

Paula Sarno Braga



NORMA DE PROCESSO E NORMA DE PROCEDIMENTO

O problema da repartição de
competência legislativa no
Direito constitucional brasileiro

Integridade e coerência na jurisprudência do
Supremo Tribunal Federal

Prefácio
Gilmar Ferreira Mendes

PAULA SARNO BRAGA

Doutora e Mestre (UFBA). Professora-assistente de Direito Processual Civil da Universidade Federal da Bahia e da Faculdade Baiana de Direito. Coordenadora do Curso de Pós-Graduação em Direito Processual Civil da Faculdade Baiana de Direito. Advogada e consultora jurídica.

NORMA DE PROCESSO E NORMA DE PROCEDIMENTO

**O problema da repartição de competência
legislativa no direito constitucional brasileiro**

Integridade e coerência na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

2015

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

CAPÍTULO 3

Norma de processo e norma de procedimento

Sumário • 1. Processo e direito material – 2. Relação entre processo e direito material – 3. Direito material como objeto de decisão – 4. Norma material e norma processual: 4.1. Distinção no âmbito dos processos estatais em geral; 4.2. Distinção no âmbito dos processos jurisdicionais. Uma revisão de paradigma; 4.3. O Direito processual e a norma processual jurisdicional estaticamente considerada – 5. Institutos considerados “bifrontes”. Natureza das normas de regência: 5.1. Esclarecimentos iniciais; 5.2. Normas sobre responsabilidade patrimonial; 5.3. Normas sobre hipoteca; 5.4. Normas sobre fraude contra credores; 5.5. Normas sobre prova: 5.5.1. Nota introdutória; 5.5.2. Corrente materialista. Posicionamento adotado; 5.5.3. Corrente processualista. Uma análise crítica; 5.5.4. Algumas teorias mistas. Uma análise ainda crítica; 5.5.5. Colocações finais; 5.6. Normas sobre legitimidade *ad causam* e outras condições da ação: 5.6.1. Considerações gerais sobre a ação e o seu condicionamento; 5.6.2. Interesse de agir; 5.6.3. Legitimidade *ad causam*; 5.6.4. Natureza das normas sobre as condições da ação: 5.6.4.1. Corrente processualista; 5.6.4.2. Teoria da asserção; 5.6.4.3. Corrente materialista; 5.6.4.4. Visão adotada – 6. Análise da doutrina que distingue norma de processo e de procedimento: 6.1. A norma processual e sua classificação; 6.2. Critério da dissociação fático-eficacial; 6.3. Critério finalístico (ou formal); 6.4. Critério da estrutura dialética; 6.5. Critério da admissibilidade da demanda e da conformidade com as normas fundamentais; 6.6. Critério eclético – 7. Norma de processo como norma de procedimento (e vice-versa) – 8. Nota conclusiva.

1. PROCESSO E DIREITO MATERIAL

O processo é instrumento de exercício do poder de produção de norma jurídica. Visa, portanto, disciplinar e proteger uma *situação jurídica* que pode ser vulgarmente denominada de *direito material*.

A norma pode ser *abstrata*, quando a sua hipótese de incidência não se refere a qualquer fato ou sujeito específico e palpável, tal como se observa no processo legislativo. Basta pensar no processo de produção da lei que prevê, sem qualquer base material ou remissão a um plano de concretude, que, selado contrato de locação (pressuposto fático), o locador tem direito material ao adimplemento pontual de prestação pecuniária relativa ao aluguel e encargos respectivos (consequente).

A norma produzida pode ser *concreta*, quando referir-se a fato e sujeito real (determinado), como se dá, usualmente, nos processos administrativos e jurisdicionais.

Um bom exemplo é o da decisão administrativa que, diante de uma infração de trânsito comprovada (pressuposto fático), imputa ao condutor uma penalidade administrativa que se traduz no dever de adimplir prestação pecuniária imposta a título de multa (consequente).

Ou, ainda, a decisão jurisdicional que, diante da ausência de notificação adequada e oportunidade de ampla defesa no processo administrativo de apuração da infração de trânsito (pressuposto fático concreto), reconhece o direito material potestativo do condutor administrado de invalidação do ato administrativo punitivo.

Daí ser possível dizer que o direito material (em verdade, situação jurídica substancial) e o processo são noções indissociáveis entre si, pois todo direito é produzido processualmente e todo processo visa à produção de direito. É o direito material que comporá o objeto de decisão no processo¹⁻².

