

Antonio do Passo Cabral

**SEGURANÇA
JURÍDICA E REGRAS
DE TRANSIÇÃO NOS
PROCESSOS JUDICIAL
E ADMINISTRATIVO**

Introdução ao art. 23 da LINDB

**2ª edição revista,
atualizada e ampliada**

2021

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

3. SUPERAÇÃO DAS ESTABILIDADES PROCESSUAIS: REGRAS DE TRANSIÇÃO NA QUEBRA DE CONTINUIDADE JURÍDICA

Bom, tudo o que foi visto até aqui mostrou que é possível extrair um novo paradigma de segurança jurídica do sistema. A continuidade jurídica pode unificar o tratamento das diversas formas de estabilidade das decisões estatais em processos judiciais e administrativos, que são tendencialmente permanentes, mas não eternas. O sistema jurídico mantém aberta uma margem de alteração diante da necessidade de mudança de conteúdo dos atos estáveis.

Cabe agora analisarmos como se daria a aplicação prática desse formato mais dinâmico da estabilidade das decisões estatais e como seria a intensidade de sua resistência à superveniência de elementos que pudessem apontar para a necessidade de modificação do ato decisório.

3.1. AS VÁRIAS ACEPÇÕES POSSÍVEIS DO TEMPO JURÍDICO: TEMPO NO ANTECEDENTE E TEMPO NO CONSEQUENTE. TEMPO DE REFERÊNCIA, TEMPO DE VIGÊNCIA, TEMPO DE EFICÁCIA DAS DECISÕES ESTATAIS

Para corretamente compreendermos as relações entre tempo e direito, assim como suas repercussões no sistema de estabilidades, devemos precisar o significado que o estudo pode assumir. Na interligação entre o tempo e o ordenamento jurídico, deve-se diferenciar o “direito no tempo”, que é uma abordagem na qual o tempo é um *meio* para a existência e ocorrência de institutos jurídicos (um intervalo temporal no qual os eventos jurídicos transcorrem), do “tempo no direito”, que lida com o tempo como *conteúdo* das prescrições jurídicas.¹ Ao estudarmos as estabilidades processuais e os regimes de transição, estaremos tomando o tempo em ambas as acepções.

De fato, o exame da resistência temporal do conteúdo estável de um ato jurídico deverá revelar *quando* se tornam estáveis as posições jurídicas e *enquanto* assim devem permanecer. Além disso, quando houver regras de transição na *superação das estabilidades*, estas regras podem conter alguma limitação temporal, e então teremos que determinar seu período de duração.

O corte epistemológico seguinte é investigar se estamos analisando o tempo no antecedente ou no consequente normativo, vale dizer, se estamos diante dos pressupostos para a formação do ato jurídico estável ou dos efeitos por ele produzidos.

1. MARÍN, Rafael Hernández. *Recht und Zeit*, in GARZÓN-VALDÉS, Ernesto (Ed.). *Spanische Studien zur Rechtstheorie und Rechtsphilosophie*. Berlin: Duncker & Humblot, 1990, p.87.

Quando pensamos no *tempo no antecedente*, podemos desdobrar a análise em duas perspectivas. De um lado, pode-se falar em *tempo de referência*,² que diz respeito à delimitação temporal dos fatos considerados na decisão, que abrangem o conjunto de fatos compreendidos na causa de pedir e os fatos supervenientes, normalmente é anterior ao processo e à estabilidade que se forma sobre a decisão.³

A *extensão do tempo de referência* dependerá da *mudança* das circunstâncias que contribuíram para a decisão. Observe-se bem: não se pode confundir a decisão, compreendida como ato jurídico, com a eficácia da disposição nela contida. Isso porque o conteúdo da decisão às vezes tem uma limitação temporal *intrínseca*,⁴ esta determinada pelo tempo de referência. Em certa medida, essa é a *ratio* do art. 505 do CPC (e seus análogos no direito comparado), ao submeter as relações continuativas à possibilidade de alteração do conteúdo da sentença. Como, nestes casos, os fatos que formam o antecedente são mutáveis, alteráveis por natureza, o conteúdo será temporalmente variável de acordo com a manutenção dos elementos que justificaram a decisão.

