CAPÍTULO III

FONTES, INTERPRETAÇÃO E EFICÁCIA DA NORMA PROCESSUAL

18. Fontes da norma processual. Como se costuma apontar em doutrina, a expressão *fontes do direito* é equívoca: pode indicar tanto o sujeito do qual emanam as normas, como o mecanismo pelo qual são criadas. Daí se falar respectivamente em fontes *materiais* e *formais*. Aquelas são o Estado e, em última análise, a própria sociedade; já as outras correspondem às estruturas de poder ou aos canais pelos quais as normas são constituídas e assumem relevância jurídica.

A primeira e fundamental fonte formal das normas processuais é a *Constituição Federal*. É nela que estão as normas que estruturam o Poder Judiciário, estabelecem os mecanismos integrantes da assim denominada jurisdição constitucional das liberdades (infra n. 40) e disciplinam a tutela constitucional do processo.

Outra fonte formal está nos *tratados internacionais* dos quais o Brasil seja signatário. Quando relativos à tutela de direitos humanos, eles têm *status* de emenda constitucional e, portanto, integram o ordenamento jurídico nacional (CF, art. 5.º, §§ 2.º e 3.º). Dentre eles destaca-se o assim denominado Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos), incorporado ao direito positivo pelo Decreto 678/1992. Dentre outras disposições, a Convenção já estabelecia o direito ao processo em tempo razoável (art. 8.º, 1) – hoje também previsto nos arts. 5.º, LXXVIII, da CF e 139, II, do CPC. Sempre que um tratado internacional trouxer normas processuais, como é o caso das expostas acima, ele será fonte formal de normas dessa espécie.

Também é fonte formal das normas processuais a *lei*, entendendo-se como tal os textos normativos elaborados de acordo com a competência e o processo

Todas aplicáveis à arbitragem

legislativo estabelecidos na Constituição e na legislação infraconstitucional que disciplina o tema, e com participação do Legislativo. A lei processual é de competência exclusiva da União (CF, art. 22, I) e os Estados têm apenas competência concorrente em matéria de procedimento. Portanto, não são fontes formais das normas de processo os atos do Executivo, como regulamentos ou decretos, que não podem se sobrepor à lei que se limitam a regulamentar.

Igualmente fontes formais das normas processuais são os *regimentos internos* dos tribunais. No contexto da regra de autogoverno positivada no art. 99 da CF, as cortes têm competência normativa para disciplinar sua organização e funcionamento. Os regimentos, assim, são fontes formais porque contêm não apenas disposições sobre competência interna, mas recursos e atribuições administrativas e jurisdicionais de seus membros, dentre outros.

A esse respeito, convém lembrar que as normas de processo, em sentido lato, podem basicamente ser de três naturezas. Um primeiro grupo regula o *procedimento* e, portanto, são ditas procedimentais. A competência legislativa em matéria procedimental é concorrente entre União e Estados da Federação (art. 24, XI e parágrafos). A segunda categoria abrange as normas que disciplinam as posições emergentes da *relação jurídica processual*, e a competência para sua edição é exclusiva da União (CF, art. 22, I). A terceira e última categoria abrange as normas que regulam a *organização judiciária*.

Isso não quer dizer, contudo, que regimentos internos se ocupem exclusivamente de normas de organização judiciária. Pelo contrário, embora a multiplicidade e a diversidade de regimentos internos impeçam assertivas muito categóricas, é lícito afirmar que as normas regimentais vão muito além da disciplina de seus órgãos internos. Elas efetivamente contêm normas procedimentais e processuais, sendo exemplo mais significativo disso o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, conforme se anuncia em seu art. 1.º e se cumpre em várias de suas disposições seguintes.

> «Quanto ao STF, o § 3.º do art. 119 da CF de 1967 era expresso ao autorizar que o regimento interno contivesse normas processuais para os feitos de sua competência originária. Sob a égide da ordem constitucional precedente, aquela Corte entendeu que tal diploma era equiparado à lei. Mas, mais adiante, entendeu também que eventual conflito entre normas legais e regimentais deveria considerar qual a matéria regulada, de tal sorte que a lei prevaleceria quanto a tema processual e o regimento no tocante ao funcionamento dos tribunais.
>
> A Constituição vigente não prevê autorização igual ou análoga. Mas isso não é motivo suficiente para dizer que as normas regimentais com conteúdo processual não foram recepcionadas. Afirmar que tais normas estariam revogadas seria, em relevante extensão, abrir lacuna na disciplina dos processos

de competência originária daquela Corte. Ora, considerando que o remédio não poderia se tornar inacessível pela falta de regra processual, forçoso seria reconhecer que o STF – até que o Legislador pudesse estatuir disciplina diversa – teria a necessária prerrogativa de ditar as regras de processo; analogamente ao que ocorreu, durante algum tempo, no caso do mandado de injunção, apenas para ilustrar. Portanto, pragmaticamente acabaria mesmo por caber ao STF a disciplina processual diante da lacuna que pudesse resultar da não recepção das regras processuais contidas no regimento interno.

> Assim, firmada a premissa de que as normas do regimento do STF editadas sob aquela égide tenham *status* de lei, seu confronto com as normas editadas após pelo Legislador deve se pautar pelos mecanismos usuais de superação de conflito de normas no tempo. Não há qualquer razão para que seja diferente e qualquer outra solução (a privilegiar o regimento ou a Lei) soaria arbitrária. Dessa forma, ou bem a norma posterior revoga expressamente a anterior; ou bem a revogação só ocorrerá se a regra nova for incompatível com a antiga.»

Questão controversa diz com o fato de figurar a *jurisprudência* (infra n. 23) no rol das fontes formais do Direito.

De um lado, entende-se que ela não ostenta tal qualidade porque apenas o legislador tem o poder de emitir normas gerais e abstratas, enquanto a jurisdição tem por essência resolver conflitos em concreto. De acordo com essa visão, mesmo as decisões judiciais reiteradas num determinado sentido não têm caráter vinculante, mas meramente persuasivo; exercem algum grau de influência sobre os julgadores, mas não os vinculam. De outro lado, há quem sustente que a jurisprudência é fonte formal do direito porque, ao apreciar um caso concreto, o julgador participa do processo de criação da norma.

Em alguma medida, o debate está relacionado a duas perspectivas diversas que se possa ter a respeito do ordenamento jurídico. De um lado, está a perspectiva *dualista*, segundo a qual, em síntese, o juiz não cria o direito, mas se limita a atuar norma pré-existente. De outro, a perspectiva *unitária*, que sustenta uma espécie de formação *gradual* do direito, com uma caminhada da norma abstrata incompleta até a definição do direito em cada caso concreto.

Para além desse relevante debate doutrinário e conceitual, mas considerando que o ordenamento jurídico brasileiro positivou o princípio ou regra da legalidade (CF, art. 5.º, II) e que, em complemento, regulou a competência legislativa (CF, arts. 22/24), não parece correto dizer que a jurisprudência seja fonte formal do direito. Ainda que se veja na interpretação e na aplicação da lei um papel criativo do juiz, sua atuação – até do ponto de vista lógico – consiste na aplicação de uma regra pré-existente; ainda nos casos em que a regra não emane da lei em sentido estrito.

Nem mesmo o caráter *vinculante* que se possa eventualmente dar a determinadas decisões judiciais justifica conclusão diversa. Aliás, fontes do direito e vinculação de decisões judiciais são fenômenos certamente relacionados, mas diversos. De um lado, o princípio da legalidade acima lembrado é, de fato, insuficiente para impedir que se estabeleça eventual força vinculante de decisões judiciais: se essa vinculação decorre da lei, o postulado constitucional da legalidade foi atendido; ademais, quando a CF remete à lei (art. 5.º, II), há que se entender que essa última deve ser vista tanto sob a ótica de sua edição, como de sua interpretação – tarefa que, indiscutivelmente, cabe ao Judiciário. De outro lado, contudo, a vinculação a determinada interpretação da lei (ou de outra norma jurídica) dada pelos tribunais não prejudica o caráter original da fonte do direito; pelo contrário, só o reafirma.

No direito positivo brasileiro, a CF prevê que têm caráter vinculante as decisões «definitivas de mérito», proferidas pelo STF nos processos de controle concentrado de constitucionalidade (assim chamadas ações diretas de inconstitucionalidade e ações declaratórias de constitucionalidade), que, por isso, «produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal» (art. 102, § 2.º). Assim também ocorre no caso das assim chamadas «súmulas vinculantes» (art. 103-A).