É o caso do direito a uma prestação pecuniária de aluguel, objeto de decisão e normatização abstrata pela lei de locações; do direito a uma prestação pecuniária punitiva da administração em razão da infração de trânsito, objeto de decisão e normatização concreta por decisão administrativa; e, ainda, do direito potestativo do administrado à invalidação dessa decisão por desrespeito ao contraditório e à ampla defesa, objeto de decisão e normatização concreta por decisão judicial.

2. RELAÇÃO ENTRE PROCESSO E DIREITO MATERIAL

Segundo Calmon de Passos, o direito e o processo de sua enunciação fazem parte de uma só realidade. Não há como extremar “o *ser* do direito do *dizer* sobre o direito, o *ser* do direito do *processo* de sua produção, o direito material do direito processual³”. A relação entre eles seria de integração e organicidade.

1. FAZZALARI, Elio. **Note in tema di diritto e processo**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1957, p. 138. No contexto jurisdicional, Fazzalari busca definir se e em que sentido se pode dizer que o processo é coordenado ao direito substancial. Conclui que esse problema deve ser resolvido considerando: i) todos os atos do processo e não só alguns como a sentença e a demanda; ii) que o direito substancial é presente no paradigma normativo do processo e compõe a situação que legitima atos das partes e do juiz; e que iii) há essa coordenação entre atos processuais e direito (material), desde a asserção do direito que legitima os atos preparatórios das partes e do juiz no processo cognitivo, até a apreciação do direito que legitima a sentença no processo cognitivo e toda a série de atos executivos. (FAZZALARI, Elio. **Note in tema di diritto e processo**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1957, p. 109, 110, 151-153).
2. Daí Proto Pisani estabelecer que o objeto do processo e da decisão não são atos, fatos ou a norma jurídica indicada pela parte ou conhecida de ofício. É sempre e somente o direito que se quer fazer valer em juízo, através da demanda do autor. (PISANI, Andrea Proto. **Diritto Processuale Civile**. 4 ed. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 2002, p. 60).
3. PASSOS, José Joaquim Calmon de. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 102, 2001, p. 64. O direito passa a existir depois de processualmente produzido (PASSOS, J. J. Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 68).

Fredie Didier Jr. enfatiza a processualidade da criação do direito, ou seja, a importância do processo na criação do direito. Na verdade, o processo é visto como “co-protagonista” na criação do direito, permitindo que se perceba a necessidade de que prevaleça uma interpretação teleológica e funcional da disposição normativa processual, com olhos fixos no seu fim último e maior que é realizar a norma material⁴.

A lição parece elementar. Basta ter-se em mente que a natureza do processo de método e instrumento (de produção de norma e proteção de direito material) coloca em destaque que não é um fim em si mesmo e que deve ser apto a alcançar aquele que é seu fim precípua: a concepção, regência e proteção de um direito material (subjeto) deduzido, realizando o Direito material (objeto) vigente.

A construção, interpretação e a aplicação das normas que o disciplinam (o processo) devem ser acima de tudo teleológicas, finalísticas e, porque não dizer, funcionais.

Por isso, no âmbito jurisdicional, tem-se dito que a relação entre direito material e processo é circular⁵, de modo que, se o processo está a serviço do direito material, o direito material também precisa servi-lo⁶.

O processo deve ter o direito material (enquanto fragmento de uma realidade substancial) como seu ponto de partida e de chegada. Parte dele para a ele retornar⁷. Daniel Mitidiero chega a afirmar que o processo e o direito material são indispensáveis entre si, pois o processo dá efetividade ao direito material e o direito material lhe confere uma função⁸.

Mas o direito material é um antes e outro depois do processo. Quando no processo é afirmado, já se transforma ali em expectativa do que será⁹, e com o provimento final do juiz é que se certifica, enfim, o que passa a ser (seu novo ser).

4. DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 16 ed. Salvador: Jus Podivm, 2014, 1 v., p. 27.

5. CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e Processo**. Nápoli: Morano Editore, 1958, p. 33.

6. Carnelutti chama a atenção para a complementaridade das atividades do legislador e do juiz. Aquilo que faz o legislador é uma parte, mas não tudo que ocorre para a constituição do direito. Ambos concorrem para a constituição do direito exercendo atividades de mesma natureza. (CARNELUTTI, Francesco. *Profili dei rapporti tra diritto e processo*. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, 1960, v. 15, n. 4 e 5, p. 543-545). Cf. CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones Del Proceso Civil**. Tradução de Santiago Santis Melendo. Buenos Aires, EJE, 1973, 1 v., p. 22; ZANETI JR, Hermes. *Teoria Circular dos Planos (Direito Material e Direito Processual)*. In AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fabio Cardoso (org). **Polêmica sobre a ação – A tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 191 e 192;

7. LUISO, Francesco Paolo. **Diritto Processuale Civile**. 7 ed. Milano: Giuffrè, 2013, 1 v., p. 06 e 07.

8. MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 71.

9. Sobre a expectativa, SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Direito Material e Processo*. **Genesis Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, 2004, n. 33, p. 627 e 628.

