetiva da boa-fé processual, tal qual a necessária cooperação entre os sujeitos do processo, a proibição de o indivíduo auferir vantagem em razão de ato ilícito ou que seja contraditório com a sua conduta anterior. Nesse particular, ousa-se em muito discordar da tese esposada por DIDIER quanto ao tema. O referido autor afirma que a boa-fé objetiva seria cláusula geral processual que abrangeria a proibição de atuação imbuída de má-fé, sendo eleito como elemento do tipo o estado anímico do sujeito.⁹⁵

Quanto a este particular, por conta das garantias constitucionais de ampla defesa, de exercício do contraditório e de que somente se podem admitir as presunções que são estatuídas na legislação (desde que sejam compatíveis com a constituição), é mais efetivo e consonante com essas premissas o direito processual que erige tipos fundados em condutas claras e explicitamente descritas. Tal é mais adequado do que remeter o órgão jurisdicional à investigação de um estado anímico não especificado daquele que pratica a conduta que se pretende reprovar. Somente nos casos em que o ordenamento jurídico descreve a inspiração anímica como elemento constituinte do tipo que constitui litigância de má-fé (manifesto intuito protelatório, por exemplo) é que se deve admitir sancionar e reputar o agente de litigante de má-fé com fundamento em elemento psicológico.

No mesmo sentido, a existência cláusula geral sancionadora implica séria dificuldade no controle do poder exercido durante o processo de prestação jurisdicional. Também prejudica a segurança daqueles que participam do processo, uma vez que viabiliza amplo espectro para a prática de arbitrariedades fundadas na mera presunção judicial ou na simples aparência de conduta eivada de má-fé. No

⁹⁴ DIDIER Jr., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. v. 1. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 46.

⁹⁵ Ibid., p. 48.

campo do direito penal existe a vedação de criminalização de condutas que não estejam especificamente determinadas, não sendo admitidos os chamados tipos penais “abertos”, que são normas incriminadoras de condutas que não tem sua descrição no tipo formulada de maneira precisa, clara e determinada.

Por fim, a expressão “boa-fé objetiva” isoladamente considerada já é capaz de exprimir que se refere à boa-fé perscrutada a partir do objeto da conduta, porquanto se qualifica como de “boa-fé” em razão do próprio objeto exprimido no ato. A “boa-fé” que se refere à inspiração anímica da conduta do sujeito, para se qualificar como tal, somente pode ser enquadrada como “boa-fé subjetiva”, pois é medida por meio de elementos presentes no sujeito da conduta e não no objeto dela.

3.3.4 Estabilidade da demanda

A ideia de estabilidade da demanda está intimamente conectada ao conceito fundamental de processo judicial como metodologia de prestação jurisdicional, associada ao necessário e efetivo acesso à justiça. Também se associa à necessária efetividade do processo.

Processo, como categoria jurídica, na acepção proposta por DINAMARCO e a partir da qual se produz este trabalho:

[...] é vocábulo que indica a idéia de *caminhar, caminhada*. A forma latina *pro-cessus* tem precisamente o significado de *caminhada adiante*. O processo é, por esse aspecto, um percurso que vai do ato inicial de sua formação ao provimento final que o juiz emitirá sobre a pretensão trazida a exame.

Como método de trabalho, processo é uma *série de atos interligados e coordenados ao objetivo de produzir a tutela jurisdicional justa, a serem realizados no exercício de poderes ou faculdades ou em cumprimento a deveres ou ônus*. (Grifos no original)⁹⁶

Verificado o trecho acima transcrito, percebe-se que tanto a existência do processo judicial, como o seu desenrolar estão necessariamente vinculados ao atingimento do fim que ele encerra, qual seja a prestação jurisdicional, como forma de compor conflitos jurídicos. O processo judicial não pode jamais ser encarado

⁹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. v. 2. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 25.

como um fim em si mesmo, mesmo se considerada a sua complexidade e a extensa regulamentação que lhe disciplina.

Assim, o objetivo primeiro do processo é a emissão de uma determinada prestação jurisdicional, sendo que os atos a partir dos quais ele se compõe devem ser orientados para esse fim, que é do interesse direito das partes envolvidas, assim como da comunidade e do Estado. Esses atos devem ser praticados nesse interesse particular, sempre amadurecendo e evoluindo a relação jurídica processual de forma que esta se desenrole no sentido fundamental do processo, qual seja, a prestação jurisdicional.

Assim, as partes gozam do direito de acesso a esta tutela jurisdicional, sendo que o Estado se obriga nesse sentido, podendo ser exigido do mesmo tal prestação, viabilizada por meio do processo. O direito das partes a uma demanda estável decorre justamente desse direito substancial a uma prestação jurisdicional, ao acesso à justiça, que somente se perfaz com o encerramento do processo com a consequente entrega do provimento que se espera.

Assim, há uma composição de valores dos quais se originam direitos, todos que somente podem ser garantidos por meio, dentre outros motivos, da estabilização da demanda judicial, mantendo-se o ritmo evolutivo da prática dos atos, sem retorno a estados anteriores.

O primeiro deles, o direito de acesso à justiça, garante ao indivíduo direito de exigir do Estado uma solução jurisdicional com vistas à resolução de um conflito jurídico instalado. Isso, claro, sem considerar os demais e consequentes valores que derivam desse direito de acesso à justiça e que nele estão incorporados.

Após, ainda se tratando de derivação desse direito de acesso à justiça está o direito a um processo efetivo, aquele que resulte numa solução útil, esta que efetivamente resolva o conflito, de forma adequada e que possa ao máximo minorar as perdas decorrentes dessa contenda.

A efetividade da tutela jurisdicional, portanto, implica a prestação desse serviço de maneira tempestiva, com duração razoável, que se consubstancia no tempo necessário e suficiente à emissão do provimento jurisdicional adequado, equânime. Muito embora o tempo de prestação jurisdicional, para o direito isoladamente considerado, não revele o amplo conjunto de implicações, a realidade concreta as

denuncia e, justamente por isso e pelo direito a um processo efetivo, a delonga do processo é, numa perspectiva bidimensional, absolutamente essencial para a composição útil dos conflitos.

A composição útil dos conflitos é bidimensional, pois é aquela que pacifica o litígio a custo dos mais reduzidos prejuízos, assim como serve de alerta para os indivíduos, que apostando na incapacidade da prestação jurisdicional satisfatória, praticam violações que representem prejuízos menores do que aqueles experimentados pelo ofendido em razão de um enfrentamento judicial.

Pessoas ou organizações que possuam recursos financeiros consideráveis a serem utilizados têm vantagens óbvias ao propor ou defender demandas. Em primeiro lugar, elas podem pagar para litigar. Podem, além disso, suportar as delongas do litígio. Cada uma dessas capacidades, em mãos de uma única das partes, pode ser uma arma poderosa; a ameaça de litígio torna-se tanto plausível quanto efetiva. De modo similar, uma das partes pode ser capaz de fazer gastos maiores que a outra e, como resultado, apresentar seus argumentos de maneira mais eficiente. Julgadores passivos, apesar de suas outras e mais admiráveis características, exacerbam claramente esse problema, por deixarem às partes a tarefa de obter e apresentar as provas, desenvolver e discutir a causa.⁹⁷

O atendimento dessas garantias processuais, portanto, significa que o processo judicial deve ter sempre andamento evolutivo, mantendo-se o ritmo de prática dos seus atos no sentido da prestação jurisdicional final, sendo vedados os retornos a estados anteriores em casos situações que não representam o comprometimento dessa prestação jurisdicional efetiva e nem os princípios constitucionais que lhe são sobrejacentes.

Demanda estável significa isso, o estabelecimento de uma relação jurídica processual sempre tendente à consecução do fim que é a prestação jurisdicional, aproveitando os atos praticados e no interesse de que eles sirvam, coordenadamente, para o ato final com a solução do litígio. Estabilidade da demanda significa conservação do estado evolutivo da mesma, a manutenção dos atos que sirvam para a evolução do processo. “Daí a idéia de um *proceder* em

⁹⁷ CAPPELLETTI, Mauro, BRYANT, Garth. Acesso à Justiça. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 21-22.

direção a uma meta e o nome dado ao conjunto de atos postos em prática no exercício dessa função. (Grifos no original)”⁹⁸

Assim, a decretação de nulidade dos atos do processo que não ofendem princípios e regras constitucionais, que não representam prejuízo para a prestação jurisdicional final, que não impedem o exercício dos direitos processuais das partes e que demanda o retorno de fases processuais já superadas significa desestabilização da demanda, com injustificável retrocesso. Isso somente atenta contra a prestação jurisdicional efetiva e, mais específica e diretamente, contra um processo com duração razoável.

As partes, portanto, gozam do direito de que o processo evolua, que consubstancie um contínuo progressivo de atos, medindo-se tal progressividade pela proximidade com o provimento final e a conexão lógico-jurídica entre a prática desses atos e a prestação jurisdicional que se pretende a partir do ajuizamento da demanda. O direito à estabilidade representa um outro ângulo jurídico dos objetivos da garantia das partes contra dilações indevidas do processo, pois dilações indevidas são justamente as consequências dos atos processuais praticados que implicam maior transcurso de tempo e que não seriam necessários à prestação jurisdicional efetiva, com a observância dos direitos das partes e princípios correlatos ao processo.

Entretanto, o fato de se defender o direito processual das partes a uma demanda estável não implica uma perspectiva processual exclusivamente privatista, pois o Estado também tem interesse na metodologia da prestação jurisdicional e não somente pelas consequências sociais que ela encerra. Além dos princípios e garantias constitucionais processuais no interesse das partes, militam também as diversas regras e princípios que respeitam ao processo e que podem entrar em conflito com o direito dos litigantes à estabilidade da demanda. Assim, esse direito não significa um abandono de todos os atos processuais que são praticados em atendimento a interesses que não o das partes.

Conforme destacado, não se está defendendo uma concepção exclusivamente privatista do processo, mas que alguns dos fenômenos processuais também devem ter a sua legalidade medida tendo se em vista que o processo constitui método de

⁹⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de Direito Processual Civil. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. Vol. 1. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 55.

prestação de um serviço público, serviço que é de essencial interesse de quem o demanda. Aliás, esse é justamente o escopo deste trabalho, analisar os valores envolvidos na prestação jurisdicional, valores de interesse público e de interesse das partes, a fim de que se possam identificar quais as possibilidades de analisar as questões processuais de ordem pública.

3.3.5 *Duração razoável do processo*

A ausência de duração razoável do processo, havendo mais adiante de se qualificar tal terminologia, é um dos inegáveis principais elementos caracterizadores da atual crise judiciária. Também tem sido alvo de constante atenção da doutrina, dos órgãos de correição, mídia e legisladores, na tentativa de imprimir um ritmo pelo menos mais aceitável na condução da prestação jurisdicional, seja ela contenciosa ou voluntária.

Um dos notórios objetivos das extensas reformas empreendidas nas leis processuais para debelar o que se costuma designar de “crise da Justiça” consiste na celeridade. Apesar de vulgar, a fórmula “crise da Justiça” soa excessiva e imprópria. Induz a crença que a Justiça em si perdeu-se em algum escaninho burocrático. Na verdade, busca-se nela expressar que a prestação jurisdicional prometida pelo Estado, no Brasil e alhures, tarda mais do que o devido, frustrando as expectativas dos interessados. A obra da Justiça continua se realizando como sempre, acompanhada, também como sempre, dos demais defeitos inerentes à frágil condição humana.⁹⁹

O atraso na prestação jurisdicional tem se revelado um verdadeiro aliado na violação do direito fundamental de demandar judicialmente, sendo a tábua de salvação daqueles que mantêm vantagens práticas em relação aos que sofrem com a iniquidade violadora do seu patrimônio jurídico alheio.

É bem de ver que o fator tempo, que permeia a noção de processo, constitui, desde há muito, o principal motivo de crise da justiça, uma vez que a excessiva dilação temporal das controvérsias vulnera *ex radice*, o direito à tutela jurisdicional, acabando por ocasionar uma série de gravíssimos inconvenientes para as partes e para os membros da comunhão social. Despiciendo salientar que justiça

⁹⁹ ASSIS, Araken de. *Duração razoável do processo e reformas da lei processual civil*. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). *Leituras complementares de direito constitucional*. 2. ed. Salvador: Podivm, 2007, p. 327.

tardia corresponde a verdadeira denegação de justiça... (Grifos no original)¹⁰⁰

A ausência de duração razoável na solução dos conflitos judiciais é uma das grandes responsáveis pelo crescente incremento da opção pela conciliação, haja vista as vantagens que a renúncia parcial do direito representa em relação à desistência material praticamente total, quando se levam às últimas consequências ações judiciais de um certo nível de complexidade e que envolva direitos de razoável monta.

O comportamento das futuras e atuais partes, dos advogados e dos órgãos jurisdicionais tem se amoldado ao longo dos anos para tentar diminuir os entraves. Estes entraves, entretanto, somente têm se acumulado, não obstante as tentativas de todas as naturezas para se elidir tal malefício ou, ao menos, para minorá-los, lançando mão de estratégias que, não raro, implicam múltiplas concessões, ainda que não sejam justas.

O direito de acesso à justiça não somente se pode garantir por meio de instituições jurídicas formais, mas também pela implementação de providências concretas que materializem estes institutos, de forma a realizar o projeto desenhado pela legislação que de absolutamente nada vale isolada e destacada da sua realização. A simples possibilidade de recebimento de uma petição inicial num serviço de protocolo judicial e, anos depois, a final entrega da prestação de forma alguma materializa o ideal jurídico constitucional inserto no art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal de que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

O tema, portanto, merece atenção para sejam envidados esforços no sentido de se caracterizar com precisão o instituto, identificar as causas e mensurar os efeitos da procrastinação indevida dos processos judiciais, método adotado para a entrega da prestação jurisdicional, serviço público que é a última linha de defesa institucional dos direitos contra as suas violações ou ameaças.

Dada a íntima e necessária relação havida entre o direito de acesso à justiça com o direito a um processo com duração razoável, verifica-se que, havendo falhas

¹⁰⁰ TUCCI, Rogério Lauria. TUCCI, José Rogério Cruz e. Devido processo legal e tutela jurisdicional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 100.

em um dos elementos que compõem o plexo de circunstâncias influentes sobre o acesso à justiça, este acesso resta prejudicado. E em relação ao direito a um processo com duração razoável não é diferente.

Não existe garantia de acesso à justiça se não há uma providência judicial em tempo hábil. Tempo hábil é aquele lapso em que o provimento ainda pode reparar os danos provocados pela violação ou fazer cessar a ameaça, antes que essa comprometa o exercício do direito invocado em defesa da parte que se vale da via judicial para essa proteção. Se não há um provimento jurisdicional capaz de desfazer aquele prejuízo, não há como se falar em acesso à justiça, pois não houve uma decisão por parte do Estado da qual o cidadão pode se servir, ainda que equânime.

Acesso à justiça não significa somente viabilizar ao jurisdicionado a possibilidade de demandar do Estado uma decisão, mas também de lograr sucesso nessa demanda, recebendo solução eficaz do conflito. Através deste prisma eminentemente derivativo, verifica-se que, se o acesso à justiça é inegavelmente um direito fundamental e a duração razoável de um processo judicial é uma garantia de manutenção do acesso à justiça, por óbvio, o direito a um processo sem dilações indevidas é também um direito fundamental, pois garante justamente a realização da prestação jurisdicional eficaz. Tal constatação já havia sido explicitada por CRUZ E TUCCI, quando acerca do tema atestou que:

Impende reconhecer que a garantia da ampla defesa e o correspectivo direito à tempestividade da tutela jurisdicional são valores constitucionalmente assegurados. É até curial que o direito de acesso à ordem jurídica justa, consagrado no art. 5.º, XXXV, da CF, não exprima apenas que todos podem ir a juízo, mas, também, que todos têm direito à adequada tutela jurisdicional, ou melhor, “à tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva”.¹⁰¹

Haja vista a constatação supra, não há dúvidas da natureza fundamental do direito ao um processo com duração razoável. Entretanto, não somente esta íntima relação entre acesso à justiça e duração razoável que qualifica este último como direito fundamental. “Não se pode emprestar à explicitação do princípio da duração

¹⁰¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. Duração Razoável do Processo (art. 5.º, LXXVIII, da CF) *In*: ASSIS, Araken de (coord.)... [et. al.]. Direitos civil e processo: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvin. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2007, p. 1077.

razoável do processo o caráter de novidade surpreendente e, muito menos, de mudança radical nos propósitos da tutela jurídica prestada pelo Estado brasileiro.”¹⁰²

O reconhecimento do direito das partes a um processo com duração razoável já vinha ocorrendo em vários diplomas normativos da Europa Ocidental e na América do norte, em decorrência da lentidão que comprometia os processos judiciais em alguns países. A partir daí, textos legislativos passaram a ser editados, nos quais se determinava que as dilações indevidas não seriam aceitas pelo ordenamento jurídico, pois representavam uma séria ameaça ao direito de acesso à justiça.¹⁰³

O direito das partes a um processo célere é, portanto, fundamental, ainda mais se considerada a redundância legislativa decorrente da insistente positivação dessa norma em diversos textos legais, contemplando a mesma garantia, esta que já era prevista no inciso XXXV da CF. Isso, inclusive, passou a ser alvo textual e claro na celebração de um tratado internacional sobre direitos humanos (a Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou, como comumente chamada, Pacto de São José da Costa Rica), que, por sua vez, cumpriu todas as formalidades legislativas e procedimentais para a incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro vindo, por fim, a ser repetido com mais especificidade e manifesta intenção de novamente reforçar tal direitos com a inserção do inciso LXXVIII no art. 5º da CF, determinando que: “LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

Assim, o direito positivado no inciso XXXV, do art. 5º, da CF já havia se encarregado de garantir a duração razoável do processo, uma vez que era autonomamente suficiente nesse sentido. Dispositivo constitucionalmente positivado, não havia o que se questionar acerca da modalidade do patrimônio jurídico atribuído aos jurisdicionados por meio do referido texto. Com fundamento em norma de inegável aplicabilidade imediata, a prestação jurisdicional deveria ser implementada

¹⁰² ASSIS, Araken de. Duração razoável do processo e reformas da lei processual civil. *In*: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). *Leituras complementares de direito constitucional*. 2. ed. Salvador: Podivm, 2007, p. 325.

¹⁰³ TUCCI, José Rogério Cruz e. Duração Razoável do Processo (art. 5.º, LXXVIII, da CF) *In*: ASSIS, Araken de (coord.)... [et. al.]. *Direitos civil e processo: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvin*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2007, p. 1078.

mediante todas as facilidades necessárias à sua universalização, com celeridade e sendo emitidos provimentos efetivos, o que também demanda rapidez.

A necessidade de eliminar as dilações indevidas decorre, como visto, do próprio devido processo legal, que garante um processo justo e efetivo. Em virtude de previsões contidas em convenções internacionais, as Constituições Federais de vários países já prevêem, expressamente, o princípio da duração razoável dos processos ou o princípio do processo sem dilações indevidas. O que se revelava implícito na cláusula do *due process of law* passou a figurar como norma explícita em vários textos constitucionais.¹⁰⁴

No mesmo sentido afirmam ROGÉRIO LAURIA TUCCI e JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI: “Conclui-se, portanto, que, também em nosso País, o *direito ao processo sem dilações indevidas*, como corolário do devido processo legal, vem assegurado ao membro da comunhão social por norma de aplicação imediata. (Grifos no original)”¹⁰⁵

Por isso, repita-se, juridicamente já havia norma adequada para tutelar o direito ao processo com duração razoável, qualificada, inclusive, pela sua introdução no texto constitucional, razão pela qual o ordenamento não carecia de outros dispositivos no mesmo sentido, sendo tecnicamente irrelevantes as posteriores manifestações equivalentes. Em resumo, já havia fundamento constitucional para se demandar do Estado uma prestação jurisdicional em tempo moderado.

Todavia, como o direito é obra dos homens para os homens, constituindo patrimônio cultural da comunidade em que está inserido, as legislações posteriores, aqui compreendidas em sentido amplo, atos normativos, leis, tratados internacionais, constituição, etc., vieram demonstrar não a positivação de um anseio. O diploma internacional ratificado e incorporado pelo Estado brasileiro, do mesmo modo que a inserção de dispositivo constitucional textualmente mais claro e direto são o reflexo da importância axiológica dos conteúdos contemplados na Carta Magna e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos no que tange ao tempo aceitável de duração do processo.

Essa renovação legislativa, levando-se em conta, inclusive, a natureza hierárquica dos diplomas em que houve a positivação, produz influência jurídica não

¹⁰⁴ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. “Conceito e fundamento da *perpetuatio jurisdictionis*”. Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial. Fredie Didier Jr. (org.). Salvador, Bahia: Editora Jus Podivm, 2010, v2, p. 495-496.

¹⁰⁵ TUCCI, Rogério Lauria. TUCCI, José Rogério Cruz e. Devido processo legal e tutela jurisdicional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 107.

do ponto de vista técnico estrito, mas permite colocar o valor da celeridade processual em um patamar valorativo muito acima daquele que mereceria anteriormente, muito embora a antiga disciplina já fosse o suficiente para garantir um processo com duração moderada.

Essa hipertrofia legislativa somente refletiu o incrível incremento axiológico dos patrimônios envolvidos na proteção do direito das partes a uma prestação jurisdicional universal e efetiva, tendo destacado a obrigatória duração razoável do processo. Esse incremento axiológico isolado não representou um grande avanço quando constatada a já multicitada suficiência normativa para a proteção do direito ao processo em tempo módico. Mas, em se tratando de positivação de garantias constitucionais, podendo ser a mesma invocada na proteção de direitos individuais ou coletivos em casos concretos, dificilmente a sua aplicabilidade não implicará tensão com outros valores ou garantias, inclusive estatais.

Dessa forma, a sucessiva e redundante sedimentação legislativa é o patente e mais que claro sintoma da importância cultural hodierna da garantia de prestação jurisdicional com duração razoável, havendo de ser considerada tal importância na atividade de ponderação nos casos concretos em que haja o inevitável conflito com outras garantias ou princípios constitucionais.

Tal é tarefa da moderna processualística, mais inclinada para a solução dos problemas substanciais da prestação jurisdicional do que nos entraves procedimentais. Pensar na efetividade processual demanda um melhor foco nas providências necessárias para que sejam produzidos melhores resultados concretos. Tais soluções devem ser medidas em razão justamente dos efeitos concretos substanciais na entrega da prestação jurisdicional e não em fetiches formalísticos, tendentes a atender somente ideias abstratas de adequação, simetria, coordenação e hermetismo do sistema processual. O processo é constituído com um único desiderato, promover a prestação jurisdicional, e somente em razão da qualidade e adequação da entrega desta última é que poderá ser medida a eficiência de tal sistema.

Um processo de prestação jurisdicional, ou processo judicial, é um complexo de atos coordenados e que se destinam a um determinado fim, qual seja, a entrega do provimento final acerca dos pedidos formulados na demanda. “O processo é um verdadeiro método de trabalho, através do qual busca o Estado os objetivos

institucionais de suas funções básicas, contando seus órgãos, para tanto, com a cooperação de uma ou mais pessoas interessadas.”¹⁰⁶ Esse conjunto de atos, que são reunidos tendo como o desiderato a prestação jurisdicional, é estruturado de forma que atenda aos seus escopos, mantendo-se, entretanto, as garantias previstas na Lei Fundamental.

Comumente, costuma-se dividir o processo civil, inclua-se o processo do trabalho, não obstante este já haver incorporado a forma sincrética, entre processo de conhecimento e de execução. Para ilustrar a classificação esposada pela doutrina, confira-se:

Entende-se tradicionalmente por *processo de conhecimento* aquele realizado com o objetivo de produzir julgamento sobre uma pretensão trazida da vida com um das pessoas para apreciação pelo juiz – ou, em outras palavras, com o objetivo de produzir uma decisão sobre o mérito. Chamam-no por isso os alemães *processo de sentença (Urteilverfahren)*, porque o mérito é, segundo larga tradição, julgado por sentença. Entre nós diz-se *processo de conhecimento*, porque em seu curso prepondera a atividade consistente em conhecer.

[...]

No sistema implantado pela lei n. 11.232, de 22 de dezembro de 2005, não só se procurou alterar o próprio conceito de *execução*, como ainda foi gerada a necessidade de falar em *fase de execução* nos casos regidos pelos arts. 475-J ss. Como agora se realizam em um só processo as atividades cognitivas culminantes na sentença e as executivas destinadas a preparar e efetivar a satisfação do credor, nesses casos já não é correto dizer processo de execução porque inexiste um processo autônomo de execução. E o erro grosseiro antes tão criticado, consistente em dizer fase de execução, nesse novo sistema acabou sendo recepcionado como linguagem correta.

Quando porém o título executivo não é a sentença proferida no processo civil (CPC, art. 475-N, incs. I e 111), a execução não se faz em continuação a processo algum, mas em um processo autônomo que, precisamente como era antes, é o processo executivo.¹⁰⁷

Seja no processo de conhecimento ou no de execução, essa conjunção de atos não ocorre de forma desordenada e, com muita frequência, tais atos não podem ser praticados concomitantemente, por razões lógicas (a sentença não poderia ser proferida antes do ajuizamento da demanda, assim como o recurso não poderia ser interposto antes do proferimento da decisão que intenta reformar) e por razões de ordem prática (a impossibilidade de haver carga dos autos pela parte autora e ré ao

¹⁰⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. Vocabulário do Processo Civil. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 223.

¹⁰⁷ Ibid., p. 219/221.

mesmo tempo). Assim, estes atos são estruturados e coordenados de forma a que se atinja com o máximo de eficácia os seus fins, mas tal organização não ocorre de forma instantânea, pois há uma necessária subsequência destes atos o que demanda tempo.

Também é necessário o transcurso de um determinado lapso temporal a fim de que os atos particularmente considerados sejam praticados. A administração da justiça é composta de serventuários, auxiliares e magistrados, quanto à representação processual das partes, que necessita de advogados e assessores técnicos, além das testemunhas e peritos judiciais. Assim, tais funções pressupõem pessoas para que as ocupem e estas pessoas urgem por tempo para esse desempenho, no interesse, inclusive, de fazê-lo com a necessária eficiência em princípio inerente ao serviço público ou exercitando o direito de ampla defesa e contraditório, o que lhes seria negado caso fossem compelidos à prática de atos levianos e sem a devida reflexão.

Por esses motivos, um processo de prestação jurisdicional pressupõe o transcurso de tempo necessário e suficiente para o seu desenrolar adequado, “deve-se salientar que os atos de um processo são ligados entre si como elementos de um todo, como partes de uma unidade que se protraí no tempo.”¹⁰⁸ Enfim, “o processo, como método de solução dos conflitos, é dinâmico e, como consequência, encontra no fator tempo um de seus elementos característicos e naturais.”¹⁰⁹

Entretanto, a prática cotidiana e as experiências têm demonstrado que os processos judiciais demoram muito mais tempo para ser concluídos do que o necessário. A duração a que ora se refere não trata da essencialmente necessária à marcha processual natural, mas daquela delonga absolutamente improdutiva ou que se concentra em produtos total ou parcialmente inservíveis para o processo, tal qual o tempo investido em diligências inúteis ou incidentes processuais substancialmente desnecessários.

¹⁰⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de Direito Processual Civil. Volume 1. 3. ed.. Trad. De Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 63.

¹⁰⁹ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Duração razoável e informatização do processo nas recentes reformas. *In*: ASSIS, Araken de (coord.)... [et. al.]. Direitos civil e processo: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvin. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2007, p. 1097.

O tempo tem se revelado elemento muito arduo e prejudicial na dinâmica processual real, impondo desgastes políticos, econômicos e jurídicos para os sujeitos do processo, caracterizando um inimigo muito maior da prestação jurisdicional adequada do que a qualidade do provimento emitido, muitas vezes induzindo os pretensos autores a uma desistência preliminar, antes mesmo do ajuizamento da demanda.

Alguns autores têm denunciado que, muito embora a demora excessiva na condução dos processos seja uma indesejável realidade, a tratativa desse tema é eivada de uma série de mitos que devem ser desconstituídos para se possa chegar ao cerne do problema em questão, se é que há um núcleo identificável e isolado. Um dos mitos é a ideia de que a rapidez do processo judicial seria um fim atingível a qualquer custo.

Essa perspectiva, entretanto, não comunga com o fato de que a rapidez ou celeridade processual não corresponde à máxima velocidade de condução do procedimento. A prestação jurisdicional, ainda que seja pretendida nas mais simples das demandas, impõe a prática dos atos necessários à garantia da legalidade formal e substancial do processo, atos estes que são instituídos e criados com desideratos diversos, mas comumente identificados com foco na viabilização dos direitos de ampla defesa e exercício do contraditório pelas partes.

Tanto a viabilização de uma pretensão judicial quanto a defesa nos autos de um processo são atividades que demandam certo amadurecimento. É impossível se formular modelos absolutamente abrangentes de forma a contemplar uma infinidade de prováveis ações. Até mesmo se algo dessa natureza fosse possível, imponível seria ao operador do direito ao menos estudar a demanda como proposta ou o caso concreto antes de formulá-la, a fim de que houvesse de escolher entre os modelos preconcebidos. Logo, para o necessário amadurecimento das teses ventiladas num processo, há de se consumir tempo.

Da mesma sorte, não somente as teses de propositura e defesa instam as partes assumir uma postura reflexiva, mas também os constantes e muitas vezes imprevisíveis incidentes processuais. Durante o transcurso de um processo há uma enormidade de possíveis incidentes que podem influenciar o futuro julgamento do mérito propriamente dito. A impugnação de uma testemunha, a manifestação acerca de uma determinada prova, da mesma sorte que o oferecimento oportuno de

requerimento para a produção de uma outra em socorro à os seus interesses demandam das partes e dos seus procuradores um certo prazo para tais providências, que não se apresentam instantaneamente.

Por fim, até mesmo determinadas decisões interlocutórias são de crucial importância para as partes, ainda que não venha refletir diretamente no deslinde da demanda, pois, a depender da natureza e da determinação do *decisum*, alguma vantagem de fato pode ser invertida em razão da outra parte, tendo como exemplos o deferimento de uma tutela de urgência ou antecipada.

O direito de acesso à justiça, combinado com o direito ao contraditório à ampla defesa, em que pese haver uma imbricação dificilmente desatável entre eles, dificultando até a identificação de cada um isoladamente nos casos concretos, assim como os seus limites, conduzem à estruturação do processo de maneira a que sejam tais valores respeitados, a fim de que os demandantes possam lançar mão dos instrumentos capazes de evitar uma solução inadequada e viabilizar os seus interesses com completude.

Nesse particular, não há que se falar em violação do direito ao processo em duração razoável somente porque houve algum tempo concedido pela legislação para a prática de cada um dos atos necessários à condução da demanda judicial na perspectiva das partes. Os direitos fundamentais em questão, contraditório, ampla defesa e de duração razoável do processo, frequente e inevitavelmente se encontram em constante tensão, quando são invadidas as suas múltiplas, mas parcialmente fundidas esferas.

Os direitos em questão não podem ser aferidos com a precisão de uma regra, pois advém de princípios e garantias, como é o caso da duração razoável do processo. O trabalho de avaliação da sobreposição de um valor sobre outro ou outros não pode ser levado a cabo pela mera abstração, pois a complexidade dos elementos que a demanda concreta oferece não pode ser prevista por modelos apriorísticos. Formular hipóteses acerca dos possíveis confrontos havidos entre os direitos à ampla defesa, contraditório e duração razoável do processo limita o conhecimento do estudioso a situações muito generalistas, que somente se prestam a fornecer linhas muito amplas de procedimento, que não se prestam a fornecer dados capazes de auxiliar com eficiência a tarefa do operador do direito diante do caso concreto.

Somente avaliação particularizada das situações materiais pode fornecer o subsídio para a solução do confronto entre os valores envolvidos. Somente os casos concretos podem revelar as suas peculiaridades que têm influência sobre a ponderação a ser feita. Por esses motivos não se pode afirmar a princípio que estes ou aqueles atos processuais são procrastinatórios ou que outros tantos são essencialmente necessários ao exercício da ampla defesa e do contraditório.

Existe também, e é de igual forma digna de nota, a necessidade premente do judiciário de tempo para a administração da prestação jurisdicional. Num processo judicial não somente os juízes oficiam no feito, mas também serventuário, escrivães, peritos, contadores, oficiais de justiça, etc.. Todos desempenham algum papel na tarefa de conduzir o processo judicial, seja presidindo-o, seja cumprindo os atos que são impostos para o vencimento das fases de que é composto o todo o procedimento.

Muito embora seja relativamente simples a prática de se intimar uma parte para que tome ciência de um determinado ato processual praticado, tal atividade é na maioria das vezes essencial. A ausência de uma comunicação processual pode violar o direito das partes a contraditório e à ampla defesa, implicando prejuízo, desaguando numa irremediável nulidade que pode fulminar absolutamente todos os demais atos, impondo à marcha processual um indesejável retorno.

Cada um dos atos processuais possuem particular importância para o processo, pois se destinam ao atendimento de direitos e à imposição de determinados deveres às partes e ao Estado. Por óbvio não se defende a manutenção da totalidade destes atos, pois não se advoga a tese da perfeição processual como metodologia de prestação da jurisdição, muito menos do procedimento sobre o que ela se assenta.

Dito isso, ver-se-á que o plexo de atos processuais não pode ser encarado como um sistema hermético, irretocável e até mesmo indispensável à prestação jurisdicional. Necessariamente os procedimentos devem ser aperfeiçoados para incluir novas atividades em substituição a uma ou mais delas, provendo maior rapidez e eficiência na condução dos feitos.

As regras que estabilizam situações no processo concretizam, então, o ideal do princípio da duração razoável do processo, evitando dilações indevidas. O legislador, ao criar regras estabilizadoras de

situações processuais, atende ao comando contido em tal princípio. E o juiz, ao optar pela aplicação de regras que imunizam atos ou situações processuais, também o faz.¹¹⁰

O desenvolvimento do direito processual moderno tem revelado que os antigos modelos merecem reformulações para uma maior adequação aos seus propósitos em razão de dois motivos particularmente: inaptidão parcial para o atingimento dos seus objetivos originais e descompasso com os valores assumidos pelo ordenamento jurídico em avanço.

Mas também não há de ser ignorado o fato de que os mais diversos procedimentos são fruto da experiência jurídica das comunidades em que são empregados, e advêm de uma constante onda de aproveitamento parcial de velhas fórmulas, descarte de funções havidas como inúteis e assunção de novas experiências, sendo estas, mais tarde, incorporadas ou não ao parcialmente vetusto modelo, renovando-o.

O principal malefício de pretender a erradicação do problema da demora por intermédio das reformas processuais consiste em eleger solução simplista e rumo equivocado. As mazelas reais ou hipotéticas do processo jamais acabarão dando-se invariavelmente razão ao autor. É fato perceptível nas obras doutrinárias recentes, interpretando e patrulhando as reformas, a má vontade com os réus. Vários processualistas meteram-se na duvidosa empreitada de reinventar o processo banindo o réu. Com razão superficial, perceberam o papel de inimigo acerbo e natural da efetividade desempenhado pelo réu. Não só o réu contraria a pretensão do autor, como a ela resiste por meios legítimos. Recusa-se o réu a colaborar, a cumprir ordens judiciais e, de um modo geral, a quedar-se inerte, propiciando celeridade ao processo. Ao invés, resiste e recorre, pondo tudo a perder. O fato de o réu não corresponder às elevadas expectativas nele depositadas nos devaneios doutrinários exige medidas extremas e enérgicas para eliminá-lo do cenário.¹¹¹

Por esses motivos, não se pode partir do princípio de que os muitos atos processuais prescritos pela legislação hoje são excessivos e merecem extinção. A princípio, os atos processuais atuais devem ser vistos sob o prisma da indispensabilidade, carecendo de fundamento atual e demonstrada empiricamente a procedência de qualquer proposta de revisão do conjunto ou das suas

¹¹⁰ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. "Conceito e fundamento da *perpetuatio jurisdictionis*". Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial. Fredie Didier Jr. (org.). Salvador, Bahia: Editora Jus Podivm, 2010, v2, p. 497.

¹¹¹ ASSIS, Araken de. Duração razoável do processo e reformas da lei processual civil. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). Leituras complementares de direito constitucional. 2. ed. Salvador: Podivm, 2007, p. 327.

particularidades, o que, por outro lado, sem constituir contradição, deve ser tarefa constante, absolutamente ininterrupta.

Somente com essa postura cética é que o processo pode ser impelido ao seu aperfeiçoamento constante, sem o risco de um retrocesso em função da eliminação irrefletida de determinadas técnicas tradicionais.

No mesmo sentido, “difundi-se a impressão [...] de que a causa provável da lentidão reside na obsolescência das leis processuais, concebidas sob a égide do individualismo, antiquadas e imprestáveis para veicular o processo na sociedade de massas contemporânea.”¹¹² Esse é mais um dos mitos denunciados pelo citado autor como uma das difundidas causas da lentidão judiciária.

Como havia sido exposto, a gratuidade do ataque à formatação processual tradicional não merece honrosa retribuição, visto que o modelo atual, ainda que não formulado com base nas perspectivas atuais, adveio como uma opção adequada à sua época, servindo para substituir antigos cânones, mas que também serviram ao seu tempo. O simples fato de remontar décadas ou até mesmo séculos não fulmina a qualidade de um sistema processual, pois a experiência de nações tidas como referências jurídicas demonstrou que a vetustez de uma legislação não é medida pela sua idade, mas pela adequação às necessidades da comunidade.