Mas, desde a vigência do anterior CPC, o sistema processual legal já apontava para ampliação desse espectro. Na premissa de que os tribunais devem «uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente» (art. 926), o atual diploma estabeleceu que juízes e tribunais «observarão» não apenas as decisões acima lembradas, mas também aquelas proferidas nos assim denominados incidentes de «assunção de competência»; de «resolução de demandas repetitivas»; nos julgamentos de recursos extraordinário e especial repetitivos; os «enunciados das súmulas» do STF e do STJ (art. 927, III e IV). Fala-se, por tudo isso, que o CPC teria implantado um sistema «de precedentes».

Mas isso não é suficiente para fazer da jurisprudência fonte do Direito. Os mecanismos acima referidos foram corretamente postos a serviço da desejável uniformidade do entendimento dos diferentes tribunais; e, dentro deles, dos respectivos órgãos. Contudo, diferentemente de outros países, nos quais o precedente está ligado à ideia de voluntária adesão (fundada em raízes culturais substancialmente diversas), entre nós ele não se desenvolveu como fonte do direito. No direito brasileiro, a edição de «precedentes» é instrumento de gestão de processos que envolvem teses repetidas. A jurisprudência «estável, íntegra e coerente» de que fala o art. 926 do CPC ainda encontra óbices relevantes no próprio ordenamento, dentre os quais podem ser lembrados o uso inadequado da competência dada aos relatores, nos tribunais, para decidirem

monocraticamente (art. 932, III, IV e V); e as limitações impostas ao instituto da *reclamação*, quer pela lei (vide art. 988, que reputa inadmissível essa forma de corrigir desconformidades com decisão proferida em recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos «quando não esgotadas as instâncias ordinárias»), quer pelo entendimento restritivo da jurisprudência.

19. Interpretação da norma processual. *Interpretar* é, antes de qualquer coisa, entender. Trata-se de operação intelectual de procura do sentido de algo. Seu objeto é algo materializado pelo espírito porque não se interpreta o que não tenha de alguma forma sido objetivado. Ela envolve três elementos: a obra (a lei, o negócio jurídico ou a sentença, por exemplo), o jurista e o público: o intérprete se coloca entre o objeto e os destinatários da interpretação. No campo do direito, a interpretação não é apenas recognoscitiva (em que se busca conhecer por conhecer), mas ela se destina a uma finalidade: conhecer para agir ou para fruir (como, analogamente ocorre em relação à música ou ao teatro). Daí advém a clássica ideia de que interpretar é clarificar o sentido contido no texto interpretado. No direito, a interpretação busca fazer conhecer para que se regule determinada forma de comportamento.

De sorte a rever a máxima secular segundo a qual, diante da clareza do texto, cessa qualquer interpretação, a doutrina preconiza ser sempre necessário interpretar, por mais singelo e claro que seja o texto normativo. Interpretações literais devem ser vistas sempre com reserva, embora isso não signifique ter como autorizada interpretação contra a lei. O Direito se vale da linguagem e, portanto, não dispensa interpretação.

Às vezes, diante da clareza do enunciado normativo, o esforço interpretativo será pequeno. Nessas hipóteses, a simples leitura do enunciado bastará, no mais das vezes, para que se chegue ao sentido da norma. Em outros casos, o enunciado normativo não apresenta essa mesma clareza e caberá ao intérprete lançar mão de determinados critérios para que chegue ao sentido da norma.

> «Isso vale para a sentença: da mesma forma que as normas gerais e abstratas editadas pelo legislador comportam interpretação, não raro se afigura necessário interpretar também a regra estabelecida pela sentença. Nesse mister, é necessário considerar (i) a respectiva motivação; (ii) o objeto do processo (pedido à luz da correspondente causa de pedir); (iii) as questões que a seu respeito as partes suscitaram e (iv) as normas pertinentes (de modo que se faça uma interpretação que não destoe da lei), dentre outras balizas.»

Os conceitos gerais construídos pela doutrina para a interpretação jurídica aplicam-se ao direito processual civil, bastando reconhecer que se trata de corpo

de regras destinado a disciplinar o exercício do poder estatal (jurisdição); o que, portanto, situa o tema no campo do *direito público* (ainda quando a jurisdição seja exercida por órgão arbitral).

Tudo aqui é igualmente aplicável à AED

20. Classificação segundo o método. Quanto ao *método*, a doutrina indica quatro modalidades de interpretação: a *gramatical* (também chamada de *filológica*), que analisa as palavras do legislador (ou empregada pelas partes no instrumento do negócio jurídico, ou pelo juiz na sentença) e busca alcançar o respectivo sentido; a *lógico-sistemática*, que procura considerar o objeto da interpretação em sua inserção no sistema, para que o entendimento se harmonize com o corpo de normas; a *histórica*, que busca a gênese da norma, para entendê-la à luz das razões que levaram à sua edição; e a *teleológica*, que considera os fins do direito, isto é, a *ratio legis*. Parte da doutrina alude ainda ao método *comparativo,* que busca o alcance de uma norma a partir do confronto com outros ordenamentos jurídicos.

Esses métodos devem ser aplicados de forma complementar e, no processo civil, a referência a eles enseja algumas observações.

Deve ter grande peso o método *teleológico*, não apenas porque o procedimento (que se contém no processo) é uma sequência de atos teleologicamente encadeados; mas porque, se o processo – especialmente sob a ótica das decisões adjudicadas – é instrumento da jurisdição, essa instrumentalidade só pode ser entendida à luz dos escopos dessa atividade. Então, havendo dúvida acerca da inteligência da lei ou do ato jurídico processual, é preciso considerar quais os resultados almejados. O atributo de *efetividade* do processo está aí: na capacidade do instrumento de alcançar os fins desejados. A tarefa é complexa porque, conquanto os escopos jurídico e social do processo sejam complementares, eles também são contraditórios em alguma medida (infra n. 122). Por isso, nessa seara, é fundamental não incidir no equívoco consistente em se identificar efetividade com celeridade (apenas a serviço do escopo social, mas não do jurídico) porque isso pode levar a distorções.

> «Exemplo significativo disso é o que – notadamente sob a égide do CPC anterior – convencionou-se chamar de «jurisprudência defensiva» dos tribunais – que já se consolidou a ponto de merecer tratamento institucional, em obra como a presente. Tal jurisprudência está baseada em interpretações da lei processual que levam ao não conhecimento de recursos, muitas vezes por desproporcionais óbices de forma, quer se considerada a desconformidade com o modelo legal, quer se considerado que a função dos tribunais, ordinariamente, é julgar o mérito dos recursos. Embora não explicitada, referida tendência tem em mira a redução, por vias oblíquas, do volume de recursos perante os tribunais, especialmente nas cortes superiores. O vigente

CPC procurou combater esse tipo de fenômeno: foi enfático quanto à estrita observância do contraditório, de sorte a impedir decisões «de surpresa» (arts. 9.º e 10); estabeleceu a possibilidade de superação de vício ou complementação de «documentação exigível», antes de se considerar inadmissível recurso (art. 932, parágrafo único); abriu margem, sob diferentes formas, para regularização do preparo recursal (art. 1007 e §§).»

A interpretação lógico-sistemática impõe sejam considerados os *princípios* do direito processual civil – que, como se verá mais adiante, são tidos como postulados que alicerçam todo o sistema. Isso não significa dizer que, em nome dos princípios, normas (cuja inconstitucionalidade não se possa afirmar) simplesmente deixem de ser aplicadas (infra n. 32). Nessa mesma linha de raciocínio, sendo o caso, é preciso extrair do texto legal sentido que o torne conforme as disposições constitucionais. O intérprete deve, tanto quanto possível, evitar extrair inconstitucionalidades do texto de lei. O mesmo pode ser dito quando se faz necessário interpretar a sentença ou a transação celebrada pelas partes.

«Isso ocorreu, por exemplo, na interpretação (conforme) que o Supremo Tribunal Federal extraiu da regra do art. 296 do CPC/1973 (com a redação que lhe deu a Lei 8.952/1994), que tratava da hipótese de indeferimento da petição inicial e, diante de eventual recurso do autor, dispensava a citação do réu. Essa última só podia ser admitida – sem que houvesse ofensa ao princípio do contraditório – na premissa de que, uma vez anulada a sentença pelo tribunal, os autos retornariam ao grau originário e o réu, então citado, não ficaria vinculado ao que até então se decidiu. Dir-se-á que, sendo assim, a utilidade da regra fica diminuída. Mas, ainda que isso fosse correto, deveria prevalecer o princípio constitucional, o que inclusive levava a doutrina a sugerir alterar-se o texto legal, para que fosse prevista a citação do réu para responder o recurso. Os anseios da doutrina foram atendidos e, no regime vigente, o art. 331, § 1.º, determina que o réu deverá ser citado para responder o recurso. A regra do art. 332, § 4.º, que também trata da hipótese de improcedência liminar do pedido, igualmente prevê a citação, caso haja recurso do autor.