Era o que já dizia Carlos Alberto Alvaro de Oliveira ao afirmar ser o provimento jurisdicional o resultado de atividade de reconstrução e criação judicial exercida em um processo, que devolve o direito material (então “matéria-prima” em “estado puro”) qualitativamente transformado¹⁰⁻¹¹.

Tratando-se de constatação exclusiva para o contexto do processo jurisdicional, diz-se que processo e direito material não se confundem, mas não podem ser dissociados.

Identifica-se vínculo de finalidade enlaçando o instrumento (processo) e seu objeto de trabalho (direito material). Muito interessante e figurativa a colocação de que assim como a partitura de uma música reproduzida por instrumentos ganha nova vida (a depender do arranjo, da interpretação e da sua execução), o texto normativo material positivado, quando interpretado, aplicado e construído por instrumento processual produz um novo direito¹². Assim como o instrumento musical concretiza e dá vida à partitura, o instrumento processual concretiza leis materiais e dá vida a um direito material ali abstratamente concebido¹³.

Cumprir destacar que esse é o fim jurídico do processo jurisdicional¹⁴, que, a propósito, não implica seja o processo reduzido à condição de instrumento em serviço do direito material, consistindo, isso sim, no fenômeno que lhe dá vida (ou nova vida). A criatividade judicial há que ser destacada, ratificando-se a atuação construtiva e adscritiva do juiz na concepção do direito material¹⁵

10. ALVARO, Carlos Alberto. O problema da eficácia da sentença. **Genesis Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, 2003, n. 29, p. 443.

11. A situação jurídica substancial, ao longo do processo, assume diversas roupagens: inicialmente é afirmada por aquele que postula (objeto da demanda), torna-se objeto do contraditório e de prova, para colocar-se como objeto de cognição e decisão judicial – que vem certificá-la ou negá-la. Na execução, a situação jurídica aparece liminarmente certificada e documentada. (FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di Diritto Processuale**. 8 ed. Padova: CEDAM, 1996, p. 276 e 277).

12. PASSOS, J. J. Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 75 e 76. Cf. também, ZANETI JR, Hermes. Teoria Circular dos Planos (Direito Material e Direito Processual). In AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fabio Cardoso (org). **Polêmica sobre a ação – A tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 192.

13. Pode-se fazer uma comparação também com as atividades do engenheiro e do arquiteto. Assim como o arquiteto, o Direito material projeta; assim como o engenheiro, o Direito processual atua no sentido de concretizar esse projeto. “Ao processo cabe a realização dos projetos do direito material, em uma relação de complementaridade que se assemelha àquela que se estabelece entre o engenheiro e o arquiteto”. (DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 15 ed. Salvador: Jus Podivm, 2013, 1 v, p. 27).

14. Ao lado deste seu fim jurídico (já repensado), há que se identificar fins metajurídicos, como a pacificação social e a realização da justiça em concreto.

15. PICARDI, Nicola. A Vocação do Nosso Tempo para a Jurisdição. In ALVARO, Carlos Alberto (org. e revisor técnico da tradução). **Jurisdição e Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 15 ss.

e a ausência de neutralidade do juiz e do processo em relação a este mesmo direito¹⁶.

Entretanto, nada disso pode ficar restrito ao processo jurisdicional. Qualquer *processo estatal (jurisdicional, administrativo e legislativo)*, enquanto instrumento de criação de norma e, pois, de tutela do direito material que será de objeto de decisão, deve ser elaborado, estruturado e analisado a partir da situação jurídica material em jogo. Há que haver essa adequação formal e teleológica que conecte e enlace o instrumento ao seu objeto central de trabalho¹⁷.

Assim, por exemplo, na esfera legislativa, o processo de produção de emenda constitucional (art. 60, CF) é diferenciado em relação ao processo de criação de uma lei ordinária, tendo em vista a natureza da norma aí constituída e, sobretudo, a natureza da situação jurídica substancial que, em *ultima ratio*, é criada (constitucional ou infraconstitucional). Na esfera administrativa, seria inviável e absolutamente ineficaz seguir o mesmo rito na seleção de propostas para contratação pública e na apuração e eventual punição de falta disciplinar.

Todo processo deve ser concebido e conduzido de modo a que seja adequado ao alcance dos seus fins. E, por isso, qualquer disposição normativa que o discipline deve ser interpretada e aplicada prioritariamente sob essa perspectiva.

