

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

RANIEL FERNANDES DE ÁVILA

**A TEORIA DOS FATOS JURÍDICOS PROCESSUAIS NO PROCESSO
CIVIL DO ESTADO DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO**

VITÓRIA
2017

RANIEL FERNANDES DE ÁVILA

**A TEORIA DOS FATOS JURÍDICOS PROCESSUAIS NO PROCESSO
CIVIL DO ESTADO DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito para a obtenção do título de mestre em Direito, na área de concentração “Justiça, Processo e Constituição” e na linha de pesquisa “Processo, Constitucionalidade e Tutela dos Direitos Existenciais e Patrimoniais”.

Professor Orientador: Pós-Doutor Rodrigo Reis Mazzei

VITÓRIA

2017

Dados Internacionais de Catalogação-na-publicação (CIP) (Biblioteca Central da Universidade Federal do Espírito Santo, ES, Brasil)

A958t Ávila, Raniel Fernandes de, 1991-
A teoria dos fatos jurídicos processuais no processo civil do Estado Democrático Constitucional brasileiro / Raniel Fernandes de Ávila. – 2017.
370 f.

Orientador: Rodrigo Reis Mazzei.
Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Programa de Pós-Graduação em Direito Processual.

1. Processo civil. 2. Estado de direito. 3. Formalismo-valorativo. 4. Norma jurídica. I. Mazzei, Rodrigo. II. Universidade Federal do Espírito Santo. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. III. Título.

CDU: 340

RANIEL FERNANDES DE ÁVILA

**A TEORIA DOS FATOS JURÍDICOS PROCESSUAIS NO PROCESSO
CIVIL DO ESTADO DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito para a obtenção do título de mestre em Direito, na área de concentração “Justiça, Processo e Constituição” e na linha de pesquisa “Processo, Constitucionalidade e Tutela dos Direitos Existenciais e Patrimoniais”.

Aprovada no dia 1º de junho de 2017.

COMISSÃO EXAMINADORA

Profº. Pós-doutor Rodrigo Reis Mazzei (orientador)
Universidade Federal do Espírito Santo

Profº. Pós-doutor Hermes Zaneti Júnior
Universidade Federal do Espírito Santo

Profº. Drº. Tiago Figueiredo Gonçalves
Universidade Federal do Espírito Santo

Profº. Drº. Pedro Henrique Pedrosa Nogueira
Universidade Federal de Alagoas

AGRADECIMENTOS

Após uma jornada acadêmica intensa denominada “mestrado em direito processual”, com duração de pouco mais de dois anos, chega-se ao presente trabalho, resultado de labor e dedicação intensos. Esta dissertação, porém, não é obra de apenas um autor, mas de muitos colaboradores diretos e indiretos, cuja menção de alguns aqui se faz em tom dos mais sinceros agradecimentos.

No plano metafísico, transcendente, eu não poderia deixar de render graças a Deus, porque, como diria o evangelista Lucas, narrando discurso de Paulo de Tarso, “nele vivemos, nos movemos e existimos”. Logo, sem este ser superior que guia o nosso destino e que nos dá força quando nos sentimos debilitados, que nos dá ânimo quando as dificuldades vêm, e que nos capacita em sabedoria e inteligência, esta dissertação não existiria, certamente.

No plano imanente, visível, também há pessoas que não podem ser esquecidas neste trecho preliminar do trabalho. Por óbvio, os meus familiares estão entre esse grupo especial.

Agradeço ao meu pai, pelo amor, dedicação e carinho que sempre empreendeu para cuidar de mim e dos meus irmãos. Mesmo nas dificuldades impostas pela precoce ausência de minha terna mãe, ele sempre se manteve firme no propósito de garantir a manutenção coesa da família, dando, inclusive, totais subsídios para o crescimento moral e acadêmico de cada um de nós.

Aos demais familiares, rendo agradecimentos especiais, principalmente por compreenderem a necessidade, por motivo de estudos, da minha ausência em muitos momentos de reunião familiar. Sacrifícios são necessários para que objetivos sejam alcançados e, cientes disso, apoio dos parentes não me faltou.

No setor acadêmico, o mais sincero agradecimento deve ser endereçado ao grande professor Rodrigo Reis Mazzei, meu mui admirado orientador. Sem as suas perfeitas intervenções, sem as suas dicas preciosas, sem as conversas sempre proveitosas e solícitas sobre os temas mais espinhosos do direito, sem as várias reuniões de planejamento estratégico de pesquisa, jamais seria possível chegar ao fim desta jornada. O professor e amigo Mazzei é quem ajudou e ajuda a que cheguemos ao “*jump of the cat* jurídico”, ou seja, àquela percepção jurídica profunda, que só os exímios juristas têm.

Outrossim, os integrantes da banca avaliativa de qualificação também merecem uma lembrança destacada por aqui. Aos professores Hermes Zaneti Jr., Pedro Henrique Pedrosa Nogueira e Tiago Figueiredo Gonçalves, agradeço pelas excelsas considerações sobre o meu trabalho parcial, feitas em novembro de 2016. Mais que isso, agradeço a solicitude em ler o meu trabalho e avaliá-lo com o rigorismo e a técnica, ínsitos aos grandes professores, que são.

Ainda, agradecimentos também devem ser endereçados aos amigos, fiéis apoiadores. Aqui, porém, dou realce a quatro ajudadores diretos, dois amigos e duas amigas. A primeira é a amiga Eini Dias, que cedeu o seu tempo para contribuir com o ajuste do então projeto de pesquisa, ainda na fase de seleção de mestrandos para o Programa da UFES; sem tal ajuda, não se chegaria jamais ao presente resultado. O segundo é o meu amigo de graduação, Anderson Gonçalves, que se disponibilizou prontamente a revisar este trabalho final, emitindo as suas muito pertinentes impressões e identificando alguns erros gráficos e de digitação, a fim de que fossem corrigidos. O terceiro é o amigo Guilherme Junio, que solicitamente se colocou a ajudar este mestrando no trato com a língua italiana. A quarta, e também de excelsa importância, é a amiga de mestrado Lais Zumach Lemos Pereira, minha principal parceira de publicações nos últimos dois anos, sendo repetidas vezes minha coautora em trabalhos acadêmicos.

Sou profundamente grato, também, à Universidade Federal do Espírito Santo, que me acolheu desde a graduação e que continua a me acolher de braços abertos à pesquisa e ao melhoramento do direito no país. Sem dúvida, posso dizer que a UFES é a minha segunda casa; residência esta que precisa ser melhorada aqui e ali, é verdade, mas que deve ser, muito mais, o foco de nossa admiração – fonte de conhecimento incomensurável que é, e local em que trabalham e estudam pessoas notáveis, de fino trato e amigas.

Dentro da Universidade, cabem palavras especiais de agradecimento ao Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGDIR), bem como aos professores do referido Programa e aos funcionários da secretaria do mestrado. Certamente, sem o visível engajamento de toda a equipe, impossível seria atingirmos juntos aos grandes avanços que temos conquistado nos últimos anos. Não à toa, o mestrado em direito processual da UFES é um dos que mais avançam no país.

Por derradeiro, mas nem de longe menos importante, agradeço à Fundação de Amparo à Pesquisa do Espírito Santo (FAPES), que, mesmo diante de uma crise

financeira do Estado com escala nacional, acreditou e investiu nesta pesquisa. Por certo, este trabalho possui a rubrica da FAPES acostada em cada uma das páginas seguintes.