Exemplo de interpretação sistemática e teleológica – e que considera especialmente a regra da instrumentalidade das formas (CPC, arts. 277 e 282, § 1.º) está na denominada *teoria da ciência inequívoca*. Assim, o art. 231 do CPC – segundo o qual o prazo para contestar inicia-se da juntada aos autos do mandado de citação cumprido – deve ser entendido sem a exclusão de outras hipóteses em que a contagem do prazo pode se iniciar antes daquele ato processual. Isso pode ocorrer quando juntada procuração nos autos ou quando efetuada carga por advogado antes de formalizada a citação. Aliás, a última hipótese passou a ser expressamente prevista pelo vigente art. 231, VII, do CPC. Outro exemplo está na inadmissibilidade do mandado de segurança contra ato judicial, apesar do disposto no art. 5.º, II,

Tb na arbitragem

da Lei 12.016/2009: se o sistema processual dispõe de mecanismos aptos à obtenção do efeito suspensivo aos recursos, não é correto empregar a medida para essa finalidade.»

Ainda quanto ao método lógico-sistemático, ele deve ser aplicado quando houver *antinomia*, isto é, conflito entre normas que contenham (ainda que aparentemente) proposições incompatíveis. Diante do conflito, ensina a doutrina que o intérprete deve, antes de tudo, desconfiar de si mesmo e presumir que a contradição resulta da sua falta de adequada compreensão; especialmente quando as regras estão contidas num mesmo diploma legal. Daí a lição clássica segundo a qual é preciso descobrir o nexo oculto que concilia as disposições antinômicas. Os critérios a adotar para a solução das antinomias são, nesta ordem, o da especialidade, o hierárquico e o cronológico: no caso de verdadeiro conflito, portanto, o especial derroga o geral; se ambas as normas forem especiais ou gerais, prevalece a de hierarquia superior (salvo no caso de contradição com a Constituição, em que obviamente não se aplica o raciocínio da generalidade *versus* especialidade); em último caso, prevalece a norma mais recente.

21. Segue: analogia e princípios gerais. Pela interpretação lógico-sistemática se chega à *analogia* e aos *princípios gerais*, como modo de *integração* do sistema diante da ausência de norma expressa – que não se resume à lei (supra n. 18). Isso quer dizer que, embora possa haver lacuna da lei, o sistema é, por definição, completo, e nele deve ser possível encontrar solução para todas as situações.

Na *analogia*, diante da falta de norma específica, aplica-se outra que seja prevista para hipótese semelhante, com identidade do fundamento (*ratio*). A analogia não é propriamente um método de interpretação; nem seu resultado pode ser considerado fruto de interpretação extensiva (infra n. 24).

«Exemplo de analogia na interpretação de norma processual estava na aplicação do art. 318 do CPC/1973, que cuidava da reconvenção, ao assim denominado *pedido contraposto* (CPC/1973, art. 278, § 1.º): nos dois casos, há uma demanda do réu em desfavor do autor, embora o pedido contraposto seja mais limitado, dada a concentração dos atos processuais, própria da sumariedade. Embora o CPC vigente não mais preveja o instituto, a Lei 9.099/1995 – que disciplina o processo dos Juizados Especiais – continua a prever a hipótese (arts. 31 e 17, parágrafo único). Também ilustrava a analogia em matéria processual a aplicação ao recurso ordinário em mandado de segurança do art. 515, § 3.º, do CPC/1973, que permitia ao tribunal julgar mérito de causa «madura», em matéria exclusivamente de direito, quando o processo houvesse sido extinto em primeiro grau sem resolução do mérito.

No CPC vigente essa passou a ser a regra expressa (art. 1.027, § 2.º, e art. 1.013, § 3.º).»

Quanto à incidência dos princípios, é preciso considerar que existem *princípios gerais de direito* e *princípios processuais* (infra n. 32 e ss.). Dessa forma, antes de ir aos princípios gerais, é preciso considerar que o sistema processual guarda suas próprias características. Somente na eventual insuficiência é que se pode recorrer àqueles outros, ainda que se reconheça que uns e outros, porque se trata de um sistema, devem se harmonizar (infra n. 33).

Aliás, o confronto entre *geral* e *especial* sugere outra ordem de considerações. A interpretação *lógico-sistemática* deve ter em conta que o sistema estabelecido a partir do Código de Processo Civil convive com uma plêiade considerável de regras em diplomas extravagantes, muitos dos quais estabelecem o que se poderia qualificar como *subsistemas* ou *microssistemas*. Eles se caracterizam por regras próprias, concebidas para que o processo se ajuste às peculiaridades da situação substancial. Essas regras, na medida em que são *especiais*, derrogam as *gerais*.

Contudo, essas últimas são eventualmente aplicáveis desde que não haja uma norma especial a regular determinado tema específico. Nesse caso, a norma geral se aplica de forma *subsidiária* porque, sem contrariar a norma especial, apenas considera que o alcance da especialidade é limitado. A rigor, isso já ocorre dentro do próprio Código de Processo Civil, a propósito dos *procedimentos especiais* (arts. 539 e ss.), mas cuja disciplina, por não ser exaustiva, não dispensa a aplicação subsidiária das regras previstas para o procedimento comum.

Mas vale frisar: primeiro, o *especial* derroga o *geral* – e não o inverso; segundo, o postulado geral se aplica subsidiariamente quando não conflite com a regra especial (portanto, na omissão da disposição especial). Qualquer tentativa em contrário abre margem para o arbítrio porque, considerando-se a diversidade dos destinatários (e, portanto, intérpretes) das normas, poderá alguém pretender a prevalência do geral sobre o especial para um determinado fim, mas não para outro; ou pretender uma espécie de mixagem de leis, a gerar, na prática, um terceiro diploma cuja autoria só se poderia mesmo atribuir ao respectivo aplicador; e não ao legislador.

«Ilustra bem o que está dito no texto o tema da aplicação das disposições do CPC aos Juizados Especiais: é incoerente defender a aplicação da súmula impeditiva de recursos (CPC, arts. 932, IV, e 1.011, I) aos Juizados e, ao mesmo tempo, recusar-se a ali aplicar a regra do § 2.º do art. 1.007 do CPC, para relevar a deserção e dar oportunidade de complemento no caso de mera insuficiência do preparo recursal. Note-se que nos Juizados não há o recurso de apelação, e os Colégios Recursais não são o Supremo Tribunal

Federal nem o Superior Tribunal de Justiça (literalidade das letras *a* e *b* do inciso IV do art. 932 do CPC). Além disso, a Lei 9.099/1995 não exclui a possibilidade de mera complementação do preparo existente, mas insuficiente (para não dizer que tal providência, pelo contrário, afina-se com os princípios inscritos no art. 2.º dessa lei).

Outro exemplo está na eventual aplicação da regra *geral* contida no art. 915 do CPC (segundo a qual os embargos do devedor devem ser ofertados no prazo de quinze dias contados, em regra, da juntada aos autos do mandado de citação) ao processo – regido por regras *especiais* – da execução fiscal; particularmente pelo art. 16 da Lei de Execuções Fiscais (Lei 6.830/1980), cujo inciso III – na linha do que era a regra geral antes vigorante para o processo comum – manda contar o prazo da intimação da penhora.»

> Assim, é preciso determinar se – e em que medida – essa ou aquela disciplina deve ser vista como *especial*, diante do que seria a disciplina do processo. O discurso da especialidade como forma de exclusão precisa ser visto com rigor no campo científico. Nesse âmbito, aquele discurso não pode jamais funcionar como uma espécie de argumento de autoridade, como a limitar a interpretação do direito processual apenas aos «especialistas». O equilíbrio está no seguinte: nem subsistemas indevidamente submetidos a regras gerais que a eles não se aplicam; nem desvinculação mal justificada desses subsistemas a regras «gerais». A existência de regras especiais, por uma questão conceitual, não pode desnaturar o sistema processual.

> «No campo da arbitragem, a invocação da especialidade fez nascer a categoria dos «arbitralistas». Não há dúvida de que a arbitragem tem relevantes notas de especialidade, que apartam o respectivo processo daquele que é instrumento da jurisdição estatal. Basta dizer que se trata de instituto fundado na vontade das partes, a gerar decisão cujo mérito não pode ser revisto pelo Poder Judiciário. Contudo, não é possível interpretar a lei que a regula como se fosse um corpo de normas desvinculado do exercício do poder conferido ao árbitro e como se esse não estivesse sujeito ao modelo processual «geral»; até para que se determinem os limites da especialidade e até onde ela derroga as regras gerais.