O segundo aspecto do tempo no antecedente, ao lado do tempo de referência, é o *tempo de vigência*. O tempo de vigência é o período previsto para incidência da norma da decisão, precisando em qual intervalo temporal esta poderá ser aplicada. As regras que não determinam seu próprio tempo de vigência

2. *Ibidem*, p.87-89.

3. Sobre o ponto, CAPONI, Remo. *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*. *Op. cit.*, p.77-78.

4. CRISTOFOLINI, Giovanni. *Efficacia della sentenza nel tempo*. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, n.4, 1935, p.296-297.

estão abertas à interpretação e definição deste elemento,⁵ o que, no campo das leis, pode ser verificado pelo próprio aplicador da norma ao analisar, na sucessão de diplomas normativos, qual norma é aquela que incide no caso (geral-especial, anterior-posterior). Em função da durabilidade tendencial ínsita às leis, comprovada até mesmo por sua forma de abrogação (são vigentes até que outra em sentido contrário as revogue), o seu tempo de vigência *tende ao infinito*.

No processo, normalmente não são produzidas regras que possuam vigência limitada, e então se aplica a mesma lógica, pois não se costuma inserir nas decisões qualquer restrição temporal para sua aplicação.⁶

Como se verá, as regras de transição podem ter sua vigência temporalmente limitada, embora esta não seja a situação mais comum no processo. Geralmente é a *eficácia* da posição estável que é restrita, mas então já estaremos falando do tempo no conseqüente. Passemos então a este outro desdobramento do raciocínio.

O *tempo no conseqüente* significa verificar a limitação temporal dos *efeitos* produzidos pela decisão. Aqui entra em cena o *tempo de eficácia*, que indica a restrição temporal desses efeitos. Toda vez que a decisão não previr expressamente seu

5. MARÍN, Rafael Hernández. *Recht und Zeit. Op. cit.*, p.90.

6. Na doutrina clássica, afirma-se que o juiz não pode influir no limite temporal de sua decisão pois essa limitação decorreria do ordenamento. Assim, CRISTOFOLINI, Giovanni. *Efficacia della sentenza nel tempo. Op. cit.*, p.297-298. Não podemos concordar totalmente com esta afirmação, que parece não mais adequada ao processo contemporâneo, e tampouco no quadro global do direito público. É possível atribuir um termo para que cesse eficácia das decisões. O tema, contudo, das decisões condicionais ou a termo, escapa aos limites deste trabalho.

tempo de eficácia, este variará conforme *novas ocorrências de conteúdos constantes*.⁷

Para as regras abstratas, como aquelas do ato legislativo, este tempo de eficácia também tende ao infinito porque as normas são abertas em relação os fatos subsumíveis à sua regra de incidência (por isso são abstratas); mas é um tempo de eficácia *alterável* pela possibilidade de revogação das leis. Já nas normas concretas, como aquelas da sentença ou de decisões em processos administrativos, o tempo de eficácia é diverso.⁸

De fato, como se trata de regra concreta, aplicável a situações casuísticas “fechadas” e determinadas, tradicionalmente o tempo de eficácia dos atos processuais era pensado como inalterável indefinidamente. A flexibilidade da alteração das sentenças determinativas (que tratam de situações jurídicas continuativas) restrita às “novas circunstâncias fáticas”, *remetia a uma mudança apenas no tempo de referência*; uma vez produzida a estabilidade, p.ex., a coisa julgada, o tempo de eficácia da regra concreta, pela imutabilidade inerente à *res iudicata*, projetava-se de maneira indeterminada para o futuro.