RESUMO

O “fato jurídico processual” é tema controverso, sendo conceito tradicionalmente pouco quisto pelos processualistas. Uma explicação plausível para esse preconceito é que a terminologia “fato jurídico” surgiu entre os estudiosos do direito privado, circunstância que limitou a importação para o ramo (público) do processo, principalmente numa época (fase processualística) em que se buscava a autonomia didático-científica do direito processual face ao direito material. Superada essa ideologia, as amarras que impediam a construção de uma teoria dos “fatos jurídicos processuais” ficam removidas. Aliás, uma corrente de juristas brasileiros vai assumindo a responsabilidade de edificar a tal teoria. O problema é que a mencionada elaboração teórica, situada nos meandros da propedêutica processual, toma por base a teoria do fato jurídico de Pontes de Miranda, pensada para uma realidade anterior à Constituição de 1988, que precede até mesmo o Código de Processo Civil de 1973 e que possui, destacadamente, viés de aplicação para o direito privado. Eis que, assim, surgem contradições com o processo civil do Estado Democrático Constitucional brasileiro, na atual fase do formalismo-valorativo, sobretudo porque a peça-chave da teoria dos fatos jurídicos processuais é o conceito ponteano de “incidência automática e infalível” da norma jurídica, o que se choca com as concepções hermenêuticas contemporâneas, as quais situam a norma jurídica como resultado da interpretação e que colocam a jurisprudência como fonte do direito. Para causar ainda mais perplexidade, a teoria dos fatos jurídicos processuais trabalha com categorias que classicamente eram ou mal vistas pela doutrina do processo ou desconhecidas pelos processualistas, como o caso dos negócios jurídicos processuais e dos atos-fatos jurídicos processuais. Assim, importar tais espécies para o processo civil pode ser um tabu de difícil superação. Ver-se-á, porém, que esses choques são meramente aparentes, porque existem elementos na teoria dos fatos jurídicos processuais que fazem dessa construção um instrumento possível de ser aplicado – em especial, ao serem feitos alguns necessários ajustes – ao processo civil do Estado Democrático Constitucional brasileiro, inclusive com o novo Código de Processo Civil (de 2015).

Palavras-chave: Teoria dos fatos jurídicos processuais. Incidência normativa. Processo civil. Formalismo-valorativo. Estado Democrático Constitucional brasileiro.

RESUMEN

El "hecho jurídico procesal" es objeto de controversia, siendo concepto de poco agrado en la tradición de los procesalistas. Una posible explicación de esta tendencia es que la terminología "hecho jurídico" surgió entre los estudiosos del derecho privado, circunstancia que limitaba las importaciones para la rama (pública) del proceso, especialmente en un momento (fase de la procesualística) en el que se buscó la autonomía didáctica-científica del derecho procesal en relación a el derecho material. Superado este pensamiento ideológico, las cadenas que impedían la construcción de una teoría de "hechos jurídicos procesales" se eliminan. Por otra parte, un grupo de juristas brasileños asume la responsabilidad de construir una teoría de este tipo. El problema es que la elaboración teórica mencionada, inserida en la propeudeutica procesal, se basa en la teoría del hecho jurídico del jurista Pontes de Miranda, pensada para una realidad de antes de la Constitución de 1988, que precede incluso el Código de Proceso Civil de 1973 y tiene, en particular, amplia aplicación al derecho privado. Así surge contradicciones con el proceso civil del Estado Democrático Constitucional brasileño, en la fase actual del formalismo-evaluativo, sobre todo porque la pieza clave de la teoría ponteana, el concepto de "incidencia automática e infalible" de la norma legal, se choca con las concepciones hermenéuticas contemporáneas, que prevén la norma legal como consecuencia de la interpretación y que ponen a la jurisprudencia como fuente del derecho. Para causar más confusión, la teoría de los hechos jurídicos procesales trabaja con categorías que eran clásicamente o mal vistas por la doctrina del proceso o desconocido por los expertos de procedimiento como el caso de los negocios jurídicos procesales y los actos-fatos jurídicos procesales. Por lo tanto, la importación de estas especies en el proceso civil puede ser un tabú de difícil superación. Será visto, sin embargo, que estos choques son meramente aparentes, porque hay elementos en la teoría de los hechos jurídicos procesales que hacen de este edificio una posible herramienta para aplicarse - en particular, si realizados algunos ajustes - en el proceso civil del Estado Democrático Constitucional brasileño, incluyendo al nuevo Código de Proceso Civil (2015).

Palabras clave: Teoría de los hechos jurídicos procesales. Incidencia normativa. Proceso civil. Formalismo-evaluativo. Estado Democrático Constitucional brasileño.

ABSTRACT

The "procedural legal fact" is controversial subject, being a concept generally little wanted by proceduralists. A plausible reason for this prejudice is that the terminology "juridical fact" arose among private law scholars, a circumstance that limited the importation to the (public) branch of the procedural law, especially at a time ("processualística" phase) in which the didactic autonomy was sought of procedural law in relation to substantive law. Once this ideology has been overcome, the barriers that block the construction of a theory of "juridical procedural facts" are removed. In fact, a group of Brazilian jurists is taking on the responsibility of building such a theory. The problem is that the aforementioned theoretical elaboration, located in the meanderings of the procedural propaedeutics, is based on Pontes de Miranda's theory of the legal fact, designed for a reality prior to the 1988 Constitution, which precedes even the Civil Procedure Code of 1973 and that always was applied in private law. Thus, contradictions arise with the civil process of the Brazilian Constitutional Democratic State, in the current phase of "formalism-evaluative", especially because the key part of the theory of procedural legal facts is the ponteano concept of "automatic and infallible incidence" of the norm, which conflict with the contemporary hermeneutic conceptions, which situate the juridical norm as a result of the interpretation and that put the jurisprudence like source of the Law. To further cause perplexity, the theory of procedural legal facts deals with categories that were classically, or poorly viewed by the doctrine of the process, or unknown to proceduralists, such as the case of "procedural contracting" and "procedural act-fact". Faced with this, importing such species into civil proceedings can be seen as a taboo difficult to overcome. It will be seen, however, that these shocks are merely apparent, because there are elements in the theory of procedural legal facts that make that construction a possible instrument to be applied - especially, when some necessary adjustments are made - to the civil process of the State Brazilian Constitutional Democratic, including the new Code of Civil Procedure (of 2015).

Keywords: Theory of procedural legal facts. Normative incidence. Civil procedure. Formalism-evaluative. Brazilian Constitutional Democratic State.