Também no âmbito do processo coletivo, é comum se acentuar a autonomia de sua disciplina legal no confronto com o da tutela individual. Isso é correto em termos: em qualquer caso, há poder e o processo é instrumento de seu exercício. Portanto, há um expressivo campo de disciplina comum a regular poderes, sujeições, faculdades, ônus e deveres das partes; seja individual ou coletivo o processo.»

22. Segue: método comparativo. Na seara processual, esse método tende a considerar essencialmente regras de ordenamentos estrangeiros, uma vez que,

internamente, a lei processual é da competência normativa exclusiva da União. Portanto, não há propriamente como comparar a legislação de uma unidade federativa com a de outras – o que não é alterado de forma relevante nem mesmo pela competência concorrente que esses entes têm em matéria procedimental. Quando muito, é possível invocar e comparar decisões de diferentes tribunais, a propósito da interpretação da mesma norma federal. Mas esse expediente não pode ser considerado exatamente como um método de interpretação, já que o objeto é o mesmo (e, a rigor, o sistema quer a uniformidade na interpretação, tarefa afeta ao Superior Tribunal de Justiça, quanto ao direito federal).

> O CPC vigente, dentre os mecanismos estabelecidos para proporcionar jurisprudência «estável, íntegra e coerente» (art. 926), estabeleceu, no âmbito dos tribunais locais (estaduais e federais), o assim denominado incidente de resolução de demandas repetitivas – que passou a ser referido, na praxe forense, pela sigla «IRDR» (arts. 976 e ss.). A tese jurídica ali fixada terá aplicação aos processos «que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal», assim como aos casos futuros «que venham a tramitar no território de competência do tribunal» (art. 985, I e II). Nada impede – pelo contrário, a tendência é de que seja assim – que a mesma tese seja discutida perante tribunais de outros Estados ou Regiões; caso em que, na linha de raciocínio acima exposta, nada impede que aquilo que for julgado em IRDR por determinado tribunal pode eventualmente ser tomado como referência por outro, embora sem caráter vinculante. Vale dizer: à míngua de entendimento uniforme ditado pelo Superior Tribunal de Justiça, as Justiças locais poderão tomar-se umas às outras como referências (não vinculantes).

Nesses limites, a comparação com ordenamentos de outras soberanias é ferramenta útil no âmbito acadêmico, para aprendizado e reflexão crítica sobre o direito positivo; inclusive como forma de estimular eventuais propostas legislativas. Isso é inclusive confirmado pela crescente edição de normas de alcance supranacional; quer sob a forma de tratados, quer sob a forma de propostas doutrinárias como aquela materializada no Código Modelo para Ibero América.

Mas a comparação também pode ser útil como método na interpretação do direito objetivo, para a resolução de conflitos. Para essa finalidade é preciso apenas ter cautela. Primeiro, é preciso que o intérprete se certifique – analogamente ao que ocorre no processo civil quando se aplica direito estrangeiro – sobre o teor e a vigência da regra estrangeira. Segundo, é preciso considerar as condições e a realidade em que editada e vigente a norma do outro ordenamento, para que não se pretenda a comparação entre realidades substancialmente distintas – fazendo-se valer o que em doutrina já se referiu como a «regra de ouro» do direito comparado. Disso poderá resultar a conveniência ou necessidade de se considerar a interpretação que a norma alienígena recebe da doutrina e da jurisprudência em sua própria origem. Terceiro, convém considerar que o

método comparativo tem caráter subsidiário, no confronto com os demais: não se pode, a pretexto de que tal ou qual solução seja adotada por outro ordenamento, pretender-se que ela prevaleça diante de norma local com literalidade, antecedentes históricos, fundamento e objetivo diversos.

Coisa diversa do emprego do método comparativo é a existência de normas constantes de tratados internacionais e que, tendo recebido adesão na forma prevista pelo ordenamento interno, a esse tenham se incorporado. Se a norma foi incorporada à ordem jurídica interna, então não mais apenas uma referência para interpretação, ela é – ou deveria ser – um dado vinculante.

> «Esse é o caso do já referido Pacto de São José da Costa Rica (promulgado internamente pelo Decreto 678/1992 e que explicita «garantias judiciais», dentre as quais a defesa, a duração razoável do processo e o juiz natural). Além dela podem ser lembradas, para ilustrar, as seguintes Convenções internacionais: (i) sobre prestação de alimentos no estrangeiro, firmada entre Estados membros da Organização das Nações Unidas (contendo regras sobre cartas rogatórias para ação de alimentos, internalizada pelo Decreto 56.826/1965); (ii) sobre obrigação alimentar (também com regras de cooperação internacional processual para cumprimento de obrigação alimentar, internalizada pelo Decreto 2.428/1997); (iii) sobre arbitragem comercial internacional no âmbito da Organização dos Estados Americanos (que disciplina o reconhecimento e execução de sentença arbitral, internalizada pelo Decreto 1.902/1996); (iv) sobre o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras (internalizada pelo Decreto 4.311/2002); (v) sobre cartas rogatórias, acrescida por protocolo adicional (objetos dos Decretos 1.899/1996 e 2.022/1996); além de tantos outros diversos tratados que disciplinam em sua maioria, no contexto das normas processuais, a denominada cooperação jurídica internacional (infra n. 127).»

23. Classificação segundo o agente. Embora com menos implicações que a classificação precedente, é possível analisar a interpretação pelo ângulo do intérprete.

Fala-se, assim, em interpretação *autêntica*, que é feita pelo próprio Legislador, mediante a criação de uma nova lei que busca explicitar o sentido da anterior (lei interpretativa). Quando se trata de interpretar sentença, fenômeno análogo ocorre ao ensejo dos *embargos de declaração* (CPC, art. 1.022), que é recurso dirigido, ao menos em princípio, ao mesmo juiz ou colegiado prolator da decisão embargada.

Não deve ser qualificada como interpretação autêntica aquela feita, no âmbito doutrinário, por quem tenha participado, de alguma forma, do processo legislativo (por exemplo, o autor ou autores de determinado anteprojeto de

lei), pela simples razão de que não é possível considerá-lo como algo pessoal. Ainda que considerações com tal origem possam ser consistentes e valiosas, elas continuam a ser não mais do que interpretação doutrinária. Nem mesmo os trabalhos preparatórios da lei podem ser tidos como forma de interpretação autêntica. Quando a lei é promulgada, ela se desprende da personalidade de quem participou do processo legislativo e ganha vida própria: daí se dizer que a mente ou o espírito da lei não se confundem com os do legislador.

Sem embargo disso, os antecedentes do ato legislativo não são absolutamente irrelevantes e podem ser considerados sob a ótica de interpretação histórica ou, eventualmente, teleológica. Algo análogo pode ser dito da assim denominada *exposição de motivos* – texto que pode preceder, contextualizar e justificar o texto normativo contido em determinada lei. Conquanto ela não possa prevalecer sobre a literalidade do texto legal, pode concorrer de forma válida e útil para a interpretação da norma.

> «Na jurisprudência há precedente que invocou a exposição de motivos – no caso, do CDC – para interpretar o alcance do direito do consumidor à informação. De forma genérica, a exposição de motivos deste ou daquele diploma é eventualmente invocada sob o argumento de que retrata o objetivo da norma; o que indica a utilização do texto como elemento para interpretação teleológica (de qualquer modo, não se trata de interpretação autêntica).»

Também se fala em interpretação *doutrinária* e *jurisprudencial*: aquela feita por juristas (em sentido abrangente de advogados, membros do Ministério Público, docentes, dentre outros) e a outra feita pelos tribunais.

Quanto à interpretação *doutrinária*, ela parece perder força num modelo que cada vez mais valoriza a jurisprudência (ou os «precedentes»). De fato, a história recente do país registra declarações públicas prestadas por mais de um ministro de tribunal superior de que não lhes importaria o que dizem os doutrinadores, diante do fato de que eles (ministros) seriam investidos do poder de dizer o direito; o que, aparentemente, envolveria uma espécie de encargo indelegável.

Seria incorreto tomar esse pensamento como regra geral porque a maioria dos magistrados está aberta a considerar o que dizem os acadêmicos; até porque muitos deles ostentam tal qualidade. Mas, seria ingênuo negar que pensamentos como aquele não passem pela cabeça de muitos para os quais, assumida a condição de magistrado, conhecer o que pensa a doutrina seria dispensável. Seria bastante ler os autos e dizer o direito no caso concreto. Também seria incorreto não estender esse raciocínio para membros do Ministério Público e para advogados. Em todos esses segmentos ocasionalmente é possível constatar uma natural acomodação ditada pela rotina da profissão e pelos deveres a ela inerentes.