No modelo proposto neste trabalho, como a continuidade da regra é apenas *prima facie*, a alteração do conteúdo do

-
7. O mesmo ocorre com as leis: quando a regra não informa sobre o tempo de eficácia, esta deverá ser aferida pela própria ocorrência dos diversos fatos previstos no tipo. MARÍN, Rafael Hernández. *Recht und Zeit. Op. cit.*, p.91-92. Confira-se ainda SASSANI, Bruno. *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto: contributo allo studio della tutela dichiarativa nel processo civile e amministrativo*. Padova: CEDAM, 1989, p.177 ss, 186.
 8. Primeiramente, a diferença reside em possuir a sentença, como *lex specialis*, referência a fatos específicos já ocorridos, remetendo a um tempo de referência por assim dizer “relativamente fechado”, somente sujeito a alterações no caso de fatos supervenientes ocorridos durante a litigância e cognoscíveis antes da decisão final.

decisum é possível, e, portanto, revive a importância do estudo dos limites temporais na vertente do tempo de eficácia.

Vejamos alguns desdobramentos desses dois planos.

3.2. TEMPO DE REFERÊNCIA E O CONTEÚDO DO ESQUEMA ARGUMENTATIVO DO DEBATE PROCESSUAL

Tratemos por ora do tempo de referência.

Sem embargo, a estabilidade processual refere-se a um *contexto* e a uma *discussão específica* (com certas características próprias, como os meios de prova disponíveis, o grau de cognição possível, dentre outras) e remete ao conflito tal como desenvolvido naquele cenário. É lá, portanto, que deve ser buscado o *referencial circunstancial* ao qual o debate diz respeito: o conjunto de fatos alegados e discutidos, o contraditório exercido, sua manutenção no tempo etc.

Este conjunto de elementos, delimitado em sua ocorrência temporal, poderá servir também para verificar, quando da necessidade da quebra, se os “novos” elementos, indicados como aptos a autorizar a ruptura da estabilidade e a mudança de conteúdo do ato jurídico, estavam ou não contidos (ou pelo menos previstos) no debate anterior.

Alterados os elementos do tempo de referência – outro contrato, outros fatos, outro conflito, possibilidade de cognição em outra profundidade, apresentação de novas provas etc. – poderá justificar-se a alteração.

3.2.1. Critérios: transitividade ou resistência temporal do debate e a previsibilidade do vínculo decorrente da estabilidade

No que tange à limitação do tempo de referência, o critério mais importante para aferir a necessidade de mudança é a *resistência temporal do debate* travado no processo. Essa constatação é consentânea com a perspectiva que separa a análise do tempo no antecedente e no consequente: o tempo de referência, quando não expressamente determinado, depende da *transitividade* dos elementos que argumentativamente determinaram aquela posição estável ao processo.

De fato, há posições substanciais cuja existência, duração ou quantificação podem depender de elementos transitivos. Exemplos destas hipóteses são, dentre outros, as indenizações em que os danos causados possam-se agravar; ou as quantificações que dependam de taxas de juros governamentais futuras, essencialmente mutáveis.

Geralmente, uma condenação a uma prestação única não se estrutura desta maneira porque o debate processual no qual se embasa não tende a mudar no futuro. Assim, por exemplo, são as situações materiais que se exauriram num momento temporal anterior. E mesmo nos casos em que existam prestações futuras, se estas foram estabelecidas prévia e estaticamente em contrato, não há projeção transitiva do debate na linha temporal. É o que ocorre com taxas de juros prefixadas.⁹ Mas é possível a existência de elementos transitivos mesmo as decisões sobre prestações únicas, desde que estejam relacionadas a situações de risco ou incerteza.

9. Exemplos de ROSENBERG, Leo. *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*. *Op. cit.*, p.702.

Vejam os outros exemplos de questões que podem ser resolvidas num processo e que, não sendo alteradas, devem ser vinculativas em processos futuros: se o primeiro processo reconhece a capacidade de estar em juízo (capacidade de fato) de uma determinada pessoa (p.ex., sua sanidade mental); se afirma que uma empresa deve ser incluída no Simples, reconhecendo as condições legais que fazem incidir este modelo de tributação; se houve conclusão de que se trata de sociedade empresária ou não; em todos estes casos, seria adequado, *ceteris paribus*, permitir a reapreciação da matéria em outro processo? Claro que não.¹⁰