RIASSUNTO

Il "fatto giuridico processuale" è un tema controverso, essendo un concetto poco apprezzato da processualisti. Una spiegazione plausibile di questa perplessità, deriva dal fatto che la terminologia "fatto giuridico" sorse tra gli studiosi di diritto privato, ciò ha limitato l'applicazione nel ramo (pubblico) del processo, soprattutto in un momento (fase processualistica), in cui si è cercata l'autonomia didattica - scientifica del diritto processuale, rispetto al diritto materiale. Superata questa ideologia, i limiti che impedivano la costruzione di una teoria di "fatti giuridici processuale" vengono rimosse. Anzi, una parte dei giuristi brasiliani assume la responsabilità di costruire una teoria. Il problema è che l'elaborazione teorica menzionata, situata nei meandri della propedeutica processuale, ha per base la teoria del fatto giuridico di Pontes de Miranda, pensata per una realtà pre-costituzione del 1988, che precede anche il codice di procedura civile del 1973 ed ha, in particolare, applicazioni nel diritto privato. E proprio qui che sorgono contraddizioni con il processo civile dello Stato democratico brasiliano costituzionale, nella fase attuale del formalismo-valutativo, soprattutto perché il pezzo chiave della teoria dei fatti giuridici processuali è il ponteano concetto di "incidenza automatica e infallibile" dello standard legale, che si scontra con le concezioni ermeneutiche contemporanee, le quali pongono la norma giuridica come risultato dell'interpretazione e mettono la giurisprudenza come fonte di diritto. Per causare ulteriore confusione, la teoria di fatti giuridici processuale lavora con le categorie che classicamente erano o mal viste a causa della dottrina del processo o sconosciute dai processualisti. Prima di ciò, importare queste specie per il processo civile può essere un tabù difficilmente da superare. Sarà, tuttavia, che queste scosse sono solo apparenti, perché ci sono elementi nella teoria dei fatti giuridici processuali che rendono questa costruzione un possibile strumento da applicare - in particolare, alcune modifiche sono state fatte - nello stato di procedura civile brasiliano costituzionale democratico, tra cui il nuovo Codice di Procedura Civile (2015).

Parole chiave: Teoria di fatto giuridico processuale. Incidenza della norma giudica. Procedura Civile. Formalismo-valutativo. Stato Democratico Brasiliano Costituzionale.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	17
------------------	----

PARTE I: PREMISSAS CONCEITUAIS E METODOLÓGICAS

CAPÍTULO 1:	24
DA FASE SINCRÉTICA DO PROCESSO À “TEORIA DO FATO JURÍDICO PROCESSUAL”	24
1.1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS	24
1.2. UM ADEUS AO SINCRETISMO: A AUTONOMIA DO PROCESSO COMO IMPORTANTE PRESSUPOSTO PARA O ESTUDO DO FATO JURÍDICO PROCESSUAL	25
1.2.1. O início do fim do praxismo: o embate entre Windscheid e Müther sobre a natureza jurídica da <i>actio</i> romana	27
1.2.2. A autonomia do processo: o início das discussões sobre os institutos processuais e, claro, sobre o fato jurídico processual	30
1.3. A RESISTÊNCIA AO ESTUDO DO “FATO JURÍDICO PROCESSUAL”. O ATO PROCESSUAL COMO PRINCIPAL OBJETO DE ANÁLISE DOUTRINÁRIA.....	34
1.4. UM PANORAMA SINTÉTICO DAS TRADICIONAIS TENTATIVAS DE DEFINIR O CONCEITO DE FATO (OU ATO) JURÍDICO PROCESSUAL CIVIL. ABORDAGEM DESCRITIVO-CRÍTICA.	36
1.4.1. O fato jurídico processual segundo Giuseppe Chiovenda	37
1.4.1.1. Breve crítica à concepção de Chiovenda.....	38
1.4.2. O fato jurídico processual segundo Enrico Tullio Liebman	40
1.4.2.1. Breve crítica à concepção de Liebman	42
1.4.3. O fato jurídico processual segundo Salvatore Satta.....	43
1.4.3.1. Breve crítica à concepção de Satta.....	44
1.4.4. O fato jurídico processual na concepção de J. Calmon de Passos.....	45
1.4.4.1. Breve crítica à concepção de Calmon de Passos.....	47
1.4.5. O fato jurídico processual na concepção de Paula Costa e Silva... ..	48
1.4.5.1. Crítica à concepção de Paula Costa e Silva	49
1.4.6. O fato jurídico processual na concepção de Hernando D. Echandia.....	51
1.4.6.1. Breve crítica à concepção de Echandia.....	52
1.5. APROVEITAMENTO DA TEORIA DE PONTES DE MIRANDA PARA O ESTUDO DO “FATO JURÍDICO PROCESSUAL”.....	53

1.5.1. A inovação trazida por Pontes de Miranda quanto à definição conceitual de “fato jurídico”: o abandono do critério funcional	55
1.5.2. Linhas gerais da teoria do fato jurídico de Pontes de Miranda	58
1.5.2.1. O mundo jurídico, o fato jurídico, a incidência e a aplicação do direito.....	58
1.5.2.2. A classificação dos fatos jurídicos.....	61
1.5.2.3. Os três planos do mundo jurídico.....	64
1.5.3. A construção da definição de “fato jurídico processual” pela “doutrina ponteana” do processo.....	66
1.5.3.1. A definição conceitual de “fato jurídico processual” de Paula Sarno Braga e de Fredie Didier Jr.	68
1.5.3.2. A definição conceitual de “fato jurídico processual” de Pedro Henrique Pedrosa Nogueira.....	69
1.5.3.3. As tipologias de “fato jurídico processual”.....	71
1.6. FECHAMENTO DO CAPÍTULO: O PROBLEMA LEVANTADO NO PRESENTE TRABALHO	72
CAPÍTULO 2:	74
UM COTEJO NECESSÁRIO: A TEORIA DO FATO JURÍDICO PROCESSUAL E a ATUAL FASE DO PROCESSO CIVIL	74
2.1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS	74
2.2. O DECLÍNIO DA PROCESSUALÍSTICA E A ASCENSÃO DO INSTRUMENTALISMO COMO METODOLOGIA DE ENFRENTAMENTO COM O PROCESSO CIVIL.....	75
2.2.1. Os problemas ínsitos à fase processualística: o declínio da fase cientificista do processo	76
2.2.1.1. O Brasil na fase autonomista	80
2.2.2. A chegada da fase instrumental do processo	85
2.3. OS PROBLEMAS ÍNSITOS AO INSTRUMENTALISMO: DESAJUSTES EVIDENTES FACE AO MODELO ESTATAL CONTEMPORÂNEO	90
2.3.1. Traços do Estado Democrático Constitucional (ou Estado Democrático de Direito)	91
2.3.2. As anacronias do instrumentalismo face ao novo modelo estatal .	98
2.4. ANÁLISE CRÍTICA-REFLEXIVA: OS FATOS JURÍDICOS PROCESSUAIS NAS FASES AUTONOMISTA E INSTRUMENTALISTA DO PROCESSO CIVIL	102
2.5. O PROCESSO CIVIL NO ESTADO DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL: A QUARTA FASE DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO.....	104

2.5.1. O formalismo-valorativo como metodologia processual mais alinhada com o Estado Democrático Constitucional	105
2.5.2. As dificuldades na compreensão do termo “formalismo-valorativo”	109
2.5.3. O Código de Processo Civil de 2015: um marco para o processo civil contemporâneo brasileiro	111
2.6. A TEORIA DO FATO JURÍDICO PROCESSUAL NO PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO.....	119

PARTE II: A TEORIA DOS FATOS JURÍDICOS PROCESSUAIS NO PROCESSO CIVIL DO ESTADO DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