Somente como exemplo, o código de processo civil alemão (Zivilprozessordnung – ZPO –) data de 1877, tendo sido editado durante a vigência do Império Alemão, segundo Reich, após a guerra franco-prussiana. É necessário citar tal legislação, uma vez que constituiu relevante contribuição para a processualística moderna, servindo de modelo para as legislações mais atuais. A ZPO resistiu a uma diversidade de momentos políticos e econômicos, obviamente passando por adaptações que não implicaram mudanças estruturais e nem lhe descaracterizaram a essência.

Constituída durante o apogeu do segundo Reich, a ZPO manteve-se durante a primeira-guerra mundial, permaneceu durante os anos de convulsão após a derrota alemã e proclamação da República de Weimar, resistiu por todo o terceiro Reich nazista, onde fora parcialmente reformada para acomodar a relativização da coisa

¹¹² ASSIS, Araken de. Duração razoável do processo e reformas da lei processual civil. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). Leituras complementares de direito constitucional. 2. ed. Salvador: Podivm, 2007, p. 327.

julgada por iniciativa de Hitler. Manteve-se pelo período do pós-guerra, servindo a ambos os estados em que Alemanha se dividiu, a Alemanha Ocidental, oficialmente “República Federal da Alemanha”, e a Alemanha Oriental, oficialmente “República Democrática Alemã”, havendo esta última somente substituído o velho código em 1975, vindo o mesmo a ser restituído como legislação processual civil após a unificação.¹¹³

De fato, diante das horas que passam e envelhecem muito mais pelo que não é feito do que pelas realizações nelas e por elas registradas; diante ainda do caso concreto; o tempo é vivido de formas muito diferentes pelas partes do processo.¹¹⁴

Essa experiência de demora e de expectativas frustradas faz com que os jurisdicionados e operadores do direito escalonem uma série de fatores que imaginam estar influenciando na demora do processamento de suas pretensões. Todavia, o custo dessa empreitada eivada das insatisfações pessoais muitas vezes se traduz numa investida contra elementos que não influenciam determinadamente na demora processual.

O problema da demora na prestação jurisdicional não reside em um só fator que pode ser eliminado ou corrigido. Não se pode falar que a norma processual é absolutamente inservível e que os sucessivos incidentes processuais contribuem decisivamente para o prolongamento indevido dos processos. É fato que o processamento de incidentes e de recursos trazem como malefício uma maior duração dos processos, mas também há de se convir que a existência de tais mecanismos serve para propósitos diversos da celeridade, pois são concebidos para garantir o exercício de outros direitos como o contraditório e a ampla defesa.

Na análise destes fenômenos processuais não se deve perquirir somente se há ou não demora na prestação jurisdicional em razão dos mesmos. Deve se arguir também se os valores correspondentes em choque estão equiparados na tentativa de prestar-se a jurisdição de maneira mais adequada possível, compreendendo como adequada aquela que mais atinge o seu objetivo principal, qual seja, de

¹¹³ ASSIS, Araken de. Duração razoável do processo e reformas da lei processual civil. *In*: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). Leituras complementares de direito constitucional. 2. ed. Salvador: Podivm, 2007, p. 330/331.

¹¹⁴ ROMEIRO, Márcio Anatole de Souza. Celeridade ou duração razoável do processo: do princípio ao direito. *In*: Revista Forense. Volume 397. Ano 104. Maio-Junho de 2008. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 227.

viabilizar o exercício e proteção dos direitos, mantendo a ordem social e estabilidade das relações.

3.3.6 *Efetividade do processo*

Nos séculos XVIII e XIX, por exemplo, ainda que fosse irrestrita a via dos tribunais, o direito de haver do estado uma prestação jurisdicional não era materialmente alcançável por todos. Havia apenas uma garantia formal de que era possível demandar judicialmente, mas essa garantia não se prorrogava substancialmente nos Estados burgueses durante aquele tempo, uma vez que a doutrina do *Laissez-faire* incorporava justamente a perspectiva individualista dos direitos e não permitia por meio da instituição de mecanismos estatais o amplo e irrestrito acesso à prestação jurisdicional.

O conceito de acesso à justiça tem sofrido uma transformação importante, correspondente a uma mudança equivalente no estudo e ensino do processo civil. Nos estados liberais “burgueses” dos séculos dezoito e dezenove, os procedimentos adotados para solução dos litígios civis refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos, então vigorante. Direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação. A teoria era a de que, embora o acesso à justiça pudesse ser um “direito natural”, os direitos naturais não necessitavam de uma ação do Estado para sua proteção.¹¹⁵

Nesse sentido, somente hoje se demanda do Estado não somente a abertura dos tribunais, pois antes já existia tal fato, mas também se exige a implementação de providências para a redução das desigualdades materiais daqueles que apenas formalmente são equiparados pelas mesmas oportunidades jurídicas. Anteriormente, diferente de hoje, o Estado somente se colocava à disposição dos cidadãos para prestar a jurisdição desde que estes possuíssem meios para arcar com os ônus de uma demanda, incluídos aí os elevados custos judiciais. “Afastar a “pobreza no

¹¹⁵ CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à Justiça. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 9.

sentido legal” – a incapacidade que muitas pessoas têm de utilizar plenamente a justiça e suas instituições – não era preocupação do Estado.”¹¹⁶

Essa igualdade formal não poderia ser confundida em nenhum grau com a igualdade de oportunidades judiciais dos litigantes ou daqueles pretensos litigantes, que se viam tolhidos do direito de acesso à justiça somente atribuído normativamente. Em nenhuma medida o comum cidadão poderia ser equiparado àquele de amplos recursos, somente pelo fato de que ambos são destinatários do mesmo direito abstrato, pois o segundo poderia, por sua vez, arcar com as despesas processuais, além da necessária assessoria técnica.

O preceito magno da igualdade, como já tem sido assinalado, é norma voltada quer para o aplicador da lei quer para o próprio legislador. Deveras, não só perante a norma posta se nivelam os indivíduos, mas, a própria edição dela assujeita-se ao dever de dispensar tratamento equânime às pessoas.¹¹⁷

Com os patentes e graduais reconhecimento e sedimentação dos direitos fundamentais, ficou claro que os problemas envolvendo a prestação jurisdicional há muito já violavam os direitos essenciais e não se trata somente de uma vicissitude na atividade profissional dos patronos que oficiavam nas demandas, e nem mesmo apenas um incômodo entrave para os litigantes verem a sua querela definitivamente resolvida. O inter-relacionamento entre a natureza humana e o acesso à justiça fez colocar esta questão em um nível de debate muito preocupante, pois a negativa de prestação jurisdicional antes mesmo de haver uma demanda proposta representa uma ameaça para todos os demais direitos que carecem de proteção, pondo em dúvida a capacidade do Estado legislador de dar o passo seguinte na atribuição de direitos aos cidadãos, qual seja, a efetivação material dos programas jurídicos, sem a qual os diplomas normativos são absolutamente despiciendos.

O Estado passou a ser reconhecido como um devedor no encadeamento das providências necessárias à manutenção da corrente que se inicia com a instituição de normas de caráter geral e abstrato por meio da atividade legislativa, e se finda com a entrega dos bens da vida previstos naquelas normas, seja por meio de reconhecimento judicial seguido de uma execução forçada ou por proteger os

¹¹⁶ CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à Justiça. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 9.

¹¹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 9.

direitos das violações emergentes. A prestação jurisdicional é uma seção muito importante nesse corrente, pois é a providência que retoma a obediência das normas em descumprimento.

Dito isto, assim como o quanto já exposto acerca do direito ao devido processo legal, porquanto a necessária efetividade do processo é derivada deste direito, milita em favor dos litigantes o direito a um processo que termine em uma tutela jurisdicional justa, adequada e capaz de minorar ao máximo os prejuízos causados pela violação cuja correção se pleiteia em juízo. Inclua-se na abrangência da adequação da tutela tanto o provimento judicial de conhecimento quanto a especificidade da tutela executiva, devendo corresponder ao máximo ao bem que se busca em juízo. Assim, a tutela executiva específica se inclui, também, no objeto a que se refere o direito das partes à efetividade do processo.¹¹⁸

A cláusula do “devido processo legal” é considerada, conforme visto, a norma-mãe, aquela que “gera” os demais dispositivos, as demais regras constitucionais do processo. Embora sem previsão expressa na Constituição, fala-se que o “devido processo legal” é um processo efetivo, processo que realize o direito material vindicado.

Como a cláusula do devido processo legal é aberta e, além disso, o legislador constituinte deixou claro que o rol dos direitos e garantias fundamentais não é exaustivo (art. 5º, § 1º e 2º, CF /88), incluindo outros previstos em tratados internacionais, a doutrina mais moderna fala, portanto, no direito fundamental à tutela executiva.¹¹⁹

Efetividade do processo significa o aprimoramento da experiência de prestação jurisdicional que se impõe pelo direito de acesso à justiça, sendo tal direito balizado pelo devido processo legal substancial, que, como já destacado antes, é a necessária tutela jurisdicional mediante a metodologia estatuída em lei e que efetivamente permita que as pretensões perseguidas sejam corretamente apreciadas, é o direito a uma prestação jurisdicional legal e justa, adequada.

Prestação jurisdicional justa e adequada é aquela que representa a defesa a efetiva correção das violações que a via judiciária intenta corrigir. Tratar de processo efetivo é o mesmo que se analisar o processo legalmente regulado por meio dos resultados que ele consegue alcançar, pois não há como se reputar satisfatória a prestação jurisdicional se somente são atendidas as condições estritamente formais e legais do seu desenvolvimento, sem que sejam medidos os seus resultados

¹¹⁸ DIDIER Jr., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. v. 1. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 39.

¹¹⁹ Ibid., p. 39.

práticos. Isso, sem, é claro, consagrar, por conta da busca dos resultados práticos satisfatórios, vias procedimentais não previstas ou vedadas por lei.

[...] é o posicionamento moderno, agora girando em torno da idéia do *processo civil de resultados*. Consiste esse postulado na consciência de que o valor de todo sistema processual reside na capacidade, que tenha, de propiciar ao sujeito que ti ver razão uma situação melhor do que aquela em que se encontrava antes do processo. Não basta o belo enunciado de uma sentença bem estruturada e portadora de afirmações inteiramente favoráveis ao sujeito, quando o que ela dispõe não se projetar utilmente na vida deste, eliminando a insatisfação que o levou a litigar e propiciando-lhe sensações felizes pela obtenção da coisa ou da situação postulada. [...] O processo vale pelos resultados que produz na vida das pessoas ou grupos, em relação a outras ou aos bens da vida – e a exagerada valorização da ação não é capaz de explicar essa vocação institucional do sistema processual, nem de conduzir à efetividade das vantagens que dele se esperam. Daí a moderna preferência pelas considerações em torno da *tutela jurisdicional*, que é representativa das projeções metaprocessuais das atividades que no processo se realizam e, portanto, indica em que medida o processo será útil a quem tiver razão.¹²⁰ (Grifos no original)

Nesse interesse de satisfação efetiva das pretensões jurisdicionais dos sujeitos do processo é que há uma diversidade de técnicas processuais, que são implementadas por meio de um plexo de procedimentos diferentes entre si e que encerram vários meios processuais adequados a cada uma das demandas jurisdicionais desejadas. É o caso dos procedimentos especiais, que se submetem à adaptabilidade do processo a cada um dos bens e situações que se pretende tutelar, o que necessariamente deriva da característica inegavelmente instrumental do processo, muito embora essa não seja dele exclusiva e nem excludente das demais. Nesse interesse se podem citar o procedimento ordinário, sumário, os procedimentos especiais estatuídos em diversas leis esparsas, além da divisão entre processos de jurisdição contenciosa e voluntária.¹²¹

O processo como metodologia deve, portanto, ser concebido e medido com fundamento nas muitas tutelas que pretende viabilizar por meio da prestação jurisdicional. A metodologia deve ser idealizada e mensurada por conta dos objetivos que se intentam, pois para tanto tal método é aplicado. Logo, um método que somente garanta os meios é absolutamente tautológico, pois, no caso da prestação jurisdicional, o meio de sua prestação já é seu próprio método, qual seja, o

¹²⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. v. 1. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 108.

¹²¹ Ibid., p. 158-159.

processo. O processo que somente permite a litigância e que somente confere aos sujeitos a manutenção da disputa não atende aos fins para os quais ele foi concebido, é, pois, circular. Considerando todos os princípios e regras fundamentais insculpidos na Constituição Federal acerca da busca por uma ordem jurídica nos moldes da própria constituição, sendo que, para isso, a própria norma fundamental afirma inescusável o controle jurisdicional, não há como se negar a necessária efetividade do processo judicial como forma de garantir o cumprimento dessa ordem jurídica. O processo judicial no ordenamento jurídico brasileiro não é somente o método de se colocar um ponto final nos litígios, mas de, acima de tudo reverter as violações de forma eficaz e restaurar os direitos e garantias erigidos pelo próprio ordenamento.

No que se refere à segurança jurídica, não há como se dissociar desse estado de coisas a ser perseguido a prestação jurisdicional eficaz, pois a prestação da tutela judicial que efetivamente corrija as distorções e que reprima as violações inegavelmente incute a ideia na sociedade de que o ilícito não se perpetua, que ele não é recompensado com vantagens, assim como que se pode esperar a devida reparação dos prejuízos.

3.3.7 *Direito adquirido processual*

Necessária e inevitavelmente, a partir propositura de uma demanda judicial e a realização da citação válida, forma-se a relação jurídica processual entre as partes e o juízo, que encontra os seus requisitos de validade nos pressupostos processuais e que se qualifica como tal justamente por conta de ter sido instaurada nesse âmbito, num processo, o que implica consequências juridicamente relevantes para as partes e para o Estado.¹²² A existência do processo judicial constitui essa relação jurídica havida entre as partes e o Estado de que se demanda a prestação jurisdicional, notadamente implicando aos contendores poderes, direitos subjetivos processuais ou ônus, como referidos por LIEBMAN¹²³. Isso lhes atribui condições de exigir dos

¹²² LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de Direito Processual Civil. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. Vol. 1. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 64-65.

¹²³ Ibid., p. 60.

demais integrantes determinadas prestações (ônus) ou que provocar a imediata sujeição jurídica desses integrantes pelo exercício de um poder.

Na composição da entidade complexa que é o processo, figura a relação jurídica processual como a *alma* das atividades que ali desenvolvem seus sujeitos: ela é o conjunto das situações nas quais o direito autoriza ou exige os atos a serem realizados. A relação processual não é perceptível aos sentidos, como os atos que integram o *procedimento*. Resulta de um conjunto de abstrações próprias dos juristas. Os atos do procedimento não se realizam por acaso ou irracionalmente, mas porque as partes têm a faculdade, o ônus, o poder ou o dever de realizá-los, ou por que tem o juiz o poder e o dever de impô-los ou de oferecê-los às partes. O próprio ato final de outorga da tutela jurisdicional (sentença de mérito no processo de conhecimento, ordem de entrega do bem, no executivo) é fruto do exercício de um poder-dever - ao qual corresponde o poder das partes, de exigi-lo. Assim como os procedimentos estabelecidos em lei são um fator de interligação coordenada de atos, assim também a relação jurídica processual é fator de interligação entre os sujeitos do processo. Eles são interligados pelos deveres, poderes, ônus etc., que formam a textura da relação Jurídica processual. (Grifos no original)¹²⁴

Entretanto, ainda que se verifique pela leitura do trecho acima, DINAMARCO opina no sentido de que os direitos processuais não seriam direitos propriamente ditos, pois estes não se refeririam a bens da vida que podem ser exigidos da outra parte, não implicando a esta, portanto, nenhuma obrigação correlata. Afirma o referido Autor que “Direito subjetivo é uma *situação jurídica de vantagem em relação a um bem*. Obrigação, como contraposto negativo do direito subjetivo, é uma *situação jurídica de desvantagem em relação ao mesmo bem*.”¹²⁵ Assim, seria impróprio se falar em direitos e obrigações processuais, posto que os deveres dos sujeitos do processo criam situações jurídicas processuais e não se referem à obtenção de um bem da vida.

Verifica-se, portanto, que a discordância do referido Autor se restringe, portanto, à linguagem utilizada para denominar essas faculdades processuais, esses poderes e os ônus que decorrem da relação jurídica instaurada com a propositura da demanda judicial e a constituição válida e regular do processo. Isso se confirma se verificando que o mesmo autor admite a existência de situações jurídicas processuais ativas e passivas.

¹²⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. v. 2. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 25.

¹²⁵ Ibid., p. 210-211.

As primeiras delas seriam aquelas que seriam ocupadas pelo sujeito do processo que pudesse praticar atos processuais ou exigir de outro sujeito que assim o faça. Situação jurídica processual passiva seria aquela do sujeito a quem se impõe a prática de um ato (deveres ou ônus), assim como a aceitação de um ato alheio (condição de sujeição imediata pelo exercício de um direito potestativo).¹²⁶

Conforme PAULA COSTA E SILVA o processo seria uma relação jurídica, em face do fato que deles se originariam direitos e deveres das situações jurídicas processuais. Segundo esta autora, durante o processo iriam se constituindo, sim, direitos e deveres. Nesse sentido, afirma a autora que “Sendo o processo, por natureza, uma realidade, uma realidade dinâmica, jamais pode ser explicado através de um conceito que pressupõe a análise de um modo de estar e não de um modo de ir sendo.”¹²⁷

Para a autora, o processo não seria uma realidade estática, mas dinâmica, pois seria uma constante conformação de atos praticados, devidamente tipificados e praticados pelos sujeitos, em ordem determinada e concatenada.

Nas palavras da própria autora, *litteris*:

Numa primeira observação o que o processo apresenta de paradigmático é a respectiva conformação. Ele é uma espécie de devir permanente, extremamente complexo, sendo integrado por um conjunto de actuações tipificadas, praticadas por múltiplos sujeitos, que se sucedem no tempo numa ordem predeterminada por lei, às quais o legislador dá o nome de actos processuais. Esta circunstância permite-nos afirmar que, seja qual for o termo da classificação a que o processo se possa reconduzir, esse termo deverá classificar o facto atendendo à *quantidade* de actos em que se analisa.¹²⁸

Assim, não se poderia afirmar que o processo seria uma realidade estacionária, pois os direitos e os deveres se constituiriam e se extinguiriam permanentemente.

¹²⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. v. 2. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 200.

¹²⁷ SILVA, Paula Costa e. Acto e processo: O Dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 95.

¹²⁸ Ibid., p. 98.

No mesmo interesse, a autora PAULA COSTA E SILVA também afirma que “[...] situação [...] é um estar: o estar do sujeito em atenção às circunstâncias ou condição actual em que se encontra.”¹²⁹

A partir deste conceito pode-se afirmar que há situações jurídicas processuais do juiz, que se insere no contexto processual agindo como um verdadeiro sujeito, a que são atribuídos deveres e poderes, notadamente aqueles mais importantes que são de condução da atividade de prestação jurisdicional.

Desta forma, e a partir das premissas lançadas pela referida autora, não há que se negar que há a situação jurídica do juiz, pois a condição atual em que se encontra, numa perspectiva processual, nesta que efetivamente ele é assim tratado.

A mesma autora afirma, respondendo à questão que, *in verbis*:

A partir do momento em que a doutrina identificou a existência de deveres processuais, é usual a afirmação de que existem três tipos de situações adjectivas, direitos, ônus e deveres.¹³⁰

Assim, se o juiz goza de deveres, qual seja, de conduzir o processo para a entrega da prestação jurisdicional e de poderes, provando-se as situações jurídicas ativas e passivas no ambiente processual também na perspectiva do órgão julgador.

Constatada, portanto, a existência de relação jurídica processual, há de se perquirir acerca dos fatos processuais em sentido amplo, que são justamente a implementação de um determinado tipo jurídico que implica a constituição, modificação ou extinção de situações jurídicas processuais, podendo ser classificados tais fatos processuais, como de sentido estrito (fatos jurídicos não humanos), atos jurídicos em sentido estrito (atos humanos que implicam consequências jurídico processuais) e atos-fatos processuais (atos humanos que implicam consequências jurídico processuais, mas cuja inspiração volitiva do seu conteúdo é absolutamente despicienda).¹³¹

Pode-se falar, inclusive em negócios jurídicos processuais, que se tratam de situações em que há a convenção das partes do processo em relação a determinado

¹²⁹ SILVA, Paula Costa e. Acto e processo: O Dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 91

¹³⁰ Ibid., p. 129

¹³¹ DIDIER Jr., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. v. 1. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 246-247.

tema que implica a extinção, modificação ou constituição de situações jurídicas processuais. São negócios jurídicos processuais:

[...] como a renúncia ao prazo (art. 186 do CPC), a convenção processual de dilação de prazo não-peremptório (art. 182, CPC), o acordo de substituição de bem penhorado, a eleição negocial do foro (art. 111 do CPC), o acordo para a suspensão do processo (art. 265, 11, e art. 792, CPC), o acordo tácito de que a causa tramite em juízo relativamente incompetente (art. 114 do CPC), o adiamento negociado da audiência (art. 453, I, CPC), a desistência do recurso etc.¹³²

Dito isto, revela-se que estes fatos jurídicos processuais, no que concerne à constituição de direitos, ainda que sejam nomeados de poderes ou faculdades, devem obedecer ao regime da aquisição dos direitos e manutenção destes, porquanto direitos adquiridos. Tal regime jurídico é estabelecido pelo art. 6º, do Decreto-Lei 4.657/42 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro ou Lei de Introdução ao Código Civil – LICC –), *litteris*:

Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

[...]

§ 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

No que se relaciona particularmente ao processo de prestação jurisdicional, os critérios fornecidos pela referida legislação são bastante úteis para identificar estes direitos adquiridos, pois a constatação de aquisição se funda essencialmente na possibilidade de exercício dos mesmos, muito embora a simples conduta de fazê-lo não seja a reprodução material do exercício de um direito, mas um proceder que pode ser ilícito.

Assim, o §2º, do art. 6º, da legislação supra, estatui como sendo a nota distintiva dos direitos adquiridos a possibilidade jurídica de exercício do mesmo, que significa, em outras palavras, dizer estar implementado todo o tipo jurídico necessário à constituição do direito. Portanto, ainda que penda termo pré-fixo (sujeitando o exercício do direito a evento futuro e certo) ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem, (que condiciona o exercício do direito a

¹³² DIDIER Jr., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. v. 1. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 248.

evento futuro e incerto), ainda se constata a constituição do referido direito como tendo se inserido no patrimônio jurídico do sujeito.

Entretanto, novamente deve ser pontuado, não há que se confundir a mera possibilidade de fato de conduta dos sujeitos em determinado sentido com a possibilidade jurídica do exercício dos direitos, que, por isso mesmo, já estão constituídos.

Mas também, para a correta identificação dos direitos adquiridos, deve ser salientado que no processo judicial, ante à prática de um ato ou a intenção de fazê-lo, deve se perscrutar, assim como em relação aos direitos materiais, quanto à possibilidade jurídica de conduta dos sujeitos naquele sentido ou no que se pretende, a fim de que se possa identificar os direitos de cada um deles. Essa análise (quanto à possibilidade jurídica de determinada conduta) deve perpassar necessariamente pela arguição quanto à constituição do direito em favor do sujeito do processo o que, por conta do referido § 2º, do art. 6º da LICC, remete o intérprete novamente à possibilidade de exercício deste direito como critério de distinção.

À primeira vista, portanto, tal constatação pode fazer parecer que a norma inserta no § 2º, do art. 6º da LICC encerra uma petição de princípio, uma referência circular, o que, se interpretado gramaticalmente aquele dispositivo é verdade. Ou seja, se são adquiridos os direitos que o titular pode (poder no sentido jurídico de que é lícito) exercer, somente se consegue identificar os direitos que se podem juridicamente exercer por meio da análise quanto à sua aquisição pelo titular.

Mas não é o caso e no direito processual tal realidade se reproduz, porquanto, como já destacado, a norma processual é jurídica da mesma forma que as normas chamadas de direito material, que se referem a objetos concretos, pois destas somente diferem no que pertence à ideia a que tais normas nos remetem.

O § 2º, do art. 6º da LICC, em realidade, estatui que são direitos adquiridos aqueles que o tipo legal erigido como pressuposto do efeito jurídico que é a constituição desse mesmo direito já foi implementado, seja concreta ou juridicamente, sendo que, por conta disso, já podem ser exercidos pelo titular, ou aqueles cujos fatos geradores já foram implementados, mas o começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

A nota distintiva principal da aquisição dos direitos, portanto, é, simplesmente, a implementação do tipo legal erigido como fato gerador dos direitos, pois tal permite o seu exercício, assim com também aqueles direitos que os fatos gerados já foram implementados, mas “[...] cujo começo do exercício tenha termo pré-fixado, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.”, pois, mesmo que não se possam exercer, também são considerados adquiridos.

Também deve se ressaltar que o fato gerador de um determinado direito é complexo e muitas vezes extrapola o tipo que consta de um único dispositivo.

Muito embora determinada legislação preveja a constituição de um determinado direito aos sujeitos que implementarem determinada conduta, outro diploma pode restringir essa constituição de direito por meio da exclusão de um determinado grupo de sujeitos identificados por uma característica comum. Assim, por conta da legislação “x”, em relação a todos os indivíduos com determinadas características, que houverem praticado determinadas condutas, constitui-se um determinado direito em seus benefícios, à exceção daqueles descritos na legislação “y”. Essa limitação pode ser ainda restringida ou ampliada por força de outras normas, como a Constituição Federal, que pode reduzir a exceção em virtude, por exemplo, de violação do princípio da igualdade em relação à estratificação levada a cabo entre sujeitos que não apresentam diferenças juridicamente relevantes quanto à atribuição daqueles direitos.

O fato gerador de um direito, portanto, se constata por meio da análise complexa de uma diversidade de tipos descritos e efeitos impostos e de forma totalizante, pois essa análise deve abranger todo o ordenamento jurídico. Daí a razão, por exemplo, de diplomas jurídicos que tratam de direito “material”, mas com dispositivos ou consequências no processo de prestação jurisdicional.

3.3.8 O princípio da proteção da confiança

Outro subprincípio da segurança jurídica e de seminal importância para este trabalho é o princípio da confiança. O princípio da confiança é, inegavelmente um desdobramento necessário do princípio da segurança jurídica, pois, dentre outras características daquele, se notabiliza por imprimir a dimensão subjetiva do princípio

da segurança jurídica aos indivíduos. Significa dizer que a proteção da confiança revela a defesa concreta do interesse do indivíduo diante de uma situação de fato que se apresenta prejudicial ao mesmo, mas que foi implementada à revelia do fato de que o ordenamento jurídico protege o destinatário que se comporta fundado em legítima expectativa.

Trata-se de subprincípio que revela o direito dos indivíduos de serem protegidos contra atos que não impliquem direta e imediatamente ofensa a direito adquirido ou ao ato jurídico perfeito. Essa dimensão subjetiva do princípio da segurança jurídica implica necessariamente a proteção daquele que se comportou com fundamento em legítima confiança de que o Estado, por exemplo, não poderia descontinuar um determinado ato ou praticar qualquer outro que frustrasse o estado anterior.

O chamado princípio da proteção da confiança serve de instrumento de defesa de interesses individuais nos casos em que o particular, não sendo protegido pelo direito adquirido ou pelo ato jurídico perfeito, em qualquer âmbito, inclusive no tributário, exerce a sua liberdade, em maior ou menor medida, confiando na validade (ou na aparência de validade) de um conhecido ato normativo geral ou individual e, posteriormente, tem a sua confiança frustrada pela descontinuidade da sua vigência ou dos seus efeitos, quer por simples mudança, quer por revogação ou anulação, quer, ainda, por declaração da sua invalidade. Por isso, o princípio da proteção da confiança envolve, para a sua configuração, a existência de (a) uma base da confiança, de (b) uma confiança nessa base, do (c) exercício da referida confiança na base que a gerou e da (d) sua frustração por ato posterior e contraditório do Poder Público.¹³³

Conforme já destacado no trecho supra, para a caracterização do princípio da confiança é necessário que haja no caso concreto uma base de confiança que seja objeto de conhecimento do indivíduo; uma confiança nessa base, que significa a assunção de um estado anímico pelo sujeito no sentido de que há a manutenção daquele estado por conta da legitimidade e legalidade no fundamento sobre o que se funda tal condição; o exercício da confiança na base, ou seja, ter o sujeito contraído obrigações ou se sujeitado a condições e situações de fato que tenha somente sido levada a cabo por conta da expectativa que a base gerou; e a frustração por ato posterior, que é a concretização de situação contrária àquela que se fazia esperar por conta daquela base de confiança e que implicou prejuízo ao sujeito.

¹³³ ÁVILA, Humberto Bergmann. Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 361.

Fala-se que a proteção da confiança vem suprir a defesa das situações jurídicas que não se sujeitam à protetividade do direito adquirido ou do ato jurídico perfeito, pois estes últimos institutos já se encarregam de normatizar particularmente as situações a que cada um deles tipifica, e cujos fundamentos são normas constitucionais expressas. No caso da proteção à confiança, esta não está demonstrada de forma explícita na Constituição Federal em determinado dispositivo especificamente, mas por conta do que dispõe o seu art. 5º, § 2º, uma vez que a proteção da confiança advém dos direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios por ela adotado.

Ao contrário do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, porém, que são protegidos uma regra constitucional expressa, a confiança legítima, concernente a atos iniciados (mas do ponto de vista da regra imediatamente aplicável, ainda não concluído) não é amparada por qualquer regra constitucional expressa. Isso poderia levar ao entendimento de que, protegendo apenas algumas situações envolvendo o exercício passado da liberdade juridicamente orientada, e não outras, a CF/88 teria negado proteção às expectativas de direito. Tal entendimento, todavia, não merece prosperar.¹³⁴

Ou seja, trata-se a proteção da confiança de consectário subjetivo e específico do princípio da segurança jurídica, porquanto visa a tutela de situações jurídicas específicas e necessariamente factuais, existente no mundo sensível e não resultado de uma combinação exclusiva de elementos lógicos e advindos do ordenamento somente.

Enquanto a segurança jurídica impõe o dever geral e absolutamente abarcante, envolvendo situações abstratas, concretas, exclusivamente jurídicas ou não, de adoção de condutas que conduzam a um estado de manutenção das expectativas e de defesa das situações constituídas e esperadas pelos indivíduos, a proteção da confiança se destina a tutelar não a generalidade jurídica, mas casos em que já houve a implementação de atos jurídicos mediante o empenho de confiança na ação. A proteção da confiança não é um estado geral de coisas a ser atingido, mas a tutela específica de um caso concreto localizado e já manifestado.

A sistematização dessas diferenciações permite afirmar que o princípio da segurança jurídica qualifica, sob o ângulo macrojurídico, uma norma objetiva, abstrata e protetiva de interesses coletivos, que serve, portanto, como instrumento de proteção “das confianças” ou

¹³⁴ ÁVILA, Humberto Bergmann. Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 362.

do “conjunto de confianças” no ordenamento jurídico, ao passo que o princípio da proteção da confiança representa uma aplicação reflexiva, subjetiva e concretamente orientada do princípio objetivo da segurança jurídica, sendo um veículo de proteção “de uma confiança”. O princípio da segurança jurídica revelaria, assim, a face geral da segurança jurídica, protegendo os interesses de todos, apesar, eventualmente, do interesse de alguns; ao passo que o princípio da proteção da confiança garantiria o interesse de um ou de alguns apesar, eventualmente, do interesse de todos. O primeiro seria vinculado, portanto, à justiça geral; enquanto o segundo, à justiça individual. Sendo isso, porém, verdadeiro, algumas consequências relevantes não podem ser desconsideradas.¹³⁵

O trecho acima transcrito é bastante elucidativo acerca do tema, posto que enquanto a segurança jurídica estatui a busca por um estado de coisas que proteja a confiança geral ou as diversas confianças que existem na comunidade, o princípio da proteção da confiança se dirige à proteção de uma confiança em particular. A proteção da confiança se orienta em favor de um dado concreto, individualizado.

[...] esses princípios são diferentes quanto ao âmbito normativo, a personalidade, ao plano normativo e ao espectro de proteção, também são diversos o seu conteúdo, o momento da sua verificação e as provas necessárias à sua realização. Essa constatação é, pois, de fundamental importância. E que, representando o princípio da proteção da confiança uma aplicação reflexiva, subjetiva e concreta de um princípio objetivo, a demonstração dos requisitos necessários à sua realização (base da confiança, confiança, exercício da confiança e frustração da confiança) depende de provas concretas, a serem produzidas em processos judiciais com cognição ampla e exauriente, não podendo, assim, ser objeto de discussão em processos que examinam, em caráter abstrato e concentrado, a constitucionalidade em tese de uma lei.¹³⁶

Diante do princípio da segurança jurídica, o princípio da proteção da confiança está mais num plano concreto e vinculado a uma violação ou ameaça dela em particular. Nos casos de disputa jurídica abstrata, não há como se deduzir proteção derivada do princípio da proteção da confiança, pois este é necessariamente vinculado à concretude de um fato. São necessárias cognição com a produção de provas e extensa dilação nesse sentido para a configuração dos elementos necessários à deflagração dessa proteção.

Nas disputas abstratas, tratar do tema da estabilidade das expectativas e situações jurídicas remete ao princípio da segurança jurídica, pois este, como

¹³⁵ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 363.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 364.

generalista e abrangente que é no interesse de proteção das confianças, permite a verificação abstrata da persecução do estado de coisas que impõe.

3.3.8.1 **Requisitos de aplicação**

Para que se caracterizar a situação de fato que é apta a ser tutelada pelo princípio da proteção da confiança, são necessárias as implementações de determinados elementos concretos, que são caracterizados como requisitos de aplicação da proteção da confiança.

Nesse sentido, para que a referida proteção seja aplicável ao caso, impõe-se a existência de uma base de confiança; a confiança nessa base; o *exercício da confiança*; e a *frustração da confiança*. Cada um desses elementos será analisado a seguir.

3.3.8.1.1 **BASE DA CONFIANÇA**

A base da confiança necessária como primeiro elemento constitutivo da tutela da confiança nada mais é do que uma norma jurídica sobre a qual se funda a expectativa do indivíduo no sentido que aquela sugere. Trata-se de um ato jurídico que crie fundamento para a manutenção de uma situação de fato juridicamente qualificada, para o que nada se demanda do sujeito que confia naquela base, ou para que o mesmo sujeito possa se conduzir de uma determinada maneira, pois tal ato assim permite que ele o faça.

A base da confiança é um fato jurídico cujos efeitos dão suporte à pretensão do indivíduo no sentido de que este implemente uma determinada conduta ou simplesmente se omita de fazer qualquer coisa, pois confia na determinada norma.

A base da confiança traduz-se nas normas que serviram de fundamento para a (in)ação individual. Essa base tanto pode ser geral e abstrata, como uma lei, quanto individual e concreta como um ato administrativo ou uma decisão judicial. Ela também pode ser *positiva*, por meio de atos voluntários e ativos, a exemplo do que ocorre com uma decisão judicial clara e precisa, com um ato administrativo concludente e portador de uma promessa ou com uma

prática reiterada e uniforme da Administração ou, ainda, com um ato normativo legislativo. A base pode também ser *negativa*, passiva e, por vezes, involuntária, como, por exemplo, a tolerância administrativa ou a longa ausência de exercício de uma prerrogativa administrativa, cujo uso não seja submetido a prazo decadencial. O *conhecimento* da base da confiança capaz de gerar confiança é, portanto, o primeiro elemento do princípio da proteção da confiança. (Grifos no original)¹³⁷

Conforme destacado, o conhecimento da base produz confiança na condução do sujeito naquelas condições protegidas pela base, seja a condução positiva, com a prática de determinadas condutas, ou negativa, quando o indivíduo, confiando na manutenção do estado de coisas estabelecido pela base de confiança, nada faz.

As bases, todavia, não são todas iguais e o grau de vinculação normativa das mesmas provoca, por outro lado, uma maior proteção da confiança por elas geradas. O que se pretende afirmar é que a cada base de confiança, mormente porque se tratam de normas jurídicas, são distintas entre si, e cada uma das normas que se hierarquizam e se sobrepõem no ordenamento são capazes de produzir efeitos agravantes ou minorantes no que se relaciona ao nível de protetividade da confiança por elas gerado.

Normas advindas de atos administrativos não podem ser matrizes de proteção jurídica da confiança no mesmo nível que normas advindas de leis federais ou da própria constituição, sabendo-se, ainda, que entre tais atos normativos há uma diversidade de outros, passando, inclusive, por decisões judiciais. Estas também, enquanto objeto do presente estudo, destaque-se, não são equivalentes entre si na aferição do grau de protetividade da confiança que ensejam.

Assim, por conta do grau de vinculação de cada uma das bases jurídicas sobre as quais se funda a confiança, diferenças haverá quanto ao nível da proteção da confiança que geram.