3. DIREITO MATERIAL COMO OBJETO DE DECISÃO

A definição da situação jurídica substancial (direito material) a ser objeto de decisão é relativa. O conceito de direito material deve ser construído a partir de um critério funcional.

Isso porque é perfeitamente possível que uma situação jurídica processual, que sirva de fundamento à prática de ato em um processo, faça nascer um direito que venha a se tornar mérito de outro processo ou de um simples incidente processual, por exemplo – quando se tornará objeto de decisão.

Embora mais raro, é possível a hipótese inversa, i.e., que uma situação jurídica “substancial”, colocada como mérito de um processo, funcione como situação jurídica processual e, pois, fundamento da prática de atos em outro processo.

Por exemplo, o processo legislativo voltado para a elaboração do CPC-2015 tem, como objeto de decisão legislativa, situações jurídicas processuais como a

16. SILVA, Ovídio Araujo Baptista da. **Processo e Ideologia**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 26 ss.; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 19.

17. Comenta a necessidade de o instrumento ser construído a partir das necessidades de cada área de atuação, BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 17.

previsão de que, realizada a audiência de conciliação ou de mediação (pressuposto fático), surge o ônus de defender-se no prazo de quinze dias (consequência processual) (art. 335, CPC-2015). Isso é o que se pode chamar de “mérito” do processo legislativo, aquilo que será, ali, objeto de decisão do legislador.

Entretanto, instaurado um processo jurisdicional na vigência desta codificação processual, cujo mérito seja, por exemplo, o direito material potestativo de invalidação de um contrato firmado sob coação e com cláusulas abusivas, questão estranha ao seu mérito e estritamente processual será o ônus de defesa no prazo do art. 335, CPC-2015.

O ônus da defesa que compôs o mérito no processo legislativo (como situação jurídica “substancial”) torna-se ou funciona como situação jurídica estritamente processual no processo jurisdicional citado.

Por outro lado, uma situação jurídica estritamente processual na esfera legislativa, como, por exemplo, a incompetência da comissão de redação final para alterar substancialmente texto já aprovado na casa legislativa, pode vir a ser fato que faça surgir direito material (direito potestativo de invalidação do ato normativo daí decorrente) que componha o mérito de processo jurisdicional de controle de constitucionalidade formal desta lei.

Assim, uma situação jurídica estritamente processual não-observada, por exemplo, é fato jurídico que pode ter como efeito o nascimento desse “direito material decorrente de um processo” (ou de um fato processual). Trata-se de um direito material que se originou de um processo (fato processual) e pode compor objeto de decisão e, inclusive, mérito, de outro processo.

Uma situação processual pode ser objeto de decisão em um processo; quando isso acontece, ela se transforma em situação material. “Uma situação processual que foi processualizada se materializa¹⁸”.

Especificamente no contexto do *processo jurisdicional* não é difícil constatar essa relatividade da natureza do seu mérito.

Em regra, o mérito de processo jurisdicional é um *direito que não decorre de um fato processual, ocorrido em processo (jurisdicional) anterior*. É o que se pode falar, por exemplo, do direito à prestação pecuniária locatícia do locador ou do direito de alimentos do menor dentro da sua necessidade e das possibilidades do genitor.

18. Expressão que adveio de reflexão de Fredie Didier Junior ao ler este trabalho.

Mas há casos em que o objeto litigioso do processo jurisdicional é um *direito material que teve origem em um processo antecedente* (em um fato processual)¹⁹⁻²⁰ – como o mérito da ação rescisória contra decisão transitada em julgado prolatada por juízo absolutamente incompetente (art. 963, II, CPC).

Mais do que isso, o direito material originado de um fato processual não será necessariamente mérito de um outro processo autônomo. Pode colocar-se como *mérito de um incidente processual ou de recurso* no mesmo processo, tal como o direito de invalidação da decisão recorrida por ser despida de fundamentação ou o direito de afastamento do juiz impedido.

Enfim, o direito material, seja ele decorrente de um fato processual ocorrido em processo anterior ou não, é aquele que se apresenta como objeto de uma decisão.

Essa relatividade da distinção e correlação entre processo e direito material é determinante do conteúdo das normas processuais e das normas materiais. Afinal, é a partir daí que se pode definir o que cada uma delas disciplina.

4. NORMA MATERIAL E NORMA PROCESSUAL

4.1. Distinção no âmbito dos processos estatais em geral

A distinção entre norma processual e norma material deve ser feita, a princípio, a partir da acepção mais ampla possível de processo estatal.