CAPÍTULO 3:	124
INCIDÊNCIA AUTOMÁTICA E INFALÍVEL: EMPECILHO TEÓRICO PARA O MANEJO DA TEORIA DOS FATOS JURÍDICOS PROCESSUAIS NO PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO?	124
3.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	124
3.2. A INCIDÊNCIA NA TEORIA DO FATO JURÍDICO DE PONTES DE MIRANDA	125
3.3. ATUALIZAÇÕES CONCEITUAIS EM TORNO DO FENÔMENO DA INCIDÊNCIA E A RELEVÂNCIA DO REFERIDO CONCEITO PARA A TEORIA DOS FATOS JURÍDICOS PROCESSUAIS	129
3.4. A CRÍTICA FORMULADA POR ANDREAS J. KRELL.....	131
3.4.1. Incompatibilidade da teoria dos fatos jurídicos ao Direito Constitucional	131
3.4.2. A crítica formulada por Andreas J. Krell não se estende ao campo do direito processual civil do Estado Democrático Constitucional?	133
3.5. A CRÍTICA DA ESCOLA DE PAULO DE BARROS CARVALHO À IDEIA DE INCIDÊNCIA AUTOMÁTICA E INFALÍVEL.....	135
3.6. ANÁLISE REFLEXIVA DAS CRÍTICAS	139
3.6.1. Análise crítica das ponderações de Andreas J. Krell	139
3.6.2. Análise crítica das ponderações da escola de Paulo de Barros Carvalho	142
3.7. O CONCEITO FUNDAMENTAL DE NORMA JURÍDICA E SUA ESTRUTURA. A NORMA JURÍDICA PROCESSUAL.....	149
3.7.1. Regras e princípios jurídicos	152
3.7.2. A norma jurídica processual	156
3.8. O USO DA NOÇÃO DE INCIDÊNCIA AUTOMÁTICA E INFALÍVEL NO PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO	160

3.8.1. O reconhecimento, em Pontes de Miranda, de que a aplicação do direito não se limita a um mero processo silogístico.....	162
3.8.2. O processo civil contemporâneo: o seu modo paradoxal de ser..	163
3.8.3. A incidência que ocorre no mundo dos pensamentos: a vinculação necessária do julgador a um <i>prius</i> normativo no momento de aplicar o direito.....	165
3.8.4. Incidência como ideário de justiça intersubjetivamente construído.	169
3.8.5. Repercussões jurídico-políticas da “fragilização não virtuosa” (desrespeito à incidência normativa): a reforma de decisões e o descrédito do Poder Judiciário	171
3.8.6. Incidência automática e infalível e ‘reconstrução’ do direito no ato de aplicar: a dinamicidade semântica da norma jurídica e a pretensão de correção.....	175
3.8.7. A incidência na dinamicidade do processo civil contemporâneo: nem sempre uma norma incidente deve ser aplicada	178
3.9. BREVE FECHAMENTO	181

CAPÍTULO 4:..... 183

AS ESPÉCIES DE FATOS JURÍDICOS PROCESSUAIS NO PROCESSO CIVIL DO ESTADO DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL 183

4.1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS	183
4.2. PROPOSTA CLASSIFICATÓRIA DOS “FATOS JURÍDICOS PROCESSUAIS”	184
4.3. A NOVA PROPOSTA CLASSIFICATÓRIA DOS FATOS JURÍDICOS PROCESSUAIS E A TEORIA CIRCULAR DOS PLANOS: UMA APROXIMAÇÃO TEORÉTICA DO DIREITO MATERIAL COM O DIREITO PROCESSUAL.....	187
4.4. OS TIPOS DE FATOS JURÍDICOS PROCESSUAIS CIVIS LÍCITOS À LUZ DO PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO: ANÁLISE REFLEXIVA	190
4.4.1. O fato jurídico <i>stricto sensu</i> processual civil	191
4.4.2. O ato-fato jurídico processual civil	196
4.4.2.1. <i>O ato-fato processual civil não ingressa no plano da validade.....</i>	199
4.4.2.2. <i>O ato-fato processual civil possibilita o enfrentamento mais coerente com as omissões no processo</i>	199
4.4.2.3. <i>Os atos-fatos processuais civis evidenciam o contorno novo do modelo executivo do processo civil contemporâneo</i>	202
4.4.2.4. <i>Os atos-fatos processuais civis servem de auxílio para a compreensão da “dinâmica dos precedentes judiciais”</i>	207

4.4.2.5. <i>A crítica de Antônio do Passo Cabral à categoria dos “atos-fatos processuais civis”</i>	209
4.4.3. O ato jurídico <i>stricto sensu</i> processual civil	211
4.4.4. O negócio jurídico processual civil	213
4.4.4.1. <i>Os negócios jurídicos processuais civis típicos e a cláusula geral de negociação no novo Código de Processo Civil</i>	219
4.4.4.2. <i>A importância da cláusula geral de negociação para a legitimidade do procedimento</i>	220
4.4.5. Desvendando os “atos jurídicos a que a lei atribuir força executiva”	223
4.4.6. A categorização dinâmica das espécies de fatos processuais	224
4.5. OS ILÍCITOS PROCESSUAIS NO PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO	226
4.5.1. A doutrina tradicional e o estado de estagnação no enfrentamento com os ilícitos processuais civis	226
4.5.2. Os ilícitos processuais segundo os ponteanos do processo	229
4.5.3. Reflexões derradeiras sobre os ilícitos processuais no processo civil contemporâneo	232
 CAPÍTULO 5:	239
EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA: CONSIDERAÇÕES EM TORNO DO PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO	239
5.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS	239
5.2. O USO CONFUSO DOS SIGNOS “EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA” EM SEDE DE DOCTRINA. A PROPOSTA PONTEANA COMO UMA OPÇÃO SATISFATÓRIA	240
5.3. OS TRÊS PLANOS DO MUNDO JURÍDICO NA TEORIA DOS FATOS JURÍDICOS PROCESSUAIS	243
5.4. A ABSTRAÇÃO DO “MUNDO JURÍDICO” E O PROCESSO CIVIL NO ESTADO DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL: EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA COMO INSTRUMENTOS PARA CONFERIR RACIONALIDADE AO DISCURSO	248
5.4.1. A crítica de Tesheiner à abstração do mundo jurídico ponteano .	248
5.4.2. Pontes de Miranda: um positivista indutivista ou dedutivista? A mistura de métodos no conjunto da obra ponteana	249
5.4.3. Abstração e concretude na teoria dos fatos jurídicos processuais	252
5.4.4. O mundo do jurídico, a sua tripartição e o aparato oferecido para um discurso jurídico racional	254

5.5. O MUNDO JURÍDICO, A SUA TRIPARTIÇÃO E A TEORIA DOS FATOS JURÍDICOS PROCESSUAIS NO PROCESSO CIVIL DO ESTADO DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL.....	256
5.6. EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA NO PROCESSO CIVIL DO ESTADO DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO: UMA ANÁLISE CRÍTICO-REFLEXIVA	257
5.6.1. Existência e inexistência jurídica	258
5.6.1.1. <i>Existir faticamente e existir juridicamente</i>	259
5.6.1.2. <i>O plano da existência e as espécies de fatos jurídicos processuais (lato sensu): o núcleo dos respectivos suportes fáticos</i>	260
5.6.1.3. <i>A existência do processo</i>	263
5.6.1.4. <i>O plano da existência e o pragmatismo do legislador: a superação do enunciado de súmula nº 453 do STJ face ao art. 85, §18, do CPC/15.....</i>	269
5.6.1.5. <i>Mecanismos cabíveis de reconhecimento da inexistência no processo.....</i>	272
5.6.2. Validade e invalidade jurídica	273
5.6.2.1. <i>Sobre os fatos jurídicos processuais (lato sensu) que passam pelo plano da validade e a aproximação do direito processual com o direito material.....</i>	274
5.6.2.2. <i>Toda invalidade processual precisa ser decretada</i>	281
5.6.2.3. <i>A decretação da invalidade processual guiada pela regra do prejuízo.....</i>	281
5.6.2.4. <i>A validade do processo como um todo: reflexões sobre os “pressupostos processuais” (rectius: requisitos de validade)</i>	284
5.6.2.5. <i>A celeuma a respeito das “condições da ação”.....</i>	288
5.6.2.6. <i>O problema da validade dos negócios jurídicos processuais.....</i>	291
5.6.2.7. <i>A descoberta dos limites de validade do negócio jurídico processual no processo civil contemporâneo</i>	293
5.6.2.8. <i>Parâmetros para os limites de validade dos negócios processuais.....</i>	296
5.6.2.9. <i>Meios de impugnativos: remédios contra os vícios invalidantes...</i>	302
5.6.3. Eficácia e ineficácia jurídica	305
5.6.3.1. <i>O teor eficaz dos fatos jurídicos processuais</i>	306
5.6.3.1.1. <i>Especificamente a preclusão.....</i>	309
5.6.3.2. <i>Críticas e contracríticas ao conceito de relação jurídica processual.....</i>	310