Quanto maior for o grau de vinculação normativa da base normativa, maior deve ser a proteção da confiança nela depositada. Esse requisito decorre do fato de que nem todas as normas têm o mesmo grau de vinculatividade: há leis cogentes, que obrigam, assim como há leis dispositivas, que permitem; há atos administrativos com eficácia externa, dirigidos aos particulares, a exemplo dos atos normativos interpretativos, como atos administrativos com eficácia interna, a exemplo das ordens de serviço; há decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade,

¹³⁷ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 367.

com eficácia *erga omnes*, decisões no controle difuso de constitucionalidade, com suspensão da lei por resolução editada pelo Senado Federal, assim como há decisões no controle difuso de constitucionalidade, com eficácia *inter partes*; há decisões do Superior Tribunal de Justiça objeto de súmula ou proferidas pela Seção competente do Tribunal sobre a matéria discutida, bem como há decisões proferidas por uma das suas Turmas; há decisões dos Tribunais inferiores que são proferidas por Grupos Cíveis, assim como há decisões proferidas pelas Câmaras - e assim interminavelmente. O importante é que esses atos não têm o mesmo grau de vinculação: alguns têm força vinculante formal (leis e decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no controle concentrado ou no controle difuso com suspensão da lei por resolução do Senado Federal ou que sejam objeto de súmula vinculante); outros possuem força material (atos administrativos uniformizadores do entendimento do Poder Executivo decisões reiteradas dos Tribunais Superiores, por seus órgãos Plenos ou pelos órgãos de uniformização Jurisprudencial ou que sejam objeto de súmula não-vinculante); e outros não têm força vinculativa definitiva, embora produzam eficácia desde logo (decisões administrativas de primeira instância ou decisões judiciais liminares em primeira ou em segunda instância).¹³⁸

Na análise do nível de proteção da confiança gerada por cada uma das bases normativas acima destacadas, deve-se necessariamente inquirir acerca do grau de vinculação dessas mesmas bases. Isso porque, com visto, são as diversas normas distintas entre si.

Mas o grau de aparência de legitimidade da base também tem influência determinante na proteção da confiança, dado o simples fato de que, como no caso do grau de vinculação, não há uma equivalência entre a legitimidade que cada base inspira. Cada uma das normas levadas como fundamento de um determinado comportamento, ou de certa omissão, tem atribuída a si determinado nível de legitimidade, o que ocorre por conta da origem do acolhimento da norma.

A confiança na validade do ato que se utiliza como fundamento é elemento essencial no conhecimento da norma e na expectativa de que a mesma efetivamente será respeitada. O conhecimento de uma norma a que se atribui validade implica que a mesma será objeto de consulta caso se pretenda a implementação de comportamentos por ela regulados. Trata-se, nesse caso, de o sujeito verificar de antemão a eficácia da norma por conta do grau de legitimidade que da mesma emana.

¹³⁸ ÁVILA, Humberto Bergmann. Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 374-375.

Quanto maior for o grau de aparência de legitimidade da base, maior deve ser a proteção da confiança nela depositada. A essa regra se chega, de um lado, por meio das próprias exigências de cognoscibilidade e de eficácia jurídica que compõem o princípio da segurança jurídica: para que o Direito possa servir de orientação para o cidadão, o ele precisa poder ser conhecido e executável; para que ele seja cognoscível e minimamente eficaz, porém, é necessário que o cidadão *confie* na validade dos atos normativos que tenham sido objeto de publicação ou de intimação, jamais os considerando suspeitos. (Grifos no original)¹³⁹

Da mesma forma interfere na proteção da confiança o grau de modificabilidade da base. Isso porque os atos normativos sobre o que se fundam as expectativas e os comportamentos não são todos iguais se analisados também sob o prisma da sua permanência no ordenamento jurídico. Há atos provisórios e atos de vigência indefinida, assim como a pretensão de permanência desses atos também não se limita somente pelo tempo que iram regular os comportamentos.

Essencialmente, não só pela técnica jurídica, que cria diversos tipos distintos entre si de atos por conta da permanência dos mesmos nos ordenamento, há atos normativos que são, a princípio, definitivos, mas que são instrumentos de viabilização de conteúdos políticos. Ou seja, são atos que, por suas próprias naturezas, constituem ferramentas de modificação de condições em períodos curtos de tempo, sem a necessária formalidade de determinados outros.

Quanto maior for o grau de permanência da base, maior deve ser a proteção da confiança nela depositada. Isso porque há: *atos com pretensão de permanência*, como uma lei sem prazo final de vigência; *atos meramente provisórios*, cuja eficácia definitiva depende de outro ato subsequente, como uma medida provisória ou uma decisão administrativa intermediária; e *atos carentes de definitividade*, dada a existência de competência para a sua modificação por questões de política econômica, como alterações de tributos, que podem ter a sua alíquota modificada por meio de decreto do Presidente da República. Ora, esses atos não têm o mesmo grau de permanência - alguns nascem para durar e outros são destinados, desde o início, a uma existência provisória, quando não efêmera. (Grifos no original)¹⁴⁰

Verificada a importância da caracterização da modificabilidade da base, dada a natureza do ato sobre o qual se funda a mesma, o grau de eficácia no tempo da base também é característica salutar e decorre da mesma matriz lógica do elemento anteriormente tratado. Tanto o grau de eficácia no tempo da norma, quanto o grau

¹³⁹ ÁVILA, Humberto Bergmann. Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 375.

¹⁴⁰ Ibid., p. 381.

de modificabilidade da mesma se estruturam sobre o mesmo parâmetro temporal, dado o simples fato de que ambas as situações impõem um revezamento constante e indesejável de regimes jurídicos.

Assim, o nível de possibilidade de modificação de uma norma em razão de um lapso temporal tem influência determinante no grau de proteção da confiança por ela gerada. O fato de se confiar na manutenção de uma norma, que se protraiu por um longo período, não se qualifica de igual forma com a condição de confiança estabelecida em virtude de um ato que é sabidamente mutável por conta do transcurso do tempo.

Quanto mais duradoura no tempo for a eficácia temporal da base, maior proteção merece a confiança nela depositada. Isso porque o *passar do tempo* vai reforçando a aparência de legitimidade da base, normalmente dos atos administrativos: quanto mais longa for a produção de efeitos, mas vai se desfazendo a dúvida eventualmente existente com relação à validade do ato. Tempo, aqui, “cria” ou “reforça” a confiança do particular na base normativa. Daí a afirmação certa de Reale no sentido de que, “quando a inércia da Administração já permitiu se constituírem situações de fato revestidas de forte aparência de legalidade, a ponto de gerar nos espíritos a convicção da sua legitimidade, seria absurdo que, a pretexto da eminência do Estado, se concedesse às autoridades um poder-dever indefinido de autotutela.” A respeito disso, pode-se afirmar, de um lado, que a prática reiterada de aplicação de um ato tem uma espécie de eficácia concludente com relação à sua validade, podendo fazer com que o particular aja causalmente orientado por essa prática; de outro, essa prática faz gerar no administrado a concepção de que a Administração não irá revogar o ato. Mesmo que seja inexistente o prazo decadencial para a revisão do ato administrativo, o transcurso do tempo sem qualquer tipo de ação estatal pode comprometer o próprio direito da Administração de revisá-lo. É precisamente nesse sentido a disposição contida no parágrafo único do art. 100 do Código Tributário Nacional, segundo a qual devem ser afastados a penalidade e os juros quando o particular confia na prática reiterada da Administração.

O essencial é que a prática continuada seja capaz de gerar no cidadão impressão de validade do ato, de tal modo que a descontinuidade futura da produção de efeitos possa ser vista como ato de deslealdade. Desse modo, portanto, a relação entre a base da confiança e o tempo é inversamente proporcional: quanto maior for o tempo de eficácia do ato, menos forte precisa ser a base da confiança; quanto menor for o tempo de eficácia do ato, mais forte deve ser a base da confiança. (Grifos no original)¹⁴¹

¹⁴¹ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 383-384.

Quanto a esse aspecto temporal e como destacado no trecho supra, a recorrência de determinadas práticas e lapso temporal de que um determinado ato goza tem influência na expectativa que a comunidade nutre em razão do critério cronológico. A recorrência de um comportamento ou a imutabilidade de outros, quando encarados na perspectiva temporal, militam em favor da confiança na manutenção dessas situações, de forma que a proteção dessa fidúcia se impõe na mesma medida que se constata a estabilidade temporal do ato.

Também deve ser evidenciado o critério do grau de realização das finalidades da base para se aferir o nível de confiança da mesma. Isso significa que cada comportamento levado a cabo implica o atingimento de determinados fins. Mas estes fins podem ou não se coadunar com aqueles em função dos quais a norma utilizada como base da confiança foi estatuída.

Quanto maior o nível de atingimento dos fins dessas normas maior vai ser o nível de confiança depositado no ato, sendo, portanto, carente de maior nível de proteção. Cada vez que uma prática fundada em uma norma faz surgir um estado de coisas ou situações concretas individualizadas que se identificam com os objetivos dessa norma, a referida prática merece maior proteção. Isso porque o nível de confiança depositada no ato é maior na medida em que as práticas dele decorrentes servem mais aos seus propósitos.

Quanto maior o grau de realização da finalidade subjacente à regra supostamente violada, tanto maior deve ser a proteção dos efeitos do ato inquinado de ilegal. A essa regra se chega pela constatação de que as exigências formais dirigidas à lei e aos atos administrativos não constituem um fim em si, mas meios para assegurar, para a maior parte dos casos, a realização de determinados fins. A exigência de lei para a instituição de um benefício fiscal, por exemplo, serve para evitar o desperdício de dinheiro público, para afastar a desigualdade e para garantir a igualdade de concorrência. A exigência de concurso para o ingresso na carreira pública funciona como instrumento a fim de se evitar o preenchimento inadequado de cargos, garantir a igualdade de condições entre os concorrentes e afastar a arbitrariedade no processo de seleção.¹⁴²

Quanto mais se atingem os fins de cada norma, as correspondentes práticas merecem mais e mais proteção, pois foram pautadas por maior confiança. Esse nível de implementação dos objetivos dos atos é elemento distintivo fundamental na equação.

¹⁴² ÁVILA, Humberto Bergmann. *Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 386.

Também se deve perquirir acerca do grau de indução da base de confiança. Isso porque as bases de confiança, mesmo que legalizem determinado comportamento, podem fazê-lo de duas formas distintas. Uma é permitindo a prática pela simples instituição de uma cláusula geral permissiva no ordenamento, combinada com a ausência de qualquer proibição naquele sentido. A outra é induzindo o respectivo comportamento, tornando-o necessário, isso por conta de instituição de obrigação nesse sentido ou por estímulos diretos e específicos que objetivem aquela prática.

Quanto maior o grau de indução da prática, maior vai ser o grau de confiança depositado nela, carecendo assim de maior proteção. Não podem ser tutelados dois comportamentos distintos que se fundam em normas cujos graus de indução são também diferentes. Na medida em que se impõe uma determinada prática ou há estímulo para a mesma, o nível de confiança depositado naquela conduta é muito maior do que aquele que se refere a somente um comportamento permitido.

Quanto maior o grau de indução decorrente da base, maior deve ser a proteção merecida pela confiança com base nela exercida. Isso porque nem todas as normas funcionam, da mesma forma, como fundamento para a ação individual: algumas exercem uma função fundante maior que outras. É o caso, por exemplo, das normas indutoras: nestas, o particular não apenas atua dentro de um *âmbito de ação permitido* por uma legislação que estabelece apenas uma moldura para a ação, mas também age dentro de um *âmbito de ação estimulado* por uma legislação – e portanto, pelo Estado, que induz a sua ação. (Grifos no original)¹⁴³

Também nas mesmas bases lógicas que se funda o critério acima, está firmado o critério do grau de individualidade da base. Isso porque quanto uma determinada base que fundamenta a conduta é especificamente estatuída no interesse de um grupo de indivíduos em particular, a confiança depositada na manutenção da legalidade dos atos praticados com aquele fundamento é maior.

Não há que se negar que quanto uma determinada norma é estabelecida em razão direta e particular de certo número de pessoas, sendo, por isso mesmo, específica, a confiança depositada nas práticas que se sustentam naquele ato é maior, pois supõe-se ter havido muito maior reflexão acerca da adequação e das consequências daquela determinada base no ordenamento.

¹⁴³ ÁVILA, Humberto Bergmann. Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 387.

Quanto maior for o grau de proximidade do ato, maior deve ser a proteção da confiança nele depositada. Isso porque há atos de eficácia individual, dirigidos a determinados cidadãos, às vezes só a estes, como termos de acordo ou contratos administrativos, e atos de eficácia geral como leis. Como esses atos não têm o mesmo grau de individualidade criam bases de confiança diversas. É que, sendo a aptidão para gerar confiança o critério distintivo da base, também não se pode igualar a eficácia constitutiva de confiança de um ato dirigido especificamente a um cidadão com a de um ato dirigido a todos, sem qualquer elemento subjetivo. Isso porque, quanto maior a individualidade do ato, maior deve ser a confiabilidade do cidadão, pois maior será a “relação de confiança” estabelecida. Um ato individualizado produz no destinatário a ideia de que o direito previsto é “seu”. Não se pode, assim, equiparar um ato dirigido a determinado contribuinte assinado pelo governador de um Estado e pelo secretário da Fazenda – vale dizer, as maiores autoridades públicas estaduais sobre a matéria tributária – e contendo elementos relacionados ao próprio contribuinte com um ato que não preveja qualquer distinção com relação ao destinatário. Quanto maior a proximidade entre o Poder Público e o cidadão, maior a relação de lealdade que se cria e tanto maior será o engano com a modificação posterior. Nesses casos o normal distanciamento entre o Estado e o contribuinte cede passo a uma relação de proximidade.¹⁴⁴

Vê-se que tanto o critério do grau de indução quanto o critério de individualidade se estruturam em uma mesma base lógica, qual seja, o nível de especialização da base que conduz a uma determinada conduta. Isso pressupõe, como já dito, que houve maior projeção das consequências do ato normativo, assim como das expectativas advindas do mesmo, dado o fato da sua excepcional especificidade. Assim, se houve atividade de tamanha precisão, também se supõe a mesma lucidez para ter sido deflagrada.

Por fim, a multicitada doutrina refere ao critério do grau de onerosidade da base para se verificar o nível de confiança na mesma. Tal procedimento pautado pelo nível de onerosidade se justifica. Isso porque se as bases que necessitam ou que implicam de um maior “endividamento” do sujeito devem ser consideradas bases formadas sob parâmetros de maior responsabilidade que aquelas que simplesmente não implicam obrigações graves ou que possam prejudicar notadamente o indivíduo.

Quanto maior o nível de onerosidade da base, maior deve ser a proteção da mesma por conta da confiança que inspira. Essa confiança se presume e se explica,

¹⁴⁴ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 392.

como já dito, pelo suposto maior nível de reflexão e de amadurecimento na instituição do ato.

Quanto maior for o grau de onerosidade da base, maior deve ser a proteção da confiança nela depositada. A essa regra se chega pela constatação de que há atos que criam ônus aos particulares, como termos de acordo ou contratos administrativos que preveem cláusulas criadoras de obrigações para o particular, e atos gratuitos, que não se submetem a condições nem criam deveres. A diferença quanto à onerosidade cria bases distintas de confiança, porque, quanto maior a onerosidade, maior será o compromisso assumido pelo cidadão frente ao Estado e, sendo as condições sinalagmáticas, tanto maior também será a persecução do interesse público.¹⁴⁵

A nota distintiva da onerosidade não pode ser destacada do nível de interferência real nas condições concretas do indivíduo, face ao fato de que os ônus obrigacionais contraídos por si influenciam diretamente na satisfação das suas necessidades e na habilidade de poder lidar com as contingências. Portanto, a capacidade de onerar o sujeito impõe uma maior proteção ao ato sobre o que se funda tal fato, dado que inspira, por tudo o quanto já exposto, maior confiança.

São, portanto, os parâmetros para que sejam aferidas as bases de sobre o que, dentre outros fatores, se sustenta a proteção à confiança, dada a inegável contribuição da qualidade do fundamento para o interesse em se tutelar o comportamento nele sustentado.

3.3.8.1.2 **CONFIANÇA**

Todas as características acima demarcadas da base de confiança se direcionam no sentido de que se atribua fidúcia à mesma. A base de confiança que se constitui dos elementos acima descritos se qualifica crescentemente como passível de ser acreditada, muito embora não seja necessária a implementação de todos estes fatores para que seja ela confiável.

Logo, tudo o quanto já dito foi destacado no interesse de que seja atribuída confiança à base, pois este elemento é mais um daqueles necessários a ser a conduta protegida pelo princípio da proteção da confiança. Necessariamente a base

¹⁴⁵ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 392.

deve ser confiável, sendo que as qualidades ínsitas de cada uma delas sirva para incrementar ou não esse nível de confiança.

Para existir proteção da confiança é preciso que o particular tenha confiado na "base da confiança". E, para que isso ocorra, é preciso que aquele, antes de tudo, tenha conhecimento da base da confiança. Aqui, nota-se a relação da exigência de confiabilidade com a exigência de cognoscibilidade do Direito: o particular precisa conhecer a base da confiança por meio da publicação ou da intimação.

A confiança, justamente porque o cidadão deve orientar-se por leis válidas e vigentes ou por atos normativos que produzam efeitos, inicia-se com a publicação da lei e com a intimação do ato ou decisão administrativa. Meros projetos de lei ou manifestações administrativas ainda não reduzidas a termo e objeto de intimação não geram confiança.

Verificar o nível de confiança significa perquirir o quanto o indivíduo reputa determinada base como sendo de necessária observância. Isso porque as pessoas devem se conduzir com fundamento em critérios jurídicos que tenham clareza e validade. Os sujeitos devem se pautar por atos que repute válidos e obrigatórios, daí porque necessária a confiança na base.

Sem confiança na base não há porque se tutelar o comportamento fundado na mesma pelo princípio ora tratado.

3.3.8.1.3 **EXERCÍCIO DA CONFIANÇA**

O exercício da confiança é outro elemento para se aferir o nível de proteção merecida pelo indivíduo quanto à conduta adotada. Isso se justifica perante princípio da proteção da confiança, uma vez que, como já destacado, este princípio consubstancia uma dimensão reflexiva do princípio da segurança jurídica. Significa, também como já destacado, que a proteção da confiança se refere à proteção de uma situação concreta, uma situação constituída e não de uma situação lógica criada apenas por conta da combinação de vários elementos dinâmicos do direito.

Essa dimensão concreta, ínsita ao princípio da proteção da confiança, explica, por via de consequência, o fato de ser necessário o exercício dessa confiança para que seja a mesma protegida, pois, do contrário, não há nenhum prejuízo a ser evitado ou revertido que justifique intervenção. A mera expectativa de direito incutida

no ânimo do indivíduo não é o suficiente para ser a mesma tutelada, mas apenas quando a mesma é concretizada, por meio da assunção de obrigações, de vínculos, de compromissos, em fim, por meio da concretização jurídica de comportamentos fundados na referida base.

Para que exista proteção da confiança é também necessário que haja o exercício da confiança, isto é, que o cidadão tenha “colocado em prática” (*ins Werk gesetzt*) a sua confiança, por meio do exercício concreto da sua liberdade. A doutrina é oscilante com relação à exigência de que o exercício da confiança seja efetivamente um requisito para a proteção da confiança: alguns sustentam que sim; outros, não. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pelo menos com relação ao Direito Administrativo, é no sentido de que deve haver atos concretos baseados na confiança, como exemplifica o caso da obtenção de licença para construir, no qual se exige, para a proteção, que o particular tenha iniciado a construção.¹⁴⁶

Logo, como já dito, a concretização dos programas fundados nas bases em que se confia é elemento essencial à proteção da confiança que inspirou tal ato. É necessária a conduta jurídica fundada na norma. Não sendo, entretanto, passível da mesma tutela as situações em que somente há mera expectativa de direito, mas em razão da qual o indivíduo não se conduziu de nenhuma forma.

3.3.8.1.4 **FRUSTRAÇÃO DA CONFIANÇA**

A frustração da fidúcia é o último elemento da cadeia que justifica a intervenção fundada no princípio da proteção da confiança, principalmente porque é o último no encadeamento lógico que conduz ao estado de violação. A frustração da confiança é justamente o que deflagra, o que constitui o interesse de agir do sujeito que invoca o princípio da proteção da confiança em favor da manutenção das condições jurídicas que pretende.

A frustração da confiança é a consubstanciação da superação da base sobre a qual se fundou o exercício das faculdades. Assim, tal frustração é que justifica a intervenção do princípio da proteção da confiança. Sem essa frustração não há, em absoluto, necessidade de proteção fundada no referido princípio.

¹⁴⁶ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 398.

O princípio da proteção da confiança só se justifica nos caso que o Cidadão tem a sua confiança, gerada por um ato estatal anterior, frustrada por uma nova manifestação estatal posterior contraditória. É preciso, em outras palavras, que haja frustração da confiança. Nem toda frustração, porém, justifica a proteção da confiança. Isso, de um lado, porque as mudanças que afetam de maneira insignificante os direitos de liberdade, de propriedade e de igualdade não justificam que os efeitos não possam atingir atos iniciados antes da sua introdução. Os direitos fundamentais de liberdade demandam um exercício responsável e compatível com os interesses da maioria, descabendo falar em proteção de expectativas relativamente a atos cujos efeitos apenas tangenciam o âmbito de proteção desses direitos.¹⁴⁷

Mas, como destacado no trecho transcrito, qualquer violação não provoca a proteção da confiança, posto que somente assim se justificam as situações em que um ato frustra outro anterior no qual se depositava confiança e, portanto, no qual se empenhava crédito, tendo, por conta dessa frustração havido a afetação substancial de direitos fundamentais. Em outras palavras, deve haver relevância no prejuízo, sem o qual não há o que se tutelar.

Assim, a simples e isolada frustração da confiança não é suficiente para que sejam deflagrados os efeitos do princípio de proteção da confiança, uma vez que esta frustração é qualificada em virtude da sua relevância.

3.3.8.2 *Dimensão processual*

No processo de prestação jurisdicional o princípio da proteção da confiança tem elevada aplicabilidade. Embora a relação jurídica processual seja estabelecida, via de regra, para a solução de conflitos entre indivíduos, o Estado é quase que inexoravelmente partícipe na mesma, sendo que as suas emanações nas contendas resolvidas mediante arbitragem ainda se fazem sentir, pois delega aos particulares o exercício do poder jurisdicional. Durante a implementação desse serviço público, o Estado produz constantes bases de confiança, pois sua tarefa é de produzir um encadeamento de normas jurídicas individualizadas. Isso porque a jurisdição:

[...] é um meio de produção de normas jurídicas - é meio de exercício de poder normativo. Pelo processo, o órgão jurisdicional produz a norma jurídica individualizada, que regula o caso concreto que lhe foi

¹⁴⁷ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 401.

submetido, e uma norma jurídica geral, construída a partir do caso concreto, que serve como modelo para a solução de casos futuros semelhantes.¹⁴⁸

Mas não somente. O exercício do poder jurisdicional se cinge, via de regra, ao exame da pertinência jurídica no caso concreto, sendo que as providências serão dispensadas no interesse de uma solução específica, localizada e materializada pelas expectativas viabilizadas em juízo. Isso simplesmente revela que a jurisdição é tão concreta e específica como são os casos tutelados pelo princípio da proteção da confiança. Nesse sentido:

Pois dessa destinação do exercício do poder estatal quando exercido *sub specie jurisdictionis* decorre uma característica muito visível, que é sua imposição a casos concretos. Não é mais lícito pensar nessa concreção como manifestação de restrições individualistas ao exercício da jurisdição (se bem seja assim a estrutura fundamental da sua disciplina positiva ainda em tempos atuais), mas parece indubitável que a jurisdição não tem vocação às generalizações ou ao abstrato, como é próprio da função legislativa: ainda quem creia na criatividade institucionalmente permitida ou confiada ao juiz (e mesmo que aceite a teoria unitária do ordenamento jurídico) não duvida ao ligar rigorosamente a função jurisdicional aos casos concretos. (grifos no original)¹⁴⁹

Mas, ainda que assim não fosse, as expectativas advindas da condução processual pelo ente estatal devem ser tuteladas por conta do simples fato de que muitas das decisões são proferidas mediante o exercício do contraditório e da ampla defesa pelas partes. Isso provoca notável amadurecimento dos provimentos emitidos, de forma que, acerca dos mesmos, via de regra, já houve exaustiva reflexão, assim como a contenção de argumentos em favor e contra uma determinada posição.

[...] a decisão jurisdicional qualifica-se também pelo fato de ter sido produzida em contraditório, após processo em que se confere às partes o poder de influenciar no conteúdo da decisão (aspecto substancial do contraditório) e em que são garantidos os direitos próprios ao devido processo legal, como o direito ao recurso.

Tudo isso faz com que a decisão jurisdicional se revele um ato normativo dos mais "confiáveis".¹⁵⁰

¹⁴⁸ DIDIER Jr., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. v. 1. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 102.

¹⁴⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 139.

¹⁵⁰ DIDIER Jr., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. v. 1. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 102.

O nível de dialeticidade das decisões judiciais são suficientes para que estas sejam bases muito confiáveis. Existência de discussão acerca dos provimentos emitidos é certamente elemento que qualifica a base, pois não resultam as decisões de posições levianas, produzidas em fundamentos ocultos. O exercício do contraditório, da ampla defesa e, acima de tudo, da possibilidade de modificação dos julgados por conta da interposição de recursos faz revestir as decisões judiciais de notável proteção contra alterações.

O nível de confiabilidade decorrente desses elementos deve ser levado em consideração no interesse de que as situações jurídicas processuais, constituídas em razão da fidejussão nas decisões, sejam protegidas pelo princípio da proteção da confiança.

Ainda na dimensão processual do referido princípio, não se deve olvidar que o objetivo mais evidente do processo de prestação jurisdicional é justamente a criação de norma concreta e específica que goze da maior de todas as confianças que o ordenamento pode, por motivos internos a ele mesmo, atribuir. Trata-se da confiança de que goza e necessariamente deve gozar a coisa julgada, que é norma absolutamente concreta e individualizada, sendo, portanto, perfeitamente aplicável às situações jurídico processuais o princípio da proteção da confiança.

[...] não se pode ignorar que a decisão judicial se caracteriza pela aptidão de revestir-se de uma estabilidade muito peculiar: a coisa julgada. Somente decisões judiciais podem tornar-se indiscutíveis pela coisa julgada. Como visto acima, a estabilidade do ato normativo que serve como base da confiança é um dos critérios para a aferição da necessidade de dar a essa confiança a adequada proteção jurídica.¹⁵¹

Ademais, os efeitos mais aprofundados e particularizados do princípio da proteção da confiança em relação ao escopo desse trabalho serão abordados e evidenciados no capítulo próprio, servindo essa tratativa apenas para se justificar a aplicabilidade do princípio da proteção da confiança à dinâmica processual.

Não há que se olvidar que o processo de prestação jurisdicional, por isso mesmo, se propõe à análise de situações concretas, emitindo, em razão disso, uma diversidade de provimentos interlocutórios no interesse da solução final. Assim, ainda que haja disciplina especial e particularmente protetiva da coisa julgada, não

¹⁵¹ DIDIER Jr., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. v. 1. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 102.

há como esquivar a análise de determinadas questões processuais incidentais da proteção da confiança, até mesmo porque, como já exaustivamente descrito, tratam os casos judiciais de situações concretas, onde as bases de confiança são formadas constantemente e, justamente por conta de terem sido constituídas em ambiente processual, merecem todo um revestimento que lhes proporcione um desejável *momentum* inercial.

4 PRECLUSÃO PROCESSUAL

4.1 Origens

O vocábulo “preclusão” deita raízes no latim e deriva da palavra *praecclusio*, esta oriunda do verbo *praeccludere*, que significa tampar, vedar, proibir, obstar, ação de encerrar, denotando um acontecimento apto a ensejar estes efeitos.¹⁵² Nesse sentido, as origens se revelam pela intenção de conceber determinado instituto com desiderato equivalente ao sentido do vocábulo.

Adverte MONIZ DE ARAGÃO que haveria substancial distinção entre a ideia jurídica advinda da palavra preclusão e ao objeto a que se refere na linguagem comum, pois significava em sentido vulgo “contato prévio de dois órgãos, para a produção de fonema explosivo”. Entretanto, continua, avisando que atualmente já teria sido consagrado nos dicionário o sentido jurídico da palavra.¹⁵³

No sentido jurídico atual e novamente salientando a lição de EDUARDO COUTURE, MONIZ DE ARAGÃO afirma que tal referência vocabular se trata de modernismo jurídico e teria se originado a partir da reunião de duas palavras advinda do inglês, formadas a partir do latim *praeccludo*.

Couture observa tratar-se de “modernismo jurídico (séc. XX) tomado do inglês *preclusion*, que, conjuntamente com o verbo *to preclude*, formou-se do latim *praeccludo*, *-ere*, e o substantivo *preclusio*, *-nis*. o verbo latino significava ‘impedir’, propriamente ‘fechar na cara’ composto de *prae*; ‘diante de’ e *claudo*, *-ere* ‘fechar’” (Nem todos os dicionários jurídicos anglo-norte-americanos, porém, registram o vocábulo e seu conceito)¹⁵⁴

Substancialmente, o direito romano-canônico é a matriz jurídica que inspirou a continuidade da adoção de tal instituto no direito positivo, porquanto é de lá que as

¹⁵² BARBOSA, Antônio Alberto Alves. Da preclusão processual civil. 2a ed. São Paulo: RT, 1992, p. 27.

¹⁵³ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. “Preclusão (Processo civil)”. Saneamento do processo. Estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (org.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 141.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 141.

suas origens jurídicas se revelam. À época era uma espécie de providência criada com intuito sancionador, uma ameaça administrada.¹⁵⁵

Entretanto, conforme observa GIUSEPPE CHIOVENDA, embora a preclusão se refira aos limites impostos ao exercício de determinadas faculdades processuais, já na concepção moderna, esta se distanciaria do conceito original, porquanto prescinde da qualidade de pena.

He observado que todo proceso, cual más cual menos, y así también nuestro proceso, para asegurar precisión y rapidez al desarrollo de los actos judiciales, pone límites al ejercicio de determinadas facultades procesales, con la consecuencia de que, más allá de estos límites, estas facultades no se pueden ya ejercitar. He dado a esta consecuencia el nombre de “preclusión”, de un verbo de las fuentes que se encuentra usado, precisamente con el significado en que yo lo entiendo, en la *poena praeclusi* del derecho común, salvo que en la preclusión actual se prescinde naturalmente de la idea de la pena.¹⁵⁶

Observa ANTÔNIO ALBERTO ALVES BARBOSA que, embora haja alguns institutos no direito material que se assemelhem à preclusão, a ideia tem ordinariamente se originado a partir de fenômenos processuais e somente razão dos mesmos, e nesse universo jurídico particular, tem existência, levando a crer que, de fato, como antes referido, é fenômeno restrito ao processo, *litteris*:

Não obstante assumir algumas vezes, para certos autores, características de instituto de direito material, a preclusão é especificamente processual, não se confundindo, quer com a decadência, quer com a prescrição, quer com a nulidade, quer com a coisa julgada, conforme oportunamente se mostrará.¹⁵⁷

A delimitação atual do conceito de preclusão, assim como a sistematização do mesmo no moderno direito processual encontra fundamento na obra de GIUSEPPE CHIOVENDA, que, por sua vez, afirma que o seu pensamento acerca do tema se desenvolveu a partir dos trabalhos de OSKAR BÜLOW¹⁵⁸, atribuindo, também,

¹⁵⁵ COUTURE, Eduardo J. Fundamentos do Direito Processual Civil. Campinas: RED Livros, 1999, p. 130.

¹⁵⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. “Cosa juzgada e preclusión”. Ensayos de derecho procesal civil. Buenos Aires: EJE, 1949, v. 3, p. 224.

¹⁵⁷ BARBOSA, Antônio Alberto Alves. Da preclusão processual civil. 2a ed. São Paulo: RT, 1992, p. 26.

¹⁵⁸ “[...] me refiero a OSKAR BÜLOW, en su trabajo fundamental *Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten*.” (grifos no original) - CHIOVENDA, Giuseppe. “Cosa juzgada e preclusión”. Ensayos de derecho procesal civil. Buenos Aires: EJE, 1949, v. 3, p. 226.

inspiração alemã ao conceito moderno, conforme atestam FREDIE DIDIER JÚNIOR¹⁵⁹ e ANTÔNIO ALVES BARBOSA¹⁶⁰.

Da mesma forma, afirma CHIOVENDA que a inspiração dos seus escritos se originam da referida obra do alemão OSKAR BÜLOW, um dos escritores germânicos que mais contribuíram para a ciência processual atual, levando a crer que os institutos processuais atuais e, por isso mesmo, a preclusão, tem sido sistematizada com base nessas lições.

Conclui-se, portanto, que o instituto adveio de tradição jurídica romano-canônica distante, e encontrou novos contornos, amoldando-se a partir das atuais doutrinas processuais que serviram de gênese para a abordagem do processo que se faz hoje em dia.

4.2 Fundamentos e conceito

Conceitualmente, a preclusão pode ser definida como a “[...] perda de uma faculdade ou poder no processo.”¹⁶¹. Assim, em decorrência de algum fato jurídico, as partes perdem determinadas faculdades ou juiz perde algum poder.

O autor, nesse particular, salienta a importância essencial do instituto para o processo, pois está diretamente conectado com necessidade imanente de que este seja sempre um avanço e nunca um retrocesso, evitando-se infundáveis reiteração dos atos já praticados a constante repetição das providências já dispensadas. “A preclusão permite uma celeridade adequada no desenrolar da estrutura procedimental, fixando os tempos úteis e aptos às práticas dos atos processuais.”¹⁶²

O instituto da *preclusão* tem imensa relevância no sistema brasileiro de procedimento rígido. Ele dá apoio às regras que regem a ordem seqüencial de realização dos atos do procedimento e sua distribuição

¹⁵⁹ DIDIER Jr., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 277.

¹⁶⁰ BARBOSA, Antônio Alberto Alves. Da preclusão processual civil. 2a ed. São Paulo: RT, 1992, p. 28.

¹⁶¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Vocabulário do Processo Civil. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 207.

¹⁶² NUNES, Dierle José Coelho. “Preclusão como fator de estruturação do procedimento”. Estudos continuados de Teoria do Processo: origens históricas da processualística democrática. Rosemiro Pereira Leal (coord.). Porto Alegre: Síntese, 2004, v. 4, p. 206.

em fases – fazendo-o mediante a imposição da perda de uma faculdade ou de um poder em certas situações. Quando a preclusão ocorre, já não poderá a parte realizar eficazmente o ato a que tinha direito nem exigir do juiz os atos que antes poderia exigir. Com isso, ela é um dos grandes responsáveis pela aceleração processual.¹⁶³

No mesmo sentido é a lição de LUIZ GUILHERME MARINONI, uma vez que “O processo é uma marcha para frente, tendente a atingir certo objetivo predeterminado, que é a prestação integral da tutela jurisdicional.”¹⁶⁴ Assim, a preclusão seria, metajuridicamente, um mecanismo criado para que se possa impelir a prática dos atos num contínuo avanço no sentido de concludentemente se prestar a jurisdição.

No mesmo sentido e ressaltando a função estrutural da preclusão no processo, leciona DIERLE JOSÉ COELHO NUNES:

E exatamente na construção desta estrutura normativa insere-se o instituto da preclusão, impedindo que o processo se alongue demasiadamente no tempo, que haja rediscussão de matérias já decididas e permitindo a devida adequação do procedimento ao Direito Democrático.

Apesar do maior exemplo da força da preclusão parecer ser o do 'processo comum alemão', espécie de 'processo' onde o formalismo excessivo de corte racional imperava, onde havia exclusão completa da publicidade e da oralidade, na atualidade, ela deve ser vista como um instituto de garantia e de adequação dos discursos processuais ao modelo democrático de direito.¹⁶⁵

Este conceito está nos moldes daquele formulado por GIUSEPPE CHIOVENDA, à exceção da perda do poder juiz, ao que o italiano não se referiu ao enunciá-lo, que, entretanto, forneceu o suporte doutrinário para o instituto a qual muitos autores se associam, conforme faz crer expressamente MONIZ DE ARAGÃO acerca do tema:

Regra geral entre os italianos, seguida no Brasil, é a adoção do que foi exposto por Chiovenda (inspirado na lição de Bülow): “entendo por preclusão a perda, ou extinção, ou consumação de uma faculdade processual que sofre pelo fato: a) ou de não se haver observado a ordem prescrita em ao uso de seu exercício, como os prazos peremptórios, ou a sucessão legal das atividades e das

¹⁶³ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. v. 2. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 454-455.

¹⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de processo civil, volume 2 : processo de conhecimento / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart. - 6. ed. rev., atual. e ampl. da obra Manual do processo de conhecimento - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 627.

¹⁶⁵ NUNES, Dierle José Coelho. “Preclusão como fator de estruturação do procedimento”. Estudos continuados de Teoria do Processo: origens históricas da processualística democrática. Rosemiro Pereira Leal (coord.). Porto Alegre: Síntese, 2004, v. 4, p. 185.

exceções; b) ou de se haver realizado uma atividade incompatível com o exercício da faculdade, ou com a propositura de uma exceção incompatível com outra, ou a realização de um ato incompatível com a intenção de impugnar uma sentença; c) ou de se haver validamente exercido a faculdade (consumação propriamente dita).¹⁶⁶

A partir dessas três situações selecionadas e reputadas por CHIOVENDA como deflagrações da preclusão haveria as suas três modalidades, das quais resultaria a perda da faculdade relativa ao ato que se pretendia realizar, vez que o referido autor não se refere a poder.