A origem de uma parte do problema, nos tempos atuais, pode estar em saber qual tipo de produção intelectual merece ser qualificada como «doutrina». Genericamente, o termo costuma ser empregado para referir um conjunto de postulados que servem de base para um sistema. Mas, o emprego usualmente feito no Direito – que aparentemente corresponde à etimologia da palavra, proveniente do latim *doctrina*, que deriva do verbo *docere* (ensinar) – é o de *ensinamentos*. Sob esse ângulo, ela é o resultado do estudo de pensadores, juristas e filósofos do Direito. Mas, o conceito parece progressivamente perder a característica essencial de provir de mestres da ciência do Direito, com reconhecida autoridade universitária.

Há também uma questão pedagógica e metodológica: no estudo do Direito, a opção pelo método do «estudo de casos» – se feita sem as devidas cautelas – pode levar à equiparação do que entendemos aqui por *doutrina*, de um lado, com o assim denominada *legal doctrine* do sistema jurídico anglo-saxão, estabelecida justamente a partir de precedentes judiciais, de outro lado; o que, mais uma vez, contribui para que a interpretação jurisprudencial acabe por prevalecer sobre a doutrinária.

De todo modo, a doutrina, por seu trabalho de exegese, segue – e deve continuar a seguir – não apenas como fonte de inspiração para a jurisprudência, mas como fator de inspiração para o legislador, sendo o Código de Processo Civil disso um exemplo significativo: a ênfase que a disciplina do princípio do contraditório mereceu (não apenas nos arts. 9.º e 10, mas em diferentes passagens); a inclusão da assim denominada regra de cooperação (art. 6.º), e a antecipação da prova de forma desvinculada do perigo da demora (art. 381, II e III) bem ilustram esse fenômeno.

Quanto à interpretação jurisprudencial, para o caso que se encontra sob julgamento a decisão, ela certamente é imperativa. Mas o entendimento dos tribunais realmente pode servir de influência, quer a inspirar outras decisões, quer a nortear a conduta de outras pessoas. A intensidade dessa influência varia conforme a força que dado sistema outorgue a um julgamento ou ao que se possa qualificar como precedente judicial. Nos sistemas de *common law*, isso ocorre de forma acentuada; nos de *civil law*, ela é mais reduzida.

Contudo, o sistema brasileiro, conforme visto anteriormente, tem mecanismos que pretendem ir além da mera influência da jurisprudência, para estabelecer autêntica força vinculante (supra n. 18). Nesse contexto, ao ensejo de reflexões sobre a interpretação jurisprudencial, convém lembrar a distinção conceitual que se faz – e que deve realmente ser feita – entre os motivos determinantes da decisão, que são usualmente qualificados como *ratio decidendi*; e eventuais considerações feitas de passagem – que podem ser referidas como *obiter dictum* – e que não traduzem a essência da decisão a respeito do especí-

fico tema submetido a julgamento. Na *ratio decidendi* está a verdadeira escolha hermenêutica da decisão, sem a qual a decisão não se sustentaria como tal. Ali reside a tese ou proposição a ser seguida em outros casos iguais; diferentemente do *obiter dictum*, que não tem essa função determinante e que, por isso, não enseja vinculação para outros casos. Distinção dessa ordem é fundamental num sistema que pretende dar força vinculante a determinadas decisões judiciais e tem importantes desdobramentos quanto ao dever de motivação.

> «*Jurisprudência*, convém lembrar, é vocábulo que designa entendimento de um dado tribunal (ou de mais de um) a respeito de uma dada matéria. Ela não é sinônimo de acórdão. Portanto, não se deve empregar o vocábulo no plural («jurisprudências») para designar pluralidade de acórdãos, ainda que convergentes.»

Além disso, de um modo geral, a interpretação da norma está a cargo de todo e qualquer destinatário, com variação sobre os efeitos daí decorrentes. No direito processual, a jurisdição é exercida no ambiente da relação jurídica processual e dela participam profissionais presumivelmente conhecedores do direito – juízes, advogados (que, por regra, têm a capacidade postulatória) e membros do Ministério Público. Sendo assim, no ambiente processual a interpretação fica a cargo desses agentes. Isso não quer dizer que a parte não possa ela própria interpretar o texto normativo, para fazer juízos próprios sobre suas chances e riscos no processo, quando se cogita de superação da controvérsia por autocomposição. Ao advogado, como interlocutor da parte em juízo, cabe esclarecê-la e recusar a adoção de condutas baseadas em interpretações com as quais não esteja de acordo, quer porque contrárias aos interesses de seu patrocinado, quer porque contrárias ao direito ou à ética.

O Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/1994) qualifica como infração disciplinar «advogar contra literal disposição de lei», mas presume a boa-fé quando o advogado estiver fundamentado «na inconstitucionalidade, na injustiça da lei ou em pronunciamento judicial anterior» (art. 34, VI). Da mesma forma que o agente público (quando se examina a probidade de sua conduta), o advogado não pode ser responsabilizado por mera interpretação que, depois, venha a ser considerada equivocada. Tolher do advogado essa forma de interpretação seria desconsiderar a contribuição criadora que ele desempenha na formação da jurisprudência. Além disso, responsabilização dessa ordem, por coerência, deveria levar à adoção de idênticos parâmetros para a interpretação feita por membros do Ministério Público e até mesmo por magistrados, quando seus pleitos fossem eventualmente rejeitados ou suas decisões reformadas, respectivamente.

24. Segue: classificação quanto ao resultado. Com base nesse critério, a doutrina indica três espécies de interpretação: a *extensiva*, na qual se parte da

premissa de que o Legislador disse menos do que queria para, então, estender-se o texto legal; a *declaratória*, na qual a vontade do Legislador corresponderia ao que estabelece, sem necessidade de se ampliar ou se reduzir o alcance da lei; e a *restritiva* ou *estrita*, na qual se diz que o Legislador disse mais do que queria e é preciso restringir o sentido. Há também alusão a uma quarta espécie, que é a interpretação *ab-rogante*: pelo método lógico-sistemático, conclui-se pela impossibilidade de aplicação da norma porque absolutamente incompatível com outra (infra n. 28).

Em última análise, a interpretação extensiva e a estrita se referem mais propriamente à aplicação do direito do que à sua interpretação. Elas são formas prudentes de correção de deficiências e de excessos das normas legais, sem que se chegue à interpretação contra a lei, como já se destacou em doutrina. No caso da invocação da analogia (supra n. 21), não se trata de interpretação extensiva porque aquela se aplica diante da ausência de norma expressa e, portanto, não há como estender o que não existe.

> «Exemplo de interpretação extensiva – fruto do método lógico-sistemático (e quiçá, teleológico) – estava na leitura que a doutrina fazia da regra do art. 515, § 3.º, do CPC precedente. A interpretação considerava a regra do então art. 330 para concluir que o julgamento do litígio diretamente pelo tribunal, na hipótese referida pelo art. 515, seria possível quando a controvérsia fosse exclusivamente de direito *ou* a causa estivesse «em condições de imediato julgamento» (situação referida como «causa madura») – quando a letra da lei exigia a conjugação das duas circunstâncias. No texto vigente, fala-se em julgamento direto do mérito pelo tribunal se «o processo estiver em condições de imediato julgamento» (art. 1.013, § 3.º).»

De outra parte, quando o Legislador estabeleceu *exceções* a determinada regra ou princípio (suposto que a norma não padeça de inconstitucionalidade), a interpretação deve ser estrita: uma exceção já é uma restrição, que só deve valer para os casos expressamente referidos. Ampliar o rol de exceções seria contrariar sua própria essência e razão de ser.

> «Isso ocorre, por exemplo, quando a lei estabelece a regra de que a responsabilidade patrimonial está associada ao débito (CPC, art. 789), de tal sorte que as exceções – débito sem responsabilidade e vice-versa – não devem ser alargadas. Aliás, a fiança – contrato benéfico pelo qual alguém submete seu patrimônio à satisfação de dívida alheia – não admite interpretação extensiva (CC, art. 819); o que vale igualmente para a hipoteca e outras garantias.

Ao tratar do *pedido*, o art. 293 do CPC/1973 estabelecia que ele deveria ser interpretado «restritivamente». A regra estava em consonância com o postulado da inércia da jurisdição, de que decorre o princípio da demanda: sendo do interessado o ônus de provocar o exercício daquela atividade estatal, o juiz fica adstrito aos termos do pedido e respectiva causa de pedir.