Evidentemente que o conteúdo estabilizado da decisão processual deve ser vinculativo apenas se e enquanto mantidas as condições que levaram à conclusão anterior. Se houver variabilidade periódica, tanto do regramento legal (como em certos tributos: as despesas dedutíveis do imposto de renda, p.ex., alteram-se de ano a ano), como dos fatos que embasam a aplicação normativa (surgimento de uma doença), a tendência é não haver tanta resistência temporal do debate pretérito pela possibilidade de alteração de curto prazo das circunstâncias relevantes para a discussão, elementos que poderiam mudar os comportamentos, as alegações e as conclusões das partes e do julgador.¹¹

10. Por óbvio que, em havendo fundada alegação de doença mental agravada, com potencial alteração da capacidade de estar em juízo, a rediscussão poderia ser admitida. Porém, nestes casos não haveria constância do conteúdo do debate. Confira-se a jurisprudência espanhola, amplamente majoritária neste sentido, em TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel. *La cosa juzgada (Estudio de jurisprudência civil)*. *Op. cit.*, p.28 ss.

11. Em sentido similar, decidi a Cassação italiana que não se aplica o efeito preclusivo extraprocessual se as pretensões se baseiam em títulos diversos e em períodos diversos de incidência do tributo. Cass.sez.trib., 13 de setembro de 2010, n.19493.

Outra observação relevante é que a *evolução não previsível* de uma situação narrada num processo não pode tornar-se preclusa. Por exemplo, imagine-se um conjunto de fatos alegado num processo em que se pedia indenização em virtude de danos causados pelo réu ao autor. A sentença julga procedente o pedido, sendo acobertada pela coisa julgada. Se houver um *agravamento* ou evolução não previsível da situação narrada anteriormente, pode haver renovação da demanda, mesmo em se tratando de processo em que se discuta uma indenização por danos já sofridos, e, portanto, mesmo que estejamos diante de uma questão pretérita, que não se enquadraria, sob nenhum aspecto, dentro da denominação de “relação continuativa”. Não há estabilidade porque não se observa previsibilidade do vínculo no processo anterior.

No entanto, se o desenvolvimento dos fatos analisados na decisão for constante ou repetido, podemos razoavelmente imaginar que aquela discussão já foi travada, e então a reiteração ou sucessão de consequências naturais ao debate eram previsíveis pelos litigantes.¹² Nesses casos, as ocorrências posteriores podem ser consideradas como compreendidas no debate anterior e a estabilidade impõe a conformação da regra de conduta produzida no conteúdo dos atos posteriores, até porque havia previsibilidade da vinculação.

Deve-se, portanto, buscar elementos que caracterizem, de um lado, a *permanência e constância do debate* que se estabilizou, ou então a *projeção temporal cambiante* dos elementos que levaram à formação da decisão.

12. Sobre as prognoses e o desenvolvimento de situações estabilizadas, CAPONI, Remo. *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*. Op. cit., p.90-94.

Não obstante este critério e os exemplos apresentados, devemos lembrar que a análise casuística dos atos processuais e sua fundamentação (isto é, o exame *in concreto* do debate travado) é imprescindível para verificarmos se houve o exaurimento da discussão que impede rediscussões futuras. Assim, se a parte limitar o debate apenas a um determinado exercício fiscal, ou somente em relação a uma operação financeira, todos os demais atos processuais (a defesa do réu, o pronunciamento judicial etc.) limitam-se àquele conteúdo ou àquele intervalo temporal porque influenciados pelo *input* argumentativo inicial.¹³

Nesses casos, portanto, não haverá estabilidade da conclusão do primeiro processo porque a projeção no tempo não se depreendia do debate anteriormente travado. Por outro lado, *enquanto permanecerem constantes* as condições e circunstâncias fáticas e normativas que levaram à decisão estável, mantém-se também o *decisum*, que será vinculante para outros processos.¹⁴

3.2.1.1. *Elementos permanentes ou cambiantes: o exemplo da coisa julgada em matéria tributária*

Como visto, as situações da vida, debatidas no processo anterior e estabilizadas *prima facie*, deverão ser incorporadas a debates posteriores *se e enquanto que* houver resistência temporal do conteúdo estável.¹⁵

13. Salvo, claro, se o réu ampliar o esquema argumentativo, trazendo novos fatos, formulando pedidos etc.

14. TALAMINI, Eduardo. A coisa julgada no tempo: os 'limites temporais' da coisa julgada. *Revista Jurídica*, ano 55, nº354, abril, 2007, p.22; *Idem*. *Coisa julgada e sua revisão*. *Op. cit.*, p.92-94.