Temporal, em razão de se verificar determinado lapso de tempo maior do que aquele em que deveria ter sido praticado o ato; consumativa, decorrente de prévia prática do ato, que extingue o poder ou a faculdade de sê-lo novamente feito; e lógica, pela prática anterior de atos cujas finalidades são incompatíveis com aqueles que se pretende praticar, seja, por exemplo, pela anuência tácita em relação à determinada decisão que se tenciona impugnar, que ocorre com o seu cumprimento espontâneo, ou qualquer outro ato cujo desígnio conflite com o do ato que o precede.

DINAMARCO ressalta que haveria um outro tipo de preclusão, desta feita visualizada por LIEBMAN¹⁶⁷ e seria um tipo misto. Esse tipo de preclusão seria originário “[...] da falta do exercício do direito no momento oportuno, quando a ordem legalmente estabelecida para sucessão das atividades processuais importar uma consequência assim grave;”.¹⁶⁸ Isso ocorreria pela conjunção de dois fatos jurídicos: a passagem do tempo e o prosseguimento do processo: “[...] ainda que não se manifeste no prazo sobre os fatos novos alegados ou documentos exibidos pelo réu (arts. 326, 327 e 398), o autor permanece com a faculdade de fazê-lo até que o juiz designe a audiência preliminar (art. 331).”¹⁶⁹

Quanto à essa situação o autor disserta que:

¹⁶⁶ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. “Preclusão (Processo civil)”. Saneamento do processo. Estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (org.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 142.

¹⁶⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de Direito Processual Civil. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. Vol. 1. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 302.

¹⁶⁸ Ibid., p. 302.

¹⁶⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. v. 2. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 455.

Nesses casos, o prosseguimento do processo antes do decurso do prazo não acarreta preclusão alguma, porque isso transgrediria o direito de defesa e o devido processo legal. Por outro lado, embora a lei estabeleça prazo para a manifestação das partes, os juízos e tribunais atenuam esse rigor temporal e admitem que o autor fale mesmo depois de decorrido, só havendo preclusão se o processo tiver prosseguido. Por isso é que em casos assim, havidos por relativamente extraordinários no sistema, a preclusão depende do duplo requisito do decurso do prazo e eventual prosseguimento do processo (daí, ser ela mista).¹⁷⁰

Nesse caso destacado, a preclusão ocorreria em razão da conjunção de critérios de procedimentos construídos jurisprudencialmente e de normas dogmáticas, pois o direito positivo isoladamente considerado, neste particular, administra solução diversa, uma vez que, conforme o código, a ausência de manifestação do autor no prazo em relação aos fatos novos alegados ou aos documentos exibidos pelo réu implicaria legítima preclusão temporal.

Se os tribunais estão permitindo a manifestação do autor após o prazo legal, desde que o processo não tenha prosseguido, o limite cronológico anterior não existe, passando a ser, então, o prosseguimento do processo como o critério definidor aplicável.

Caso o “prosseguimento do processo” seja definido por um posterior critério cronológico, novamente estar-se-ia diante de uma preclusão temporal.

No que diz respeito ao juiz, a preclusão relativa à prática de determinados atos que decorrem dos poderes de condução do processo de prestação jurisdicional é classificada como preclusão judicial. Assim, embora haja impropriedade na identificação dos conceitos de preclusão judicial e preclusão *pro iudicato*, ambos são diferentes entre si, pois, ressalvadas as críticas à clássica doutrina de ENRICO REDENTI quanto ao tema:

[...] a preclusão *pro iudicato* atuaria no processo de execução produzindo um efeito prático equivalente ao da autoridade da coisa julgada material (*auctoritas rei iudicatæ*), de modo a obstar toda e qualquer ação que, após finda a execução, tencionasse recuperar as quantias entregues ao exequente.¹⁷¹

O instituto pressupõe, portanto, ter havido decisão em relação à matéria, embora esta não se inclua no objeto da demanda. De outra forma, trata-se de

¹⁷⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. v. 2. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 455.

¹⁷¹ GIANNICO, Maurício. A preclusão no direito processual civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 128-129.

formação de coisa julgada material em relação a temas incidentais, questões processuais que são resolvidas durante o curso do processo, mas que não fazem parte do objeto litigioso. Estas questões não integram a demanda.

Tal confusão decorre do mau uso do latim a ela pertinente, uma vez que, como bem pontuou JOSÉ MARIA TESHEINER:

Preclusão *pro judicato* não significa preclusão para o juiz. Em latim, *judicato* significa *julgado*; juiz é *iudex* (nominativo) ou *iudicem* (acusativo). Preclusão *pro judicato* significa “preclusão como se tivesse sido julgado”. Se houve decisão, e ocorreu preclusão, não há “preclusão *pro judicato*”, porque esta supõe ausência de decisão.¹⁷²

Quanto à preclusão judicial, é pacífico na doutrina e na jurisprudência, não sendo objeto de ampliada controvérsia, portanto, que é possível a análise, inclusive de ofício, das questões de ordem pública a qualquer tempo durante o processo.

Em relação a se existe ou não preclusão para o reexame das matérias de ordem pública, há divergência doutrinária, haja vista que há correntes no sentido de que implica preclusão já ter sido anteriormente decidido incidente que trate de questão de ordem pública no processo.

Ocorre que a situação não pode ser analisada de forma tão singela uma vez que constituir-se-ia uma enorme mácula aos princípios da segurança jurídica, da isonomia e da celeridade se o juízo de primeira instância pudesse a todo momento repisar matérias já decididas, desequilibrando a simétrica paridade de armas que as partes possuem e retirando delas quaisquer ônus pela sua inércia em manifestar sua irresignação através da interposição do recurso cabível.¹⁷³

É válida a transcrição do que preleciona CELSO AGRÍCOLA BARBI nesse sentido, pois bastante ampliadora do conceito proposto por CHIOVENDA para acumular também a extinção de determinados poderes do juízo, *In verbis*:

Tudo isto leva a crer que o conceito de CHIOVENDA sobre preclusão não é exatamente o resumido no início desta parte do trabalho. A compreensão do instituto é bem mais ampla e mesmo bem diversa da que sua definição deixa transparecer: a preclusão abrange não só faculdades das partes, mas também questões decididas, e atinge não só as partes, mas também o juiz.

¹⁷² TESHEINER, José Maria. “Preclusão *pro judicato* não significa preclusão para o juiz”. Disponível em <http://www.tex.pro.br/> acesso em 5 mar. 2009.

¹⁷³ NUNES, Dierle José Coelho. “Preclusão como fator de estruturação do procedimento”. Estudos continuados de Teoria do Processo: origens históricas da processualística democrática. Rosemiro Pereira Leal (coord.). Porto Alegre: Síntese, 2004, v. 4, p. 204.

Por êsses motivos, é inaceitável a configuração do instituto nos termos em que o definiu o ilustre professor de Roma. Outra definição deve ser procurada, que compreenda todo o campo de ação do instituto, mas somente êsse campo.

[...]

Do exposto resulta que acertada é a conceituação de CHIOVENDA, já exposta, mas que sua definição deve ser ampliada para abranger também a *preclusão de questões* e atingir não apenas *faculdades das partes*, mas também o poder do juiz quanto àquelas questões.¹⁷⁴

Entretanto, o tema relativo à existência ou não da preclusão judicial em relação à reanálise de ofício das questões de ordem pública, assim como a preclusão de forma geral no que se relaciona a essas matérias, será objeto deste trabalho em capítulo dedicado especificamente a ele.

Essas são, portanto, as variantes da preclusão, instituto doutrinariamente classificado em razão dos fatos jurídicos que o deflagram. Tais constatações foram agremiadas em razão da catalogação das referências legais ao instituto, assim como das prescrições da lei processual quando dele se utiliza para a manutenção da marcha processual.

É novamente imponível esclarecer e ressaltar a falta de organicidade quanto ao tema, uma vez que o Código de Processo Civil em determinados momentos se refere direta e expressamente à preclusão, ao passo que, em outros, apenas administra essa solução em razão de fatos determinados. São eles, o transcurso de lapso temporal, a prévia realização de um determinado ato, ou o comportamento contraditório com a faculdade que se deseja exercitar, além, claro dos atos ilícitos (que serão tratados mais adiante), assim como as controversas preclusões judiciais, decorrentes da análise anterior de determinada matéria.

Percebe-se, portanto, que o Código de Processo Civil não cuidou de criar um instituto mediante procedimento estruturado e sistematizado, atribuindo-lhe as qualidades específicas, enunciado os seus caracteres distintivos e, por fim, prevendo os seus efeitos.

¹⁷⁴ BARBI, Celso Agrícola. “Da preclusão no processo civil”. Revista Forense, n. 158, p. 61.

4.3 Abrangência

4.3.1 Preclusão como sanção

Originalmente, a ideia de classificar determinados efeitos jurídicos sob uma única rubrica denominada de preclusão adveio do responsável pela sua sistematização e estratificação dos fenômenos (GIUSEPPE CHIOVENDA) que foram reunidos, intitulado-os de acordo com os elementos mais relevantes para deflagrá-los, decurso do tempo, prática de ato prévio sem correspondência lógica e consumação.

O autor expressamente afirma que se inspirou na obra de OSKAR BÜLOW: “Proporcionou-me o motivo e o ponto de partida um dos escritores alemães que mais contribuíram para o progresso da ciência processual moderna com um concurso de ideias, [...] sadias, fecundas e propulsivas: refiro-me a OSKAR BÜLOW”¹⁷⁵.

Conforme já afirmado antes, CHIOVENDA assim o fez no intuito de classificar as medidas de que o legislador lançava mão para agilizar o processo, induzindo-o a um fim com a prestação jurisdicional, impedindo que houvesse retorno a estágios superados. Tais providências, de igual sorte, teriam sido concebidas também para evitar que houvesse achincalhamento no exercício das medidas processuais que delongam o seu desenrolar, mas que, corretamente usadas, constituiriam direitos legítimos, pelo que seriam garantidas, mas limitadas, a partir do estabelecimento de eventos extintivos desses direitos.

O ordenamento jurídico não se adstringe a regular as diversas atividades processuais, sua forma e seu conjunto, mas regula, também, sua sucessão processual; daqui se origina uma ordem legal entre as atividades processuais. O propósito do legislador é imprimir maior precisão no processo, tornar possível a definitiva certeza dos direitos, e assegurar-lhes rápida satisfação.¹⁷⁶

Verifica-se, portanto, que a proposta classificatória de CHIOVENDA desses eventos, atualmente chamados de preclusão, fundamenta-se em uma perspectiva

¹⁷⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, v. 3. Campinas: Bookseller, 1998, p. 185.

¹⁷⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, v. 3. Campinas: Bookseller, 1998, p. 183.

eminentemente utilitarista, reunindo tais fenômenos em uma categoria a partir da relevância que a limitação das faculdades das partes pode representar para o contínuo desenrolar do processo num permanente avanço.

Desta forma, vislumbra-se que a preclusão é o instituto jurídico processual que visa a estruturar o procedimento de forma adequadamente célere, sem descuidar do modelo constitucional processual assegurado, formado por situações jurídico-processuais-ato-fato jurídico-processuais – que se consolidam pelo esgotamento-trancamento-estabilização do tempo legal, decorrente da ação ou omissão em sua realização, produzindo efeitos processuais (preclusivos), conforme a lei que governa sua constituição.¹⁷⁷

Nesse estágio, ainda nas justificativas que lançou para a proposta de classificação, excluiu expressamente as sanções, afirmando que as mesmas já estariam dentre as outras medidas já utilizadas pelo legislador para garantir a incolumidade processual:

Esse objeto colima-o igualmente por outros meios, como seja: coibindo a protelação da fase instrutória ou da solução da causa, devida à negligência dos procuradores, com a aplicação de **penas** a estes (arts. 61, 170, 177 e 180); eliminando as superfluidades na defesa, negando a repetição das custas relativas aos atos supérfluos (art. 376), e assim por diante. Mais eficazmente, porém, atende a esse objetivo com o instituto da preclusão. (Grifo nosso)¹⁷⁸

Da mesma forma e mais claramente pontuou o autor:

A este fin acude también con otras medidas, esto es, reprimiendo las dilaciones en la instrucción o en el desarrollo del pleito, dependientes de la negligencia de los procuradores, con **penalidades** a éstos (art. 61, 170, 177, 180, etc.) y reprimiendo las cosas superfluas en las defensas negando la repetición de los gastos de los actos inútiles (art. 376). Pero más eficazmente provee a tal fin mediante la *preclusión*. (Grifo nosso)¹⁷⁹

Vê-se que a exclusão da natureza sancionatória da preclusão por CHIOVENDA não foi despropositada, mas limitada justamente ao critério fenomenológico da preclusão, uma vez que se manifesta por meio da extinção das faculdades processuais, acrescido da utilidade que esta determinada providência representa para o processo.

¹⁷⁷ NUNES, Dierle José Coelho. “Preclusão como fator de estruturação do procedimento”. Estudos continuados de Teoria do Processo: origens históricas da processualística democrática. Rosemiro Pereira Leal (coord.). Porto Alegre: Síntese, 2004, v. 4, p. 189.

¹⁷⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, v. 3. Campinas: Bookseller, 1998, p. 183.

¹⁷⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. Principios de Derecho Procesal Civil, Tomo II; [tradução: Profesor José Casáis Y Santaló] Madrid: Editorial Reus, 1922, p. 357.

Logo, partindo dos critérios reunidos pelo autor italiano, a preclusão não se prestaria a punir uma ilicitude com a extinção de faculdades processuais, posto que essa medida estaria enquadrada em classificação própria, sanções processuais. Também, a sanção não se prestaria diretamente ao intuito desenvolvimentista do processo, mas apenas mediatamente.

A técnica não se configura como pena ou obrigação, pois no processo não existem vínculos jurídicos de subordinação, permitindo uma efetiva participação no processo, mas impondo às partes, ônus pelo descumprimento ou cumprimento inadequado do espaço-tempo determinado para prática de ato processual, e impedindo o órgão judicial de rediscutir, em princípio, matérias já analisadas e alcançadas pelos efeitos preclusivos. Assegura-se o discurso sem preterir da legitimidade.¹⁸⁰

O seu desiderato principal seria punir para que determinados atos não fossem mais praticados, isso no interesse da manutenção da ordem do processo ou de proteção de outros valores, ainda que extraprocessuais.

Já a preclusão, não. Esta se dirigiria prontamente ao impedimento das condutas, e não de desestimulá-las, no interesse único da manutenção da marcha processual.

DIDIER JÚNIOR, entretanto, defende a ampliação das hipóteses em que há a prescrição decorrente de atos ilícitos, diferindo da asserção da doutrina clássica de CHIOVENDA sobre o tema, quando o autor italiano afirma que “Emprestei a essa consequência o nome de “preclusão”, [...] ressaltando-se que, no direito moderno, naturalmente se prescinde da idéia de pena.”¹⁸¹ ou, mais direta e expresamente, “la preclusión actual se prescinde naturalmente de la idea de la pena.”¹⁸²

Nesse sentido, preleciona DIDIER JÚNIOR que, não raro, há hipótese de extinção de poderes processuais que consubstanciam uma sanção, imposta em razão da prática de comportamento ilícito, *In verbis*:

Há alguns exemplos no direito positivo, em que se vislumbra a perda de um poder processual (preclusão), como sanção decorrente da

¹⁸⁰ NUNES, Dierle José Coelho. “Preclusão como fator de estruturação do procedimento”. Estudos continuados de Teoria do Processo: origens históricas da processualística democrática. Rosemiro Pereira Leal (coord.). Porto Alegre: Síntese, 2004, v. 4, p. 190-191.

¹⁸¹ CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, v. 3. Campinas: Bookseller, 1998, p. 184.

¹⁸² CHIOVENDA, Giuseppe. “Cosa juzgada e preclusión”. Ensayos de derecho procesal civil. Buenos Aires: EJE, 1949, v. 3, p. 224.

prática de um ato ilícito: a) perda da situação jurídica de inventariante, em razão da ocorrência dos ilícitos apontados no art. 995 do CPC; b) a confissão ficta, decorrente do não-comparecimento ao depoimento pessoal (art. 343, § 2º, CPC), que é considerado um dever da parte (art. 340, I, CPC), implica preclusão do direito de provar fato confessado, mas, desta feita, como decorrência de um ilícito (descumprimento de um dever processual); c) o excesso de prazo não-justificado autoriza a perda da competência do magistrado para processar e julgar a causa (art. 198 do CPC); d) constatada a prática de atentado (ilícito processual), perde-se o direito de falar nos autos, até a purgação dos efeitos do ilícito (art. 881 do CPC).¹⁸³

Assim, não somente os fatos geradores da preclusão seriam aqueles já narrados, pois “Em todas essas hipóteses, há a perda de um poder jurídico processual decorrente da prática de um ato ilícito; há, pois, *preclusão* decorrente de um ilícito e não do descumprimento de um ônus.”¹⁸⁴ Afirma-se, portanto, que seria possível conceber-se a preclusão como advinda da prática de atos ilícitos, havendo de se completar a lição de CHIOVENDA sobre o tema.

4.3.2 *Preclusão, prescrição, decadência*

A preclusão, especialmente a temporal, entendida como a perda de faculdade ou poder processual em decorrência do transcurso do tempo, mantém relação de muita proximidade com outros institutos jurídicos, quais sejam, a prescrição e a decadência.

Essa relação de proximidade conceitual se explica em razão de que o elemento constitutivo do tipo mais relevante para a manifestação dos institutos, talvez o único, é justamente a verificação de determinado lapso temporal. Logo, uma vez que todos os três implicam, de uma certa forma, mas não com o devido rigor técnico, alguma perda, assim entendido também o afastamento da pretensão, por consequência da inação do sujeito durante um certo tempo, é compreensível a confusão que se faça em torno dos mesmos.

¹⁸³ DIDIER Jr., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 284-285.

¹⁸⁴ Ibid., p. 285.

Em primeiro lugar, não há de se confundir a preclusão com a prescrição, embora para uma espécie da primeira e para a segunda o transcurso do tempo seja essencial.

A prescrição é a perda da pretensão de determinado sujeito em relação a um direito de que goza e continua hígido, mesmo após o prazo prescricional ter se verificado. Nesse sentido, há somente um efeito obstativo em relação à capacidade de ação desse sujeito em relação à persecução de medidas que permitam a defesa deste direito.

Havido o lapso temporal caracterizador da prescrição, é extinta a pretensão do indivíduo relativa àquela parcela do patrimônio jurídico violado. A prescrição, portanto, somente se verifica a partir da deflagração do prazo prescricional, derivada da violação do direito, ou seja, desde que a obrigação de se tornou exigível e não foi adimplida.

Por esse motivo, procede o primeiro critério erigido por ANTÔNIO ALBERTO AVES BARBOSA para a distinção entre prescrição e decadência: “Assim, decadência e prescrição diversificariam: a) quanto *ao objeto*, porque a prescrição tem por objeto a *ação* e a decadência tem por objeto o direito;”¹⁸⁵

Entretanto, é sabido que a decadência é a extinção de um determinado direito que não fora exercido no prazo estabelecido em lei ou por força da capacidade negocial das partes. Este direito, portanto, diferentemente da hipótese de prescrição, não permanece incólume, mas decai, é eliminado, obliterado do patrimônio do sujeito, em razão do transcurso do tempo.

No caso da decadência, não é a pretensão que é atingida, mas o próprio direito, que não se trata de qualquer direito. Os direitos que são atingidos pela decadência são os direitos potestativos e não estão vinculados a uma determinada obrigação do sujeito passivo.

O direito potestativo não se relaciona a qualquer prestação do sujeito passivo, razão pela qual não pode e nem precisa ser “executado”, no sentido de serem praticados atos materiais consistentes na efetivação de uma prestação devida (conduta humana devida), de resto inexistente neste vínculo jurídico. O direito potestativo é direito (situação jurídica ativa) de criar, alterar ou extinguir situações

¹⁸⁵ BARBOSA, Antônio Alberto Alves. Da preclusão processual civil. 2a ed. São Paulo: RT, 1992, p. 117.

jurídicas que envolvam outro sujeito (que se encontra em uma situação jurídica passiva denominada de *estado de sujeição*).¹⁸⁶

Logo o segundo critério utilizado por ANTÔNIO ALBERTO AVES BARBOSA para a distinção entre prescrição e decadência também procede, uma vez que afirma que a prescrição sempre supõe um direito cujo exercício sofreu obstáculo por força da resistência do sujeito passivo, enquanto no caso da decadência, o direito nunca fora exercido, somente tendo existido em potencial.¹⁸⁷

A preclusão, por sua vez, se distinguiria dos demais por conta do fato de que os outros institutos se referem a direitos substantivos, todos se referem a direitos pré-processuais. A preclusão, não. Este último implica a perda de uma faculdade ou um poder, do juízo ou das partes, no âmbito da relação processual.

Dito isso, verifica-se que a preclusão se aproxima demais da decadência, pois essa e aquela também denotam a perda de direitos potestativos, uma vez que a sujeição das partes em relação a outras pelo exercício de poderes, que assim se caracteriza justamente em razão da capacidade de sujeição, é elemento característico comum.

Mas ressalte-se que a preclusão também se refere a faculdades, além de que é instituto processual e que se realiza em razão da manutenção perene da coordenação, sucessão dos atos e continuidade dos procedimentos para a prestação jurisdicional. Serve, portanto, este último de excelente critério distintivo, porque põe em evidência a noção de instrumentalidade da preclusão no interesse de promover as medidas necessárias ao desenrolar, e bom, do processo.

4.3.3 Preclusão e “*suppressio*”

A natureza eminentemente instrumental da preclusão serve para que esta também se diferencie de outro instituto, a *suppressio*¹⁸⁸, que, no processo, é a

¹⁸⁶ DIDIER Jr., Fredie. “Sentença constitutiva e execução forçada”. Disponível em <http://www.frediedidier.com.br/>, consultado em 18.04.2011, às 21h8min.

¹⁸⁷ BARBOSA, Antônio Alberto Alves. Da preclusão processual civil. 2a ed. São Paulo: RT, 1992, p. 117.

¹⁸⁸ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Litigância de má-fé, abuso do direito de acção e culpa “in agendo”. Coimbra: Almedina, 2006, p. 56.

perda, ou melhor, o decaimento de um determinado poder processual¹⁸⁹ em razão de não ter sido o mesmo exercido em lapso menor do que aquele necessário a se incutir na outra parte a ideia de que ele não seria praticado. Decorre da necessária boa-fé que deve orientar os atos processuais, posto que o decaimento do referido direito se consuma pelo fato de a outra parte ter legítima expectativa de que o sujeito titular não iria exercê-lo, dado o considerável tempo havido desde a constituição desse patrimônio jurídico.

A *suppressio* (supressão) abrange manifestações típicas de "abuso do direito" nas quais uma posição jurídica que não tenha sido exercida, em certas circunstâncias e por certo lapso de tempo, não mais possa sê-lo por, de outro modo, se contrariar a boa fé.¹⁹⁰

Trata-se de um efeito conseqüente e específico da necessária boa-fé. O fato de ter havido um considerável tempo, desde o marco a partir do qual o sujeito poderia ter exercido o direito, é dado concreto válido a gerar confiança legítima na outra parte de que houve desistência ou inexistência de intenção de que o ato seja praticado.

Quando, no processo, um sujeito permanece inativo durante um determinado espaço temporal, sem empreender nenhum ato jurídico que possa demonstrar a racional tomada de posição para exercitar uma posição jurídica ativa, observa-se a chamada *Verwirkung*. Trata-se da extinção de uma posição processual pela inatividade prolongada em exercê-la, ou seja, a inadmissibilidade, fundada na boa-fé objetiva, do exercício de um direito em virtude de seu retardamento desleal por longo período de tempo.⁴¹⁷ É a omissão reiterada que se torna vinculante pela criação de expectativa na manutenção daquele comportamento omissivo. (Grifos no original)¹⁹¹

Ou seja, o transcurso do tempo provoca legítimo acomodamento da parte que se conforma pela inexistência deste ato. Este acomodamento de expectativas, pois não há mais nenhuma da parte protegida, é tutelado pelo ordenamento, pois impõe boa-fé nos atos processuais, boa-fé esta que pode ser perscrutada, inclusive, a partir do tempo de prática deste ato. Nem mesmo o transcurso de tempo *in albis* pode ser desconsiderado, quando há a possibilidade de este tempo constituir elemento de ardil.

A *suppressio* teve a sua origem na prática da jurisprudência comercial alemã dos finais do século XIX, tendo-se intensificado com

¹⁸⁹ DIDIER Jr., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. v. 1. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 80.

¹⁹⁰ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Litigância de má-fé, abuso do direito de acção e culpa "in agendo". Coimbra: Almedina, 2006, p. 56.

¹⁹¹ CABRAL, Antonio do Passo. Coisa Julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade mudança e transição de posições processuais estáveis. Salvador: Podivm, 2013, p. 134.

a guerra de 1914-18 e com o subsequente período de grande inflação. No cerne do problema, verificou-se que o exercício retardado de certos direitos, em conjunturas de instabilidade, podia dar azo a graves injustiças. Na base da jurisprudência alemã, foram-se elaborando diversas proposições que dariam corpo ao seu regime.¹⁹²

Conforme dito antes, é justamente a noção de instrumentalidade da preclusão que a faz distinta de institutos como é o caso da *suppressio*. Isso porque a *suppressio*, do ponto de vista fenomenológico jurídico, tal qual a preclusão, implica a extinção de um determinado poder processual, mas se distinguem justamente por conta da orientação teleológica de cada uma delas.

A *Verwirkung* é frequentemente referida como a versão contemporânea da *suppressio* romana, mas que encontra interessantes paralelos modernos, como o *equitable estoppel* [preclusão] na tradição do *common law*.¹⁹³

A *suppressio* se origina da necessária e efetiva proteção que ordenamento jurídico impõe ao vedar a má-fé processual, que pode ser viabilizada por meio da prática de determinados atos. Já a preclusão, não. A preclusão pode, por consequência da sua própria natureza, proteger ou induzir a prática de atos de boa-fé, como é o caso da preclusão lógica, mas a preclusão se orienta no interesse primordial de imprimir o avanço processual na direção da prestação jurisdicional.

Assim, a *suppressio* pode se assemelhar a um misto de preclusão. Parece derivar da fusão da preclusão temporal, posto que o critério de tempo é relevante, com a preclusão lógica, dado o fato de que há uma incompatibilidade finalística da longa inércia do sujeito com a posterior prática do ato. Mas a *suppressio* não se trata de preclusão, justamente por conta do patrimônio jurídico que visa tutelar, assim como, por via de consequência, das razões que a originam.

4.3.4 Preclusão como efeito jurídico

Retomando o raciocínio que encerrou o tópico anterior, a preclusão não foi expressamente estruturada pela legislação. A dogmática não lhe inaugurou e nem

¹⁹² CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Litigância de má-fé, abuso do direito de acção e culpa “in agendo”. Coimbra: Almedina, 2006, p. 57.

¹⁹³ CABRAL, Antonio do Passo. Coisa Julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade mudança e transição de posições processuais estáveis. Salvador: Podivm, 2013, p. 134.

lhe proporcionou a organicidade, sistematizando-a e atribuindo-lhe as qualidades, características e efeitos.

A norma positivada somente se serviu do instituto para administrar as soluções que se mostraram interessantes para os desideratos processuais, porquanto se revelam tais fórmulas por meio dos parcos dispositivos que se referem diretamente à preclusão.

Entretanto, o uso dos expedientes dogmáticos chamados preclusivos, ou as hipóteses de preclusão, revelam muitos mais do que simples tipos legais estatuídos com determinados fins. Os fatos eleitos como hipótese de incidência, fato gerador, *fattispecie* ou *tatbestand* são muito didáticos para demonstrar uma qualidade que é intrínseca à preclusão e muito aceita pela doutrina, sem que haja maiores embates por conta disso.

Considerando a reunião de atos ou fatos que dão origem à preclusão, está é facilmente caracterizável como um efeito jurídico. A preclusão é, na maioria das vezes, o resultado da reunião de determinados fenômenos que o direito elege para lhe servir de suporte e condicionar juridicamente a emersão de um determinado resultado da reunião deles, qual seja, o de eliminação de um poder ou faculdade processual.

CHIOVENDA já havia se referido expressamente a esta qualidade da preclusão, quando afirma que se trata de uma expressa consequência jurídica à agremiação dos elementos enunciados como formadores do tipo, nesse sentido, *In verbis*:

Coligi e reuni sob essa observação e essa denominação numerosos casos (e não são todos) nos quais esse expediente se acha aplicado pela lei. São casos variadíssimos, seja pela faculdade processual a que se refere cada um deles, seja pelos efeitos que pode produzir a preclusão do exercício dessa faculdade; mas têm todas, em comum, este elemento, em que, para mim, se concentra a essência da preclusão, a saber, a perda, ou extinção, ou consumação, ou como quer que se diga, de uma faculdade processual pelo só fato de se haverem atingido os limites prescritos ao seu exercício.¹⁹⁴

Dessa forma, as hipóteses acima traçadas de preclusão atendem a esse critério e revelam que o transcurso do tempo (preclusão temporal) a prática de um determinado ato incompatível com o desiderato de praticar um outro que lhe seja posterior (preclusão lógica), a prática de um ato que se deseja repetir (preclusão

¹⁹⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, v. 3. Campinas: Bookseller, 1998, p. 184

consumativa), da mesma sorte que o cometimento de um ilícito, nas hipóteses transcritas, implicam a perda de uma faculdade ou poder processual.

Nesse ponto, há de se diferenciar poder processual de faculdade, utilizando-se para tanto como critério a interferência na esfera jurídica alheia ou não pelo simples lançar mão dessa faculdade ou poder.

Faculdade, portanto, seria o exercício pela parte da sua liberdade de conduta no processo, sem que perceba vantagens jurídicas e sempre sem implicar ônus para o órgão judiciário ou interferir no patrimônio jurídico processual do adversário, não lhe promovendo prejuízos e nem aproveitamentos. Estas seriam as faculdades, as faculdades puras, que são muito raras no processo.¹⁹⁵

Por outro lado, a preclusão pode atingir os poderes das partes, que são faculdades que, quando exercidas, produzem efeitos sobre a esfera jurídica alheia, gerando deveres para o órgão judiciário ou agravando a situação da outra parte. Assim, o simples exercício destes poderes são aptos a motivar a degradação da condição da parte contrária ou obrigações para o juízo.

Ilustrou bem o tema CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO quando afirma, *litteris*:

Bastante ilustrativo é o *poder de recorrer*: a parte vencida tem a *faculdade* de optar entre recorrer ou não recorrer, mas se optar por fazê-lo isso criará para o órgão jurisdicional superior o dever de proferir nova decisão. Como todos os poderes, o de recorrer inclui uma faculdade, que no entanto não é *pura* faculdade. (Grifos no original)¹⁹⁶

Assim, não é árdua a tarefa de classificar a preclusão como efeito jurídico da reunião de determinados elementos constitutivos de um tipo que tem como resultado a extinção de uma faculdade ou poder processual e sempre marcada pelo desiderato de impulsionar o procedimento no sentido da prestação jurisdicional.

Aliás, conforme ilustrado acima, a preclusão como efeito jurídico apto a extinguir faculdades ou poderes das partes expõe a face do instituto de maior recorrência nos diversos regimes jurídicos processuais do ordenamento jurídico brasileiro. Esta natureza de efeito jurídico é que está mais apta a proteger os interesses veiculados por meio desse instrumento que objetiva necessariamente a

¹⁹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. v. 2. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 203.

¹⁹⁶ Ibid., p. 206.

manutenção do desenvolvimento processual, a evolução do processo, um desenrolar progressivo, impondo a sucessão de procedimentos destinados à prestação jurisdicional, nas palavras de CHIOVENDA, “este elemento, em que [...] se concentra a essência da preclusão.”¹⁹⁷

Mas resta atestar se a preclusão também pode se caracterizar como um fato jurídico.

4.3.5 *Preclusão como fato jurídico*

A leitura da cadeia normativa que envolve a matéria permite afirmar que a preclusão pode dar origem a outros efeitos, tais quais ela o é quanto classificada desta maneira. À legislação é absolutamente facultada a formulação de um determinado regime jurídico que admita a preclusão como um fato que implique os efeitos desejados.

A norma jurídica, e a isso acresça-se (mesmo que por mais óbvio que pareça), no sentido estritamente jurídico, nada mais é do que uma programação construtiva de um sistema formal, uma formulação do próprio universo jurídico. Na perspectiva do ordenamento, a norma vincula o direito de acordo com os elementos que ela própria dispõe, ela o concebe de acordo com o seu desiderato.

Ressalte-se a norma jurídica tem certamente força criativa do sistema e também descritiva, uma vez que as considerações anteriores foram suficientes para caracterizar a norma de tal forma e servem a ambas as conclusões. Mas é necessário que se ressalte que, mesmo que a norma (agora entendida como um enunciado linguístico representativo de uma ideia) não limite absolutamente o direito a partir dos elementos de que um enunciado dispõe, a norma assim o faz em certa medida, podendo-se concluir que tal é verdade a partir da prova da sua natureza construtiva, mas não lhe negando a descritiva.

Assim o é em relação ao instituto preclusão, vez que o ordenamento jurídico se utiliza frequentemente desse expediente, mas não tratou de promover a constituição

¹⁹⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, v. 3. Campinas: Bookseller, 1998, p. 184.

da sua matriz, como nos casos, por exemplo, de quando o Código Tributário Nacional descreve as espécies de tributo, desvendando o conceito jurídico acerca do que é imposto, taxa e contribuição de melhoria, atribuindo-lhes as características mais elementares de cada uma das espécies.

A legislação, nesse particular, tratou de reunir os elementos necessários e suficientes à caracterização do que é cada uma das espécies tributárias. A partir do critério legal de atribuição de qualidades se pode facilmente distinguir o que é taxa do que é imposto e do que é contribuição de melhoria.¹⁹⁸

Mas não somente, fez melhor que isso. Além de minudenciar as espécies de tributos, também tratou de enquadrá-las nesse gênero, tanto por meio de enquadramento direto, que ocorre quando se arbitrariamente se insere determinado elemento em um conjunto, quando o fez substancialmente, pois descrevendo as qualidades do gênero, tratou de repeti-las também nas variadas espécies.

No caso do processo civil e do instituto preclusão, verifica-se que a legislação não estruturou o fenômeno, pois somente lhe dispensou disciplina casuística, lançando mão das providências veiculadas pela preclusão nas hipóteses que se revelaram salutares. Em raras exceções, a legislação processual a ela se refere com tratamento muito genérico, a exemplo dos artigos 245, *caput* e parágrafo único e 473 do Código de Processo Civil, quando determina que:

Art. 245. A nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão.

Parágrafo único. Não se aplica esta disposição às nulidades que o juiz deva decretar de ofício, nem prevalece a preclusão, provando a parte legítimo impedimento.

¹⁹⁸ Art. 16. Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte.
Art. 77. As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.
Parágrafo único. A taxa não pode ter base de cálculo ou fato gerador idênticos aos que correspondam a imposto nem ser calculada em função do capital das empresas.
Art. 81. A contribuição de melhoria cobrada pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, é instituída para fazer face ao custo de obras públicas de que decorra valorização imobiliária, tendo como limite total a despesa realizada e como limite individual o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado.

Art. 473. É defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão.

Nos demais casos, a legislação apenas elege os elementos constitutivos do tipo e formula as consequências para cada situação em particular.

Dessa forma, “o Código de Processo Civil não apresenta uma disciplina Orgânica e sistemática da preclusão. Simplesmente assume esse conceito doutrinário [...]”.¹⁹⁹ Afirmar que o Código de Processo Civil assume esse conceito doutrinário, significar dizer que a doutrina se encarregou de catalogar as ocorrências desse fenômeno, enumerar as suas características e determinar a relação de causalidade do mesmo.

No mesmo sentido observa CHIOVENDA, quanto atesta que a sua tarefa em relação à preclusão foi prospectiva e classificatória dos efeitos sob esta rubrica:

Todo processo, uns mais, outros menos, e da mesma forma o nosso processo, com o fim de assegurar precisão e rapidez ao desenvolvimento dos atos judiciais, traça limites ao exercício de determinadas faculdades processuais, com a consequência de que, além de tais limites, não se pode usar delas. Emprestei a essa consequência o nome de “preclusão”, [...]. Coligi e reuni sob essa observação e essa denominação numerosos casos (e não são todos) nos quais esse expediente se acha aplicado pela lei. São casos variadíssimos, seja pela faculdade processual a que se refere cada um deles, seja pelos efeitos que pode produzir a preclusão do exercício dessa faculdade;²⁰⁰

A partir da constatação de que é possível ao ordenamento jurídico eleger livremente os elementos constitutivos do tipo jurídico, cujos efeitos também são de sua livre escolha, é que se identifica o instituto preclusão como componente de diversos outros efeitos jurídicos.

Entretanto, a preclusão como fato jurídico não corresponde à descrição levada a cabo em algumas oportunidades por alguns doutrinadores. A referência à preclusão como um fato processual advindo da ausência de outro, ou como consequência de um terceiro, não lhe implica qualidade de fato jurídico ou processual.