5.6.3.3. <i>A eficácia e a dinâmica da causalidade no processo civil contemporâneo</i>	314
5.6.3.4. <i>Condição, termo e encargo nos atos processuais (lato sensu)</i>	316
CONCLUSÃO	319
BIBLIOGRAFIA	327

INTRODUÇÃO

I. O OBJETIVO

Este trabalho é fruto da percepção de que floresce, no Brasil, duas tendências: a primeira consiste na importação dos pressupostos estruturantes da teoria do fato jurídico de Pontes de Miranda, para se construir, em sede de teoria geral do processo, uma “teoria dos fatos jurídicos processuais”; a segunda diz respeito à atual fase do processo civil, denominada por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e seus seguidores de “formalismo-valorativo”¹, modelo adequado ao Estado Democrático Constitucional que vigora.

O problema que se levanta é: existe compatibilidade entre a referida teoria dos fatos jurídicos processuais e o processo civil do Estado Democrático Constitucional?

Sabe-se que as ideias de Pontes de Miranda sobre o fato jurídico surgiram antes da entrada em vigor da Constituição de 1988, antes mesmo do Código de Processo Civil de 1973, razão pela qual a teoria ponteana pode estar integralmente contaminada pela ideologia do denominado Estado Liberal, a qual era fortemente difundida na época. Soma-se a isso a aparente inconveniência de a construção teórica do grande autor alagoano ser marcada pelo formalismo, daí ser uma teoria enquadrada como “pré-hermenêutica”, isto é, que dá enfoque na estrutura, deixando de lado o conteúdo.

O processo civil contemporâneo, diferentemente, recebe o carimbo das construções filosóficas pós-positivistas, as quais realçam o conteúdo do direito. Neste atual momento, o papel interpretativo do aplicador ganha cada vez mais destaque, dada a constitucionalização do processo, tendo em conta o recheio do ordenamento processual civil com normas abertas, e devido ao entendimento de que a lei não consegue acompanhar as mudanças sociais, cabendo ao juiz fazer justiça ao caso concreto, mediante os seus atos de criação (reconstrução) normativa.

Recorda-se, ainda, do detalhe de que a teoria de Pontes se desenvolveu no ambiente do direito privado, motivo pelo qual se encontra bem delineada na coleção

¹ O Formalismo-Valorativo no Confronto com o Formalismo Excessivo. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 31, v. 137, p. 7-31, jul. 2006.

do “Tratado de Direito Privado”. Eis que pode subsistir insegurança quanto ao seu transporte para o direito público, como é o campo processual.

Ante a isso, chama-se a atenção para a circunstância de Fredie Didier Jr. abrir o seu Curso de Direito Processual Civil² dizendo que se vive a fase do formalismo-valorativo – é dizer, o período do processo civil do Estado Democrático Constitucional –, mas, quando da referência, no mesmo livro, à teoria do fato jurídico processual, ele sequer faz menção ao momento atual do processo civil (formalismo-valorativo).

Essa atitude de silenciar quanto ao momento metodológico atual do processo civil também se observa no livro “Teoria dos fatos jurídicos processuais”, principal obra sobre a temática, de Fredie Didier Jr. em coautoria com Pedro Henrique Pedrosa Nogueira,³ bem como em outros escritos de autores que seguem a mesma diretriz teórica, como Paula Sarno Braga⁴, Leonardo Carneiro da Cunha⁵, Alexandre Senra⁶ e Danilo Heber Gomes⁷, para citar alguns.

Seriam essas omissões evidências de que os autores notaram incompatibilidades, mas fizeram vista grossa a elas?

Este trabalho pretende preencher esse vácuo explicativo, ou seja, tem-se como objetivo verificar as condições de possibilidade para essa importação teórica, sobretudo no que tange a três aspectos estruturantes da teoria dos fatos jurídicos processuais: (i) o conceito básico de incidência automática e infalível da norma processual, (ii) as espécies de fatos jurídicos processuais, tendo por base os critérios de classificação de Pontes de Miranda e (iii) a divisão do mundo jurídico em três planos, a saber, existência, validade e eficácia.

II. RELEVÂNCIA DO TEMA E ENQUADRAMENTO DO TRABALHO À LINHA DE PESQUISA DO PROGRAMA

² **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17ª edição revista, ampliada e atualizada. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1.

³ **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. 2ª edição. Salvador: editora Juspodivm, 2011.

⁴ Primeiras Reflexões sobre uma Teoria do Fato Jurídico Processual: Plano de Existência. In: **Revista de Processo**, São Paulo, nº 148, p. 293-320, junho de 2007.

⁵ A contumácia das partes como ato-fato processual. In: DIDIER JR., Fredie; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Org.). **Pontes de Miranda e o direito processual**. Salvador: Juspodivm, 2013.

⁶ A teoria do fato jurídico e o conceito de coisa julgada. **R. do Instituto de Hermenêutica Jur. – RIHJ** | Belo Horizonte, ano 12, n. 16, p. 13-32, jul./dez. 2014

⁷ **Ato processual (in)existente**. Curitiba: Juruá, 2013.

O processo é instrumento para a realização de direitos fundamentais constitucionalmente previstos.

Com efeito, se não existir compatibilidade entre a teoria dos fatos jurídicos processuais e o processo civil do Estado Democrático Constitucional, em havendo aplicação do referido arcabouço teórico na prática, problemas sérios ocorrerão quanto à realização da justiça no caso concreto – o que deve ser evitado.

De outro lado, se a compatibilidade existir, os aplicadores do direito poderão se valer de mais um importante utensílio para a pacificação social mediante a boa operacionalização do processo.

Disso, nota-se claramente que a presente dissertação está devidamente situada na área de concentração “Justiça, Processo e Constituição” do Programa de Pós-Graduação em Direito Processual da UFES, mais especificamente, na linha de pesquisa “Processo, Constitucionalidade e Tutela de Direitos Existenciais e Patrimoniais”.

III. A HIPÓTESE

A hipótese que se levanta é que há elementos na teoria do fato jurídico processual que são compatíveis com o processo civil do Estado Democrático Constitucional brasileiro (fase do formalismo-valorativo), sobretudo porque a dita teoria não se fecha no formalismo teórico, como se poderia supor, nem se apega ao pensamento liberal positivista de que a aplicação do direito é ato mecânico e de mera subsunção.

Afora isso, a teoria do fato jurídico processual pode funcionar como importante instrumento ao processo civil contemporâneo para conferir racionalidade ao discurso jurídico, bem como para evitar dois radicalismos incompatíveis com o momento atual: o arbítrio do Judiciário e, no lado oposto, a passividade (vista grossa) do Estado-Juiz quanto à realização da justiça no caso concreto.