> Daí porque não deveria extrair do pedido mais ou menos do que tivesse sido explicitado, salvo se a própria lei admita alguma forma de pedido implícito. O vigente Código de Processo Civil adotou redação diversa e estabeleceu que a interpretação do pedido deve considerar «o conjunto da postulação» e que deve observar «o princípio da boa-fé» (CPC, art. 322, § 2.º). Quanto ao primeiro parâmetro ele realmente está correto e é inclusive coerente o que a lei estabelece em relação ao demandado, cuja defesa também deve ser considerada «em seu conjunto», quando se trata do ônus de impugnação específica (art. 341, III). Já o elemento subjetivo «boa-fé» pouco ou nada deveria ter com a interpretação do pedido: o autor pode litigar com esse espírito e, mesmo assim, ser omisso em relação a tal ou a qual pedido que poderia ter deduzido. Nem por isso o juiz há de «premiar» a lisura da parte – nada mais do que seu dever fundamental (art. 5.º) – mediante a outorga do que não se postulou.»

Também devem ser interpretados de forma estrita, conforme já se apontou em doutrina, os textos que estabelecem formalidades em geral, bem como os que fixam condições para os recursos. No caso de normas sancionadoras ou que acarretam perda ou restrição de direitos, também não se admite interpretação extensiva. O entendimento segundo o qual, na dúvida, prevalece interpretação que favoreça quem se obrigou – ainda que não seja correto falar em «obrigação» processual – também se aplica ao direito processual.

> «Para ilustrar, veja-se a disposição contida no art. 81 do CPC: quando a lei fala que o juiz condenará «o litigante» de má-fé a pagar multa, indenização e outras verbas à parte contrária, não é possível, mercê de interpretação extensiva, estender-se a condenação ao advogado; que pode até responder regressivamente perante seu constituinte, mas por fundamento diverso, em via própria, e não no mesmo processo em que praticada a conduta tida por ímproba.»

Quanto à ab-rogação, a abolição das disposições anteriores se dá nos limites da incompatibilidade. Se a lei nova cria, sobre determinada matéria, um sistema diverso e completo, o precedente se considera eliminado. Portanto, dá-se a ab-rogação quando a norma posterior cobre todo o conteúdo da antiga. E quando os princípios fundamentais da velha e os da nova regra se contradizem de forma absoluta, considera-se ab-rogada a primeira, conforme costuma se apontar em doutrina.

25. Norma processual no tempo. A questão surge diante da entrada em vigor de norma processual nova, que discipline determinada matéria de forma diversa daquela regulada pela lei anterior. O problema é restrito aos processos em curso (=tanto que proposta a demanda) quando do início da vigência da lei nova, uma vez que, ao menos em princípio, não há dúvida de que a norma

nova não se aplica aos processos já encerrados; e de que aos processos novos se aplica a regra nova.

> «Em tema de *ação rescisória* (ação autônoma tendente a desconstituir decisão de mérito transitada em julgado), poderia haver dúvida sobre regra que altere – para criar ou para suprimir – hipótese legal de rescisão (CPC, art. 966). Nesse caso, de fato, a premissa é a de que haverá um processo novo para a ação rescisória porque a decisão por rescindir, ao menos em regra, foi proferida em processo encerrado. Mas, na hipótese aventada o que se tem é um processo novo, mas regido parcialmente por regras anteriores. Isso se explica da seguinte forma: o processo (procedimento e relação processual) da rescisória deve ser regido pela lei nova, isto é, aquela vigente ao tempo em que instaurado o respectivo processo (observando-se dali em diante a regra de isolamento). Mas, as hipóteses de rescisão devem ser consideradas no momento em que se opera o trânsito (sendo possível que, entre o trânsito e o advento de norma nova decorra algum tempo): ali é que surge o interesse de agir para a rescisória e, portanto, ali se inicia o curso do prazo extintivo (ideia de *actio nata*), que no caso é decadencial.»

Dessa forma, não se cogita da aplicação da regra processual vigente à época da ocorrência dos fatos trazidos a juízo como integrantes da causa de pedir da demanda, só por essa circunstância. Vale dizer: não se aplica a lei processual antiga (suposto tenha sido alterada) a pretexto de que um direito adquirido no plano material traria consigo os meios necessários para «fazê-lo valer em juízo». Semelhante raciocínio seria resquício de indevido sincretismo, expresso na fórmula do revogado art. 75 do Código Civil de 1916 (a todo direito corresponde uma ação que o assegura) e também estaria a confundir os conceitos de ação e processo.

Mas, aqui convém relembrar a distinção entre norma de direito material e processual (supra n.17), nem sempre tão fácil dada a existência de pontos de grande proximidade ou de «estrangulamento». Assim, enquanto a regra é a de que a norma processual nova, salvo disposição expressa em contrário, aplica-se imediatamente a processos pendentes; isso nem sempre ocorrerá quanto à aplicação do direito material que eventualmente seja superveniente à constituição de dada relação jurídica. Se a norma for autenticamente de direito material, ainda que ela só venha a ser aplicada em processo instaurado depois de sua modificação, a regra (ressalvadas disposições do próprio plano substancial) é a de aplicação da norma antiga; não da nova.

> «No caso da regra de *responsabilidade patrimonial*, por exemplo, firmada a premissa de que a sujeição do patrimônio do devedor para satisfação de suas obrigações remontaria ao momento de constituição do débito, poder-se-ia chegar à conclusão de que regra nova que tornasse impenhorável determinado bem (existente ao tempo da constituição da dívida) seria inaplicável,

mesmo que o processo instaurado para cobrança da dívida fosse posterior. Para ilustrar situação diversa, lembre-se que, na jurisprudência, prevalece o entendimento de que norma superveniente que trate da forma de cálculo dos acessórios da condenação deve ser tratada como norma processual. Com base nessa premissa – esteja ela certa, ou não – entende-se que novas regras sobre correção monetária e sobre juros incidentes sobre a condenação em face da Fazenda Pública são aplicáveis aos processos em curso.»

Quando a lei processual abre ensejo para a alegação de «direito superveniente» (o que, para ilustrar, está previsto no art. 342 do CPC, ao disciplinar o ônus de alegação que compete ao réu, sob a égide das regras de concentração e de preclusão), isso não quer dizer que qualquer norma nova seja invocável no processo apenas por ser superveniente; ou apenas porque a lei processual autoriza a alegação. O que compete à lei processual é excepcionar o ônus de alegação concentrada do réu, e assim o faz pela óbvia razão de que, se o direito é superveniente, não haveria como ser alegado anteriormente. Contudo, é preciso consultar o ordenamento material para saber se e em que condições a norma nova pode ou não ter incidência sobre a relação posta em juízo.

«O conceito de *preclusão* tem capital importância no estudo do processo, porque ligado ao caráter rígido do procedimento (infra n. 247). Objetivamente, ela é definida como um impedimento ao retrocesso, isto é, como um mecanismo que assegura que o processo cumpra seu papel de ser marcha adiante, para consecução do resultado dele esperado. Subjetivamente, preclusão é concebida como perda de uma posição jurídica decorrente da relação processual. Usualmente, fala-se em perda de faculdade, porque também usualmente se relaciona o fenômeno da preclusão às posições jurídicas de que são titulares as partes (e não propriamente o juiz) – o que é apenas parcialmente correto (ainda, infra n. 248). Em complemento, fala-se em três espécies de preclusão: a *consumativa*, que decorre do exercício da faculdade e, portanto, da prática do correspondente ato – e que, portanto, é a forma mais usual e ordinária de preclusão; a *temporal*, que é a perda da faculdade pelo decurso do respectivo prazo, sem que ela tenha sido exercida e que, portanto, ato tenha sido praticado; e a *lógica*, em que a perda se dá por força de um comportamento – ativo ou omissivo – incompatível com certa faculdade processual. A lei processual não prevê essa classificação, mas é possível identificar casos de preclusão que se ajustam a uma dessas figuras.».

ESSA Regra se aplica AS ALTERAÇÕES NA LARB?

26. Segue: a regra do «isolamento» dos atos processuais. A regra no direito positivo é a de que, salvo disposição em contrário, a lei processual nova tem aplicação imediata aos processos pendentes (CPC, arts. 14 e 1.046); respeitados os atos já praticados, por força da norma inscrita no inciso XXXVI do art. 5.º da CF.

* ISSO se aplica na arbitragem? Se SIM, qual o FUNDAMENTO?