A preclusão é um acontecimento, um fato, que surge no processo, ou como resultado da ausência de outro (inércia durante o tempo útil

¹⁹⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. v. 2. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 456.

²⁰⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, v. 3. Campinas: Bookseller, 1998, p. 184.

destinado ao desempenho de certa atividade); ou como consequência de determinado fato, que, por já ter sido praticado na ocasião oportuna, consumou a faculdade (para a parte) ou o poder (para o juiz) de praticá-lo uma segunda vez; ou ainda como decorrência de haver sido praticado (ou não) algum ato, incompatível com a prática de outro.²⁰¹

Essa formulação, embora absolutamente pertinente em relação às qualidades do instituto, não corresponde exatamente à preclusão quando faz referência à mesma como um fato que enseja a extinção das faculdades ou poderes processuais, em consequência à implementação do tipo jurídico.

Essa referência à preclusão, nessa oportunidade, manifesta claramente a sua natureza de efeito jurídico, pois não se pode diferenciar a preclusão da extinção dos poderes ou faculdades que dela decorreria. A extinção dos poderes ou faculdades é justamente a preclusão. Preclusão, nos casos descritos no excerto, é essencialmente a extinção dessas situações jurídicas ativas por conta da reunião de determinados fatos dos quais se origina a extinção. Preclusão e o impedimento à prática dos atos por ela inquinados são a mesma coisa.

Mas essa não é uma posição isolada, a tentativa de tratar a preclusão como um fato jurídico a partir da perspectiva de observação da mesma como o efeito que consubstancia ocorre por uma injustificável fusão de dois conceitos jurídicos. O de fato jurídico, como dado relevante para a constituição, modificação ou extinção de uma relação jurídica, com o de evento jurídico, que é absolutamente genérico, quase como “coisa jurídica”. Evento jurídico é conceito próximo de ser inservível, derivado unicamente da simples percepção deste determinado fenômeno, que tanto pode ser um fato, quanto um efeito jurídico.

Nesse sentido, corroborando a ideia de que a preclusão, quando encerra as faculdades ou direitos processuais, é a própria extinção, *litteris*:

Consoante esse mesmo raciocínio acima exposto, o fato jurídico será, por sua vez, processual quando tiver relevância para o processo, isto é, quando produzir efeitos ou consequências sobre este último. Assim como um fato da vida é considerado do jurídico quando for relevante para o direito, de forma idêntica, desde que

²⁰¹ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. “Preclusão (Processo civil)”. Saneamento do processo. Estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (org.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, 145.

relevante para o processo, será então também considerado processual.²⁰²

E o autor complementa, afirmando expressamente as conclusões acima tomadas, no sentido de que “Como já asseverado anteriormente, parece-nos mais adequado afirmar que a preclusão e a própria perda, não sendo um mero efeito dela oriundo.”²⁰³

Dito isto, embora seja absolutamente saliente no ordenamento que a predominância do instituto se revele como efeito jurídico, posto que nesse particular “O propósito do legislador é imprimir maior precisão no processo, tornar possível a definitiva certeza dos direitos, e assegurar-lhes rápida satisfação.”²⁰⁴ isso provoca a extinção das faculdades e poderes processuais, razão pela qual nada obsta ao fenômeno preclusivo servir de suporte fático para outros efeitos, sendo, nessa perspectiva, um legítimo fato jurídico.

A doutrina, por via de consequência, já se encarregou de catalogar as ocorrências do fenômeno, assim caracterizado por reunir os elementos de distinção da preclusão já tratados.

Veja o caso da coisa julgada (efeito jurídico). A preclusão é elemento do suporte fático do fato jurídico composto consistente na prolação de decisão de mérito, fundada em cognição exauriente, acobertada pela coisa julgada formal (preclusão temporal máxima), cujo efeito é a formação de coisa julgada material.

A preclusão também pode compor o suporte fático de fato jurídico invalidante de ato processual: é o que ocorre com a interposição intempestiva de um recurso (fato jurídico = interposição de recurso + preclusão temporal), cuja consequência é a inadmissibilidade (invalidade) do procedimento recursal.²⁰⁵

No mesmo sentido afirma ANTÔNIO ALBERTO ALVES BARBOSA, quando conclui que “Ela não é apenas circunstância, mas dela poderão decorrer muitas circunstâncias; não está somente ligada à estrutura, porque é, afinal, a garantia da estrutura do processo.”²⁰⁶ Isso faz crer que o instituto, conforme o próprio autor

²⁰² GIANNICO, Maurício. A preclusão no direito processual civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 68.

²⁰³ Ibid., p. 70.

²⁰⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, v. 3. Campinas: Bookseller, 1998, p. 183.

²⁰⁵ DIDIER Jr., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2009.

²⁰⁶ BARBOSA, Antônio Alberto Alves. Da preclusão processual civil. 2a ed. São Paulo: RT, 1992, p. 38.

afirma que o é²⁰⁷, pode servir de suporte fático para que sejam deflagrados outros efeitos jurídicos, constituindo também fato jurídico e não somente efeito.

Esta condição da preclusão como fato jurídico também já havia sido objeto de tratamento por CHIOVENDA, na medida em que o referido autor expressamente afirma que do instituto pode se originar direitos, compondo a preclusão um dos elementos do tipo jurídico que prevê a constituição de uma relação jurídica:

Da preclusão pode originar-se um direito (por exemplo, *actio iudicati*); mas pode mais comumente originar-se uma simples *situação jurídica*. A situação jurídica (KOHLER) é, por igual, uma figura jurídica do direito privado e do direito processual; distingue-se do *direito* porque encerra apenas um *elemento* do direito, ou de um efeito ou de um ato jurídico futuro; quer dizer, apresenta-se uma circunstância que, com o concurso de outras circunstâncias sucessivas, pode conduzir a determinado efeito jurídico, ao passo que, se tais circunstâncias não sobrevêm, deixa aquela de produzir qualquer efeito.²⁰⁸

Nesse particular, é ressaltada a recorrente condição da preclusão como um elemento constitutivo do tipo. Da mesma forma que o exemplo formulado por DIDIER JÚNIOR, CHIOVENDA salienta a condição da preclusão como um dos elementos do direito “circunstância que, com o concurso de outras circunstâncias sucessivas, pode conduzir a determinado efeito jurídico”²⁰⁹.

Invoca, inclusive, semelhante exemplo que o referido por DIDIER JÚNIOR no que tange à constituição da coisa julgada, havendo a preclusão de integrar um dos elementos do tipo jurídico e assim produzindo outros efeitos em uma relação processual diversa daquela em que se formou: “outra coisa é o caso julgado que decorre da preclusão da questão de mérito e se destina a produzir seus efeitos nos processos futuros (supra, vol. I, nº 117);” (CHIOVENDA, 1998, p. 186).

Como um outro exemplo de preclusão servindo de elemento integrador do suporte fático, pode se citar a prorrogação da competência em razão de estar precluso o direito da parte de arguir a incompetência *ratione loci*. Nesses casos, a preclusão atua como legítimo fato jurídico, promovendo prorrogação da competência

²⁰⁷ BARBOSA, Antônio Alberto Alves. Da preclusão processual civil. 2a ed. São Paulo: RT, 1992, p.38: “Considerá-la como método, parece-nos que é alterar-lhe a verdadeira posição, uma vez que, na verdade, ela é o instituto do qual decorre o método do processo.”

²⁰⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, v. 3. Campinas: Bookseller, 1998, p. 185.

²⁰⁹ Ibid., p. 185.

do juízo, em razão do simples fato de não ter sido oposta exceção pela parte interessada e que dispunha deste poder processual.

Ademais, não é profícuo o exame sucessivo dos exemplos, pois muito diversos e apenas a ocorrência de um deles é capaz de provar a condição da preclusão de, em determinadas situações, fato jurídico.

O essencial é atestar simplesmente a existência desses fenômenos e perscrutar a dinâmica do mesmo, compreendendo quais são os elementos que denotam essa situação. Logo, a preclusão será fato jurídico sempre que esta integrar um dos elementos de um tipo, implicando a constituição, modificação ou extinção de uma relação jurídica. Assim o será quando for essencial (isolada ou em conjunto com outros elementos) para a verificação de determinados efeitos.

5 PRECLUSÃO E QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA

5.1 Preclusão nas questões de ordem pública

A lei processual civil dispõe expressamente acerca de que “A nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão.” (art. 245 do Código de Processo Civil – CPC –) Nesse sentido, afirma que haverá preclusão que se operará em relação a absolutamente todas as nulidades processuais, independente da sua natureza, seja ela qual for, mesmo que todo o processo tenha sido inquinado por conta disso.

É necessário se destacar que tal dispositivo não tem aplicação nos casos em que se pretende a decretação de nulidade por conta de ter havido um dos dois vícios *transrecisórios* que podem ser ausência de citação do réu ou citação realizada irregularmente, pelo simples fato de que tais vícios podem ser suscitados e requerida a decretação de nulidade mediante a propositura de *Querela nullitatis*. Esta é a demanda judicial autônoma que tem por objeto a anulação de um ato judicial que não depende de sentença ou em que esta for meramente homologatória. Literalmente significa querela de nulidade, denotando um litígio judicial que tem como fundamento uma determinada nulidade e o objeto a consequente anulação do ato judicial.²¹⁰

A *querela nullitatis* deita raízes no direito comum italiano, sendo uma das antecedentes da ação rescisória, mas que com esta não se confunde, em razão do fato de que, conforme o art. 485 do Código de Processo Civil, nem todas as causas de pedir desta última demanda decorrem de nulidades. Isso porque, ainda conforme o referido dispositivo legal, há diversos fundamentos de ajuizamento da ação rescisória que se relacionam com o mérito da demanda, além de outros que não se confundem com arguições de invalidade.²¹¹

A possibilidade de ajuizamento da *querela nullitatis* encontra fundamento no fato de haver nulidade praticada e passível de ser pronunciada mesmo após a

²¹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. Vocabulário do Processo Civil. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 391.

²¹¹ Ibid., p. 391.

formação de coisa julgada material. A *querela nullitatis*, portanto, é uma demanda que objetiva provimento constitutivo, trata-se também de uma ação autônoma de impugnação de decisão judicial, junto com a “rescisória”, além da anulatória prevista no art. 486 do Código de Processo Civil.

Outro aspecto que distingue a *querela nullitatis* da ação rescisória é que a primeira é imprescritível, além de que deve ser ajuizada perante o órgão judiciário que proferiu a decisão.

Distingue-se das demandas em geral pelos seus objetivos e fundamentos que necessariamente devem ser lançados quando da deflagração desta ação que é notadamente específica, vez que tem objeto previamente definido e muito mais recortado em relação às ações generalistas, além da imposta vinculação da fundamentação na nulidade do ato que se pretende invalidar.²¹²

O importante é destacar que, nesse caso, não há oportunidade de manifestação das partes interessadas na decretação de nulidade, pois aquele que não foi citado ou cuja citação for irregular, não pode se fazer presente nos autos dum processo em que houve a prática de atos nulos, razão pela qual o art. 245 não se aplica diretamente a essas situações. Daí a importância deste ato processual e sem o qual não há como se oportunizar a ampla defesa e o contraditório da parte prejudicada.

O nosso diploma processual, de fato, trata a citação com enfoque especialíssimo. Como em alhures oportunamente exposto neste trabalho, as invalidades que cercam o ato de chamar o réu ao processo, angularizando a relação jurídica processual, é tema de destaque e ferrenha defesa mesmo após o trânsito em julga do da demanda. Há possibilidade de ° demandado, prejudicado, opor embargos execução, ou mesmo ingressar com novel processo para declaração de ineficácia da sentença ainda que decorrido o prazo para a propositura de ação rescisória - daí falar-se em caso de “vícios transrescisórios”, na circunstância de processo que corre a revelia do demandado por defeito na citação do réu.²¹³

Entretanto, não há vício processual que não possa convaler se considerado o fato de que numa eventual execução, por exemplo, após o réu ser regularmente intimado ele não contestar a mesma lhe oferecendo embargos ou exceção de pré-

²¹² DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. 4 ed. São Paulo: Malheiros Ed, 2004, v. II.

²¹³ RUBIN, Fernando. A preclusão na dinâmica do processo civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 172.

executividade. Nessa situação, ainda que tenha havido a nulidade nos autos do processo em fase de conhecimento, a inexistência de questionamento acerca da execução do título judicial mal formado faz convaler o vício, por mais elementar e grave que seja.

Verifica-se a princípio que a legislação, se observada de forma abrangente e novamente destacado o art. 245 do CPC, poderia estar dispondo em frontal contrariedade à possibilidade de decretação de invalidade processual após o prazo para o ajuizamento da ação rescisória por conta de vícios *transrecisórios*, retirando do sujeito interessado nessa decretação a possibilidade de sucesso de uma eventual tentativa nesse sentido.

Caso entendido o art. 245 do CPC como uma referência a todos e qualquer tipo de nulidade (absoluta ou relativa), não haveria, portanto, vícios processuais impassíveis de preclusão quanto à sua decretação, ainda que se apresentassem demasiadamente graves, o que, à primeira vista, poderia representar um atentado ao bom senso. Mas ainda que assim se constate a partir da leitura do referido dispositivo, a doutrina tem entendido que as questões de ordem pública, assim como as que se referem a direitos indisponíveis não são atingidas pela preclusão.²¹⁴

A partir desses elementos objetivos, os tribunais e a doutrina reconstroem o pensamento do Código de Processo Civil, chegando a essa fórmula bastante ampla: *só a matéria sujeita à disponibilidade das partes e suscetível de preclusão e não a que diga respeito à ordem pública*. Incompetência absoluta, carência de ação, litispendência, coisa julgada, Impedimento do juiz, dolo de uma das partes em detrimento da outra etc., são temas que sem a menor sombra de dúvida pertencem à ordem pública. (Grifos no original)²¹⁵

No mesmo sentido é o pensamento de MONIZ DE ARAGÃO quanto ao tema, pois o referido autor preleciona que: “Em vista do disposto no art. 267, § 3º, torna-se claro que em princípio não há preclusão para as partes (tampouco para o juiz, como é óbvio) a propósito das questões integrantes dos pressupostos processuais e das condições da ação.”²¹⁶

²¹⁴ ROCHA, Raquel Heck Mariano da. Preclusão no processo civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, p. 123.

²¹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. 4 ed. São Paulo: Malheiros Ed, 2004, v. II, p. 457.

²¹⁶ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. “Preclusão (Processo civil)”. Saneamento do processo. Estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (org.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 182.

Retornando ao critério de distinção quanto a quais matérias cuja análise não poderia sofrer preclusão, ficou esclarecido que a doutrina majoritária trata de limitá-las àquelas de ordem pública, que seriam aquelas que se relacionam com os pressupostos processuais e às condições da ação, que seriam, portanto, passíveis de conhecimento de ofício e argúveis a qualquer tempo. Estas não poderiam se sujeitar à preclusão. Entende-se majoritariamente que, mesmo que as partes ou o juiz não tenham arguido ou decidido sobre tais temas, estes poderiam ser suscitados por qualquer um dos sujeitos do processo, em qualquer grau de jurisdição, ainda que tenha havido o esgotamento do prazo a elas relativo ou tenha o processo atingido fase mais avançada.²¹⁷

As questões relativas às nulidades absolutas estariam, portanto, incluídas nas matérias argúveis a qualquer tempo, pois de ordem pública, ao passo que aquelas nulidade relativas estariam inevitavelmente sujeitas à preclusão.

Esse critério, portanto, merece uma análise mais acurada, pois apresenta quatro problemas fundamentais.

O primeiro destes problemas se relaciona à definição de quais seriam os defeitos processuais implicariam nulidades absolutas. O tema será tratado mais adiante, mas não é redundante deixar claro que o principal óbice quanto a isso é o simples fato de que a teoria das invalidades processuais estar invariavelmente fincada em um sem número de dispositivos dogmáticos que estatuem determinados vícios como sendo deflagradores de nulidade absolutas. Assim, tal teoria seria necessariamente contingencial. Tal análise dependeria da verificação casuística de cada um dos possíveis defeitos e qual a tratativa que a legislação dispensaria a cada um deles.

O tema das nulidades processuais é dos mais complexos, polêmicos e vastos. Juristas de singular renome e brilhantismo sucederam-se em seu exame, sem lograr consenso no tocante à classificação mais científica dos diversos vícios que podem ter lugar no processo.²¹⁸

Logo, muito embora se possam classificar vários defeitos como implicadores de nulidades absolutas, a doutrina carece de um critério abarcante, definidor e, por isso mesmo, apriorístico de quais os desatendimentos que gerariam tais nulidades.

²¹⁷ ROCHA, Raquel Heck Mariano da. Preclusão no processo civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, p. 124.

²¹⁸ Ibid., p. 125.

O segundo deles diz respeito aos pressupostos processuais, tema que também será tratado mais adiante. Quanto a este particular, deve-se inicialmente ressaltar que, ainda que não se opere a preclusão no mesmo processo em relação à análise destes pressupostos, os vícios que não inquinam a existência de uma prestação jurisdicional podem convaler em fases processuais posteriores. É o caso de uma execução, cuja relação processual se instaure regularmente, mas não contestada, muito embora fundada em título judicial nulo por conta de inexistência de citação do réu.

O terceiro problema diz respeito às condições da ação, pois como já é assente na doutrina, existe uma séria problemática em separar as chamadas condições da ação (possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade) do mérito da demanda. Assim, caso não se reconheça preclusão quanto a esses temas, estar-se-á admitindo que não há preclusão quanto a questões de mérito do litígio, o que consubstancia um atentado contra a formação da coisa julgada material, técnica fundamental para o encerramento da prestação jurisdicional.

Há ainda o problema em torno das condições da ação. Distingui-las das questões de mérito é tarefa hercúlea, como já foi visto. Permitir a rediscussão sobre a existência de uma condição da ação é, muita vez, dar ensejo a nova decisão sobre questão de mérito já decidida.²¹⁹

O quarto problema é justamente a questão que, aparentemente, é pacífica na doutrina majoritária: que não se sujeitam à preclusão as matérias de ordem pública, que são argúveis a qualquer tempo e a qualquer grau de jurisdição.

Quanto a esse particular, pode-se pensar de que todas as matérias que podem ser arguidas de ofício pelo órgão jurisdicional seriam, por isso mesmo, questões de ordem pública, uma vez que a legislação permitiu esse conhecimento de ofício. Mas afirmar que somente por conta da cognoscibilidade de ofício das matérias elas se tornam de ordem pública é deixar de lado uma análise mais percuciente das questões que são chamadas de ordem pública.

²¹⁹ DIDIER Jr., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. v. 1. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 530.

5.2. Questão de ordem pública e preclusão

Conforme vistos nos capítulos segundo e terceiro, as regras processuais são normas de comportamento que visam dispensar uma solução prescrevendo diretamente uma conduta. Isso não exime o intérprete de, no interesse de identificar essa conduta, pois as possibilidades hermenêuticas a partir dos enunciados são muitas, perquirir acerca dos princípios informadores daqueles valores que inspiraram a regra, assim como observar se a disciplina legal que se verifica por meio da interpretação atende aos desideratos da própria norma.

No caso da análise das questões de ordem pública, é indispensável se verificar com mais aprimoramento hermenêutico se no caso concreto existe realmente um atendimento aos princípios constitucionais que regem o processo, assim como aos fins para os quais a norma foi estatuída, no interesse de esclarecer se há ou não interesse público envolvido no tema sob julgamento.

Veja-se o exemplo do art. 219, § 5º, do CPC, o qual determina que: “O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição.” A prescrição é a perda da pretensão do titular em relação ao direito violado. No caso da prescrição pronunciada em juízo decorrente de constatação do lapso temporal necessário a tanto, somente ao credor e ao devedor na obrigação tal fato interessa, não há como se verificar interesse público direto nesse caso, senão somente indireto, a fim de que seja prestada a jurisdição da forma mais rápida possível.

Mas a questão de fundo e ínsita ao litígio é justamente a disputa havida entre os litigantes, quando um pretende o reconhecimento do direito deduzido em juízo, enquanto o outro intenta justamente o contrário, evitar que haja tal declaração.

Nesse caso em particular, não há como se pretender não haver preclusão quanto à análise dessa questão. Quanto a isso, verifica-se que, conforme o comando legal expresso, deve o juízo, sim, pronunciar a prescrição de ofício caso seja essa verificada no caso em disputa. Todavia, não mais poderia o órgão fazê-lo caso já houvesse pronunciamento negativo a esse respeito e não tendo havido recurso quanto ao tema.

A lei processual, inclusive, acolhe esse posicionamento, posto que o art. 471 do CPC assim dispõe:

Art. 471. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo:

I - se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença;

II - nos demais casos prescritos em lei.

Se já houver decisão acerca da prescrição da pretensão, que é matéria que carece de interesse público suficiente para qualificá-la como de ordem pública, não há como se decidir novamente sobre tal questão, a não ser que haja demanda recursal versando sobre o tema. Pensamento contrário atentaria frontalmente contra a segurança jurídica que deve necessariamente inspirar a condução do processo, devendo sempre se prezar pela estabilidade dessa relação, no interesse da condução no sentido da prestação jurisdicional final.

Embora amplamente debatida em doutrina, a interpretação a ser dada ao art. 471 do Código de Processo Civil é discussão, até certo ponto, estéril, por não ser determinante ao reconhecimento da existência de preclusão também para o juiz. Com razão, defende João Batista Lopes que a proibição de o juiz decidir novamente as questões já decididas independe de regra legal expressa, porque o princípio do *ne bis in idem* deve ser compreendido como ínsito no sistema, sob pena de se Instaurar regime de insegurança e intranquilidade para as partes e desprestígio para a função jurisdicional, pelo que conclui ser inviável a reapreciação de questões já decididas pelo juiz sem recurso. (Grifos no original)²²⁰

Por fim, ainda no caso particular da prescrição, a renovação da sua análise de ofício, por conta da natureza da matéria, corresponderia a nova decisão relativa ao mérito da demanda, sem que houvesse provocação das partes, outro fato obstativo desse reexame.

De uma forma geral, sem tratar especificamente do direito processual, questões de ordem pública são aquelas que se relacionam com bens ou valores de interesses da comunidade em geral e por isso devem ser defendidos pelo Estado, sendo obrigação universal o resguardo dos mesmos. Pode-se dizer que as questões de ordem pública gerais tratam de núcleos axiológicos de um dado grupo.

A ordem pública se infere de normas imperativas que sejam ao mesmo tempo representativas de interesses da coletividade e que transcendam à esfera dos interesses privados ou de pequenos grupos, para atingir a sociedade como um todo. As leis ou normas de ordem pública resumem e retratam aspectos considerados pelo

²²⁰ ROCHA, Raquel Heck Mariano da. Preclusão no processo civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, p. 86.

sistema jurídico brasileiro como integrantes de seu núcleo essencial, Compondo o universo mais ou menos amplo dos valores éticos, sociais, culturais, econômicos e até religiosos, que a sociedade brasileira elegeu e procura preservar.²²¹

Já no direito processual, o termo tem acepção mais peculiar, embora não nuclearmente distinta do quanto afirmado acima. Isso porque o processo viabiliza a prestação de um serviço público muito especial e, por conta de suas particularidades, assume um conjunto de valores que também se relacionam como seus desideratos. Entretanto, como o processo é técnica que se insere no contexto de uma comunidade a partir de um determinado escopo, todos os valores que são eminentemente instrumentais assumem essas posições, pois facilitam o atingimento das metas viabilizadas pelo processo e, por isso, satisfazem à coletividade na sua expectativa pelo provimento efetivo e em tempo razoável.

Da lei adjetiva se extrai que há interesse relevante na verificação de categorias processuais específicas, que são as condições da ação, os pressupostos processuais e as nulidades processuais. Na perspectiva da doutrina tradicional, é este o núcleo de normas que pode ser destacado das várias outras normas processuais imperativas para, então, constituir a ordem pública processual.

Contudo, de uma perspectiva mais ampla, o interesse público deve ser associado aos objetivos que o Estado-juiz procura alcançar por meio da atividade jurisdicional, os quais guardam direta relação com a oferta de meios para o acesso à justiça e com a obtenção de resultados efetivos quanto à crise de direito material trazida, eliminando conflitos mediante critérios justos.

[...]

Em conclusão, pode-se afirmar que o interesse público que informa e se encontra na base da ordem pública significa, em relação ao plano do direito processual, que a atividade jurisdicional deve ser realizada visando a obtenção do resultado mais efetivo, Justo e tempestivo da crise de direito material trazida a julgamento. Para tanto, somente se justifica a recusa em proferir decisão de ' mérito se for respeitado o princípio da economia processual, com a eliminação da circunstância impeditiva do julgamento do mérito desde logo.

Não sendo tempestiva esta providência, o mesmo interesse público justificará o aproveitamento dos atos já praticados e a solução da controvérsia mediante julgamento quanto ao mérito [...].²²²

Ademais, no que se relaciona às legítimas matérias de ordem pública, pois inspiradas pela defesa do interesse da coletividade, tal pensamento também se faz adequado, pois tanto a segurança jurídica processual, especificamente veiculada por

²²¹ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2011, p. 67.

²²² Ibid., p. 67-68.

meio da tutela da confiança depositada na base, quanto o direito das partes a uma demanda estável militam no sentido de que não podem ser revistas de ofício as matérias que já foram decididas.

Haver preclusões para o juízo é técnica inegavelmente necessária à condução do processo, pois as decisões interlocutórias também precisam se submeter à preclusão, para que se evite o tumulto processual e para que não seja violado o direito das partes de serem tratadas de forma igualitária. Para aqueles que demandam em juízo, como último instrumento que o Estado põe à disposição dos indivíduos no interesse da correção de ilicitudes, é necessário a garantia de uma condução processual segura (pois nela se pode confiar) e estável (pois se evitam indesejados retornos a estados processual anteriores).²²³

Sem embargo, independentemente da segurança como um anseio, como aspiração, há liminarmente uma inafastável necessidade do homem poder assentar-se sobre algo reconhecido como previsível, logo, algo *estável* ou relativamente estável, pois é isto – e só isto – o que lhe permite determinar-se em um ou outro sentido; *de outra sorte, suas condutas não poderiam ser senão pura mente aleatórias*. A previsibilidade é o que condiciona a ação humana. É ela que enseja projetar e iniciar, conseqüentemente – e não ao mero sabor do acaso, do fortuito, do azar ou da fortuna - comportamentos cujos frutos são esperáveis a médio e longo prazo. Esta é a normalidade das coisas.

Posto que a maior parte das relações compostas pelos sujeitos de direito constitui-se em vista do porvir e não apenas da imediatidade das situações, cumpre, como inafastável requisito de um ordenado convívio social, isto é, livre de abalos repentinos ou surpresas desconcertantes, que haja algum teor de estabilidade nas situações destarte constituídas. (Grifos no original)²²⁴

A necessária segurança jurídica nas relações, inclusive processuais, deve ser a tônica, junto, é claro, com outros princípios e regras regentes que também revelam o necessário conjunto de valores que inspiram todo o ordenamento, assim como a própria gênese do direito instituído nos Estados Democráticos. Como já destacado, a segurança jurídica é um dos princípios mais fundamentais do ordenamento, posto que o precede. Não há que se olvidar o fato de que a própria existência direito encontra razões diversas no estabelecimento de um estado de segurança, tanto no sentido informativo, que se destina a esclarecer ao indivíduo com clareza que

²²³ ROCHA, Raquel Heck Mariano da. Preclusão no processo civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, p. 87.

²²⁴ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Segurança jurídica e mudança de jurisprudência. In: Revista de Direito do Estado, n. 6, Rio de Janeiro, Renovar, 2007, p. 329.

conduta deve ser adotada, quanto no repressivo, quanto incute com firmeza o sentimento de que toda violação será reparada e devolvido o status jurídico como previsto.

No caso da relação jurídica processual, a tutela da segurança jurídica se justifica ainda mais, pois se concretiza na necessária proteção da confiança que as partes depositam nas diversas e sucessivas bases que vão se formando a partir do acúmulo de atos praticados no processo, sendo todos eles mediados pelo Estado ou implementados por ele. Todas essas características, portanto, militam no sentido de ampliar a fidúcia depositada na base, sendo aplicável, por conta disso, o princípio da proteção da confiança.

Não se admitir que haja preclusão para o juízo no que se relaciona às questões de ordem pública é o mesmo que permitir que o próprio Estado possa ser motriz da variabilidade, da insegurança. Essa não é uma postura isolada. Há doutrina abalizada que também defende a impossibilidade de revisão que questões de ordem pública sem que haja provocação para tanto, seja ela meramente revisional por meio de pedido de reconsideração ou recursal. Se há preclusão para as partes quanto a temas que são muito mais afeitos a elas no processo e que dizem direta e intimamente respeito aos direitos disputados, não há como não se falar em inexistência de preclusão para o juízo também quanto a esses temas quando já houver sido decidido o incidente.

Também há preclusão lógica em relação ao magistrado. [...]

Importante que se perceba que a preclusão lógica está intimamente ligada à vedação *ao venire contra factum proprium* (regra que proíbe o comportamento contraditório), inerente à cláusula geral de proteção da boa-fé. Considera-se ilícito o comportamento contraditório, por ofender os princípios da lealdade processual (*princípio da confiança* ou *proteção*) e da boa-fé objetiva.

Quando a parte ou o magistrado adota um comportamento que contrarie comportamento anterior, atua de forma desleal, frustrando expectativas legítimas de outros sujeitos processuais. Comportando-se o sujeito em um sentido, cria fundada confiança na contraparte - confiança essa a ser averiguada segundo as circunstâncias, os usos aceitos pelo comércio jurídico, a boa-fé, os bons costumes ou o fim econômico-social do negócio -, não podendo, depois, adotar um comportamento totalmente contraditório, que quebra a confiança gerada e revela ardil, deslealdade, evasão. Trata-se de lição velha, embora aplicada, aqui, com outros termos.

E a idéia de preclusão lógica é a tradução, no campo do direito processual, do princípio da boa fé objetiva, mais especificamente do

vetusto brocardo do *nemo potest venire contrafactum proprium* (ninguém pode comportar-se contrariamente aos seus próprios atos), hoje considerado integrante no conteúdo da cláusula geral da boa fé objetiva. (Grifos no original)²²⁵

A mesma doutrina conclui, quanto às preclusões judiciais que se relacionam com o exame de admissibilidade do processo, informando clara e expressamente, que não há questionamento quanto ao fato de que não há preclusões judiciais para o exame desses temas, mas que o poder o juízo de revisão de ofício destas questões estaria irremediavelmente precluso. Nesse interesse, a interpretação do art. 267, §3º do CPC realmente permite tal conhecimento de ofício. Mas não há como compatibilizar a interpretação no sentido ora combatida (de que é possível a reanálise de ofício pelo juízo das questões de ordem pública) com os princípios já citados e que direcionam as providências no sentido da manutenção da estabilidade da demanda, do processo com duração razoável e, acima de tudo, da segurança jurídica. Veja-se:

Não se permite que o tribunal, no julgamento do recurso, reveja questão que já fora anteriormente decidida, mesmo se de natureza processual, e em relação à qual se operou a preclusão. O que se permite ao tribunal é conhecer, mesmo sem provocação, das questões relativas à admissibilidade do processo, respeitada, porém, a preclusão.

Parece haver uma confusão entre a possibilidade de conhecimento *ex officio* de tais questões, fato indiscutível, com a possibilidade de decidir de novo questões já decididas, mesmo as que poderiam ter sido conhecidas de-ofício. São coisas diversas: a cognoscibilidade *ex officio* de tais questões significa, tão-somente, que elas podem ser examinadas pelo Judiciário sem a provocação das partes, o que torna irrelevante o momento em que são apreciadas. Não há preclusão para o exame das questões, enquanto pendente o processo, mas há preclusão para o reexame. (Grifos no original)²²⁶

Mais especificamente no que se relaciona à preclusão para a análise das questões de ordem pública, há doutrina de igual porte que vai ainda mais além. Nesse sentido EDILTON MEIRELES preleciona, em relação aos apelos processados em instâncias extraordinárias, refletindo acerca do efeito translativo dos recursos, que não seria possível se suscitar originariamente as questões de ordem pública nessa oportunidade:

Urge ressaltar, de nossa parte, que o efeito translativo não tem lugar em instância extraordinária. Desse modo, uma das questões

²²⁵ DIDIER Jr., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. v. 1. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 282-283.

²²⁶ Ibid., p. 527.

consideradas como de ordem pública, não pode, pela primeira vez, portanto de ofício, ser reconhecida, por exemplo, em sede de recurso de revista.²²⁷

Tal posicionamento se funda essencialmente no quanto destacado pelo referido doutrinador quanto aos princípios que regem o processo, principalmente no princípio da efetividade da justiça, que não significa somente a possibilidade de se exigir do Estado uma prestação jurisdicional em relação a determinado conflito. Efetividade da justiça significa mais amplamente o direito à prestação jurisdicional que tutele efetiva e concretamente o patrimônio jurídico violado num tempo razoável.

Talvez o mais importante princípio processual, não expresso, mas inerente ao texto constitucional, seja o da efetividade da justiça, desdobrando-se, a partir dele, diversos outros subprincípios.

Por tutela efetiva, tem-se a satisfação concreta do direito, pelo Estado, por meio da jurisdição, com respeito à ordem constitucional, em tempo razoável.

Todos esses valores estão gasalhados na Constituição Federal. Isso porque, ela não se preocupa apenas em assegurar o direito à jurisdição, mas, sim, o de satisfação dos direitos, especialmente os fundamentais (inclusive o de realização da justiça), de forma concreta, substancial, material.²²⁸

Dito isso, verifica-se que todos os princípios já citados inevitavelmente se conectam uns aos outros. A segurança jurídica é princípio fundamental que, além de ser garantido pelo ordenamento, o precede como inspiração para a própria instituição do direito.

Mas a segurança jurídica não pode ser possível em sua completude se não houver a garantia de acesso dos indivíduos à tutela do Estado, esta como instrumento de correção e sedimentação da compreensão do próprio Estado acerca do conteúdo do direito. Para que haja tal compreensão útil dos jurisdicionados acerca da postura do Estado quanto ao direito, é necessária a prestação jurisdicional efetiva, que não se confunde com a mera tutela, pois ela deve ser capaz de reprimir as violações e restaurar os fatos como previstos pelo ordenamento.

Essa repressão e restauração, por fim, não pode vir a destempo. É imponível que se tutele o direito pretendido e que se desestimule comportamentos ilícitos futuros com a reação estatal em tempo hábil, por meio de um processo com duração

²²⁷ MEIRELES, Edilton. Primeiras linhas de processo do trabalho. 1. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 445.

²²⁸ Ibid., p. 120.

razoável. Nesse mesmo sentido é a afirmação de antiga, porém atual e absolutamente consagrada doutrina baiana, pois leciona que:

[...] justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade. Os juízes tardinhos são culpados, que a lassidão comum vai tolerando. Mas sua culpa tresdobra com a terrível agravante de que o lesado não tem meio de reagir contra o delinqüente poderoso, em cujas mãos jaz a sorte do litígio pendente.

Não sejas, pois, desses magistrados, nas mãos de quem os autos penam como as almas do purgatório, ou arrastam sonos esquecidos como as preguiças do mato.²²⁹

A preclusão, como já ressaltado é instrumento processual concebido para que sejam encerradas determinadas fases ou evitar que novas sejam inauguradas quando os sujeitos do processo já o tiveram a oportunidade de suscitar as questões que estão sujeitas a ela. A análise da sujeição de determinadas matérias à preclusão deve necessariamente passar pela consideração de qual aproveitamento processual poder ser auferido pela possibilidade de se reavaliá-las. A garantia da segurança jurídica, decorrendo daí a efetividade da tutela, que não prescinde de um processo com duração razoável, deve temperar tal juízo.

O andamento ordenado e coerente do processo é obtido não só através dos prazos, mas também das preclusões.

[...]

A lei, em outros tempos e em outros países, estabelecia e estabelece um andamento muito rígido do processo, reservando para cada atividade um determinado momento, passado o qual aquela já não será possível; nossa lei, porém, inspira-se hoje mais no princípio da elasticidade e da adaptabilidade do procedimento as exigências particulares de cada causa, embora de maneira compatível com a necessidade de assegurar ao processo um andamento expedito e isento de contradições e recuos, garantindo a certeza das situações processuais. Por isso, independentemente dos prazos, encontramos na lei vigente também numerosos casos de preclusões: [...].²³⁰

Conforme no trecho acima transcrito, verifica-se que o processo adaptável e elástico não é incompatível com a estruturação de fases por meio do estabelecimento de prazos e preclusões, porquanto, saliente-se novamente, que o transcurso de prazos pode constituir inegável fato extintivo de poderes ou

²²⁹ BARBOSA, Ruy. Oração aos moços. Disponível em: "<http://www.academia.org.br/abl/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=191&sid=146>", acesso em 10 de março de 2013, às 17h.

²³⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de direito processual civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 302-303.

faculdades processuais dos sujeitos do processo. Muito embora a adaptabilidade e elasticidade do procedimento, em face do necessário encerramento de fases que não podem ser reinauguradas, sejam ideias que denotem, em uma análise superficial, conteúdos contraditórios, tais são perfeitamente conciliáveis se se tiver em vista cânones associativos das mesmas que, de igual forma, agremiem valores encontrados em todas elas.