Portanto, a dissertação buscará ir além da justificativa geralmente dada de que, por estarem situadas no plano da teoria geral do direito, as peças-chave da teoria do fato jurídico de Pontes de Miranda se aplicam a todo e qualquer ramo

jurídico, inclusive ao processo civil de hoje. Buscar-se-á acrescentar, aí, fundamentos jurídico-filosóficos importantes.

IV. A ESTRUTURA DA DISSERTAÇÃO E A METODOLOGIA ESPECÍFICA DE CADA CAPÍTULO

O trabalho é dividido em duas partes.

A “Parte I” é denominada de “Premissas Conceituais e Metodológicas”, a qual é seccionada em dois capítulos (1 e 2) que objetivam firmar os conceitos tidos como base para a compreensão do problema central. Em apertada síntese, pretende-se explicar o que se entende por “teoria dos fatos jurídicos processuais” e o que se compreende por “processo civil do Estado Democrático Constitucional brasileiro”.

O primeiro capítulo se apresenta com uma metodologia descritiva. Será feito um apanhado histórico da saída do período sincrético do processo para o período autonomista. Esse relato terá como finalidade demonstrar que a autonomia do processo se revelou como o pontapé inaugural e necessário para que a doutrina iniciasse os estudos do fato jurídico processual. Na oportunidade, ficará evidente que, em razão de motivações ideológicas próprias da fase autonomista, o foco de investigação dos processualistas acabou por ser o (mais restrito) ato jurídico processual e, ainda assim, sem o aprofundamento devido. Após serem analisadas as várias noções de “fato jurídico processual” na doutrina tradicional, fecha-se o capítulo explanando, em síntese, a teoria do fato jurídico de Pontes de Miranda e como que os “ponteanos do processo” importaram as ideias ponteanas para iniciar a desenvolver a “teoria dos fatos jurídicos processuais”.

O segundo capítulo segue a metodologia descritiva do capítulo inaugural, mas, agora, o que se busca é traçar o processo civil no Estado Democrático Constitucional brasileiro. Assim, mostrar-se-á como era o processo civil nas fases autonomista e instrumentalista, evidenciando as conquistas e os problemas enfrentados, de modo a identificar as repercussões sobre o estudo dos fatos jurídicos processuais. Feito isso, avançar-se-á para descrever o formalismo-valorativo, que surge como a atual fase do processo civil, condizente com o período do Estado Democrático Constitucional brasileiro e cujas diretrizes foram contempladas pelo novo Código de Processo Civil. Com efeito, sendo reconhecida a

força normativa da Constituição, a jurisprudência como fonte do direito, a influência dos direitos fundamentais sobre o processo civil, o capítulo se fecha mostrando as aparentes contradições existentes entre a fase atual do processo civil e a teoria do fato jurídico processual.

A “Parte II” do trabalho é denominada de “A teoria dos fatos jurídicos processuais no processo civil do Estado Democrático Constitucional”, que corresponde ao título desta dissertação. A segunda seção é composta por três capítulos (3, 4 e 5), os quais objetivam, em resumo bem sucinto, mostrar as condições de possibilidade para se aplicar a teoria dos fatos jurídicos processuais à Pontes de Miranda ao processo civil contemporâneo brasileiro.

No terceiro capítulo, o qual possui conteúdo jurídico-filosófico, adota-se a metodologia crítica-descritiva. Assim, será exposta a noção ponteana de incidência automática e infalível das normas jurídicas, demonstrando que esse conceito se apresenta como indispensável para a teoria do fato jurídico processual. Daí, um problema será evidenciado: com lastro nas teorias hermenêuticas contemporâneas, severas críticas de cunho filosófico ao conceito ponteano podem ser dirigidas, como aquelas de Andreas J. Krell e as da escola de Paulo de Barros Carvalho. Com isso, restará o desafio de evidenciar como que podem manter-se intactas simultaneamente a concepção de que as normas incidem automática e infalivelmente sem a intermediação humana e a ideia, própria do Estado Democrático Constitucional brasileiro, de que o juiz cria norma jurídica. Ver-se-á que o “mundo dos pensamentos”, tão referido por Pontes de Miranda, pode ser a chave para a coexistência dessas duas realidades paradoxais. Dessarte, restará demonstrada uma importante condição de possibilidade para o lidar com a teoria do fato jurídico processual no período do processo civil contemporâneo, em especial porque a dita teoria poderá ser um instrumento importante para impedir os arbítrios judiciais, sem negar a jurisprudência como fonte do direito.

O quarto capítulo apresenta metodologia crítica-descritiva, mas com algumas incursões dogmático-prescritivas (reflexões de como aplicar o direito). Na oportunidade, será apresentada a classificação proposta pelos “ponteanos do processo”. Fala-se em “fatos jurídicos processuais” (no plural), haja vista eles poderem ser: fatos jurídicos processuais em sentido estrito, atos-fatos jurídicos processuais, atos jurídicos processuais em sentido estrito, negócios jurídicos processuais e ilícitos processuais. Assim, será feita uma análise pormenorizada das

possibilidades de se trazer para o processo civil do Estado Democrático Constitucional brasileiro cada uma dessas espécies da teoria geral do processo. Ver-se-á que o ordenamento processual ganha muito em racionalidade ao se trabalhar com essas categorias, sobretudo tendo por base um olhar dinâmico sobre o instrumento.

O quinto capítulo possui metodologia crítica-descritiva, com incursões na dogmática jurídica e com alguns adendos em questões filosóficas. No capítulo que fecha esta dissertação, será analisado o denominado “mundo jurídico”, a fim de se perquirir as possibilidades de tomada de tal ideia no processo civil contemporâneo. Será explicitada a divisão ponteana em existência, validade e eficácia, demonstrando-se que a logicidade intrínseca a esse esquema pode ser importante instrumento para conferir racionalidade ao discurso jurídico. Ante ao que, o processo civil brasileiro será analisado, num apanhado, em cada um desses planos.

V. JUTIFICATIVA DO TÍTULO DO TRABALHO

É preciso dizer que, por uma interferência precisa do professor Rodrigo Reis Mazzei, esta dissertação deixou de receber o seguinte título: “A teoria dos fatos jurídicos processuais *no confronto* com o processo civil do Estado Democrático Constitucional brasileiro”.

Deveras, o referido professor disse, à época, que a expressão “no confronto” não o agradava. Nada mais correto! Ora, conforme se notará, a teoria do fato jurídico processual à Pontes de Miranda apresenta muitas compatibilidades com o processo civil contemporâneo. A palavra “confronto” poderia sugerir justamente o oposto.

PARTE I:
PREMISSAS CONCEITUAIS E METODOLÓGICAS

CAPÍTULO 1: DA FASE SINCRÉTICA DO PROCESSO À “TEORIA DO FATO JURÍDICO PROCESSUAL”

1.1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

Nos dizeres precisos de Pontes de Miranda, “a noção fundamental do direito é a de *fato jurídico*”.⁸ Todavia, nem sempre os estudiosos do universo jurídico lançaram mão do referido conceito, sendo especulado que apenas no início da denominada Idade Contemporânea (pós-Revolução Francesa) que a expressão “fato jurídico” passou a ser trabalhada pelos civilistas.

Se no âmbito do milenar direito civil a “noção fundamental do direito” só passou a ser utilizada em tempo bem recente, com motivos ainda mais sólidos, a ideia de “fato jurídico processual” só poderia ser apreendida em momento histórico posterior, mormente porque a ciência processual é construção que não chega a dois séculos de existência.