15. ZAVASCKI, Teori Albino. Coisa julgada em matéria constitucional: eficácia das sentenças nas relações jurídicas de trato continuado. *Revista Jurídica Tributária*, n.3, out-dez. 2008, p.20.

Assim, por exemplo, se há uma discussão exaustiva e pronúncia conclusiva sobre a competência do órgão julgador, não pode haver rediscussão em processo posterior no qual os dados do debate mantenham-se constantes,¹⁶ sem alteração das variáveis envolvidas (p.ex, em se tratando de ações reais imobiliárias – art. 47 do CPC –, sem que tenham mudado os critérios para fixação de competência: seja o mesmo local do fato, igual tipo de demanda etc.).

Prestações vincendas, apenas submetidas a termo, normalmente assumem perfis constantes; mas prestações alimentícias condicionam-se à constância de elementos comumente transitivos, e têm sua estabilidade condicionada à permanência da relação tal qual exposta na sentença: se houver alteração dos elementos do debate que levaram à conclusão, pode haver mudança de conteúdo.¹⁷

E a verificação da resistência temporal do debate encontra bons paradigmas de análise na compreensão atual da coisa julgada em matéria tributária, tanto no Brasil, quanto na tendência jurisprudencial no direito comparado.¹⁸ Um critério simples, como visto, mas excelente para operar este exame na *praxis*, é procurar elementos *permanentes* ou, de outro lado, elementos *temporários* ou *cambiantes* no debate estabilizado.¹⁹

16. Com razão, no ponto, CALAZA LÓPEZ, Sonia. *La cosa juzgada*. Madrid: La Ley, 2009, p.26-27, 145 e ss.

17. ARAGÃO, Paulo Cezar. Reflexões sobre as sentenças determinativas. *Revista de Processo*, ano I, n.2, abr-jun, 1976, p.164.

18. CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. *Op. cit.*, p.465-470.

19. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Coisa julgada em matéria fiscal (identidade de objeto)*. *Op. cit.*, p.73; MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional*. *Op. cit.*, p.145-146.

3.2.1.2. A instabilidade dos bens tutelados (o pedido mediato)

Outro excelente exame prático, indiciário do caráter mutável do debate, consiste em identificar a *instabilidade dos bens* envolvidos (o pedido mediato).

Como sustentado em alguns países do *common law*, se contextos estáticos geram uma espécie de “presunção” em favor da preclusão de rediscutir, cenários de instabilidade das situações jurídicas objeto do conflito falam em nome da mutabilidade do conteúdo debatido e, por conseguinte, contra a estabilidade *prima facie* nestes casos.

Exemplo que mais ressalta no cotidiano forense atual é o meio ambiente: questionado em um processo o licenciamento ambiental, discute-se se uma atividade industrial é poluente ou infringe alguma regra da legislação protetiva do meio ambiente. Afirmando a primeira decisão que a atividade empresarial não é potencialmente poluente, e concedida a licença de operação, a decisão não pode ser caracterizada como tendencialmente contínua porque o meio ambiente é um bem essencialmente instável, sujeito a alterações no tempo decorrentes de um sem número de variáveis. No momento de prolação da decisão, pode até ser que a conduta não fosse impactante, mas no futuro a mesma atividade poder-se-á revelar potencialmente poluidora por alterações climáticas, de pressão, umidade etc.²⁰ Além disso, a situação não se torna totalmente estável nem mesmo à luz dos fatos observados no momento da decisão, pois pode surgir novo tipo de tecnologia que permita descobrir