Ao imaginarmos qualquer sistema de estabilidades, temos que olhar os dois reversos da medalha, pois existem fatores a favor e contra as preclusões. Por um lado, o aumento da força da preclusão favorece a eficiência sistêmica por evitar a litigância inútil, e assume uma importância de longo prazo em garantir segurança, mesmo que, com a petrificação de conteúdos equivocados, sacrifique aqui e ali o valor justiça. De igual modo, evitando as revisões, assegura-se maior facilidade de implementação e exercício dos direitos. Por outro lado, o fortalecimento das preclusões exigirá dos litigantes maiores deveres de cuidado em debater cooperativamente e exaustivamente certas questões.²³¹

A segurança jurídica, a efetividade da tutela jurisdicional (revelada pelo necessário processo legal substancial), assim como a duração razoável do processo são cânones interpretativos, pois demonstram os valores que o intérprete deve considerar para equilibrar as tensões, absolutamente solúveis, existentes entre a ausência de rigidez plena do procedimento (pois adaptável e elástico) com o encerramento definitivo de fases.

Tais podem ser conciliados se houver a máxima garantida dos sujeitos do processo, notadamente dos mais interessados no seu satisfatório e eficaz deslinde, autor e réu, de que estes poderão exercer com plenitude e eficiência os seus poderes e faculdades processuais no interesse da promoção das suas pretensões, ampla defesa, exercício do contraditório e direito de prova. O simples fato de que já houve a possibilidade do exercício eficaz por parte de autor e réu desses poderes e faculdades autoriza o encerramento das fases processuais e o avanço do processo.

Cabe esclarecer, ainda, que quando falamos em efetividade não queremos nos referir apenas à decisão judicial em si. Mas, sim, à **decisão judicial e a sua concretude, satisfação, efetivação, cumprimento, num prazo razoável.**

Diga-se, ainda, que essas mesmas lições se aplicam quando da interpretação da norma. Sempre que possível, **ela deve ser interpretada de forma a se assegurar, ao máximo possível, o**

²³¹ CABRAL, Antonio do Passo. Coisa Julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade mudança e transição de posições processuais estáveis. Salvador: Podivm, 2013, p. 308.

direito fundamental de acesso à Justiça; jamais para restringir esse direito fundamental. (Grifos nossos)²³²

Esse exercício hermenêutico de compatibilização entre a existência da preclusão com a necessária elasticidade e adaptabilidade do procedimento deve se pautar de forma a garantir o atendimento dos princípios da segurança jurídica (concretizado em cada caso pela proteção da confiança), efetividade do provimento, assim como dos direitos constitucionais de ampla defesa e exercício do contraditório. Como destacado, os últimos direitos citados não podem ser suprimidos, mas a garantia do seu exercício ao máximo não significa que se poderão exercer poderes e faculdades processuais em qualquer oportunidade, ainda que tais poderes e faculdades tenham sido inspiradas por aqueles direitos.

Determinadas técnicas procedimentais, como o oferecimento de contestação, réplica, produção de provas e impugnações, são concebidas no intuito de que sejam garantidos os direitos das partes à ampla defesa e ao contraditório. Entretanto, se já houver sido dada plena oportunidade às partes nesse interesse, tais poderes ou faculdades perdem o sentido de garantir o contraditório ou a promoção da ampla defesa. Esses poderes ou faculdades quando exercidos sem a emanção axiológica que lhes legitima, ou seja, quando não se prestam ao atendimento dos seus fins, constituem flagrante arbítrio e são, portanto, ilícitos.

Ainda no que se relaciona ao demandante e ao demandado, também não há que se olvidar o fato de que estes também não podem dispor absolutamente do processo por meio de alterações arbitrárias do procedimento. Muito embora o processo sirva, em primeira análise e mais diretamente, à satisfação do interesse das partes pela elucidação da contenda, também há de se compor tal equação com o interesse público envolvido. Por isso que, o retorno do procedimento a fases anteriores, ainda que haja expressão da vontade das partes nesse sentido, não pode prevalecer se já houve garantias plenas de que os atos que se intentam praticar já foram devida e exaustivamente oportunizadas antes. Esse é limite do interesse privado na solução do litígio.

Quanto ao juízo, já se viu que o comportamento contraditório do órgão jurisdicional atenta contra a segurança jurídica (materializada pela princípio da

²³² MEIRELES, Edilton. Primeiras linhas de processo do trabalho. 1. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 120.

proteção da confiança) contra o devido processo legal substancial, pois afasta a prestação eficaz da justiça, e, mais diretamente, contra a duração razoável do processo. A reiteração de fases com o retorno do processo a estados anteriores somente se legitima por interesse público se se houver constatado que determinada matéria não foi ainda objeto de decisão judicial e que tal tema é inspirado pela função pública do processo.

Ainda nesses casos, muito embora possa o tema ser analisado de ofício pelo órgão, tal atividade deve encontrar limites nas fases procedimentais. Ou seja, mesmo que sejam matérias passíveis de apreciação a qualquer tempo, não significa que não haja limites que determinam a preclusão dessa análise. O que se deve, antes de tudo, adiantar é que até mesmo as matérias de ordem pública acerca das quais não tenha havido decisão explícita precluem se não houver manifestação do juízo, de ofício ou a requerimento das partes, que pode ocorrer a qualquer tempo, mas a qualquer tempo dentro de determinados marcos processuais.

Constatação divergente corre o risco de depor a favor de comportamentos do juízo que impliquem injustificáveis atrasos e retornos, que não se limitam em si mesmos, pois implicam a indesejável insegurança.

O sistema processual possui freios e impõe limites também ao juiz quanto à possibilidade de retificação e de alteração de posições assumidas em decisões anteriores. A finalidade maior da atuação jurisdicional não seria atendida se se admitissem infundáveis contramarchas no processo, que não pode ser fruto da insegurança do órgão julgador, decidindo e revendo, sem respaldo legal (fora das exceções previstas pelo ordenamento), suas decisões. Ao juiz, que personifica o Estado no exercício da função jurisdicional, também não deve ser concedida a livre atuação, com decisões pendulares que tumultuem o processo e tragam insegurança.

Se a preclusão para as partes tem entre seus fundamentos imperativos de coerência e de segurança, com mais razão ainda a preclusão para o juiz se justifica na preservação da ordem do processo e da certeza nas relações processuais. Não admitir que o juiz se sujeita à preclusão é legitimar a surpresa traidora da confiança do jurisdicionado.²³³

Não se está vaticinando que inexistente a possibilidade de o juízo pronunciar de ofício matérias de ordem pública, não. O que se está afirmando é que, como já dito, matérias que são examináveis de ofício não se confundem necessariamente como de ordem pública, sendo necessárias, portanto, limitações a seu exercício. Quanto

²³³ ROCHA, Raquel Heck Mariano da. Preclusão no processo civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, p. 86-87.

às matérias de ordem pública, aquelas que se revelam pelo interesse público na qualidade e regularidade da prestação jurisdicional, estas podem ser, sim, pronunciadas de ofício pelo órgão julgador, mas tal atividade também precisa de limites, sob pena de ferimento dos princípios da segurança jurídica (especificamente concretizado pela proteção da confiança), do devido processo legal substancial e da necessária duração razoável do processo.

As questões de ordem pública devem ser encaradas numa perspectiva instrumental, pois se não servem ao desiderato de imprimir maior eficiência na prestação jurisdicional, significa que a pronúncia das mesmas representa mero formalismo, se prestando tal providência a justamente o contrário, prejudicar o andamento do processo e obstar a entrega do serviço público.

Em matéria processual, são de ordem pública as regras que possibilitam (ou não impedem) o exercício adequado da jurisdição, mas só se pode considerar um uso adequado se a finalidade é atingida. E sendo a finalidade da jurisdição a de prestar tutela jurisdicional, resolver as crises de direito material que são trazidas ao Judiciário, pacificando as relações humanas e econômicas, nota-se que esta perspectiva finalística também deve ser dada às matérias de ordem pública processuais.²³⁴

Via de regra, as matérias de ordem pública não poderiam ser suscitadas e acolhidas sem a observância do direito das partes ao contraditório e não sem que antes se pudesse suprir a falta ou sanar o vício. Somente poderiam ser acolhidas com a conseqüente extinção do processo sem resolução do mérito se não houvesse como superar os prejuízos, pois estes devem ser necessariamente constatados antes de se pronunciar qualquer irregularidade. Vê-se que estas matérias estão necessariamente conectadas com a função que devem desempenhar nos processo.

[...] a ordem pública processual pode ser definida como o conjunto de regras técnicas que o sistema concebe para o controle tempestivo da regularidade do processo, necessariamente voltadas para o objetivo maior de permitir que seus escopos sejam atingidos, com rapidez, economia e racionalidade, regras que devem ser suscitadas pelas partes ou pelo magistrado com obrigatória observância do contraditório, e que apenas excepcionalmente devem conduzir à extinção anômala do processo ou impedir que se realize o julgamento quanto ao mérito do litígio.²³⁵

²³⁴ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil. São Paulo: Altas, 2011, p. 69.

²³⁵ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil. São Paulo: Altas, 2011, p. 106.

No caso das decisões judiciais acerca da regularidade do processo, estas podem revelar conteúdos explícita e implicitamente. Em relação a este tema, a doutrina mais tradicional tem afirmado peremptoriamente que somente há preclusão para o direito das partes de provocar nova decisão acerca de assunto já analisado pelo juízo e que trate dos pressupostos processuais ou das condições da ação. Ou seja, em se tratando da decisão de saneamento do processo, por exemplo, já tendo havido essa manifestação do juízo e não havendo recurso contra ela, o direito das partes de arguir o conteúdo decidido estaria irremediavelmente precluso.

[...] a eficácia preclusiva da decisão de saneamento do processo se irradia, em princípio, sobre toda a matéria que faz parte de seu núcleo decisório, tão-somente para as partes, desde que se mostrem, por não terem recorrido, presumivelmente conformadas com o provimento judicial.

Por outro lado, em decorrência do disposto no § 3º. do art. 267, não há se cogitar de eficácia preclusiva, *in casu*, para o juiz, que poderá, até o momento de proferir sentença, reexaminar a matéria atinente aos pressupostos processuais e às condições de admissibilidade da ação (cf. incs. IV, V e VI do art. 267).²³⁶

Como já dito, o posicionamento supra não deduz haver preclusão para o juízo disputar novamente acerca do tema. Assim o órgão pode analisá-lo novamente e de ofício, caso verifique haver irregularidade acerca do mesmo.

Esse entendimento, todavia, é reprovável, uma vez que uma decisão judicial que trata da regularidade processual, tendo, por isso mesmo, resolvido no saneamento do processo que este está apto a prosseguir, não pode ser revista se não houver a interposição de recurso nesse sentido. À única exceção em relação a esta regra é se não houver sido dada a oportunidade de manifestação à parte prejudicada pela irregularidade, sendo ela titular ou não do direito em litígio, ou ao sujeito processual que deveria ter funcionado no processo, como é o caso do Ministério Público.

Essa única exceção, inexistência conhecimento do vício, que impede o exercício do contraditório e da ampla defesa, se justifica em razão do fato de que não há como se falar em preclusão acerca de um tema se o prejudicado não teve ciência da irregularidade, não podendo, por isso mesmo, lhe serem estendidos os

²³⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e. "Sobre a eficácia preclusiva da decisão declaratória de saneamento". *Saneamento do processo. Estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda*. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (org.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 281.

efeitos. Não tendo sido oportunizado ao interessado o conhecimento do ato irregular ou da inexistência de ato que se faria necessário, não preclui o direito do mesmo de arguir tal vício e nem tampouco do juízo, mas nunca antes de tentar saná-lo.

Mas no caso da decisão de saneamento do processo, deve ser dito que o provimento declaratório no sentido da regularidade do feito impede que o Estado analise de ofício novamente essa questão sem que tenha sido provocado por recurso. No caso das decisões explícitas, não há possibilidade de o órgão judicial renovar tratativa de uma matéria que não tenha sido objeto de demanda recursal acerca desse mesmo tema. Há, nessa situação, patente preclusão consumativa para o órgão.

Nosso entendimento é que, *de lege lata*, com bases nos arts. 267, § 3º, 471, 473, 516, do CPCB [Código de Processo Civil], 1º, *caput*, 5º, *caput*, e incs. LIV e LV, CR/88, o juiz, nas instâncias ordinárias, pode decidir de ofício sobre as matérias referentes as condições da ação e pressupostos processuais, desde que elas ainda não tenham sido decididas, pois uma vez proferida a decisão acerca destas matérias, cabe às partes manifestarem suas irrisignações (recursos) sob efeito de preclusão tanto para as partes quanto para os órgãos judiciários (*pro judicato*). (Grifos no original)²³⁷

Mesmo na decisão de saneamento, não há como se repetir a análise, sem que haja a interposição de recurso, se o Estado já se manifestou atestando a regularidade do feito. Pensamento contrário foge completamente à sistemática estatuída pelos princípios informadores do processo. Não há como se justificar essa especial frustração da confiança depositada na decisão proferida, assim como aquela depositada na sedimentação posterior de atos fundados na norma inserta na decisão. No caso da decisão de regularidade do feito, não há, em absoluto, prejuízo do Estado caso haja a manutenção do processo no estado em que se encontra, sabendo-se ainda que às partes já foi oportunizado o direito de manifestação acerca da decisão e de impugná-la, renunciando aos mesmos quando permanecerem inertes.

No caso das decisões implícitas acerca da regularidade do procedimento, mormente haja outras considerações acuradas sobre a licitude das mesmas mais adiante, neste tópico cabe fazer, de logo, uma separação entre a preclusão em face da decisão expressa da eventual preclusão derivada de “decisão implícita”.

²³⁷ NUNES, Dierle José Coelho. “Preclusão como fator de estruturação do procedimento”. Estudos continuados de Teoria do Processo: origens históricas da processualística democrática. Rosemiro Pereira Leal (coord.). Porto Alegre: Síntese, 2004, v. 4, p. 204.

Na primeira, há expressa decisão sobre a questão, na segunda, estaria afastado o vício em face do procedimento adotado, isso pela prática de atos incompatíveis com a invalidade, pela simples razão de terem sido os mesmos praticados ou mesmo pelo prosseguimento do processo. Nos casos de vícios cognoscíveis de ofício, ou seja, que devem ser obrigatoriamente pronunciados pelo juízo, o procedimento incompatível com essa pronúncia faz precluir o poder do órgão jurisdicional de fazê-lo. Trata-se de preclusão lógica para o juízo, enquanto que as decisões explícitas provocam preclusão consumativa do órgão.

Nos dois casos, muito embora o efeito seja o mesmo, de extinguir o poder do órgão de analisar o tema, a causa do primeiro é a impossibilidade de se proferir decisão contraditória àquela que se deduz pelo simples prosseguimento dos atos processuais, ou seja, preclusão lógica. Já a causa do segundo é o fato de ter havido decisão anterior, o que impede o proferimento de uma nova, ou seja, preclusão consumativa.

Isso não significa que temas não abordados em decisões anteriores deixem de poder ser pronunciados a qualquer tempo. Nesse particular, impedir a análise de tema que tenha sido objeto de decisão implícita deve se compatibilizar com a norma processual que impõe ao órgão o conhecimento, em qualquer tempo e grau de jurisdição, das matérias insertas nos incisos IV, V e VI do art. 267, do Código de Processo Civil.²³⁸

Nesse caso, a própria norma processual oferece a solução para o aparente conflito, vez que somente pode ser analisada a questão a qualquer tempo desde que não tenha sido ainda proferida a sentença de mérito. Ou seja, “a qualquer tempo e grau de jurisdição” significa “enquanto ainda não resolvido o *thema decidendum*, o mérito do objeto litigioso”.

²³⁸ Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:

[...]

IV - quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;

V - quando o juiz acolher a alegação de perempção, litispendência ou de coisa julgada;

VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;

[...]

§ 3º O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos ns. IV, V e VI; todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento.

Mas há opiniões divergentes:

Em nosso sentir o Juízo de segundo grau poderia reconhecer a matéria argüida em defesa preliminar e extinguir o processo sem o julgamento do mérito, ainda que já tivesse rejeitado tal matéria no julgamento do agravo de instrumento. Tal matéria, inclusive, não necessitaria nem ao menos ser alegada pelo apelante, podendo o juiz reconhecê-la de ofício.

A justificativa para tal entendimento é exatamente a mesma que expusemos quando tratamos da preclusão judicial para o juiz de primeiro grau no tópico acima. Basta consultar o art. 267, em seu § 3.º, que autoriza o "juiz conhecer de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos n.ºs IV, V e VI". E a melhor resposta à questão da possibilidade de o juiz de segunda instância decidir com base na ausência das condições da ação ou dos pressupostos processuais, ainda que não provocado e mesmo que já tenha se posicionado contrariamente a esse entendimento.²³⁹

Veja-se que na hipótese acima, a situação narrada pelo referido Autor não poderia se perfazer, pois o mesmo dispositivo legal que ele invoca como fundamento da reforma defendida impediria tal reexame na perspectiva desse trabalho. Todavia, ainda que respeitável postura tenha sido assumida pela divergência destacada, a mesma norma somente faculta o exame da questão em destaque apenas "enquanto não proferida a sentença de mérito" e isso não se pode ignorar.

No caso das decisões explícitas, o marco essencial para o tema não ser mais objeto de controvérsia é a simples existência de decisão, pois a norma processual afirma que as questões de ordem pública poderão ser objeto de análise a qualquer tempo e grau de jurisdição, desde que não tenha sido ainda proferida a sentença de mérito, mas não faculta dessa mesma forma o reexame. As decisões explícitas, portanto, afastam a possibilidade de seu reexame sem provocação, pois não mais constitui o tipo estatuído no §3º, do art. 267 do Código de Processo Civil.

Nesse caso, diga-se, não é elemento do tipo o trânsito em julgado da decisão proferida ou mesmo do capítulo de sentença com o que se relaciona o vício por não ter sido ele englobado na demanda recursal. O marco processual é simplesmente enquanto ainda não resolvido o *thema decidendum*, o mérito do objeto litigioso, mesmo que a decisão ainda seja passível de recurso no que se relaciona a este *thema decidendum*.

²³⁹ NEVES. Daniel Amorim Assumpção. Preclusões para o juiz: preclusão *pro iudicato* e preclusão judicial no processo civil. São Paulo: Método, 2004, p. 248.

Nas decisões implícitas, não. Nesses casos, há aplicação imediata e frontal do referido dispositivo, posto que ainda não foram pronunciadas questões cujo conhecimento se impõe ao órgão. Assim, esses mesmos temas podem ser pronunciados, mas desde que não tenha sido ainda proferida a sentença de mérito, ou seja, desde que não tenha o processo avançado o suficiente para se justificar a manutenção do seu estado.

A norma processual, no caso, oferece a solução mais adequada, pois indica o marco processual exato a partir do qual preclui o poder do juízo de pronunciar vício acerca do qual não houve provocação. Concretamente, é o mesmo que se dizer que o órgão recursal não pode mais examinar tema referente aos pressupostos processuais se já houver sido proferida a sentença pelo juízo *a quo* e o recurso interposto se limite a impugnar a decisão quanto ao mérito da demanda e não suscite o vício.

É também o caso de o juiz não apreciar de ofício uma questão que pode levar à extinção do processo, como o não recolhimento das custas processuais exigidas no ajuizamento da demanda. Se o juízo for omissivo, não determinar o recolhimento das custas e resolver o mérito, não pode, depois, o órgão recursal apreciar a questão afastada implicitamente (não extinção do feito em face do não-recolhimento das custas) e extinguir o processo por resolução do mérito.

Até mesmo em situações mais complexas, como é o exemplo da incompetência absoluta, não pode o órgão recursal, de ofício, reconhecer esse vício após o juízo *a quo* resolver o mérito da demanda. Nesse caso em particular, mesmo diante da redação do art. 113 do Código de Processo Civil, que, diferentemente do art. 267, §3º, não fornece marco processual para se limitar o conhecimento da matéria, há preclusão para o poder do órgão de examinar de ofício a incompetência. Veja-se que essa hipótese é de exame de ofício da incompetência e não se trata de reexame, pois este último seria vedado de qualquer forma se não houver provocação.

Na hipótese do art. 113 do CPC²⁴⁰, ainda que considerados os seus termos, não há como se admitir que se possa examinar de ofício a incompetência absoluta do órgão após o proferimento da decisão que resolve o mérito da demanda, pois

²⁴⁰ Art. 113. A incompetência absoluta deve ser declarada de ofício e pode ser alegada, em qualquer tempo e grau de jurisdição, independentemente de exceção.

essa interpretação não condiz com os princípios afeitos ao processo, principalmente o de efetividade, proteção da confiança e da regra de que não haverá nulidade sem prejuízo. É sabido que um órgão jurisdicional, mesmo que constitucionalmente incompetente, é plenamente investido de jurisdição e, por isso mesmo, a decisão proferida por si é válida e deve produzir efeitos caso sejam superadas as fases processuais em que deveria ter havido tal constatação.

Ao se conferir a determinado órgão a jurisdição ou o poder jurisdicional, está-se outorgando-lhe o poder ou aptidão genérica para resolver litígios. Todos que exercem jurisdição têm, portanto, o poder de julgar, mas, diante do objeto litigioso, da pessoa envolvida, da função exercida, aquele órgão específico poderá não ter legitimidade - ou seja, competência - para solucionar aquele conflito. O órgão jurisdicional que detém competência é legítimo para atuar, podendo legitimamente e sem objeção exercer a jurisdição.²⁴¹

A extinção de um processo amadurecido e com decisão que resolve o mérito é muito mais prejudicial para as partes e para o Estado do que a prorrogação da competência do órgão. Nesse particular, não há prejuízo algum que justifique tal medida que, aliás, atende aos desideratos das partes, pois não se insurgiram quanto a isso quando podiam, além de também inexistir dano para o Estado.

Assim, o órgão, depois do saneamento e de ter produzido todas as provas, ultrapassada a fase de instrução (gerando a expectativa nas partes de que ele é competente), somente pode de ofício reconhecer sua incompetência até antes do proferimento da decisão que resolve o mérito, isso no interesse de se compatibilizar a interpretação da norma processual expressa com os princípios constitucionais do processo.

Significa que, se for adotada postura para as decisões implícitas semelhante àquela dispensada às decisões explícitas, estar-se-á negando vigência ao §3º, do art. 267 e ao art. 113 do CPC, quando, em realidade, da leitura da cadeia normativa, eles pode ser compatibilizados com a dinâmica principiológica processual.

Ademais, apenas reforçando a posição acima destacada, tem-se o caso do advogado atua em todo feito sem exhibir procuração outorgada pela parte que supostamente ele defende. Mesmo que mesmo que ninguém impugne essa atuação

²⁴¹ CUNHA. Leonardo José Carneiro da. "A competência como legitimidade para a prática do ato jurídico". Revisitando a teoria do fato jurídico: Estudos em homenagem a Marcos Bernardes de Mello. Fredie Didier Jr.. Marcos Ehrhardt Jr.. (coord.) São Paulo: Saraiva, 2010, p. 378.

irregular e o juízo resolva o mérito da demanda, no caso de haver recurso, o órgão recursal não deve conhecer deste recurso por não ter o mesmo advogado exibido a procuração, devendo, ainda, determinar a extinção do processo afastando a resolução de primeiro grau.

Isso porque a parte cujo direito esta sendo disputado em juízo desconhece a irregularidade. O interessado no saneamento do vício e eventual prejudicado não conheceu do mesmo e muito menos teve o direito de se manifestar acerca dele. Nesse caso não houve o exercício do contraditório ou da ampla defesa, razão pela qual não há como se falar em preclusão.

Sem embargo, por remeter a possibilidades de conduta derivadas das trocas intersubjetivas, o processo, em seu formato argumentativo, está imerso nas interações próprias do contraditório. Assim, qualquer conteúdo do debate processual pertence ao mundo do agir, de atos voluntários e fundamentados nas razões para a sua prática, e é nessa perspectiva que deve ser perquirido o limite objetivo das estabilidades e empreendida a análise dos conteúdos da discussão.²⁴²

Todavia, situação se afigura de modo diferenciado se, tomando ciência do vício, a parte deixa de requerer a nulidade do processo por não ter outorgado poderes ao advogado que procura em seu nome. Nesse caso, muito embora possa haver o vício, assim como um possível prejuízo, a parte deixou precluir o seu direito de requerer a decretação da invalidade processual. Essa situação justifica ainda mais a existência de preclusão do poder do juízo de pronunciar o mesmo vício, se a parte a quem ele eventualmente prejudica não o fez. A inércia da parte demonstra interesse da mesma no deslinde do feito da forma em que se encontra.

Quanto ao tema, válido destacar o enunciado número 115, da Súmula da Jurisprudência predominante do Superior Tribunal de Justiça – STJ –, veja-se:

Súmula 115

NA INSTANCIA ESPECIAL É INEXISTENTE RECURSO INTERPOSTO POR ADVOGADO SEM PROCURAÇÃO NOS AUTOS.²⁴³

²⁴² CABRAL, Antonio do Passo. Coisa Julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade mudança e transição de posições processuais estáveis. Salvador: Podivm, 2013, p. 418.

²⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula da Jurisprudência Predominante. Enunciado 115. Brasília, DF, 6 de dezembro de 1994. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp?&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=111>>. Acesso em: 18 abr. 2013, 14:15:00.

Primeiramente, acerca do enunciado transcrito, deve ser destacado que o mesmo confunde invalidade do ato com a inexistência do mesmo. No caso do recurso interposto pelo advogado que não tem procuração nos autos, há o ato de interposição do recurso, houve o pedido de uma prestação jurisdicional por quem tem capacidade postulatória para tanto, muito embora não seja válido requerer naquele singular sentido, pois somente pode pretender uma decisão do Estado acerca do direito alheio o advogado que goze de poderes específicos para aquele desiderato.

Nessa situação, em que o advogado atua no feito sem procuração em todas as fases do processo, no primeiro e segundo graus, não cabe conhecer do recurso especial se houver sido interposto, a menos que a parte que estaria supostamente representada pelo advogado sem procuração tivesse conhecimento anterior da condução do processo pelo profissional e não arguisse o vício. Assim, tendo o representado quedado inerte diante de tal fato, a irregularidade convalidaria e os atos praticados seriam convalidados, estando, portanto, precluso o poder do órgão de reconhecer a invalidade processual.

Essa hipótese é diversa daquela (na qual o advogado somente ingressa no processo quando da interposição do recurso especial) apenas no que pertence ao conjunto de atos que foram praticados anteriormente e se a parte pretensamente representada pelo profissional conhecia ou não essa situação. Nesse último caso, do advogado que passa a atuar no feito sem procuração a partir da interposição da medida recursal, há também a prática de ato nulo, tal qual aquele patrono que conduz o processo desde o primeiro grau.

Nas duas situações o tribunal não deve conhecer do recurso interposto, mas no primeiro caso isso é correto apenas se a parte pretensamente representada não tiver ciência do vício, pois se o conheceu e não o arguiu deve o órgão conhecer do recurso. Dito isso, vê-se que, além mesmo tendo o advogado ingressado no processo a partir da interposição do recurso especial, deve-se dar ciência à parte “representada” acerca do aviamento da medida, pelo que, não havendo insurgência da mesma sobre o tema, convalida-se o ato.

Mas, menos nos casos exóticos como o acima destacado e muito mais naqueles que se repetem com certa regularidade diante do judiciário, o instituto da preclusão por demais se justifica, pois vem justamente oferecer o instrumento para

que tanto ocorra, por meio do encerramento desses poderes do juízo. O oferecimento de estabilidade direcional ao processo é medida que se impõe como garantidora da necessária segurança jurídica. O processo deve ser uma construção por meio da edificação de fases no sentido único da prestação jurisdicional, ainda que haja determinados e justificados retornos. Mas estes não podem ser ilimitados por meio da possibilidade de o juízo promover análises tardias ou até mesmo reanálises sem que haja demanda tempestiva para tanto. Deve-se ser respeitada e desejada a aquisição pelo processo de um determinado *momentum* em sentido vetorial tendo como foco a prestação jurisdicional. E é justamente a segurança jurídica que conserva esse conteúdo inercial do processo no sentido dessa prestação. Por esses motivos alguns institutos são consagrados, como é o caso da preclusão.

Portanto, é a segurança, a estabilidade, o que norteia a conduta dos homens. Daí que o Direito não poderia alhear-se disto. Não teria sequer como existir a não ser apoiado sobre esta base estrutural. Eis porque o ***princípio da segurança jurídica*** é, provavelmente, o maior de todos os princípios fundamentais do Direito, já que se encontra na base dele, em seu ponto de partida. A irretroatividade da lei nova, os institutos da prescrição, da decadência, da preclusão, da coisa julgada, do ato jurídico perfeito e do direito adquirido, são, *entre outros*, manifestações explícitas e concretas deste sumo princípio. (Grifos no original)²⁴⁴

Veja-se que no caso do excerto acima o autor citou diversos institutos jurídicos, dentre os quais a sua maioria é de direito “material”, ou que nele encontram as suas maiores expressões. No que se relaciona exclusivamente ao processo, citaram-se apenas dois que se consagram justamente em razão das importantíssimas funções que têm: a preclusão e a coisa julgada. Ora, ambos são preclusão, pois o primeiro deles se trata da preclusão mais tradicionalmente caracterizada, pois referente ao exercício de poderes e faculdades processuais e o último (coisa julgada) é justamente a preclusão que mais se persegue com o processo, que é a preclusão final contra rediscussões acerca da matéria de fundo da demanda.

Note-se que o instituto da preclusão, se foi utilizado no interesse de proteger o objeto da demanda (que é a tutela jurisdicional que se pretende) contra novas análises, revela-se ainda mais adequado para evitar novas discussões acerca das

²⁴⁴ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Segurança jurídica e mudança de jurisprudência. In: Revista de Direito do Estado, n. 6, Rio de Janeiro, Renovar, 2007, p. 329.

matérias que são suscitadas no processo, mas que não se confundem com o objeto litigioso.

O fato de se proteger a decisão final por meio da eficácia preclusiva da coisa julgada revela a importância do instituto para o encerramento do debate, a restauração da ordem e reforço da segurança jurídica, uma vez que a resolução *principaliter tantum* de uma questão é a própria solução dada ao objeto litigioso do processo, constituindo o *thema decidendum*, diferindo-se, portanto das questões incidentais. Assim como em relação às questões resolvidas por meio de *resolução incidenter tantum*, sobre o *thema decidendum* também haverá cognição, mas somente em relação a esta última haverá *iudicium*.

No caso da preclusão em sua acepção tradicional e legal, esta se refere a questões que deveriam ser decididas incidentalmente, ou seja, *incidenter tantum*, que é a solução dispensada a uma questão incidental no processo, uma questão que servirá de fundamento para a decisão acerca de outras questões.²⁴⁵ Assim, é imponível ao órgão judiciário delas conhecer, resolvê-las, implicando mera cognição acerca das mesmas e não decisão, que se restringe à solução dispensada ao *thema decidendum*.

Estas questões incidentais estão relacionadas com a fundamentação da decisão acerca do objeto litigioso do processo, compõe o objeto do processo, diferindo do *thema decidendum* e não será acobertado pela coisa julgada, mas pela preclusão, caso não haja demanda recursal ou pedido de reconsideração quanto a isso.

Assim, se há eficácia preclusiva incidindo na decisão final que versa sobre o objeto litigioso, mais razão há para que se acobertem as decisões incidentais, ainda que sejam tomadas implicitamente, como é o caso de comportamentos judiciais que presumem regularidade do processo. Esse é o entendimento que se extrai da leitura de toda a cadeia normativa, porquanto o processo serve justamente no interesse da busca pela preclusão final por meio da coisa julgada.

É, portanto, possível cogitar de que a ordem pública processual, apesar de dizer respeito ao modo de ser do processo e visar a regularidade do instrumento adotado para que as partes busquem a realização concreta do direito material, seja vista e interpretada sob

²⁴⁵ DIDIER Jr., Fredie. Pressupostos processuais e condições da ação. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 54.

premissas menos rigorosas, para permitir a realização dos seus objetivos centrais, sem porém considerar que todos os aspectos que envolvem a ordem pública sejam verdadeiros dogmas, mantras repetidos incessantemente, mas que nem por isso se tornam verdades absolutas.

Das razões sistemáticas acima expostas, com o devido acatamento à posição absolutamente majoritária que defende posição oposta, é lícito asseverar que ordenamento processual brasileiro, tal qual hoje posto, fornece os elementos para afirmar a preclusão da questão de ordem pública, no mínimo para o mesmo juiz, que fica impedido de a ela voltar por ocasião da decisão de mérito.²⁴⁶

Ao contrário do quanto afirmado pelo trecho acima, válido destacar postura divergente, cujo entendimento ora não se acolhe:

Se o juiz ficar impedido de rever sua decisão que teve por objeto as matérias de ordem pública, o que aparentemente beneficiaria aquele que não teve contra si uma declaração impeditiva de obtenção da tutela pretendida, na verdade o prejudicará de maneira muito mais contundente, já que, numa situação dessas, o juiz nunca decidirá no mérito em seu favor.²⁴⁷

Note-se que no caso destacado acima, a existência de preclusão para o juízo analisar determinadas questões não implica necessariamente que o órgão deva resolver o mérito do litígio no sentido contrário aos interesses de quem teria sido prejudicado pela decisão impeditiva de exame da contenda. A ausência da causalidade proposta acima demonstra somente que não há consequências necessariamente prejudiciais decorrentes da preclusão, pois essa ocorreria mais especificamente no interesse de que sejam julgados os pedidos e solucionada a contenda.

Mais adiante serão analisados de forma particular os casos mais recorrentes de questões de ordem pública, invalidades processuais, pressuposto de constituição e de desenvolvimento válido do processo e produção de provas, propondo-se solução para cada um deles.

²⁴⁶ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2011, p. 181/182.

²⁴⁷ NEVES. Daniel Amorim Assumpção. Preclusões para o juiz: preclusão *pro iudicato* e preclusão judicial no processo civil. São Paulo: Método, 2004, p. 245.

5.3 Invalidades processuais e preclusão

No processo de prestação jurisdicional, porquanto composto de uma diversidade de atos e fases, que, por muitas vezes, se multiplicam e dão origem a novos incidentes, há a possibilidade ocorrerem invalidades que podem inquinare o feito. Assim, um defeito na formação do processo (ausência dos necessários pressupostos de constituição e requisitos de desenvolvimento válido do processo) pode prejudicar a validade de atos posteriores, ainda que não todos eles.

A existência do ato inválido e insanável demanda a providência fulcral em relação a tal condição que é o seu necessário desfazimento, que se dá em virtude da sua invalidade. Assim, a invalidade é uma sanção, imposta contra o ato jurídico que assim se discrimina dos demais atos válidos, pois o suporte fático do primeiro não gozou de regularidade no seu preenchimento, gerando um defeito contra o qual o ordenamento jurídico impôs esta sanção, uma vez verificada tamanha gravidade.

Entretanto, não há de se confundir a invalidação, que consubstancia a sanção, com o defeito que lhe oportunizou. Nesse exato sentido, a invalidação é a própria sanção, é consequência jurídica decorrente do não preenchimento satisfatório dos fatos geradores do direito que se pretende:

A invalidação é a sanção cominada para as hipóteses em que se reconheça que o ato foi praticado sem o preenchimento de algum requisito havido como relevante.²⁴⁸

O vício, por sua vez, é o fato gerador da referida sanção, pois é o pressuposto fático do efeito que é a sanção. O defeito de um ato jurídico é somente um dos requisitos da hipótese de incidência da sanção, é um dos elementos do tipo que implica a invalidação, que, por sua vez, haverá sempre de ser decretada e nunca declarada.

O ato defeituoso decorre da prática de um determinado ato jurídico sem o correto preenchimento dos requisitos valorados pelo ordenamento como relevantes e o ato inválido é aquele ato defeituoso que assim é reconhecido pelo órgão judicial, implicando a decretação de invalidação, pois o defeito se reconhece, administrando-

²⁴⁸ DIDIER Jr., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. v. 1. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 258.

se a providência constitutiva que é a invalidação do ato, como aplicação da consequente sanção correlata.²⁴⁹

A distinção entre invalidade absoluta e invalidade relativa (anulabilidade) se funda necessariamente no regime jurídico que o ordenamento criou para administrar providências diversas a defeitos que considera mais ou menos graves. Assim, os prazos, a legitimidade para a arguição do defeito, as hipóteses de saneamento do defeito ou convalidação do ato, assim como os demais efeitos da invalidação denotam a importância atribuída pelo ordenamento ao requisito que não teria sido preenchido em determinado ato.²⁵⁰

É natural que a conseqüência da imperfeição do ato guarde correspondência com a natureza e gravidade do defeito e com a natureza do próprio ato. É muito mais grave a falta de assinatura em uma sentença, do que o uso de vistosa tinta vermelha em manifestações do juiz ou do advogado nos autos (art. 169); é muito mais grave o vício de uma sentença sem motivação, que de uma petição inicial sem data. Por isso, existe uma graduação de intensidade entre os tratamentos dados aos diversos possíveis defeitos dos atos processuais. Eles vão da pura e simples *indiferença* (uso de abreviatura em um termo lançado pelo cartório, art. 169, par.) à radical *inexistência* do ato jurídico imperfeito (sentença sem assinatura). Em situações intermediárias existem os casos em que a imperfeição conduz à *nulidade* do ato (absoluta ou relativa), perdendo ele a eficácia quando assim o juiz o determinar. Os atos de parte, quando juridicamente existentes, são eficazes ou ineficazes, sem se cogitar de sua nulidade. (Grifos no original)²⁵¹

Nestes casos, a providência dogmática dispensada ao mesmo fenômeno jurídico, qual seja, o ato defeituoso, é a nota distintiva havida entre ambos, sendo tal regime jurídico o critério de diferenciação fundamental.