Nesse contexto, a norma processual é aquela que disciplina a forma de produção de outras normas jurídicas (ou decisões)²¹. Define o procedimento a ser

19. Nesse sentido, Roberto Gouveia e Gabriela Miranda também adotam visão dinâmica e diferenciada do direito material, que se afina com aquela ora proposta. Seu entendimento foi registrado em trabalho ainda não publicado, mas gentilmente disponibilizado por email, em cujos termos se diz: “Direitos há antes do processo, e isso parece ser algo inegável; no entanto, fora do processo todo direito é simplesmente ele mesmo, sem a necessidade de adjetivações. O direito ganha a qualidade de material quando contraposto a outro, dito, acima de tudo, processual. Isso, sem dúvida, só é possível se tivermos como referencial um processo determinado”. (FILHO, Roberto Campos Gouveia; MIRANDA, Gabriela Expósito Tenorí. **O fenômeno processual de acordo com os planos material, pré-processual e processual do Direito:** breves considerações do tema a partir do pensamento de Pontes de Miranda. No prelo).

20. Por isso, Machado Guimarães, há décadas, já dizia que a natureza da questão (se de mérito ou processual) depende “da sua função na demanda que a suscita”. E continua: “É assim que podem ser objeto de demanda (mérito) uma questão sobre processo (p. ex., a ação rescisória de sentença violadora de direito processual em tese) (...)”. (GUIMARÃES, Luiz Machado. Carência de ação. *In Estudos de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Editora Jurídica e Universitária, 1969, p. 103).

21. José de Albuquerque Rocha defende ser a norma processual aquela que regula os atos de vontade tendentes à criação de novas normas. (ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 34).

seguido na tomada de decisões estatais das mais diversas naturezas (legislativa, administrativa e jurisdicional). Estabelece, assim, o modo de proceder²².

Já a norma material é aquela que determina o conteúdo da norma jurídica produzida, a substância da decisão. Fornece, pois, um critério de decisão ou de julgamento²³⁻²⁴.

Ocorre que essa é uma visão estática e estritamente objetiva da distinção – presa rigidamente ao objeto da norma. Necessário proceder a uma revisão teórica que permita enxergá-la dinamicamente e na perspectiva funcional então propugnada. Para tanto, é inevitável que se enxergue que a norma que define critério de proceder pode funcionar como critério de julgar e vice-versa.

Por isso, uma norma só pode ser definida como processual ou material com precisão a partir da função desempenhada em dado processo.

Assim, por um lado, cabe dizer que uma norma processual, que define critério de proceder para um processo legislativo (ex.: quórum de deliberação para aprovação de lei complementar), quando desrespeitada, pode atuar como critério de julgar em processo jurisdicional de controle de constitucionalidade formal desta lei.

É o que ocorre também nos casos em que a exigência de defesa técnica em processo administrativo disciplinar é ali colocada como critério de proceder (norma processual). Mas será posteriormente tomada como critério de julgar se instaurado um processo jurisdicional no intuito de invalidar a decisão administrativa por desrespeito a esta regra (norma material).

Por outro lado, isso pode ser observado quando a norma “material” que estabelece critério de decidir em processo legislativo de elaboração do CPC-2015

22. Rosemiro Pereira Leal admite que norma processual (jurisdicional) estabelece critério de proceder. Sua afirmação é para o âmbito unicamente jurisdicional, tanto que defende que a norma processual disciplina a jurisdição e o procedimento como estrutura e instrumento de debate de direitos materiais. (LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo. Primeiros Estudos**. 5 ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2004, p. 118 e 119).

23. Rosemiro Pereira Leal assevera ser a norma material comando de criação de direitos, conformando critério de julgamento a ser empregado na atividade de decidir, mas ainda restrito à esfera jurisdicional. (LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo. Primeiros Estudos**. 5 ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2004, p. 118 e 119). Trata-se de proposta conceitual criticável quando se observa que normas processuais também criam direitos.

24. Apesar de menos abrangente, é nessa linha a colocação de Kelsen, ao sustentar que o Direito formal disciplina a organização e o processo jurisdicional e administrativo e o Direito material determina o conteúdo dos atos daí resultantes. “O Direito material e o Direito formal estão inseparavelmente ligados. Somente na sua ligação orgânica é que eles constituem o Direito, o qual regula a sua própria criação e aplicação”. (KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 256 e 257).

opera e incide como norma processual e define critério de proceder em processo jurisdicional.