Aliás, entre os processualistas, até hoje, ainda há divergências quanto ao uso da expressão “fato jurídico processual”, preferindo, muitos deles, centrar as suas análises no “ato jurídico processual”, numa maneira de negar a aplicabilidade da metodologia de estudo do direito privado sobre o “fato jurídico” ao processo em geral, inclusive ao processo civil.

Neste capítulo inaugural, busca-se descrever, em linhas breves, a virada do sincretismo processual para o período da ciência do processo – pressuposto básico para as investigações dos institutos e conceitos processuais, incluindo da ideia de “fato jurídico processual”. A partir daí, poder-se-á perceber a existência de variados pensamentos (múltiplas discordâncias) a respeito daquele conceito.

Assim feito, será apresentada a recente elaboração teórica desenvolvida por processualistas brasileiros com lastro no pensamento de Pontes de Miranda, que aqui se denomina “teoria do fato jurídico processual”. Eis uma tendência à brasileira.

⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**: introdução, pessoas físicas e jurídicas. Atualizado por Judith Martins-Costa, Gustavo Haical e Jorge Cesa Ferreira da Silva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, tomo I, prefácio.

Seguido esse passo a passo, será possível compreender o problema central desta dissertação: a “teoria do fato jurídico processual” que vem sendo construída pelos “processualistas ponteanos” é compatível com a fase atual do processo civil?

A resposta para essa indagação será dada ao longo do trabalho, mas este primeiro capítulo se presta para a delimitação da problemática, bem como para a fixação de importantes premissas.

1.2. UM ADEUS AO SINCRETISMO: A AUTONOMIA DO PROCESSO COMO IMPORTANTE PRESSUPOSTO PARA O ESTUDO DO FATO JURÍDICO PROCESSUAL

Até boa parte do século XIX, não se mostrava ser possível fazer alusão a um processo dotado de autonomia didático-científica. Em que pesem as variações observadas ao longo de muitos séculos, uma característica constante estava vinculada ao processo⁹: este era visto como “mero capítulo do direito privado”¹⁰ e, por isso, podia ser chamado de “direito adjetivo”¹¹. Essa compreensão ocupou a maior parte da história do direito processual, perfazendo-se na denominada fase “sincretista” ou “praxista”.¹²

⁹ Como bem esclarecido por Chiovenda, o processo moderno (do século XIX em diante) é resultado das inter-relações entre romanismo e germanismo, considerando também, evidentemente, o confronto com o processo canônico. (Cf. CHIOVENDA, Giuseppe. Romanesimo e germanesimo nel proceso civile. In: _____. **Saggi di diritto processuale civile** (1900-1930). Roma: Il Foro Italiano, 1930. v. 1, p. 181-224). A utilização do termo “processo”, porém, deu-se séculos antes, com a passagem do *iudicium* ao *processus*. Como explica Nicola Picardi, *iudicium* era a palavra-chave da “processualística” e “mesmo os tratados de processo empregavam, na maioria das vezes, os títulos de *iudiciis* ou *ordo iudiciarius*.” Foram os canonistas, no século XIII, que passaram a utilizar-se também da expressão *processus*, termo que, com o tempo, difundiu-se e se consagrou. Destaca-se, porém, que a virada mencionada não foi uma mudança meramente terminológica; houve, na verdade, uma radical alteração na maneira de conceber o fenômeno processual. Em síntese, o *iudicium* estava atrelado à lógica do provável, argumentativo-discursiva, com “uma angulação tópica”, tal qual defendida pelo autor Sigismondo Scaccia; já o *processus* incorporou a lógica formal, lastreada em critérios racionalístico-matemáticos, tal como preconizada por Giovanni Althusio. (Cf. PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 33-67).

¹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do novo processo civil de acordo com a lei 13.256 de 4.2.2016**. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 17.

¹¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 48.

¹² Cassio S. Bueno explica o termo “praxista”: “[...] nome que, ao longo da formação do que se convencionou chamar de ‘processo comum’ (ou ‘processo romano-canônico’), na Idade Média, era reservado para descrever o comportamento dos que estudavam as fontes romanas (com as influências germânicas e bárbaras que a elas foram incorporadas), buscando não só entendê-las, mas, muito mais do que isso, justificar os usos e costumes do processo de então e resolver

Nesse sincretismo inicial, o conhecimento dos ditos “fenômenos processuais” era puramente empírico, não havia uma sistematização principiológica ou conceitos próprios do direito processual. Mesmo em raras hipóteses em que se legislava sobre o assunto, o processo podia ser igualado a mero procedimento¹³ ou “el mismo derecho sustancial en movimiento, el cual surgía sin vida propia y tan solo como una reacción a la violación del derecho sustancial”¹⁴.

Até então, tinha-se uma “visão plana do ordenamento jurídico”¹⁵ (sem distinção entre direito e processo) e a ação era tida como um direito que surgia da violação do direito material, isto é, era o “direito de alguém perseguir em juízo o que lhe [era] devido”¹⁶; estava situada, portanto, no plano substancial.¹⁷

Num cenário como tal, não havia espaço para uma análise científica mais detida de institutos processuais. Falar em ação, defesa, jurisdição ou processo, com o rigor terminológico de hoje, era uma quimera. Não se tinha sequer o entendimento de que a relação jurídica processual se diferia da relação jurídica substancial, daí

problemas eminentemente práticos. Até hoje, [...] chamar um ‘processualista’ de ‘praxista’ ou de ‘prático’ pode ser entendido como ofensivo [...]”. (BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil**. Volume 1. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 44)

¹³ Daí serem precisas as observações de Fernando de la Rúa, ao analisar o Código Napoleônico sobre processo civil, de 1806, e o Código de Instrução Criminal francês de 1808: “Es claro que la difusión de esos códigos llevó consigo la expansión de la doctrina francesa y sus métodos. El derecho procesal fue, pues, mero procedimiento. No existía como ciencia, y los comentarios netamente prácticos, con explicaciones más o menos prolijas del mecanismo procesal, concebido como un mero conjunto de fórmulas encerradas en la absoluta accesoriedad de cada rama con el derecho sustantivo al cual servía.” Tradução nossa: “É claro que a difusão desses códigos levou consigo à expansão da doutrina francesa e de seus métodos. O direito processual era, pois, mero procedimento. Não existia como ciência, e os comentários claramente práticos, com explicações mais ou menos prolixas do mecanismo processual, concebido como um mero conjunto de fórmulas encerradas na absoluta acessoriedade de cada ramo com o direito substantivo ao qual servia.” (RUA, Fernando de la. **Escuelas procesales**. Disponível em: <<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/43-45/escuelas-procesales.pdf>>. Acesso em: 27 de outubro de 2016. p. 138).

¹⁴ Tradução nossa: “o mesmo direito substancial em movimento, o qual surgia sem vida própria e apenas como uma reação da violação do direito substancial”. (PRIETO, Eugenio; QUINTERO, Beatriz. **Teoría general del proceso**. Bogotá: editorial Temis S. A., 1995. p. 13).

¹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12ª edição. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 18.

¹⁶ BEDAQUE, Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 4ª edição revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 24.