A formulação de critérios precisos e exaustivos para a distinção entre nulidade absoluta e nulidade relativa no âmbito processual não é muito útil, pois ambas carecem de decretação e são invalidades, gozando somente de regime jurídico distinto²⁵². Assim, qualquer ligeira modificação no ordenamento jurídico quanto ao tema poderá implicar a insubsistência de qualquer classificação ao fulminar justamente o critério distintivo da diferenciação.

²⁴⁹ DIDIER Jr., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. v. 1. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 259.

²⁵⁰ Ibid., p. 257.

²⁵¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. 4 ed. São Paulo: Malheiros Ed, 2004, v. 2, p. 583.

²⁵² PASSOS, J. J. Calmon de. Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 141-142.

Nesse caso, a teoria classificatória das invalidades processuais seria exclusivamente contingencial, pois concentrada em descrever objetos e as suas relações criados pelo direito positivo. “As teorias devem ser construídas a partir de conceitos lógico-jurídicos, aplicáveis a qualquer direito positivo, independentemente de contingências.”²⁵³

5.3.1 Regime jurídico das invalidades processuais

O ordenamento jurídico tem administrado soluções particulares ao regime de invalidades processuais e ao regime de invalidades dos atos jurídicos em geral, notadamente regido pelo direito civil, uma vez que o primeiro se difere do segundo pelo fato de ser mais amplo. Embora lhes sejam aplicáveis todas as disposições da teoria geral do direito sobre a invalidade dos atos jurídicos, o regime processual é mais extenso, vez que lhes são pertinentes disposições particulares, acrescentando-lhe, portanto, conteúdo.

Entretanto, o regime jurídico da invalidade processual é muito mais rigoroso com a decretação das nulidades, pois lhes atribui caráter notadamente de última *ratio*²⁵⁴, uma vez que é solução essencialmente indesejada e de categoria extrema.

[...] infere-se que o legislador pretende evitar a decretação de nulidades, pondo em destaque a possibilidade de se aproveitar, ao máximo, o ato processual defeituoso. O Código, a pretexto de tratar das nulidades, cuidou, na verdade, de conferir ao juiz meios para evitá-la ou eliminá-la.²⁵⁵

Portanto, antes da decretação de nulidade, devem ser tentadas todas as possíveis práticas para a convalidação do ato, para a sua substituição ou eliminação dos prejuízos decorrentes da não implementação dos requisitos erigidos pela lei processual para a prática do mesmo e que implicou a invalidação.

As *nulidades absolutas* (art. 245 do CPC), embora devam ser arguidas pela parte na primeira oportunidade que tiverem para se

²⁵³ DIDIER Jr., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. v. 1. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 259.

²⁵⁴ Ibid., p. 258.

²⁵⁵ CUNHA. Leonardo José Carneiro da. “Sanação de defeitos processuais no âmbito recursal: (o § 4º do ART. 515 do CPC)”. Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à Professora Tereza Arruda Alvim Wambier. José Miguel Garcia Medina... [et al.]. (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 760.

manifestar nos autos, em face de sua gravidade para o processo, podem ser invocadas em ulterior momento no feito, mesmo por petição simples, caso não sejam objeto de atividade oficiosa do próprio magistrado. São, portanto, enquadráveis como mais uma matéria não preclusiva ao Estado-juiz, sendo dado especial destaque aos vícios referentes às citações, às intimações, às sentenças (em suas deficiências de relatório, de fundamentação, ou na presença de julgamento *extra petita*, *ultra petita*, e *citra/infra petita*), e aos cerceamentos de defesa em matéria probatória. (Grifos no original)²⁵⁶

Os atos processuais praticados pelas partes são passíveis de invalidação, uma vez que são sujeitos também ao controle geral da validade dos atos jurídicos, além daquele específico acréscimo decorrente da particular doutrina processual.

Entretanto, há de se diferenciar a possibilidade de invalidação dos atos das partes conforme haja ou não coisa julgada material.

No caso de o processo já encerrado com a produção dos efeitos da coisa julgada material, via de regra, não há possibilidade de invalidação dos atos das partes, postos que quedaram inertes diante da atividade que lhes incumbia de suscitar tal nulidade, além de também terem ficado omissas em relação ao fato de o órgão judiciário não ter desempenhado tarefa de ofício nesse sentido.

Desta forma e ordinariamente, não havendo a decretação de nulidade dos atos praticados pelas partes no processo antes da formação da coisa julgada material, há preclusão deste direito, além de ter precluído, também, o poder do órgão nesse sentido, uma vez que não praticou ato que lhe incumbia.

Exceção a esta regra são as invalidades processuais que constituem causa de pedir da “ação rescisória”, além da demanda prevista no art. 486 do Código de Processo Civil, que também é ação autônoma de impugnação cuja causa de pedir é uma invalidade. Nestes casos o ordenamento jurídico expressa e diretamente criou uma disciplina particular para se desconstituir o provimento jurisdicional com fundamento em determinados tipos de invalidades, pois facultou o ajuizamento de demanda específica com o desiderato de rescisão do julgado, artigos 485 (ação rescisória) e 486, ambos do Código de Processo Civil.

Entretanto, há de se ressaltar que a “ação rescisória” somente arrogou para si como causa de pedir determinadas invalidades, mas não somente elas, pois como dito anteriormente e conforme o art. 485 do Código de Processo Civil, nem todas as

²⁵⁶ RUBIN, Fernando. A preclusão na dinâmica do processo civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 250.

causas de pedir da referida demanda decorrem de nulidades. Ainda conforme o referido dispositivo legal, há diversas causas de pedir da ação rescisória que se relacionam com o mérito da demanda, além de outros que não se confundem com arguições de nulidade.²⁵⁷

Nos casos em que ainda não houve a formação da coisa julgada material, as partes podem pretender nos autos do mesmo processo a invalidação do referido ato, além de, em determinadas situações, ser possível a decretação de nulidade de ofício pelo órgão.

No primeiro caso, não havendo manifestação das partes acerca da invalidade do ato, há preclusão do direito concernente. Na hipótese das invalidades que podem se decretadas de ofício, o órgão somente poderá fazê-lo caso não haja ainda se pronunciado acerca do tema nas condições descritas no tópico anterior, pois, do contrário, não poderá mais tratar do mesmo *ex officio*. Assim, somente poderá haver reforma do quanto decidido se houver a interposição de recurso específico objetivando a modificação da decisão já proferida.

A legislação, entretanto, criou hipótese em que deve haver o ajuizamento de ação autônoma para a decretação de nulidade de ato da parte, desde que ainda pendente o processo em que foi praticado, qual seja, a confissão, conforme previsão expressa do art. 352, cumulado com o art. 486, ambos do Código de Processo Civil.

Tal dispositivo determina expressamente que a confissão, quando emanar de erro, dolo ou coação, pode ser revogada por ação anulatória, se pendente o processo em que foi feita ou por ação rescisória, depois de transitada em julgado a sentença, da qual constituir o único fundamento.

Ademais, não há invalidades processuais sem o correspondente prejuízo, não importa a gravidade do defeito, a invalidação, que se trata de uma sanção, é sempre o efeito jurídico da decretação que deverá sempre se fundar na conjunção do defeito acrescido do prejuízo correspondente.²⁵⁸

[...] o ato não será nulo só porque formalmente defeituoso. *Nulo* é o ato que, cumulativamente, se afaste do modelo formal indicado em lei, deixe de realizar o escopo ao qual destina e, por esse motivo,

²⁵⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. Vocabulário do Processo Civil. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 391-392.

²⁵⁸ DIDIER Jr., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. v. 1. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 261.

cause prejuízo a uma das partes. A *invalidade do ato* é indispensável para que ele seja nulo, mas não é suficiente nem se confunde com sua *nulidade*. (Grifos no original)²⁵⁹

O prejuízo, por sua vez, deverá ser aferido em razão do atingimento ou não dos fins objetivados pelo respectivo ato que se reputa defeituoso. Assim, o prejuízo deverá corresponder necessariamente a não implementação das providências desejadas pela prática do ato. Desta regra não se excetuam nem mesmo as nulidades absolutas, que são cominadas em lei e que podem ser pronunciadas a qualquer tempo, em qualquer grau e de ofício pelo órgão (art. 113, § 2º do Código de Processo Civil).²⁶⁰

Esta é a consubstanciação do princípio de que “não haverá nulidade sem prejuízo” (*pas de nullité sans grief*), e tal decorre das diversas disposições do ordenamento jurídico acerca do tema, conforme os seguintes dispositivos: art. 244 do Código de Processo Civil, este que positiva expressamente o princípio da “instrumentalidade das formas”. Isso impõe o foco apenas no resultado pretendido pela utilização de uma determinada forma; art. 248 do Código de Processo Civil, segunda parte, de onde se extrai o princípio da causalidade, que informa a que a nulidade não prejudicará as demais partes do ato que não dependam daquela unicamente prejudicada; art. 249, § 1º do Código de Processo Civil que disciplina no sentido de que “O ato não se repetirá nem se lhe suprirá a falta quando não prejudicar a parte.”; art. 250, também do Código de Processo Civil, no sentido de que “O erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo praticar-se os que forem necessários, a fim de se observarem, quanto possível, as prescrições legais.” e de que “Dar-se-á o aproveitamento dos atos praticados, desde que não resulte prejuízo à defesa.”

Logo, repetindo, extrai-se do ordenamento jurídico que a decretação de nulidade de ato processual é medida extrema e somente poderá ser levada a cabo em caso de haver defeito no mesmo. Mas isso somente se cumulado com o prejuízo, que deverá ser sempre aferido em razão do atingimento ou não dos fins a que se presta a prática do mesmo ato.

²⁵⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Vocabulário do Processo Civil. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 600.

²⁶⁰ DIDIER Jr., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. v. 1. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 261.

O ordenamento jurídico nesse caso dispensa tratamento que corrobora a tese da existência de preclusão para a análise das questões de ordem pública quando tocam a decretação de nulidade de determinados atos. Falar em prejuízo é o mesmo que deixar a cargo do intérprete a tarefa de medir concretamente quais os valores, direitos e garantias que estão sendo violados pelo vício indigitado. Quanto às questões de ordem pública, uma vez verificado o interesse da coletividade em um determinado tema, competência do órgão jurisdicional, por exemplo, há de se medir a interferência destrutiva do comportamento violador em relação ao sistema e aos valores que o ordenamento constitucional, por exemplo, tratou de consagrar com a divisão do exercício da jurisdição pelos diversos órgãos.

A vedação de “*venire contra factum proprium*”, por sua vez, também se aplica ao regime jurídico das invalidades processuais como outro elemento axiológico no balanceamento da equação. Assim, é vedado o benefício da parte que pratica comportamento contraditório em relação a ato praticado anteriormente, pois tal conduta viola diretamente os princípios da boa-fé objetiva e lealdade processual.²⁶¹

É o mesmo raciocínio utilizado na hipótese de preclusão lógica, quando a parte perde o direito de praticar determinado ato, em razão de ter anteriormente implementado conduta contraditória com o desiderato daquele. Tal vedação é positivada no art. 243 do Código de Processo Civil, posto que disciplina no sentido de, “Quando a lei prescrever determinada forma, sob pena de nulidade, a decretação desta não pode ser requerida pela parte que lhe deu causa.”

Majoritariamente na doutrina, a vedação do comportamento contraditório se restringe somente aos casos em que não for possível a decretação de nulidade do ato a qualquer tempo. São as hipóteses em que houver anulabilidade do ato ou nulidade relativa. Nos casos em que houver de se decretar a nulidade do ato de ofício, podendo sê-lo feito a qualquer tempo, não há aplicação do princípio do “*nemo potest venire contra factum proprium*”.

Entretanto, ressalva DIDIER JÚNIOR que há manifestações doutrinárias que indicam a possibilidade de se vedar a decretação de invalidade de ato processual com fundamento na proibição do comportamento contraditório. Isso em razão do fato de que tal diferenciação se funda nos conceitos de normas cogentes e dispositivas,

²⁶¹ DIDIER Jr., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. v. 1. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 269.

sendo que aquelas afeitas aos atos cuja invalidade pode ser decretada a qualquer tempo e de ofício seriam cogentes. Todavia, continua, neste caso haveria uma desnecessária e injustificada hipertrofia do interesse público sobre o privado.²⁶²

De fato, ainda que tenha havido flagrante vício, mas que não prejudique o interesse público, não há como se deduzir que se possa decretar a nulidade, ainda se considerada a vedação ao comportamento contraditório como outro elemento de reforço. Quanto a isso, deve-se ressaltar que a postura de se admitir a preclusão quanto à análise dessas questões quando não houver interesse público não infringe a regra da pronúncia de ofício das matérias de ordem pública, pois não há interesse da coletividade envolvido. Além disso, constata-se que o interesse da coletividade milita no sentido de se manter a marcha processual em sentido contrário ao comportamento malicioso da parte que deu causa a ele, cumulado com o fato de a outra parte não ter se insurgido em relação a tanto, desde que tenha sido dada esta oportunidade a ela.

Assim, devem ser esclarecidos os resultados obtidos com a assunção de uma ou outra conclusão (pela decretação de nulidade ou não), para que se ateste a utilidade e a necessidade da valorização do suposto interesse público no caso em apreço em detrimento do privado. Também porque há de se justificar devidamente, confrontando com clareza e exaustão os interesses envolvidos nesta hipótese, para que se desvende qual o prevalecente.

Assim, no estágio atual da evolução doutrinária e dogmática sobre o tema, não há como se decidir aprioristicamente, em abstrato. Pois somente é possível a avaliação, mediante ponderação de valores, diante do caso concreto, quando serão muito mais perceptíveis os interesses envolvidos e consequências decorrentes de uma ou de outra determinada postura.²⁶³

Ademais, em âmbito externo ao processo em que houve os vícios, no direito positivo brasileiro há duas hipóteses de invalidade processual que possa ser decretada após o prazo de ajuizamento da ação rescisória (art. 485 do Código de Processo Civil).

²⁶² DIDIER Jr., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. v. 1. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 270-271.

²⁶³ Ibid., p. 271.

Os vícios sobre os quais se fundam essa invalidação da decisão judicial são denominados de *transrescisórios*. Devendo a pretensão de decretação de invalidação ser veiculada mediante ação denominada de *querela nullitatis*.

Consustanciam os vícios *transrescisórios* a ausência de citação do réu e a citação realizada irregularmente e podem também ser arguidos, além de na *querela nullitatis*, em impugnação, nos embargos à execução contra a fazenda pública e em exceção de pré-executividade.²⁶⁴

Veja-se que nesses casos a situação que deu causa ao vício é justamente o fato de que a parte prejudicada não teve condições de se manifestar acerca do mesmo. Não houve a possibilidade de exercício do contraditório ou de ampla defesa, pois, talvez, a ausência de citação ou invalidade da mesma (mas apenas aquela que concretamente implique impossibilidade do réu de tomar conhecimento dessa condição) seja o vício processual mais grave do ponto de vista do demandado. Isso corresponde ao fato de que, se não houver correção desse defeito, todos os demais que provoquem dano ao suplicado poderão advir sem absolutamente nenhuma resistência do mesmo.

Ainda nesses casos críticos, mesmo tendo a legislação previsto soluções no interesse de corrigir tal erro a partir do conhecimento do demandado acerca de tanto, caso ele seja executado pela fazenda pública, por exemplo, e não embargado tal execução, embora tenha tomada conhecimento regular da mesma, o vício convalesce, pois a resignação do réu quanto ao tema faz precluir a sua faculdade de arguir o defeito na citação processual quando da formação do título judicial.

O que se defende, portanto e quanto a isso, é que a decretação de nulidades processuais deve ser precedida, primeiramente, do necessário juízo acerca da existência de interesse público envolvido no tema. Caso seja negativa a resposta, tal constatação por si só já afasta a possibilidade de o órgão judicial fazê-lo após a efetiva oportunidade processual que as partes tiveram para tanto. Ou seja, em se tratando de questões que podem ser analisadas de ofício pelo órgão julgador, mas que não forem de ordem pública, o juízo somente pode se substituir às partes na sua pronúncia enquanto assistir às mesmas o direito de fazê-lo.

²⁶⁴ DIDIER Jr., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. v. 1. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 266-267.

Nada justifica poder o juízo pronunciar de ofício nulidades que somente prejudicam as partes quando estas, não obstante ter tido oportunidade de suscitá-las, ficaram inertes. Tal somente depõe contra a necessária segurança jurídica processual e a duração razoável do processo. O órgão jurisdicional, nesse caso, uma vez que a legislação lhe impõe o dever de analisar determinadas matérias por iniciativa própria, somente poderia substituir as partes enquanto assistir às mesmas o direito de fazê-lo por iniciativa própria.

Após essa aferição acerca da oportunidade processual, no caso das nulidades pronunciáveis de ofício que não são de ordem pública, necessário se faz perquirir se há prejuízo das partes caso haja a manutenção desse vício. Tal análise se funda necessariamente no fato de que não pode haver decretação de nulidades sem que haja prejuízo.

Entretanto, no caso das nulidades em que há interesse público envolvido, tratando-se, portanto, de matérias de ordem pública, o que se propõe é que elas poderão ser arguidas pelas partes a qualquer tempo ou pelo juízo nas bases já lançadas nos tópicos anteriores. O mais importante nesse particular é justamente a revelação do interesse público na matéria envolvida.

Por conta da constatação acerca do envolvimento de valores que tangem à comunidade, não se pode propor que haja preclusão em relação a estas nulidades por conta da inércia das partes. Se houver valores de interesse público conflitantes com os desígnios de demandante e demandado, estes, por conveniência ou outro motivo de seus exclusivos interesses, não instarão o juízo a decretar tais nulidades.

Assim, no que se relaciona às matérias de ordem pública, as partes poderão suscitar o incidente nas mesmas oportunidades em que o juízo poderia fazê-lo, ou seja, a qualquer tempo. Mas “a qualquer tempo” não pode ser entendido como em qualquer fase processual ou em qualquer instância, seja ela ordinária ou extraordinária.

Quanto a esse caso, devem ser estabelecidos parâmetros que possam limitar tal atividade jurisdicional e, por consequência, a possibilidade de as partes poderem provocar o órgão, sob pena de instaurar-se a tão inadequada insegurança jurídica na relação processual.

Dito isto e tendo em vista os diversos valores já destacados acima, propõe-se que a nulidade cuja decretação é de interesse público somente possa ser arguida ou pronunciada de ofício pelo órgão enquanto não houver sido emitido o provimento final quanto ao *thema decidendum*, quanto ao objeto litigioso, ainda que não tenha havido trânsito em julgado deste *decisum* e, naturalmente, desde que não haja recurso quanto ao tema.

Não se trata aqui de legitimar decisões judiciais implícitas, não. Até mesmo porque a constituição veda tal procedimento, uma vez que os provimentos jurisdicionais devem ser fundamentados. Trata-se, apenas, de reconhecer marco processual que deflagra a convalescência do vício ou que corrobora a regularidade do feito. Isso porque não é múnus do órgão jurisdicional constatar expressa e constantemente a viabilidade de cada um dos atos praticados e nem a regularidade das fases processuais, devendo apenas se manifestar quando houver a constatação de que algo não está correto.

No caso do reexame de ofício das invalidades que tocam questões de ordem pública, ou seja, quando já houver sido proferida decisão acerca da temática, declarando a sua regularidade ou decretando a sua nulidade, não há possibilidade de o mesmo órgão rever posicionamento anterior e nem mesmo de, em fase recursal, o órgão de superposição proceder dessa forma. Permitir tal procedimento é inconciliável com os princípios da segurança jurídica, do devido processo legal substancial, da necessária estabilidade da demanda e da duração razoável do processo.

As questões indisponíveis também estão acobertadas pela eficácia preclusiva de forma que somente poderão ser revistas na hipótese de interposição de recurso. Vislumbre-se que as ponderações delineadas no presente ensaio não buscam tão-somente desconstruir as bases sob as quais os estudos processuais trabalham, trazendo perspectivas que poderiam significar uma quebra do "valor maior" que as reformas processuais defendem, qual seja, a celeridade.

É verdade que se critica a busca desenfreada desta rapidez procedimental, porém, também é óbvio que o princípio da celeridade deve ser preocupação constante de qualquer processualista na busca de um processo que tramite em "tempo razoável" e "sem dilações indevidas".

Contudo, o "razoável" e o "indevido" nunca poderão penalizar os direitos constitucionais da ampla defesa, da isonomia, do contraditório e do devido processo legal.²⁶⁵

O Poder Judiciário precisa ser encarado como de fato é, uno, devendo ser levadas a efeito todas as consequências disso. Analisando-se uma decisão de ofício de instância recursal em relação a matéria de ordem pública, que já foi objeto de análise, no sentido de revisá-la é contrário à unidade do poder do Estado prestar a jurisdição. A decisão de um juízo inferior acerca de um tema em relação ao qual não houve recurso não é a decisão de um órgão inferior, mas é a decisão do Poder Judiciário acerca do tema, que deve ser encarada juridicamente como um só juízo. Do ponto de vista do ordenamento jurídico não pode haver outra postura senão essa. Estratificar a jurisdição em uma diversidade de instituições que não somente o Poder Judiciário é negar uma das suas mais elementares características, a unidade, apenas menos evidente que o poder de resolver jurídica e definitivamente conflitos, com exclusão dos demais poderes.

5.4 Pressupostos processuais e preclusão

Tradicionalmente, a doutrina costuma estabelecer duas distintas espécies de pressupostos processuais, quais sejam, pressupostos de existência e pressupostos de validade do processo. O direito positivo brasileiro, entretanto, distanciando-se da disciplina esposada pelos alemães, cuja categoria legal abrange também as condições da ação²⁶⁶, discrimina no Código de Processo Civil tais pressupostos como de constituição válida e regular do processo.

A primeira dicção, entretanto, padece de críticas em razão da própria semântica das palavras utilizadas para a descrição de objetos, que distam da ideia transmitida pelos vocábulos. Nesse sentido, há de se transcrever a lição de DIDIER JÚNIOR, *In verbis*:

Costuma-se falar em pressupostos de existência e de validade. A terminologia merece uma correção técnica. *Pressuposto* é aquilo que

²⁶⁵ NUNES, Dierle José Coelho. "Preclusão como fator de estruturação do procedimento". Estudos continuados de Teoria do Processo: origens históricas da processualística democrática. Rosemiro Pereira Leal (coord.). Porto Alegre: Síntese, 2004, v. 4, p. 207.

²⁶⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Sobre pressupostos processuais". Temas de direito processual. 4ª série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 83.

precede o ato e se coloca como elemento indispensável à sua existência jurídica; *requisito* é tudo quanto integra a estrutura do ato e diz respeito a sua validade, [...]. Assim, é mais técnico falar em *requisitos de validade*, em vez de “*pressupostos de validade*”. “Pressupostos processuais” é denominação que se deveria reservar apenas aos *pressupostos de existência*. (Grifos no original)²⁶⁷

Os pressupostos de existência são ordinariamente esmiuçados pela doutrina dominante em pedido (existência da demanda), jurisdição e partes. Cabendo ressaltar também quanto à jurisdição e pedido, pois deveria se exprimir órgão investido de jurisdição e demanda em lugar de pedido, conforme leciona BARBOSA MOREIRA²⁶⁸.

Estes pressupostos foram sistematizados por JOSÉ ORLANDO ROCHA DE CARVALHO²⁶⁹ organizando “partes” e “órgão investido em jurisdição” nos pressupostos subjetivos e “existência de demanda” nos pressupostos objetivos.

Assim, desdobrando-se estes conceitos, verifica-se que nem a citação nem a capacidade postulatória são pressupostos de existência do processo.

A existência do processo se dá assim que o autor propõe a demanda, desde que ele ajuíze a petição inicial, como faz crer o simples fato de que o juízo tem obrigação de dispensá-la providência, nem mesmo que seja para indeferi-la.²⁷⁰ Logo, vê-se que da inexistência de Réu não se pode deduzir também a inexistência de processo, podendo implicar a invalidade do feito a inexistência ou nulidade da citação.

É consequência necessária e imediata da propositura da demanda a formação do processo, mesmo que não em sua forma plena. Uma vez formulada a petição inicial perante um órgão do poder judiciário, dá-se início ao processo, este, portanto, existe, ou, conforme o direito positivo, “*considera-se proposta a ação*” (art. 263 do Código de Processo Civil)²⁷¹. Nesta fase não há a participação do demandado, porquanto este ainda não figura como tal, pois ainda não citado. Neste particular, a

²⁶⁷ DIDIER Jr., Fredie. Pressupostos processuais e condições da ação. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 105-106.

²⁶⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Sobre pressupostos processuais”. Temas de direito processual. 4ª série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 86.

²⁶⁹ CARVALHO, José Orlando Rocha de. Teoria dos pressupostos e dos requisitos processuais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

²⁷⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Sobre pressupostos processuais”. Temas de direito processual. 4ª série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 86.

²⁷¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. 4 ed. São Paulo: Malheiros Ed, 2004, v. II, p. 47.

inexistência de citação denota que a mesma não é pressuposto de existência do processo.

É válido ressaltar que LIEBMAN também reafirma que a simples propositura da demanda perante um órgão investido de jurisdição é ato constitutivo do processo, fazendo crer que a existência de citação não é pressuposto de existência do mesmo.²⁷²

Por fim, a capacidade postulatória não pode ser compreendida como um pressuposto de existência do processo, pois “Alguns atos processuais, [...] além da capacidade processual, exigem do sujeito uma capacidade técnica, sem a qual não é possível a sua realização **válida**.” (grifo nosso)²⁷³

A terminologia utilizada pela legislação é falha (art. 37 do Código de Processo Civil) e não serve para descrever com precisão terminológica o fenômeno jurídico ocorrido. Nesse sentido, ressalte-se que tanto o Superior Tribunal de Justiça – STJ – quanto o Tribunal Superior do Trabalho – TST – acompanharam a ideia de fundo do dispositivo, com a edição do enunciado número 115 da Súmula da Jurisprudência predominante do STJ e da Orientação Jurisprudencial número 319 da SBDI-1 do TST.

Não se trata de inexistência do ato praticado sem capacidade postulatória, pois a necessidade de ratificação posterior dos atos é uma condição legal resolutive (MIRANDA, 1984, p. 27, *apud*, DIDIER, 2009, p. 218).

Ademais, há consequências da prática do ato processual pelo advogado sem procuração nos autos, ainda que ele não o ratifique pela juntada posterior de instrumento de representação, como responsabilização por perdas e danos decorrentes do fato de demandar sem poderes para tanto.

Assim, este ato praticado pelo advogado sem poderes fica sujeito à implementação ou não de uma condição, operando no plano da eficácia dos atos.²⁷⁴

²⁷² LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de direito processual civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 89.

²⁷³ DIDIER Jr., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 215.

²⁷⁴ DIDIER Jr., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 218.

Em diferente sentido está o ato praticado pela parte que carece de capacidade postulatória e que não goza do *ius postulandi*. Nesta situação, estar-se-á diante de uma invalidade, pois, conforme art. 4º do Estatuto da OAB, “São nulos os atos privativos de advogados praticados por pessoa não inserida na OAB, sem prejuízo das sanções civis, penais e administrativas”.

Também deve ser destacado que é possível o preenchimento ou a perda de um pressuposto processual, em razão de fato superveniente, considerando o art. 462 do Código de Processo Civil.

O art. 462 do Código de Processo Civil autoriza, em ambos os sentidos, preenchimento ou ausência, que se analise o preenchimento dos requisitos de admissibilidade do processo. Determina que caberá ao juiz tomar em consideração o advento de, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito, apto a influir no julgamento da lide. Impõe, inclusive, a análise de ofício ou a requerimento da parte deste ocorrido.

Não somente os fatos supervenientes afetos diretamente à relação jurídica material podem ser conhecidos, mas também aqueles que tratam da relação jurídica processual, uma vez que não há absolutamente nenhuma distinção no texto do referido dispositivo. A norma foi clara em determinar o conhecimento de ofício ou a requerimento da parte de algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito, apto a influir no julgamento da lide, sem classificar o direito em processual ou substancial.

Tanto os fatos supervenientes que dizem respeito à relação jurídica material pode influir no julgamento da lide, quanto aqueles que impliquem o preenchimento ou ausência de determinado pressuposto processual. Em qualquer dos casos o provimento será emitido em razão deste fato específico, não podendo ser relevado, superando-o, portanto.

Assim, os fatos que concernem ao juízo de admissibilidade, interferindo, portanto, no julgamento da causa, devem ser considerados, fazendo concluir que é possível o preenchimento ou perda de pressuposto processual pelo advento de novos fatos.

São exemplos deste fenômeno, conforme DIDIER²⁷⁵: o impedimento de se admitir ação rescisória antes do trânsito em julgado da decisão rescindenda que convalesce pela superveniência do trânsito em julgado do referido *decisum*; a penhora posterior ao ajuizamento dos embargos à execução impedindo o juízo de admissibilidade negativo dos mesmos, por não terem sido propostos com garantia de juízo efetivada; o aproveitamento de demanda executiva pela exigibilidade superveniente da obrigação.

Ademais, diante do direito positivo brasileiro, pode o juízo ignorar a falta de um pressuposto processual e, ainda assim, examinar o mérito da causa.

O que se percebe, em verdade, é que *todos* os defeitos são sanáveis no processo. Segundo esclarece José Roberto dos Santos Bedaque, desde que o vício não impeça a finalidade do ato, admissível desconsiderá-lo. Vale dizer que soa irrelevante, no processo, a distinção entre nulidade absoluta e nulidade relativa, exatamente porque *qualquer* vício pode ser sanado no processo, desde que não impeça a finalidade do ato. (Grifos no original)²⁷⁶

O fato que se quer demonstrar é justamente o quanto afirmado acima, que não existem exemplos de defeitos processuais que não possam ser sanados. Ainda que muito grave o vício, podendo implicar a invalidade do procedimento ou de todos os atos, este pode convalescer, não há exceção a essa regra.²⁷⁷

No mesmo sentido:

A nulidade da sentença não impede o trânsito em julgado. A sentença, que era nula, continua nula. Além de nula, passa a sentença a ser igualmente rescindível, podendo ser atacada ou corrigida mediante ação rescisória, no prazo decadencial de dois anos. Passado o prazo de 2 (dois) anos da ação rescisória, consolida-se o que a doutrina chama de *sanatória geral*: o vício se convalida, não podendo mais ser objeto de discussão, de ataque ou correção. Surge o que se chama de *coisa julgada soberana*.

Enfim, aqui também se verifica a convalidação: diante da falta de impugnação e decorrido o prazo de dois anos, não se aplica mais a

²⁷⁵ DIDIER Jr., Fredie. Pressupostos processuais e condições da ação. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 78.

²⁷⁶ CUNHA. Leonardo José Carneiro da. "Sanação de defeitos processuais no âmbito recursal: (o § 4º do ART. 515 do CPC)". Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à Professora Tereza Arruda Alvim Wambier. José Miguel Garcia Medina... [et al.]. (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 761.

²⁷⁷ DIDIER Jr., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 256.

sanção de invalidar a sentença. O vício se convalida. (Grifos no original)²⁷⁸

Considerando que o saneamento poderá se dar pelas simples prática do ato novamente, pela a preclusão do direito da parte de argui-lo ou do poder do órgão de conhecê-lo, além da eficácia da coisa julgada material, não há impedimento à resolução do mérito da demanda tendo sido ignorada ausência de pressuposto processual.

Assim e também em decorrência da tendência doutrinária de que seja aplicado o sistema de invalidades do Código de Processo Civil aos pressupostos processuais, que implica na vedação a decretação de nulidade sem haver prejuízo, decorre o fato de que o órgão pode julgar o mérito da demanda, deferindo ou não o pedido formulado.²⁷⁹

Dito isso, abre-se a possibilidade também de renovação da demanda, cujo processo fora extinto sem exame do mérito, em razão da falta de um pressuposto processual, pois se os vícios não convalidam, os atos podem ser praticados novamente com o mesmo desiderato.

Por outro lado, a doutrina abalizada de BARBOSA MOREIRA é clara no sentido de que a ausência de determinado pressuposto processual impede o julgamento do mérito, pois essa concepção, embora corrente no direito processual alemão, não encontraria correspondência no direito processual brasileiro.

Nesse sentido, é válida a transcrição de excerto tratando tema pelo referido autor, *In verbis*:

[...] O julgamento do mérito, em sentido ou desfavorável ao autor, postula sempre a concorrência dos pressupostos processuais. É firme, na doutrina e na prática, a noção de que a ausência de qualquer deles inibe o órgão judicial de lançar-se à análise do litígio. Com isso não se diz que o processo haja por força de extinguir-se sem exame do *meritum causae*: reconhecida, por exemplo, a incompetência, remetem os autos ao órgão competente, perante o qual prosseguirá sua marcha o *mesmo* feito, com perspectiva de conclusão normal. É evidente, contudo, que a impossibilidade de julgar-se o mérito enquanto subsista o defeito necessariamente

²⁷⁸ CUNHA. Leonardo José Carneiro da. "Sanação de defeitos processuais no âmbito recursal: (o § 4º do ART. 515 do CPC)". Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à Professora Tereza Arruda Alvim Wambier. José Miguel Garcia Medina... [et al.]. (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 763.

²⁷⁹ DIDIER Jr., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 214.

condiciona a ordem da atividade cognitiva. Toda questão referente a pressuposto processual é, em qualquer caso, preliminar àquele julgamento. (Grifos no original)²⁸⁰

Tal posicionamento é compreensível e coerente com o quanto exposto pelo próprio autor. Quanto aos pressupostos de existência do processo, da lição de BARBOSA MOREIRA se infere que o único legítimo seria haver um órgão investido de jurisdição, perante o qual poderia se instaurar irregularmente um processo *ex officio*, uma vez que até mesmo diante da ausência de partes, haveria o juízo de dispensar tratamento ao caso, mesmo que para decretar a invalidade de todo o procedimento. Logo, caso fosse instaurado de ofício por órgão não investido de jurisdição, esse conjunto de atos não poderia ser considerado um processo, pois não existiria, impedindo a análise do mérito.²⁸¹

Considerando o quanto exposto em relação a este tema, percebe-se que somente pode-se falar em pressuposto processual quando nos referimos à existência de processo instaurado perante um órgão jurisdicional.

Quanto aos demais, assim como em relação aos requisitos de validade, a lição é mesma que referida no exame das invalidades processuais de ordem pública. Caso haja interesse público quanto ao este tema (perquirição absolutamente necessária), a análise desses requisitos e pressupostos estaria condicionada ao lapso processual anterior à decisão final de mérito.

Isso porque, como demonstrado, há sempre possibilidade de implementação superveniente de um requisito de validade processual, assim como os defeitos na formação válida dos feitos podem convaler se as partes não se insurgirem contra os mesmos, desde que tenha havido oportunidade para tanto. Foi evidenciado que não existem exemplos de defeitos processuais que não possam ser sanados, razão pela qual carecem de interferência de algum dos sujeitos do processo para que a decretação da nulidade ocorra, sob pena de preclusão.

Novamente, deve ser ressaltado, o juízo ao manter a marcha processual e conduzir o processo a fases posteriores não está decidindo de maneira implícita, sem, por consequência a necessária fundamentação. Como já dito antes, devem ser constatadas expressamente as irregularidades, mas os atos lícitos somente devem

²⁸⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Sobre pressupostos processuais". Temas de direito processual. 4ª série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 90.

²⁸¹ Ibid, p. 90-92.

sê-lo quando a legislação assim dispor. Via de regra, a validade dos atos e do processo não demandam explicitação constante do órgão. Nesse sentido:

A controlabilidade *ex officio* implica, para o juiz, a possibilidade de reconhecer a falta do pressuposto processual, sempre que lhe pareça haver nos autos elementos que a revele, independentemente da iniciativa – não excluída, é claro – de qualquer das partes. Não implica a necessidade de que, em todo processo, se preocupe ele em averiguar se ficou categoricamente demonstrada a existência do pressuposto. Conforme observação pitoresca de autor alemão, seria pouco razoável que o órgão judicial devesse exigir sempre a prova de que as partes são maiores e não se acham interdítadas... Se, porém, algo de concreto lhe despertar suspeita da incapacidade, então se tornará necessária a comprovação. (Grifos no original)²⁸²

Mas essa posição acerca das decisões implícitas é rejeitada por parte da doutrina.

A nosso ver, não interessa muito o nome que se atribua ao fenômeno. O entendimento de impossibilitar o juiz de decidir questões que não foram expressamente decididas na decisão de saneamento, fere flagrantemente o princípio constitucionalmente garantido da motivação das decisões. O art. 93, IX, do Texto Maior, obriga que todas as decisões sejam fundamentadas, sob pena de nulidade do ato.