Por exemplo, a segurança jurídica atua como critério de decidir na definição do legislador (no processo legislativo) da regra básica de Direito intertemporal processual no CPC-2015 (arts. 14 e 1046)²⁵ de aplicação imediata da norma processual nova aos processos em curso (atos a praticar e seus efeitos). Mas pode ser tomada como critério de proceder por partes ou juiz que figurem em um processo jurisdicional, para que ajam de acordo com a lei antiga negando a aplicação imediata da lei nova, se isso for necessário para fazer valer essa mesma segurança jurídica²⁶⁻²⁷.

-
25. “Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada”. “Art. 1.046. Ao entrar em vigor este Código, suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes, ficando revogada a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973”.
26. Por exemplo, encontram-se precedentes do STJ, no sentido de que, em nome da segurança jurídica e da razoabilidade, pode-se aplicar lei antiga e revogada, negando aplicação imediata à lei nova. No caso, em respeito à segurança e à razoabilidade, entendeu-se que a lei nova (Lei nº 11.232/2005) que instituiu a impugnação de executado e prevê o cabimento de agravo de instrumento contra a decisão de seu indeferimento não afasta o cabimento de apelação contra decisões de indeferimento dos antigos embargos à execução, ajuizados sob a égide da lei antiga, ainda que tais decisões tenham sido *publicadas* na vigência da lei nova. A despeito disso, tem-se admitido o recurso interposto, com base no princípio da fungibilidade. Assim, STJ, 4.^a T., AgRg no REsp n. 1109004/RS, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 19.05.2009, publicado no DJe de 08.06.2009; REsp n. 963977/RS, 3.^a T., rel. Min. Nancy Andriighi, j. em 26.08.2008, publicado no DJe de 05.09.2008; EREsp n. 1043016/SP, 2.^a S., rel. Min. Massami Uyeda, j. em 10.03.2010, publicado no DJe de 27.05.2010; REsp n. 1.062.773, 3.^a T., rel. Min. Nancy Andriighi, j. em 7.6.2011, publicado no DJe de 13.06.2011.
27. Kelsen demonstra reservas com relação a essa visão: “A Constituição (no sentido material da palavra) em regra apenas determina os órgãos e o procedimento da atividade legislativa e deixa a determinação do conteúdo das leis ao órgão legislativo. Só excepcionalmente – e, de modo eficaz, apenas por via negativa – determina a conteúdo das leis a editar, excluindo certos conteúdos (...) Por outras palavras: a Constituição representa predominantemente Direito formal, enquanto que o escalão da criação jurídica que lhe está imediatamente subordinado tanto representa Direito material como formal”. (KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 258). Há que se observar, contudo (e por exemplo), a operabilidade da *dimensão objetiva dos direitos fundamentais* (inclusive processuais) que os reveste da condição de *valores fundamentais de toda a sociedade*, que devem espalhar-se e difundir-se pelo ordenamento jurídico, contaminando suas regras e preceitos normativos. São, assim, a base axiológica da ordem jurídica que se diga democrática, que deve nortear as atividades estatais legislativas, judiciárias e administrativas, atuando como regra de julgamento em todos esses contextos (Conferir, MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 114 ss.; NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 80 ss.; DUQUE, Marcelo Schenk. Direitos fundamentais e direito privado: a busca de um critério para o controle do conteúdo dos contratos. In Cláudia Lima Marques (coord.). **A nova crise do contrato. Estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 113 ss.; SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. **Aplicação dos Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares e a Boa-Fé Objetiva**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006, p. 79 ss.). Nessa perspectiva, os direitos fundamentais servem de diretrizes para a instituição, interpretação e aplicação das normas pelo Estado. Cabe ao Estado-Legislador, Estado-Juiz e Estado-Administrador pautar toda sua atuação nesses padrões valorativos da coletividade, observando-os, sobretudo, na criação, interpretação e aplicação das normas jurídicas (Vide, dentre outros, SARLET,

4.2. Distinção no âmbito dos processos jurisdicionais. Uma revisão de paradigma

Estreitando a análise, para concentrá-la exclusivamente no *processo jurisdicional*, a conclusão é essencialmente a mesma.

Estaticamente, a norma processual é aquela que estabelece critério de proceder, disciplinando a forma de produção das decisões judiciais²⁸. A norma material é aquela que determina o conteúdo da decisão produzida, fornecendo um critério de decisão ou de julgamento²⁹.

Dinamicamente, a norma que define critério de proceder pode funcionar como critério de julgar (ex.: norma sobre situação processual de incompetência do juízo pode atuar como critério de julgar em ação rescisória proposta contra decisão transitada em julgado prolatada por juízo absolutamente incompetente, cf. art. 966, II, CPC).