* PRECLUSÃO TB se aplica

A instauração de um dado processo (assim como o início de uma fase dele) não estabelece, por si só, um determinado regime legal – o anterior – a ser aplicado até o final. Em matéria processual, as soluções de direito intertemporal são diversas das que vigoram em direito privado e, em particular, em matéria contratual; em que, por regra, a relação é regida pelas normas vigentes quando da celebração da avença (ressalvada a disposição do art. 2.035 do CC). Em suma: no âmbito processual, descartam-se os sistemas da «unidade processual» ou de «fases processuais», adotando-se o do chamado «isolamento dos atos processuais», com integral preservação daqueles atos já consumados.

Mas o caráter complexo e dinâmico da relação processual (infra n. 280) pode trazer dificuldades adicionais para aplicação da regra. É que o processo abrange um aspecto substancial – a *relação jurídica processual* – e outro formal – o *procedimento*: quando um dos sujeitos exercita uma das posições emergentes daquela relação, ele pratica um ato; que, por seu turno, faz nascer uma nova posição jurídica, que redunda na prática de outro ato, que novamente faz nascer outra posição jurídica, e assim por diante.

Ora, se a posição jurídica tem origem no ato que a precedeu (e, a rigor, na posição anterior, cujo exercício levou à prática do ato), então a ideia de «isolamento» dos atos só pode ser vista com essa ressalva; do contrário, estar-se-ia a negar a preservação do ato já consumado. Vale dizer: o isolamento deve ser visto com a ressalva de que o ato subsequente guarda não apenas nexo causal com o precedente, mas nele encontra seu fundamento lógico. Daí se dizer que os efeitos processuais ainda não verificados do ato ou fato já consumados permanecem regulados pela lei antiga.

> «No caso da prolação da sentença, para ilustrar, se houver modificação sobre a regra de preparo do recurso após a publicação (que lhe confere existência), aplicar-se a regra nova seria, a pretexto do isolamento dos atos processuais, desconsiderar a ligação acima mencionada. O mesmo pode ser dito no caso de regra nova que eventualmente suprima ou restrinja cabimento de recurso, mas após a publicação (=existência jurídica) da sentença ou acórdão.»

Por outro lado, não se pode estender a ideia de «efeito» se não para o ato subsequente. Do contrário, tendo em vista a interligação de todos os atos, reputar-se-ia que todos os seguintes (até o final) seriam efeito do ato antecedente e, dessa forma, ficaria esvaziada a regra do isolamento. Por outras palavras, projetar indefinidamente a eficácia de um ato processual seria, por vias indiretas, consagrar a unidade – que, como já foi visto, não foi a opção legislativa. Assim, garantir o ato processual já consumado é preservar o efeito determinante do ato que lhe é imediatamente seguinte.

27. Segue: atos processuais complexos. Com menor intensidade, alguma dificuldade também pode surgir se o ato processual for objetivamente *complexo*, isto é, se puder ser decomposto em outros. Essa não é a hipótese mais comum no processo civil, mas pode ocorrer, por exemplo, no caso da audiência de instrução (CPC, arts. 358 e ss.), que envolve uma somatória de atos, que começam com a tentativa de conciliação, passam pela colheita da prova e, eventualmente, por alegações finais e até prolação de sentença. Também os julgamentos colegiados – que são objetiva e subjetivamente complexos – estão sujeitos a modificação legislativa no respectivo curso; que, por exemplo, pode envolver a alteração de regra de competência ou supressão de recurso; ou, ainda, modificações de sua composição, decorrentes da saída de algum dos membros.

> «Esse último aspecto é objeto de disciplina pelos regimentos internos dos tribunais. O art. 61 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo estabelece que, em caso de remoção e permuta de desembargador, com mudança na composição da Câmara, o magistrado removido que assume o acervo e as prevenções da nova cadeira permanece vinculado aos processos em que tiver lançado visto. Já o § 1.º do art. 105 dispõe que o afastamento dos juízes que participaram do julgamento anterior não rompe a prevenção da Câmara, assumindo a relatoria do processo o magistrado que substituir ou assumir a cadeira vaga. No Superior Tribunal de Justiça, o art. 71, § 1.º, do Regimento Interno estabelece prevenção do órgão colegiado de que tenha eventualmente se desligado o anterior relator, seja por deixar o Tribunal ou por se transferir de Seção. De forma diversa, no Supremo Tribunal Federal, o § 3.º do art. 10 do Regimento Interno preceitua que a prevenção da Turma cessa se dela não fizer parte nenhum dos Ministros que funcionaram em julgamento anterior ou se tiver havido total alteração da composição das Turmas.»

28. Segue: lei nova e modulação de efeitos. A preservação dos atos processuais já praticados (e respectivos efeitos, nos limites apontados) se justifica diante da norma constitucional que assegura o direito adquirido (CF, art. 5.º, XXXVI) e, portanto, prestigia a segurança, a boa-fé e a confiança legítima. Se a lei nova pudesse alcançar atos processuais já consumados, comprometido ficaria o devido processo legal. Mas as mesmas razões que inspiram e justificam a irretroatividade da lei nova também podem ser invocadas para eventualmente limitar sua aplicação aos atos vindouros de processo pendente, num fenômeno que pode ser qualificado como «modulação» de efeitos.

> «Em certo sentido, o período de *vacatio legis* não deixa de ser uma forma de modulação de efeitos porque considera, conforme as circunstâncias, um período de assimilação do novo regime pelos respectivos destinatários; período durante o qual a lei nova obviamente não se aplica.

> É preciso especial atenção com as reformas legislativas de maior extensão; nem sempre acompanhadas de *vacatio legis* proporcional ao grau das mudanças que irão operar. Diante da nova ordem, não se trata de tolerar o erro ou muito menos a má-fé; nem de postergar a aplicação das novas normas; nem de negar a regra de «isolamento dos atos processuais»; nem de dar às partes ou a quem quer que seja um tratamento condescendente. Mas é preciso considerar as incertezas que as alterações legislativas produzem, de tal sorte que, se os próprios tribunais vacilam e divergem na interpretação do novo corpo de leis, não é jurídico ou ético exigir das partes e advogados algo substancialmente diverso; menos ainda como pretexto para a contenção de recursos.»

No direito brasileiro, a *modulação* é expressamente prevista no controle concentrado de constitucionalidade: razões de «segurança jurídica ou de excepcional interesse social» podem autorizar o STF a restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou decidir que ela «só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado» (Lei 9.868/1999, art. 27). No Código de Processo Civil vigente, essa possibilidade é mencionada ao ensejo das decisões que, embora transitadas em julgado, estejam fundadas em lei ou ato normativo reputado inconstitucional pelo STF, em controle concentrado ou mesmo difuso; caso em que os efeitos da decisão «poderão ser modulados no tempo, em atenção à segurança jurídica» (CPC, art. 525, § 13, e art. 535, § 6.º, embora este com redação um pouco diversa). Essa técnica envolve um juízo de ponderação, que remete à proporcionalidade. Tal é sua importância que a modulação foi qualificada pelo STF, sob o ângulo da relação processual, como autêntico dever do órgão julgador, a autorizar não apenas a provocação da parte por embargos de declaração, mas bem assim seu reconhecimento de ofício.

Mas, além disso (e também por isso), no âmbito da lei federal, a modulação já vinha sendo preconizada pela doutrina e encampada pela jurisprudência, embora em casos excepcionais, diante da alteração da jurisprudência até então consolidada (o que, diga-se, também é admitido no âmbito da jurisprudência administrativa).

Certo que lei e jurisprudência são fontes distintas, mas o fundamento é essencialmente o mesmo: busca-se evitar que alterações normativas, que tomam situações já consolidadas, venham a gerar insegurança e, assim, a frustrar legítimas expectativas geradas pelo próprio Estado. Pode ocorrer que a modulação – que se traduz em exceção à regra de imediata aplicação da lei nova – seja trazida pela própria lei; como ocorreu com a Lei 8.245/1991, que afastou expressamente sua incidência aos processos em curso, em matéria de locação (certamente pela respectiva relevância social). Mas pode ser que ela seja construída pela jurisprudência.

«Exemplo significativo de modulação ocorreu na aplicação da EC 45/2004, no tocante à ampliação da competência da Justiça do Trabalho, que passou a abarcar temas antes afeitos à Justiça Comum. Consolidou-se entendimento nos tribunais superiores de que a nova regra não deveria ser aplicada aos processos nos quais já tivesse sido prolatada sentença (afastada, portanto, a aplicação da regra nova a esses processos pendentes). Aliás, quando se trata de lei nova em matéria de competência, a aplicação precisa considerar a garantia do juiz natural e consectários (infra ns. 130 e 140).