A necessidade de fundamentar as decisões judiciais representa indubitavelmente importante princípio processual que teve ser sempre respeitado. Existe, inclusive, previsão constitucional a seu respeito. Atualmente, podemos perceber que as razões que obrigam a motivação das decisões já não são tão-somente as mesmas que embasavam tal princípio em seu surgimento. Não mais satisfaz o entendimento de que a fundamentação era imprescindível para fornecer ao prejudicado elementos suficientes para elaboração de sua impugnação.²⁸³

No mesmo sentido afirma FERNANDO RUBIN com relação ao tema, pois “[...] a questão "implícita" no despacho saneador, não se coadunando com o espírito da atual (e da anterior) legislação processual (como também do texto constitucional), não deve acarretar a incidência do fenômeno preclusivo.”²⁸⁴

Esse posicionamento, todavia, deve ser temperado, pois não se está tratando de matérias que normalmente poderiam ser abordadas de uma infinidade de maneiras distintas. Como destacado no trecho em que se transcreve BARBOSA MOREIRA, é

²⁸² MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Sobre pressupostos processuais”. Temas de direito processual. 4ª série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 88.

²⁸³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Preclusões para o juiz: preclusão *pro iudicato* e preclusão judicial no processo civil. São Paulo: Método, 2004, p. 235.

²⁸⁴ RUBIN, Fernando. A preclusão na dinâmica do processo civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 147.

desnecessário que o juízo esteja sempre ratificando a regularidade do processo. A irregularidade, todavia, por ser condição anômala e, por isso mesmo, passível de soluções no interesse da sua sanção, deve ser pronunciada. Em defesa desse entendimento, também deve-se destacar:

Embora tenha sido ressaltada a importância das razões que justificam argumentativamente os atos processuais, outra constatação igualmente relevante é que a influência pode ser exercida também por meio de condutas omissivas, condicionando a conduta dos demais sujeitos mesmo na ausência de qualquer ato palpável.

O pouco tratamento das omissões processuais deriva do preconceito de admitir que a vontade possui um importante papel na teoria dos atos do processo. Se os atos processuais correspondem a interações humanas, são indissociáveis da vontade neles extremada. E é a vontade que toma a conduta humana (omissiva ou não) uma “atitude com sentido”, podendo ser descrita e compreendida como uma atividade programada. Por essa razão, as omissões recuperam mais e mais, no processo contemporâneo, seu devido lugar.²⁸⁵

Exceção à preclusão da análise de questão de ordem pública após a decisão relativa ao objeto do litígio é o caso da carência superveniente de requisito de validade do processo. Esta nulidade poderá ser pronunciada pelo órgão que estiver processando e julgando a demanda no momento em que houve conhecimento disso. Ou seja, em realidade, não foge tal fato à regra ora proposta, pois não haveria como se pronunciar uma invalidade se ela antes não existia, não tendo sido possível dela se conhecer.

5.5 Produção de provas e preclusão

Também é necessário se destacar a questão da preclusão em relação aos poderes instrutórios do juiz. Afirma MONIZ DE ARAGÃO que, em relação às partes e não no que se relaciona ao juízo, a preclusão atingiria o direito das mesmas de praticar atos de instrução processual, tal qual o de produzir provas no processo, pois este procedimento se destinaria ao melhor esclarecimento dos fatos envolvidos o litígio. Veja-se:

²⁸⁵ CABRAL, Antonio do Passo. Coisa Julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade mudança e transição de posições processuais estáveis. Salvador: Podivm, 2013, p. 320.

No que concerne aos atos inerentes à instrução da causa (que preparam o julgamento), a preclusão incide para as partes mas não, como visto, para o juiz, por se tratar de exercício de poderes ordinatórios instrumentais, destinados a serem empregados com o fim de melhor esclarecer os fatos necessários à prolação da sentença. Isso não impede, contudo, que elas representem ao magistrado sobre a conveniência de ele próprio rever (valendo-se do poder de fazê-lo de ofício) as decisões a cujo respeito tenha-se formado preclusão para os litigantes.²⁸⁶

No que pertence a essa constatação do referido autor, muito embora tenha ele tratado de analisar com profundidade inúmeras situações em que haja invalidades processuais, além de outras que exemplificam situações em que há a possibilidade das partes de exercerem poderes ou faculdades, não há como se comungar da mesma conclusão. No caso de o juízo isoladamente perceber que deveriam ter sido colhidas mais provas no interesse da elucidação dos fatos, enquanto as próprias partes que estão em disputa estão satisfeitas com a condução probatória até então, não há como se justificar a dilação ou a reabertura da instrução.

Tal providência se destaca um pouco das funções inerentes à prestação jurisdicional, uma vez que o processo, muito embora tenha interesses inegavelmente públicos ínsitos a ele, serve para que haja um provimento em função da resolução de um conflito que foi colocado pelo autor perante o Estado.

Tendo sido proposta uma determinada demanda e sido aduzidos argumentos de fato como causa de pedir remota, uma vez tendo sido estes contestados, incumbe, em regra, ao demandante a prova do que afirmou. Assim, estão à sua disposição os direitos que respeitam à produção de prova em benefício da sua pretensão judicial, cujo indeferimento somente a ele prejudica. Logo, o suplicante tem o controle sobre o seu direito de prova quanto aos fatos que pretende esclarecer, sendo exclusivamente prejuízo seu o insucesso probatório.

A antípoda desta situação se revela bastante simétrica a ela, porquanto diz respeito aos poderes probatórios do réu. Da mesma forma que interessa ao autor o esclarecimento das situações de fato que sustenta na demanda, incumbe ao réu (leia-se, é direito do réu) provar os fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do demandante. Por isso, se o autor é bem sucedido em seu intuito probatório, a ausência de provas quanto aos fatos extintivos, modificativos ou

²⁸⁶ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. "Preclusão (Processo civil)". Saneamento do processo. Estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (org.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 141.

impeditivos do direito do autor é de exclusivo interesse do réu, pois somente a ele prejudica a sua ausência.

O limite do interesse público no processo está cingido exatamente por esse critério. Não há como se inferir que há questão de ordem pública envolvida no tema de provas quando as partes estão satisfeitas quanto ao que já foi provado. Não há como se identificar interesse público na solução de uma contenda judicial de forma mais próxima do que pode ser, em tese, do maior interesse das partes, quando estas próprias partes demonstram, na prática, que já utilizaram a contento os poderes de que dispunham quanto à matéria probatória.

Obviamente não se está tratando das situações onde há o interesse de incapazes ou o interesse público como objeto do litígio, porquanto, nesses casos, impõe-se a interferência do Ministério Público como requisito de validade do processo. Mas, se incluído o fiscal da Lei na equação, a partir da qual se percebe o encerramento da produção de provas por interesse das partes, também não se verifica questão de ordem pública a ser pronunciada no feito para além daquelas já fiscalizado pelo *parquet*.

Entretanto, essa não é a doutrina dominante quanto ao tema, pois, até mesmo autores que entendem haver preclusão para a reanálise de ofício de questões de ordem pública lecionam no sentido de que a matéria de prova estaria insusceptível de preclusão para o juízo.

Nesse sentido:

Não se descarta a hipótese de que, em certos casos, não haja preclusão para o juiz. É o caso da possibilidade de produção de provas, a qualquer tempo.

Perceba-se, porém, que essa flexibilidade está relacionada ao julgamento da causa: permite-se ao magistrado, com isso, aprimorar a qualidade do seu julgamento. A ausência de preclusão, aqui, justifica-se plenamente, pois de acordo com a finalidade principal do processo, que é a correta decisão do mérito.²⁸⁷

No mesmo sentido é a doutrina de DANIEL AMORIM ASSUMPTÃO NEVES acerca do tema. Veja-se:

Assim, é correto afirmar, conclusivamente, que o art. 130 do Código de Processo Civil permite a produção de provas por parte do juiz a

²⁸⁷ DIDIER Jr., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. v. 1. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 271.

qualquer momento do processo, tendo essas sido indeferidas ou sendo novidades na demanda judicial. Tal artigo, entretanto, sob pena de afronta ao direito à prova que a parte vê nascer quando há seu deferimento, não permite ao juiz o indeferimento de prova por ele deferida, tenha sido ela fruto de requerimento da parte ou mesmo de iniciativa do próprio juiz, em nítida verificação de preclusão judicial.²⁸⁸

Da mesma forma leciona FERNANDO RUBIN, leia-se:

No *direito probatório* também vige a regra da não preclusividade das questões, assentada na relativização do princípio dispositivo em sentido processual ou impróprio, o qual, por sua vez, desenvolveu-se a partir de exigência moderna de suplementação de um modelo de atuação passiva do Estado-juiz na instrução processual. Nesses contornos, enfatiza-se a possibilidade de o julgador reconsiderar decisão que havia negado meio de prova, mesmo que haja a necessidade de reabrir a instrução do feito - estabelecidas as premissas da interpretação restritiva do art. 330, I, do CPC e do caráter residual da limitação ao direito (constitucionalmente resguardado) de provar. (Grifos no original)²⁸⁹

Muito embora seja ousado discordar, constata-se que não há questão de ordem pública envolvido no deslinde do litígio na forma em que o processo se encontra, dado o fato de que as partes já estariam satisfeitas com a produção de provas desenvolvida. O interesse público seria, ao contrário, de que houvesse o encerramento da contenda da maneira mais rápida e eficaz possível, posto que, nessa hipótese, a continuidade do desenrolar do processo se revela atentatória ao princípio da duração razoável do processo, como sendo um desejável estado de coisas a ser atingido.

Quanto ao tema, é válida a transcrição do entendimento esposado pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ – em reação ao mesmo, veja-se, *litteris*:

EMENTA

Processo Civil. Iniciativa probatória do segundo grau de jurisdição por perplexidade diante dos fatos. Mitigação do princípio da demanda. Possibilidade. Ausência de preclusão *pro judicato*. Pedido de reconsideração que não renova prazo recursal contra decisão que indeferiu prova pericial contábil. Desnecessidade de dilação probatória. Provimento do recurso para que o tribunal de justiça prossiga no julgamento da apelação.

- Os juízos de primeiro e segundo graus de jurisdição, sem violação ao princípio da demanda, podem determinar as provas que lhes

²⁸⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Preclusões para o juiz: preclusão *pro iudicato* e preclusão judicial no processo civil. São Paulo: Método, 2004, p. 271-272.

²⁸⁹ RUBIN, Fernando. A preclusão na dinâmica do processo civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 250.

aprouverem, a fim de firmar seu juízo de livre convicção motivado, diante do que expõe o art. 130 do CPC.

- *A iniciativa probatória do magistrado, em busca da verdade real, com realização de provas de ofício, não se sujeita à preclusão temporal, porque é feita no interesse público de efetividade da Justiça.*
- *Não é cabível a dilação probatória quando haja outros meios de prova, testemunhai e documental, suficientes para o julgamento da demanda, devendo a iniciativa do juiz se restringir a situações de perplexidade diante de provas contraditórias, confusas ou incompletas.*

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Carlos Alberto Menezes Direito e Castro Filho, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento. Os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro e Ari Pargendler votaram com a Sra. Ministra Relatora. Sustentaram oralmente, o Dr. Giorgio Pignalosa, pelo recorrente e, o Dr. Maurício Amato Filho, pelo recorrido.

Brasília (DF), 07 de março de 2002(Data do Julgamento). (Grifos no original)²⁹⁰

Como já destacado acima, o julgado transcrito ignora o enfrentamento de um fato que é absolutamente determinante na existência de preclusão para a dilação probatória judicial. Se as partes já produziram as provas que lhes interessam, não há porque o juízo substituí-las nesse particular, determinando a produção de outras. Isso pela simples razão de que os interesses em juízo e que se pretendem provar dizem respeito ao patrimônio disputado pelas partes.

O fato é que, se as partes já estão satisfeitas com as provas produzidas por si e não pretendem outras, elas demonstram simplesmente que o litígio já pode ser resolvido com fundamento nesse arcabouço, pois é satisfatório. Ao Estado em nada prejudica solucionar a demanda da forma como se encontra, pois os direitos disputados não dizem respeito a seus interesses e as regras atinentes à distribuição do ônus da prova permitem que, havendo perplexidade do julgador, haja uma decisão, pois, em realidade, jamais haverá perplexidade do juízo.

²⁹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. Recurso Especial nº 345.436. Recorrente: DPV COMERCIAL LTDA. Recorrido: PEPSI COLA ENGARRAFADORA LTDA. Relatora: Ministra Nancy Andrichi. Brasília, DF, 6 de dezembro de 1994. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/IMGD?seq=57253&nreg=200101053265&dt=20020513&formato=PDF>>. Acesso em: 17 abr. 2013, 16:30:30.

Vejam-se as premissas sobre as quais se funda o *decisum* ora comentado: “A iniciativa probatória do magistrado, em busca da verdade real, com realização de provas de ofício, não se sujeita à preclusão temporal, porque é feita no interesse público de efetividade da Justiça.” Este entendimento se fundamenta no interesse público na efetividade da justiça. Mas afirmar tal existência por si só não basta, pois se pode contrapor tal argumento com os elementos já evidenciados.

Quanto a isso, já foi feita a ressalva de que se supõe existir maior interesse público na solução do feito da forma mais rápida permitida pelo caso concreto e aceita por autor e réu, vez que as partes já produziram as provas que entenderam pertinentes, do que se contrariar os interessados no litígio, delongando ainda mais o processo em busca de uma decisão que pode ser, ou não, mais adequada à realidade dos fatos.

Não faz sentido, em benefício de uma suposta e improvável melhora na elucidação dos fatos, se desistir de uma prestação jurisdicional mais rápida, sendo que por isso não seria inadequada, considerando que as partes já estão acomodadas acerca da reunião de provas. Suposta melhora, pois não há nenhuma garantia de que as futuras provas do juízo serão mais eficientes do que aquelas já oferecidas. E improvável, pois se as partes, que são os interessados no esclarecimento de fato, já se incumbiram de indicar os melhores e mais adequados meios para a solução do feito, não há porque se acreditar que o juízo que desconhece os fatos em absoluto ira prospectá-los melhor do que os litigantes e partícipes da concretude das relações.

Muito mais adequada é a decisão judicial que se mostra convergente com os interesses e de acordo com a demanda viabilizada pelos litigantes. Mais efetiva é a solução do problema de forma rápida e satisfatória, na exata medida do interesse demonstrado pelas partes. Isso também porque o interesse público milita justamente no sentido da solução rápida do conflito, sem que seja leviana, para que os diversos outros litígios possam também ser apreciados.

Mas, além disso, é logicamente contraditório falar em perplexidade do juízo diante das provas produzidas, pois, também como já destacado, as regras que pertencem à distribuição do ônus de prova oferecem solução para todos os casos. Se não há evidências que suportem a pretensão do autor, assim como nos casos em que há prova dividida, este é mal sucedido, ao passo que o contrário ocorre na

hipótese de o demandante conseguir demonstrar as razões que sustenta em seu benefício.

Falar em princípio da segurança jurídica nesse particular, impõe a identificação das condutas que devem ser implementadas como forma de garantir o atingimento desta condição de fato. No caso em comento, verifica-se que o encerramento da fase probatória reforça a efetividade do provimento a partir de um processo com duração razoável.

Também não se diga que seria mais eficaz, adequado e justo o provimento fundado em mais provas produzidas de ofício, pois se mais adequaria à realidade concreta dos fatos com que têm interferência na disputa, sendo, portanto, razoável o incremento da duração processual em razão disso. Não é correta essa constatação, dado o simples fato de que a adequação do provimento ocorreu na justa medida do interesse das partes no deslinde do feito. Provimento eficaz é aquele que produz a realização das expectativas viabilizadas por meio do ajuizamento da demanda e defendidas pelo demandado e de acordo com o que se permitiu ao Estado juiz conhecer, inclusive por interferência das partes, interferência que, sobretudo, deve ser livre e garantida, mas não substituída.

Portanto, ao juízo seria possível, sim, a produção de provas de ofício, mas desde que ainda houvesse oportunidade processual para as partes também o fazer. Somente enquanto a instrução estivesse à disposição das partes é que o juízo poderia as substituir concorrentemente, pois, além dessa fase, não há nada que justifique tal interferência.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do trabalho foi visto que os princípios, enquanto normas jurídicas, possuem efetiva força normativa e se diferenciam das regras em razão da forma de regulamentação da conduta que encerram. Foi destacado que os princípios podem, sim, determinar os limites e a extensão da interpretação do direito, principalmente disciplinando as condutas concretas e padronizando a interpretação de normas jurídicas hierarquicamente inferiores a partir da identificação dos valores que eles representam.

Afastou-se a proposta de diferenciação de regras dos princípios em razão da estrutura lógica dos seus enunciados. Foi demonstrado que tanto os princípios quanto as regras podem ser enunciados com a mesma estrutura formada por uma hipótese e uma consequência. Os princípios e as regras podem se exprimir por meio de dispositivos linguísticos com caráter hipotético condicional razão pela qual tal critério não serve à estratificação de normas jurídicas que englobam ambas as espécies.

De igual forma não se verificou que a distinção entre ambos deve ocorrer em razão do modo final de aplicação, dado o simples fato de que modo final de aplicação vai depender justamente da espécie normativa de que estamos tratando, sendo que, para tanto, devem-se antes identificá-las. Se o modo final de aplicação das regras e dos princípios depende da sua natureza normativa, não há como serem distinguidos por conta de elemento posterior à sua identificação, fase que precede a maneira como vão normatizar a conduta no caso concreto exatamente no interesse de se saber como será esta norma.

Firmou-se que tanto os princípios quanto as regras têm dimensão de peso na aplicação das normas que representam. O caráter de peso não é elemento exclusivo dos princípios, posto que as regras também o têm. Tanto as regras quanto os princípios podem ser validamente superados sem que nenhum deles, ainda que em conflito com espécies normativas semelhantes, percam a validade. A postura hermenêutica diante de ambos nesse particular será essencialmente a mesma, posto que serão destacados os valores que lhe inspiram, assim como o nível de

atingimento dos objetivos que foram considerados quanto da formulação dos princípios e das regras.

Demonstrou-se que a diferença entre os princípios e as regras reside na maneira como eles normatizam a conduta humana e não na forma como são expostos linguisticamente. Os princípios seriam normas imediatamente finalísticas, pois se incumbiriam de estabelecer fins a serem atingidos, enquanto que as regras seriam normas imediatamente descritivas, porquanto se encarregam de descrever a conduta a ser adotada. Assim, enquanto os princípios expõem valores, fins, estados de coisas a serem atingidos, sendo tarefa do intérprete a identificação das condutas que conduzem a estes objetivos, as regras estatuiriam precisamente condutas, mas todas regulamentadas no interesse de atingir os objetivos subjacentes e inspiradores desta norma.

Na segunda parte do trabalho foram ressaltados os princípios processuais como normas que são objeto da moderna processualística, dado o fato de servirem ao processo como elementos de conexão com os valores que motivaram todo o ordenamento e mais notadamente de associação com a Constituição Federal. Viu-se que os princípios tem força normativa em relação ao processo, posto que o caráter instrumental do mesmo não afasta a condição dele de instrumento realizador da justiça jurídica, ou seja, concretizador do ordenamento e retificador das violações.

Mais, especificamente, o devido processo legal seria o princípio responsável pela manutenção da ordem jurídica quanto ao método de prestação jurisdicional. Por via de consequência, por decorrência de interpretação mais superficial, o princípio do devido processo legal seria o garantidor de que houvesse a observância do processo de prestação jurisdicional que o ordenamento jurídico estatui como forma de o Estado exprimir a sua jurisdição.

Mas também ficou esclarecido que o referido princípio não se resume a somente isso, mas significa, também e essencialmente, que o Estado é devedor perante os indivíduos de prestação jurisdicional, justa em sentido jurídico – que significa em correspondência com o ordenamento –, adequada – aquela exatamente na medida em que se pediu e no atendimento dos interesses viabilizados com a demanda proposta – e eficaz – aquela capaz de reverter as violações e reprimir as tentativas de fazê-lo.

Evidenciou-se, também, o princípio da segurança jurídica, que seria intimamente conectado com o direito em si e desde sua gênese. Assim o seria, pois tanto o princípio da segurança jurídica seria a matriz dos valores que impõem a manutenção de um estado de coisas em que se possa identificar com precisão o direito posto, como também daqueles que exaltam a confiança na imutabilidade estrutural do ordenamento jurídico e da prestação jurisdicional, a chamada imutabilidade dissociante. No mesmo sentido e conectado com a gênese jurídica, o princípio da segurança jurídica seria aquele em razão do qual o próprio direito seria instituído, não na perspectiva individual de normas, mas encarado a partir da própria ideia de adoção de um sistema de normas para regulamentar a conduta humana.

Em derivação desse princípio originário adviriam outros, tais como o princípio da boa-fé objetiva no processo judicial, que se revelaria pela valorização de medidas que impeçam as práticas de condutas que não sejam motivadas por estado anímico legítimo de cooperação ou de defesa dos interesses das partes que o praticam. Esse estado, todavia e como foi destacado, somente poderia constituir razão para a caracterização da conduta somente quando fosse elemento do tipo, sendo que a regra processual principal para se identificar a boa-fé se fundaria em elementos objetivos da conduta. Esses seriam elementos extraídos a partir do objeto desta conduta e não do sujeito, por isso boa-fé objetiva, à exceção daquelas normas que tipificam tal estado de inspiração no interesse de puni-lo.

Ainda como resultado dos valores consagrados pelo princípio da segurança jurídica é o princípio da estabilidade da demanda, do que se extrai que devem ser adotadas todas as condutas necessárias á manutenção da marcha processual em ritmo constante e sempre na direção da prestação jurisdicional. A estabilidade da demanda representaria um valor no interesse instrumental processual, dado o fato de constituir elemento de balanceamento desse conjunto de atos, tendo como fiel a defesa do conjunto contra retornos, repetições ou desvios do objetivo principal. Representaria, em outro nível axiológico, o direito das partes à sedimentação, à cristalização das fases processuais encerradas e dos atos praticados que não prejudicaram os seus direitos essenciais e nem atentaram contra a ordem pública.

Verificou-se que não há como se atingir o estado de segurança jurídica sem a prestação jurisdicional como retificador das condutas violadoras e não há prestação jurisdicional efetiva que seja também intempestiva. Assim, seria inegável o direito

das partes a um processo com duração razoável, pois justiça tardia não se prestaria ao desiderato de sê-la. O processo necessariamente não pode se delongar indefinidamente e nem se encerrar em prazo superior àquele que se limita pela sua utilidade, dado o simples fato de que, por conta de razões de natureza concreta, sua utilidade está intimamente conectada, também, à duração deste método. Não há como se reverterem violações e, por via de consequência, evitar que essas ocorram, tanto repressiva quanto preventivamente, se não há tutela jurisdicional em tempo adequado.

Por conta de todos esses princípios e, acima de tudo, em razão da necessária segurança jurídica é necessário o processo judicial efetivo, aquele que sirva para os desideratos de manutenção da ordem jurídica, reparação dos danos e repressão das violações. Processo efetivo significa aquele processo que se impõe diante dos fatos, tutelando os interesses juridicamente viabilizados na demanda. A efetividade não se confunde com a entrega da prestação jurisdicional no sentido que pretendem os autores ou na forma como defende o réu. Efetividade do processo é o mesmo que a entrega da prestação jurisdicional equivalente ao ordenamento e que sirva para harmonizar a concretude dos fatos ao sistema de normas que são o seu paradigma.

Ainda no que se relaciona à parte do trabalho que tratou dos princípios no processo civil, constatou-se, por fim, que o processo é, de fato, uma relação jurídica. Em razão de tanto, devem-se levar a cabo todas as consequências desta condição, notadamente o fato de haver direitos adquiridos processuais, assim como há também direitos adquiridos materiais.

Foi abordada a preclusão processual, instituto de grande relevância para o processo, vez que se trata de fator estruturante do mesmo. A preclusão funcionaria como um elemento de condução do processo, pois garantiria a sucessão de fases processuais, impedindo o retorno e impelindo o procedimento para aquelas mais adiante. A preclusão seria técnica a serviços da marcha processual e em defesa das repetições de atos e renovação de estados já superados.

Foi determinado que a preclusão poderia constituir sanção, muito embora a ideia original do instituto não considerasse tal natureza. Poderia a preclusão, portanto, ser o efeito jurídico sancionador de uma ilicitude, pelo que se prestaria a puni-la.

Assim, a faceta mais saliente da preclusão se ressaltaria, qual seja, a de que a mesma constituiria principal e essencialmente efeito jurídico de espectro muito mais amplo que o sancionador. A preclusão é a perda de poder ou faculdade processual dos sujeitos do processo em razão da passagem de um determinado lapso, em função da prática anterior de ato incompatível com aquele que se intenta praticar ou do fato de já se ter praticado o ato antes. Como efeito jurídico, a preclusão seria justamente essa perda. Ela não seria o motivo da perda ou um efeito intermediário entre o fato jurídico deflagrador e a perda. A preclusão é justamente o nome dado a esta perda de faculdades ou poderes processuais naquelas condições.

Entretanto, também se destacou que a preclusão poderia constituir um fato jurídico apto a provocar outros efeitos, sendo encarada, portanto, como causa de outro resultado.

Por fim, conclui-se o trabalho abordando que haveria de ser reconhecer a existência de preclusão, inclusive judicial, para o exame de matérias de ordem pública.

Como forma de justificar tal entendimento, destacou-se que, primordialmente, dever-se-ia diferenciar as matérias pronunciáveis de ofício daquelas consideradas de ordem pública. No interesse dessa diferenciação, foi estabelecido que somente o interesse público na defesa da manutenção do ordenamento jurídico naquele caso em particular poderia justificar a qualificação dessas matérias como tais. Por isso, a violação deveria representar prejuízo para o interesse coletivo processual imediato e não somente de forma oblíqua ou apenas mediatamente, pois, se assim fosse, toda e qualquer intervenção processual seria do interesse público, posto que à coletividade sempre interessa o método de prestação jurisdicional.

Estabelecida a natureza pública da matéria em debate, o segundo passo para a referida análise seria justamente se determinar se já houve ou não decisão judicial a esse respeito. Caso já houvesse pronunciamento a esse respeito, não poderia mais o mesmo órgão revê-lo de ofício ou por provocação das partes, à exceção das hipóteses de recursos horizontais ou de cabimento de pedido de reconsideração. Essa constituiria legítima hipótese de preclusão judicial consumativa, pois se está impedindo a nova análise, sem legítima provocação, pelo mesmo órgão de um pronunciamento por conta de já ter havido decisão acerca do tema.

Mas como o Poder Judiciário goza de unidade, até mesmo os órgãos recursais não poderiam mais analisar de ofício tal matéria de ordem pública, caso ela já houvesse sido expressamente decidida por instâncias inferiores e não houvesse demanda recursal objetivando a reforma dessa decisão. Como foi destacado, ainda que tal matéria não constituísse o objeto litigioso, o *meritum causae*, já houve um pronunciamento do Poder Judiciário a respeito do mesmo, devendo ser o mesmo encarado como uma unidade, como um só órgão, porquanto assim o é. O Poder Judiciário é uno, vez que apenas ao Estado é permitido exercê-lo e a decisão judicial acerca de matéria de ordem pública é uma posição do Estado em relação a essa questão de interesse da coletividade, não havendo porque ser revista graciosamente pelo mesmo.

Quanto a esse particular, se destacaram todas as normas jurídicas abordadas na parte do trabalho que tratou dos princípios processuais, sendo essa possibilidade de revisão, em ambos os casos, tanto pelo mesmo órgão, quanto pela instância recursal sem que haja provocação, infringência direta ao princípio maior da segurança jurídica e dos seus consectários já comentados.

Nos casos em não houve decisão judicial a respeito também haveria preclusão para a análise da matéria de ordem pública envolvida, desde que as partes tenham tido oportunidade de conhecer do mesmo e não tenham se insurgido quanto ao tema, instaurando o incidente processual. Também deve ser verificado se processo prosseguiu para fases posteriores àquela em que fora praticado o ato, quando deveria ter sido constatado o vício. Nesse caso não se trataria de decisão implícita, como também destacado, posto que o órgão não tem a obrigação de pronunciar constantemente a regularidade dos feitos, assim como lhe impõe a pronúncia dos vícios de que tomar ciência.

Ocorreria, nesse último caso, legítima preclusão lógica para o juízo e os demais órgãos recursais caso outros temas tenham sido objeto de recurso. Isso porque a análise da matéria com a pronúncia da irregularidade seria contraditório com o fato de o processo ter prosseguido para as fases seguintes àquela em que houve a prática do ato. Também constituiria contradição em razão da subsequência de outros atos que presumem não haver vícios que impedem as suas validades.

Por fim, ainda que não se incluísse no objeto desse trabalho, vez que não constitui matéria de ordem pública, foram abordados os poderes probatórios do

juízo, pois ao mesmo tem se dispensado tratamento semelhante que aos poderes que dizem respeito ao exame das matérias de ordem pública. Nesse particular, viu-se que a produção de provas não é matéria de ordem pública, mas de interesse exclusivo das partes, sendo somente possível ao juízo exercê-lo enquanto as partes ainda podem fazê-lo. Assim, o juízo estaria em posição concorrencial àquela das partes, sendo-lhe defeso produzir provas de ofício quando as faculdades das partes de tal produção tenham precluído. Nesse particular, foi esclarecido que os critérios de distribuição do ônus da prova, sobre os quais é erigida toda a disciplina relativa às controvérsias acerca de matéria de fato, ofereceria solução absolutamente eficaz no sentido de que o juízo resolva a demanda sem comprometer a vedação de não julgar.

A existência de preclusão para análise de matérias processuais de ordem pública foi, então, evidenciada e justificada no interesse do respeito ao princípio da confiança, à necessária estabilidade da demanda, de um processo com duração mais razoável, de uma mais adequada prestação jurisdicional e, sobretudo, para que se concretizem as condições de fato que, reunidas, se classificam como um estado de segurança jurídica.

REFERÊNCIAS

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2011.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. "Preclusão (Processo civil)". Saneamento do processo. Estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (org.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

ARNOLD, Thurman W. Sociologia del derecho. Caracas: Org. Aubert, 1971. El derecho como simbolismo. In: FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

ASSIS, Araken de. Duração razoável do processo e reformas da lei processual civil. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). Leituras complementares de direito constitucional. 2. ed. Salvador: Podivm, 2007.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Teoria dos Princípios. 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

_____, Humberto Bergmann. Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BARBOSA, Antônio Alberto Alves. Da preclusão processual civil. 2a ed. São Paulo: RT, 1992.

BARBOSA, Ruy. Oração aos moços. Disponível em: <http://www.academia.org.br/abl/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?inoid=191&sid=146>. Acesso em 10 mar. 2013.

BARBI, Celso Agrícola. "Da preclusão no processo civil". Revista Forense, n. 158.

BRASIL. Lei no 5.869, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 5 mar. 2013.

_____. Lei no 10.046, de 11 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil. Diário Oficial da União, 17 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 6 mar. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula da Jurisprudência Predominante. Enunciado 115. Brasília, DF, 6 de dezembro de 1994. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp?&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=111>>. Acesso em: 18 abr. 2013, 14:15:00.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. Recurso Especial nº 345.436. Recorrente: DPV COMERCIAL LTDA. Recorrido: PEPSI COLA

ENGARRAFADORA LTDA. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 6 de dezembro de 1994. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/IMGD?seq=57253&nreg=200101053265&dt=20020513&formato=PDF>>. Acesso em: 17 abr. 2013, 16:30:30.

CABRAL, Antonio do Passo. Coisa Julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade mudança e transição de posições processuais estáveis. Salvador: Podivm, 2013.

CAPELLETTI, Mauro. Processo, ideologias e sociedade. Vol. 01, Tradução e notas de Elicio de Cresi Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

_____, Mauro, BRYANT, Garth. Acesso à Justiça. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARVALHO, José Orlando Rocha de. Teoria dos pressupostos e dos requisitos processuais. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005.

CHIOVENDA, Giuseppe. "Cosa juzgada e preclusión". Ensayos de derecho procesal civil. Buenos Aires: EJE, 1949, v. 3.

_____, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, v. 3. Campinas: Bookseller, 1998.

_____, Giuseppe. Principios de Derecho Procesal Civil, Tomo II; [tradução: Profesor José Casáis Y Santaló] Madrid: Editorial Reus, 1922.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Litigância de má-fé, abuso do direito de acção e culpa "in agendo". Coimbra: Almedina, 2006.

COSSIO, Carlos. La Teoría Egologica del Derecho. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964.

COUTURE, Eduardo J. Fundamentos do Direito Processual Civil. Campinas: RED Livros, 1999, p. 130.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. "Conceito e fundamento da *perpetuatio jurisdictionis*". Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial. Fredie Didier Jr. (org.). Salvador, Bahia: Editora Jus Podivm, 2010, v2.

_____. Leonardo José Carneiro da. "Sanação de defeitos processuais no âmbito recursal: (o § 4º do ART. 515 do CPC)". Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à Professora Tereza Arruda Alvim Wambier. José Miguel Garcia Medina... [et al.]. (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. Leonardo José Carneiro da. "A competência como legitimidade para a prática do ato jurídico". Revisitando a teoria do fato jurídico: Estudos em homenagem a Marcos Bernardes de Mello. Fredie Didier Jr.. Marcos Ehrhardt Jr.. (coord.) São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Leonardo José Carneiro da. “Efeitos da citação válida no processo de conhecimento”. Direito civil e processo: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim. Araken de Assis. [et al.]. (coord.) São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DARWICH, Ana. “A quem é devido o *devido processo legal*? – Entre igualdade jurídica e o reconhecimento político e social dos sujeitos de direito.” O devido processo legal. Jean Carlos Dias. Paulo Klautau Filho. (org.) São Paulo: Método, 2010.

DIDIER Jr., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. v. 1. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

_____, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. v. 1. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

_____, Fredie. Pressupostos processuais e condições da ação. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____, Fredie. “Sentença constitutiva e execução forçada”. Disponível em <<http://www.frediedidier.com.br/>>, acesso 18 de abr. 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. v. 1. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. v. 2. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____, Cândido Rangel. Vocabulário do Processo Civil. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério; [tradução Nelson Boeira]. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

_____, Tércio Sampaio, CARRAZZA, Roque Antônio, e NERY JÚNIOR, Nelson. Efeito “ex nunc” e as decisões do STJ. São Paulo: Manole, 2008, p. XXVI.

GIANNICO, Maurício. A preclusão no direito processual civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2005.

HUSSERL, Edmund. Idéias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica: introdução geral à fenomenologia pura. 2. ed. São Paulo: Idéias & Letras, 2006.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito; [tradução João Batista Machado] 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 263.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de Direito Processual Civil. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. Vol. 1. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

LIMA, Maria Rosynete Oliveira. Devido processo legal. Porto Alegre: SAFE, 1999, p. 184.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Duração razoável e informatização do processo nas recentes reformas. In: ASSIS, Araken de (coord.)... [et. al.]. Direitos civil e processo: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvin. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2007.

LUHMANN, Niklas. “A posição dos tribunais no sistema jurídico”. Revista da AJURIS. Porto Alegre: AJURIS, 1990, n. 49.

MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de processo civil, volume 2 : processo de conhecimento / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart. - 6. ed. rev., atual. e ampl. da obra Manual do processo de conhecimento - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. Devido processo legal substantivo: *Razão Abstrata, Função e Características de Aplicabilidade*. A Linha Decisória da Suprema Corte Estadunidense. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. Devido processo legal e proteção de direitos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MEIRELES, Edilton. Primeiras linhas de processo do trabalho. 1. ed. São Paulo: LTr, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____, Celso Antonio Bandeira de. Segurança jurídica e mudança de jurisprudência. In: Revista de Direito do Estado, n. 6, Rio de Janeiro, Renovar, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Sobre pressupostos processuais”. Temas de direito processual. 4ª série. São Paulo: Saraiva, 1989.

MURICY, Marília. “Racionalidade do direito, justiça e interpretação. Diálogo entre a teoria pura e a concepção luhmaniana do direito como sistema autopoiético.” Hermenêutica plural: Possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos. Carlos Eduardo de Abreu Boucalt. José Rodrigo Rodriguez. (org.) São Paulo: Martins Fontes, 2002.

NUNES, Dierle José Coelho. “Preclusão como fator de estruturação do procedimento”. Estudos continuados de Teoria do Processo: origens históricas da

processualística democrática. Rosemiro Pereira Leal (coord.). Porto Alegre: Síntese, 2004, v. 4.

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

PASSOS, J. J. Calmon de. Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ROCHA, Raquel Heck Mariano da. Preclusão no processo civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora.

ROMEIRO, Márcio Anatole de Souza. Celeridade ou duração razoável do processo: do princípio ao direito. In: Revista Forense. Volume 397. Ano 104. Maio-Junho de 2008. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

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

SILVA, Paula Costa e. Acto e processo: O Dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

SILVEIRA, Paulo Fernando. Devido processo legal. 3. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

TESHEINER, José Maria. "Preclusão *pro iudicato* não significa preclusão para o juiz". Disponível em <<http://www.tex.pro.br/>> acesso em 5 mar. 2009.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Duração Razoável do Processo (art. 5.º, LXXVIII, da CF) In: ASSIS, Araken de (coord.)... [et. al.]. Direitos civil e processo: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvin. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2007.

_____, José Rogério Cruz e. "Sobre a eficácia preclusiva da decisão declaratória de saneamento". Saneamento do processo. Estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (org.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

TUCCI, Rogério Lauria. TUCCI, José Rogério Cruz e. Devido processo legal e tutela jurisdicional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.