Há quem contraponha a visão, sustentando que existem normas que determinam o conteúdo da decisão, mas não podem ser objeto de processo autônomo, como aquelas relativas às preclusões, aos efeitos da revelia, à desistência da ação e ao reconhecimento do pedido³⁰⁻³¹⁻³².

Ingo Wolfgang. **Eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 343; MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, 4 t, p. 314 ss.; CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 438 ss).

28. LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo. Primeiros Estudos**. 5 ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2004, p. 118 e 119.
29. Semelhante é a visão de Allorio, que coloca a norma material como algo próximo a um critério de julgar, que definirá o conteúdo da decisão. Isso se observa mais especificamente quando afirma que se deve reconhecer índole material às normas que regem situações jurídicas que podem ser objeto de declaração judicial autônoma, determinando o conteúdo do julgado. E as normas processuais são aquelas que gerem outras situações relevantes no curso do processo. (ALLORIO, Enrico. *L'ordinamento giuridico nel prisma del'accertamento giudiziale*. In **Problemi di diritto**. Milano: Casa Editrice Dott. A. Giuffrè, 1957, 1 v, p. 121 e 122). Incidentalmente, ao longo de estudo sobre a jurisdição voluntária, Allorio coloca o direito subjetivo substancial como a situação jurídica que é objeto do processo de declaração judicial. Acredita que a norma jurídica tem vida e eficácia primeiro e fora do processo, e tem firme convicção de que a exigência de subjetivação da norma e sua tradução na categoria do direito subjetivo nasce do processo de accertamento. A norma é invariável, prevendo fato e efeito jurídico perfeitamente definidos. A estrutura do direito subjetivo substancial depende ao invés da organização do processo de accertamento (certificação) do qual ele é objeto. O processo recorta, variadamente, no conteúdo dado pela norma, a estrutura, de certa forma arbitrária, do direito subjetivo. (ALLORIO, Enrico. *Saggio polemico sulla giurisdizione volontaria*. In **Problemi di diritto**. Milano: 1957, Casa Editrice Dott. A. Giuffrè, 2 v, p. 53-55).
30. Allorio insere algumas delas na categoria que chama de normas decisórias não substanciais. (ALLORIO, Enrico. *L'ordinamento giuridico nel prisma del'accertamento giudiziale*. In **Problemi di diritto**. Milano: Casa Editrice Dott. A. Giuffrè, 1957, 1 v., p. 136 e 137).
31. REGO, Hermenegildo de Souza. **Natureza das normas sobre prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 102.
32. Vittorio Denti coloca problema afim, que seria o fato de existirem situações substanciais que não poderiam ser objeto autônomo de declaração judicial, como a prescrição, a compensação etc. (DENTI, Vittorio. La

Olvida-se, contudo, que a desistência da ação e o reconhecimento da procedência do pedido (atos processuais), que se realizem defeituosamente, podem, sim, vir a compor o mérito de processo autônomo, com uma ação anulatória (art. 966, §4.º, CPC).

Além disso, a norma material, de fato, é aquela que determina o conteúdo de decisão, mas não precisa ser decisão sobre objeto de processo autônomo. Pode ser decisão de um incidente processual, de um recurso. Norma material é a que serve para resolver o objeto da decisão; quando uma questão processual se torna objeto da decisão, a norma processual que a define servirá como norma material.

Nesse contexto, as preclusões e a confissão ficta são situações jurídicas processuais que podem compor o mérito de um incidente ou de um recurso e, assim, ser objeto de uma decisão. E as normas que as regem atuarão como critério de julgar.

Poderão ser resolvidas incidentalmente por decisão que reconheça uma revelia ou o decurso de um prazo recursal (preclusão temporal), como inúmeras outras questões exclusivamente afetas ao processo. Mas também podem vir a compor o mérito de um procedimento incidental ou recursal, por exemplo. Basta pensar num recurso cujo mérito seja o *error iudicando* decorrente da decretação do efeito material da revelia de um réu irregularmente citado.

Questiona-se, ainda, em doutrina, a visão ora adotada sob o argumento de que existem questões seguramente processuais que podem ser objeto de processo e nem por isso seriam materiais³³ – o que revela apego a uma definição da norma pelo seu objeto e ignorando sua função. Há quem rejeite, também, a tese aqui acolhida, sob o argumento de que acabaria por exigir a busca do escopo de cada norma singular – se estipula um proceder ou um decidir -, o que revelaria seu caráter ilusório³⁴.