20. RODRIGUES, Marcelo Abelha. Reflexos do direito material do ambiente sobre o instituto da coisa julgada (*in utilibus*, limitação territorial, eficácia preclusiva da coisa julgada e coisa julgada *rebus sic stantibus*). *Revista dos Tribunais*, ano 96, vol.861, jul. 2007, p.27.

que, à época da cognição no primeiro processo, já havia risco ambiental, embora não tivesse sido possível, com as técnicas de então, prová-lo.²¹

Esta instabilidade também se observa nas posições estáveis no campo do direito econômico, sede onde deve haver uma maior flexibilidade das decisões estatais para que possam adaptar-se às mudanças sociais e do mercado,²² que compreende fenômenos dinâmicos e rapidamente alteráveis.

Mais à frente, quando falarmos sobre o procedimento de análise da quebra da estabilidade, retornaremos ao tema, buscando trabalhar mais detidamente as qualidades que devem possuir os elementos modificadores do debate para que possamos afirmar serem suficientes para permitir a alteração. Por ora, mantenhamo-nos na diferenciação entre o tempo no antecedente e o tempo no consequente.

Com efeito, as relações jurídicas podem ser divididas, no que tange à sua projeção temporal, em instantâneas, permanentes (ou continuativas), e sucessivas. *Instantâneas* são as relações jurídicas que decorrem de incidência normativa que se esgota em um só momento ou que, ainda que resultantes de fatos desdobrados no tempo, a incidência dependa da formação

21. Outros interesses difusos e coletivos também poderiam ser agrupados neste critério. Veja-se o seguinte exemplo, referente ao patrimônio paisagístico. É julgada procedente uma demanda em que se postulava obrigação de não fazer contra a União, o Estado e o Município para impedir o poder público de demolir um viaduto, baseando-se a decisão na utilidade do viaduto para o tráfego de veículos e também no seu valor paisagístico. Transcorridos mais de 20 anos, o viaduto está degradado, não é útil para o trânsito e do ponto de vista da paisagem urbana é um desastre. Poderia qualquer dos réus condenados pleitear a revisão da decisão que o proibia de demolir a obra?

22. ROTH, Günther. *Das Problem der Rechtsprognose*. *Op. cit.*, p.833-834.

integral da *fattispecie* para a aplicação da norma (como alguns aspectos das relações previdenciárias).²³

Já a *relação permanente ou continuativa* pressupõe a incidência contínua e ininterrupta da norma, como ocorre no caso das prestações alimentícias e em muitas nuances das relações previdenciárias e trabalhistas.

Por fim, as *relações sucessivas* nascem de fatos instantâneos, mas que repercutem no tempo de maneira *uniforme e repetida*. São relações *homogêneas* ou *reiteradas*, decorrentes de *comportamentos de mesmo gênero*, quando a *conduta-padrão* tenha sido decidida no primeiro processo. Aqui, trata-se da *repetição* da incidência normativa pela *sucessão de condutas diversas mas padronizadas*.²⁴ Nestas relações sucessivas, impõe-se a incorporação do conteúdo estável para a proteção da harmonia entre os julgamentos e a coerência sistêmica.

As relações continuativas são demasiadamente tratadas na doutrina, reguladas no CPC (art. 505), e sua aplicação prática é bem resolvida no cotidiano forense. Concentraremos nossa atenção nas relações sucessivas.

3.2.1.3. Hipótese-padrão: poderes reiteráveis e relações sucessivas

Dentre os casos que respeitam essa lógica encontram-se as demandas em que se exerçam *poderes reiteráveis* e aquelas referentes a *relações sucessivas*. Quando forem observadas estas hipóteses,

23. CAPONI, Remo. *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*. Op. cit., p.7-8.

24. Sobre esta categoria, ZAVASCKI, Teori Albino. *Coisa julgada em matéria constitucional: eficácia das sentenças nas relações jurídicas de trato continuado*. Op. cit., p.13-14; CAPONI, Remo. *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*. Op. cit., p.85.