Exemplo de modulação por alteração de orientação jurisprudencial pode ser detectado no âmbito recursal, quando se conhece de um recurso no lugar de outro (fungibilidade recursal), se e enquanto perdurar dúvida razoável a respeito de qual seria o efetivamente cabível.

Outro caso de modulação ocorreu na aplicação do § 3.º do art. 542 do CPC/1973, que previa a retenção do recurso especial ou extraordinário interposto contra decisão interlocutória em processo de conhecimento, cautelar ou embargos à execução, que somente seria processado se a parte o reiterasse, no prazo para a interposição do recurso cabível contra a decisão final, ou para as contrarrazões. O Superior Tribunal de Justiça admitiu, por determinado tempo, a quebra da retenção do recurso mediante o emprego de medida cautelar (quando o correto, ao ver do tribunal, seria o recurso de agravo de instrumento).»

No vigente Código de Processo Civil, a possibilidade de modulação – justificada no interesse social e na segurança jurídica – foi prevista para a hipótese de «alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos» (CPC, art. 927, § 3.º). É certo que a regra não se refere à lei processual nova. Mas, em eventuais situações em que a regra de isolamento dos atos processuais se afigure insuficiente para tutelar os valores acima referidos, não se pode descartar, ainda que reconhecidamente em caráter excepcional, que a jurisprudência module no tempo a eficácia da lei processual nova.

29. Segue: normas processuais sancionadoras. O direito processual civil – não apenas na esfera de direitos disponíveis – considera de forma relevante a posição jurídica do ônus; que é um encargo ou, em feliz expressão usada pela doutrina, *um dever do sujeito para consigo mesmo*. A falta de observância do ônus acarreta consequências (processuais) desfavoráveis e não gera propriamente uma *sanção*, entendida como penalidade; que é a consequência para as hipóteses de descumprimento de *deveres*. Esses últimos se referem principalmente à litigância leal e proba (CPC, art. 77), de tal sorte que a lei, em diferentes dispositivos, sanciona com penas pecuniárias (multas) o litigante que viola referidos deveres (infra ns. 79 e 80).

O art. 5.º da CF autoriza a aplicação retroativa da *lei penal* mais benéfica e a doutrina afirma que, para esse efeito, lei penal deve ser abrangente de todas as normas que impõem penalidades – não somente aquelas constantes das leis penais em sentido estrito; a abranger, portanto, a imposição de multas. Assim, lei processual nova que eventualmente seja mais benéfica nesse aspecto pode ser aplicada de forma retroativa, desde que o produto da multa não reverta em prol do adversário (como é o caso das regras dos arts. 81 e 774, parágrafo único, do CPC), mas em proveito do Estado (como ocorre no caso do § 2.º do art. 77 do CPC). É que, se a multa aproveita à parte lesada, não obstante a lei também preveja indenização pelo mesmo fato, a sanção deixa de ter propriamente um caráter penal, ainda que em sentido amplo, situando-se exclusivamente na esfera patrimonial, pelo ganho que se agrega à parte prejudicada pela litigância ímproba.

30. Norma processual no espaço. Se a lei processual disciplina o exercício da jurisdição; se a jurisdição estatal é manifestação do poder soberano e, como tal, encontra limites no *território* do Estado (infra n. 127), é natural que a eficácia da norma processual esteja submetida aos mesmos limites. Dessa forma, quando se vê a questão sob o ângulo da jurisdição estatal, a lei processual brasileira não se aplica fora do território brasileiro, e vice-versa, de modo que aqui – ressalva que possa ser feita à convenção processual válida e eficaz (CPC, art. 190) – a regra é a de que não são aplicáveis normas processuais estrangeiras (CPC, art. 16); ao contrário do que pode ocorrer no plano do direito material, quando eventualmente o juiz brasileiro está autorizado, conforme o caso, a aplicar o direito vigente em outros Estados.

> «A propósito, vide o art. 16 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei 4.657/1942), antes chamada de Lei de Introdução ao Código Civil (LICC). Justamente por considerar a possibilidade de aplicação do direito material estrangeiro é que o art. 376 do CPC estabelece o respectivo ônus da prova.»

Como dito acima, as partes podem convencionar a aplicação de regras processuais estrangeiras, mediante negócio processual bilateral. Essa possibilidade resulta da regra do art. 190 do Código de Processo Civil vigente, na premissa de que o processo verse sobre direitos que admitam autocomposição e de que o negócio seja válido e eficaz. Nesse caso, afigura-se mais adequado e racional que as partes desde logo estabeleçam (e que oportunamente apresentem ao juízo) a literalidade das regras que pretendem ver aplicadas a seu processo; ao invés de fazerem mera referência a leis ou códigos estrangeiros, aos quais pretenderiam aderir. Essa explícita adoção poderá evitar dúvidas sobre o teor e a vigência do direito estrangeiro; que, nesse caso, e a rigor, perde essa qualidade para se tornar uma norma tipicamente interna, fruto da vontade das partes e não da lei.

De forma coerente, quando se trata de *arbitragem*, as normas processuais são eleitas pelas partes e, portanto, com maior razão é possível sejam aplicadas regras e institutos vigentes no direito estrangeiro, desde que isso seja aceito pelos interessados e, principalmente, tanto que observados os cânones do devido processo legal, aí sim conforme disposições contidas na nossa Constituição Federal. Nesse caso, é usual que as partes, ao invés de transcrever a literalidade das normas processuais que serão aplicadas, apenas se limitem a aderir – desde a convenção de arbitragem – às regras do regulamento interno de determinada Câmara arbitral (inclusive internacional).

De outra parte, o direito processual estrangeiro (incluindo-se aí sua aplicação pelos respectivos tribunais) pode, eventualmente, ser considerado como ferramenta na interpretação da norma brasileira, quando se recorrer ao assim denominado método *comparativo* (supra n. 22); cujo alcance é, contudo, limitado e cede diante de outros que considerem nossa própria realidade e destinação da norma. Naturalmente, não se considera direito estrangeiro a norma que resulta da incorporação ao direito positivo brasileiro de tratado internacional. Ainda que a regra possa ser aplicável perante diferentes Estados soberanos que aderiram à convenção, mas na premissa de que o conteúdo normativo passou regularmente a integrar o ordenamento jurídico nacional, considera-se a regra como de direito nacional.

Internamente, como a competência legislativa para o direito processual é exclusiva da União (CF, art. 22, I), as normas processuais têm eficácia em todo o território nacional e não há margem para conflito nesse particular. Contudo, a interpretação das normas federais está a cargo dos diferentes tribunais dos Estados membros da Federação e, ainda, de tribunais federais que abarcam diferentes Estados, que compõem uma dada *região*. Por isso é que o sistema prevê um órgão – que é o Superior Tribunal de Justiça – cuja missão precípua é a de uniformizar a aplicação do direito federal em todo território nacional. De todo modo, nas esferas locais, existe a possibilidade da uniformização pela via do assim chamado incidente de resolução de demandas repetitivas (supra n. 22).

> «Observação crítica: reservar a legislação federal para temas como direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial, do trabalho e para tudo mais que consta dos outros vinte e oito incisos do art. 22 da Constituição Federal, de um lado; e limitar o acesso ao Superior Tribunal de Justiça (pelos inúmeros óbices impostos pela jurisprudência dessa Corte), de outro lado, é, por vias reflexas, negar substancialmente a distribuição de competências prevista pelo Constituinte: se os Estados não podem legislar sobre essas matérias, a interpretação que prevalece, paradoxalmente, é aquela ditada por seus tribunais. Por outras palavras: a União tem competência para legislar, mas os Estados – com as ressalvas acima – têm competência para, em termos concretos, dar a

interpretação às normas federais. Isso fica tanto mais evidente no contexto da jurisprudência dos tribunais superiores, consideravelmente restritiva do instituto da reclamação, mesmo que ela tenha por objeto a observância de entendimento fixado em regime de repercussão geral (STF) ou de recursos repetitivos (STJ).

Não se nega que a autonomia dos Estados é mais coerente com uma Federação. Mas, nesse contexto, parece mais coerente caminhar para dar aos Estados maior competência legislativa; não a de limitar a atuação dos tribunais superiores em seu papel uniformizador.»

É certo que os Estados têm competência normativa concorrente com a União em matéria de *procedimento* (elemento formal, integrante do conceito de processo, ao lado da relação jurídica processual – infra n. 238). Isso em tese autoriza aplicar a regra da territorialidade, de tal sorte que as normas eventualmente editadas nesses limites por um Estado membro têm a eficácia restrita ao respectivo território. Essa limitação ocorre nos casos de processo administrativo, quando houver legislação estadual a respeito.