natura giuridica delle norme sulle prove civile. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova, v. 24, 1969, p. 9). Ou seja, o autor se refere, basicamente, às exceções substanciais, contradireitos, que o réu poderia trazer a juízo em sua defesa. Mas há de se observar que, de um lado, alguns desses direitos podem, sim, ser objeto de declaração judicial autônoma, como, por exemplo, o direito de crédito subjacente à compensação e, de outro, que, na visão aqui adotada, são substanciais todas as normas que servem de critério de julgamento, que não precisa se dar por um processo autônomo ou por uma declaração judicial autônoma. Assim, a prescrição é tema a ser objeto de decisão de mérito. Fredie Didier Jr., escrevendo sobre contradireitos, afirma que “quando exerce um contradireito, em defesa, o réu amplia o mérito (o objeto litigioso do processo). A afirmação do contradireito comporá o mérito da causa, ao lado da afirmação do direito feita pelo autor”. (Vale conferir como um todo, DIDIER Jr., Fredie. Contradireitos, objeto litigioso do processo e improcedência. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 223, 2013, p. 87-100).

33. LIEBMAN, Enrico Tullio. Questioni vecchie e nuove in tema di qualificazione delle norme sulle prova. **Rivista di Diritto Processuale**, Cedam, v. 24, 1969, p. 356.

34. DENTI, Vittorio. La natura giuridica delle norme sulle prove civile. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v. 24, 1969, p. 10 e 11; LIEBMAN, Enrico Tullio. Questioni vecchie e nuove in tema di qualificazione delle norme sulle prova. **Rivista di Diritto Processuale**, Cedam, v. 24, 1969, p. 356.

Entretanto, o que não observam esses opositores é que isso só se exige diante de visão funcional e dinâmica da norma processual, i.e., naqueles casos em que ela funciona como critério de decidir³⁵. Se a norma processual for estaticamente considerada (só em vista do seu objeto), essa tarefa de aferição da finalidade e função de norma por norma, caso a caso, não se impõe³⁶.

Superadas essas críticas, deve-se reconhecer que é perfeitamente possível e até corrente na prática forense que a norma processual, que estabeleceu um critério de procedimento para um processo, funcione como norma material: *i*) em outro processo, quando invocada para a solução do seu mérito (ex.: ação rescisória contra decisão transitada em julgado prolatada por juiz impedido, art. 966, II, CPC); e *ii*) em incidente (ex.: arguição de suspeição de magistrado, art. 146, CPC) ou recurso do mesmo processo, se aplicável também na resolução do seu mérito³⁷.

4.3. O Direito processual e a norma processual jurisdicional estaticamente considerada

Necessário esclarecer, antes que se siga adiante, que o foco deste trabalho é a norma processual jurisdicional estaticamente considerada. É toda aquela que define o critério de proceder no exercício da jurisdição, regulando, pois, esse procedimento de produção da decisão judicial, em seus atos e efeitos jurídicos (as chamadas situações jurídicas processuais). Isso, independentemente de vir a atuar como critério de julgar – ou seja, de funcionar como norma material.

O Direito processual é exatamente o conjunto dessas normas que disciplinam o processo jurisdicional, nos termos acima explicitados, sejam elas regras ou princípios.

35. Essa visão é necessária para definir, por exemplo, que faz coisa julgada a decisão que se dá sobre mérito processual, aplicando norma originariamente processual.

36. Essa visão é suficiente, por exemplo, para fins de definição de competência legislativa sobre a matéria processual.

37. Allorio diz que para distinguir norma processual e material o ângulo de visão do magistrado é decisivo. De fato, é ele que verifica o que será objeto de decisão ou não. E que há casos em que, para o juiz que conduz a causa, colocam-se normas que para ele se constituem vínculo decisório, mas que não são qualificáveis como substanciais. Daí falar na categoria da norma decisória não substancial. Seria o caso das normas sobre o ônus de prova, que vinculam o juiz ao fundamentar a decisão, mas não se confundem com a situação substancial deduzida. (ALLORIO, Enrico. *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*. In **Problemi di diritto**. Milano: Casa Editrice Dott. A. Giuffrè, 1957, 1 v, p. 125, 126, 136 e 137). Pelo exemplo dado, percebe-se que a visão, nesse particular, é distinta da ora colocada, pois não se constata que existem situações jurídicas originariamente processuais que se colocam como objeto de decisão em um processo. E não se visualiza, como se sustenta em item sobre normas de prova colocado mais adiante, que norma sobre ônus de prova é substancial. Mas ao menos se reconhece que norma por ele tomada como processual pode ser critério de decisão. Vittorio Denti considera a visão de Allorio contraditória em si mesma e ilusória. (DENTI, Vittorio. *La natura giuridica delle norme sulle prove civili*. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v. 24, 1969, p. 10 e 11).