¹⁷ Fazzalari lembra: “Impegnati a costruire il sistema di diritto privato, e ad affermare la primazia, i pandettisti collocavano l’azione in tale sistema assimilandola al diritto suggestivo, como suo aspetto o manifestazione [...]”. Tradução nossa: “Comprometido com a construção de um direito privado, e com o objetivo de afirmar a sua primazia, o pandectista colocava a ação nesse sistema, assimilando-a ao direito substantivo, como aspecto ou manifestação deste [...]”. (FAZZALARI, Elio. La dottrina processualistica italiana: dall’“azione” al “processo” (1864-1994). **Revista di Diritto Processuale**, anno 49, n. 4, p. 911, 1994.)

cogitar a existência de “condições da ação” ou de “pressupostos processuais” era tramitar pelos tortuosos e movediços terrenos das loucas elucubrações.

Com motivo, não se cogitava a confecção de uma ciência processual nem muito menos de uma teoria geral do processo, até porque, se a noção de processo era exageradamente rarefeita, então a tal ciência ou teoria careceria de um objeto específico de estudo.

Igualmente, jamais se poderia vislumbrar o delineamento de uma teoria dos fatos jurídicos processuais. Ora, se até o conceito de “fato jurídico”, comumente aplicável ao direito material, só foi pela primeira vez utilizado entre 1840 e 1849¹⁸ por Friedrich Carl von Savigny¹⁹, por razões até mais sólidas e compreensíveis, falar em “fato jurídico processual” durante esse período em que o processo estava amalgamado ao direito substancial seria uma pretensão inimaginável.

1.2.1. O início do fim do praxismo: o embate entre Windscheid e Mütter sobre a natureza jurídica da *actio* romana

Todavia, com a publicação, em 1856, de sua obra revolucionária (“Die *actio* des römischen Zivilrechts vom Standpunkt des heutigen Rechts”²⁰), Bernhard Windscheid, jurista estudioso do direito romano, deu o pontapé inicial para que se estabelecesse a conhecida polêmica, com o também romanista Theodor Mütter, em torno da natureza jurídica da *actio* romana. Esse acontecimento seria o episódio inaugural que iria abalar os alicerces do praxismo.²¹

Para Windscheid, *actio* era o direito à tutela jurisdicional oriundo da infringência de outro direito; correspondia, portanto, ao que se denomina hoje de

¹⁸ Quando da escritura dos oito volumes que compõem a obra denominada “sistema de direito romano atual”.

¹⁹ SAVIGNY, M. F. C. von. **Sistema del derecho romano actual**. Trad. Jacinto Messias y Manoel Poley Centro. 2ª ed. Madrid: Góngora, s.d., v. 2. p. 142.

²⁰ Traduzida como: “A ‘actio’ do direito civil romano, desde o ponto de vista do direito atual”. Cf.: WINDSCHEID, Bernhard. La “actio” del derecho civil romano, desde el punto de vista del derecho actual. In: WINDSCHIED, Bernhard; MUTHER, Theodor. **Polémica sobre la “actio”**. Traduzido por Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1977.

²¹ Araken de Assis destaca que a polêmica entre os dois autores contribuiu decisivamente para dar revestimento de dignidade à ciência processual. Cf. ASSIS, Araken de. **Cumulação de ações**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 55.

“pretensão” (*Anspruch*).²² Com efeito, o autor estabeleceu nítida diferença entre *actio* (atual pretensão) e a *Klage* germânica (vista como *Klagerecht*, é dizer, direito de acionar), o que, até então, era inédito.²³

A esse respeito, Bedaque²⁴ chama a atenção para o fato de que a ideia externada no sentido de igualar *actio* romana e pretensão não era das mais corretas,

[...] pois o *Corpus Iuris* previa inúmeras *actiones* que não pressupunham a violação de um direito: embora a todo direito corresponda uma ação, a recíproca não é verdadeira. Os romanos viviam sob um sistema de ações, não de direitos. E a razão principal era, além de seu senso prático, o grande poder conferido ao magistrado de decidir até mesmo contra a lei. Importava o que ele dizia, não o que constava do direito objetivo; a pretensão precisava estar amparada por uma *actio* dada pelo magistrado que exercia a jurisdição.

Em resposta a Windscheid, Mürther sustentou, em 1857, a reaproximação da noção de *actio* com a noção (moderna) de ação, por compreender que, no direito romano, o direito subjetivo era pressuposto da *actio*: quando da elaboração de um edito, o pretor estava a criar norma geral e abstrata com o fim de amparar pretensões, sendo que a referida norma seria equivalente ao *ius civile*, apesar de não pertencer a este.²⁵⁻²⁶ *Klagerecht* (direito de acionar) e *actio*, nesse sentir, seriam a mesma coisa, contendo um direito frente ao Estado, a fim de que este concedesse a tutela em favor do lesado, mas com aparato estatal dirigido àquele que causou a lesão ao direito primitivo. Em termos claros, a *actio* (direito público) seria o equivalente ao direito de acionar, tendo como sujeito passivo o *iudex* (vestido de poder estatal); já o direito primitivo (direito subjetivo) teria como sujeitos passivos os particulares (ou até mesmo o Estado, quando este for o causador da lesão).²⁷

A respeito do mencionado embate teórico-doutrinário, Cintra, Dinamarco e Grinover²⁸ comentam:

²² DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 18.

²³ CHIOVENDA, Giuseppe. **La acción en el sistema de los derechos**. Peru: Instituto Pacífico, 2015. p. 12-13.

²⁴ BEDAQUE, Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 4ª edição revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 25.

²⁵ *Ibid.* p. 25.

²⁶ Cf. MÜTHER, Theodor; WINDSCHEID, Bernhard. **Polémica sobre la “actio”**. Buenos Aires: Ejea, 1977.

²⁷ MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 94-97.

²⁸ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Op. cit.* p. 268, nota 19.

Muther, combatendo algumas ideias de Windscheid, distinguiu nitidamente direito lesado e ação. Desta, disse, nascem dois direitos, ambos de natureza pública: o direito do ofendido à tutela jurídica do Estado (dirigida contra o Estado) e o direito do Estado à eliminação da lesão, contra aquele que a praticou. Apesar de replicar com veemência, Windscheid acabou por aceitar algumas ideias do adversário, admitindo um direito de agir, exercível contra o Estado e contra o devedor. Assim, as doutrinas dos dois antes se completam do que propriamente se repelem, desvendando verdades até então ignoradas e dando nova roupagem ao direito de ação.

Da discussão, nota-se que Windscheid teve o grande mérito de – nos dizeres de Pontes de Miranda – proceder com “a fixação do conceito científico de pretensão [em sentido material]”²⁹; já Muther teve a grande sensibilidade de indicar o Estado como sujeito passivo da ação (em sentido processual)³⁰. Por isso, “pode-se dizer que Windscheid trouxe grande achado para explicar as coisas no plano material, ao passo que Muther encontrou peça fundamental do mecanismo processual.”³¹

A partir de então, começaram os juristas a pôr em xeque a ação como instituto do direito material³², bem como passaram a vislumbrá-la como que direcionada ao Estado-Juiz – não à parte adversa, como era numa *litis contestatio*³³

²⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**: eficácia jurídica, determinações inexas e anexas, direitos, pretensões, ações. Atualizado por Marcos Ehrhardt Jr. e Marcos Bernardes de Mello. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, tomo V. p. 534.

³⁰ A construção teórica consistente em apontar o Estado como sujeito passivo da ação em sentido processual é extremamente robusta sendo “operação evidentemente difícil” negar essa realidade, nos dizeres de Pontes de Miranda. Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

³¹ MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 96.

³² Durante o período sincrético, vigorava a teoria imanentista, que colocava a ação como algo inerente ao direito subjetivo material (*actio aliud non est quam jus quod sibi debeatur in iudicio persequendi*, isto é, “a ação nada mais é do que o direito de perseguir em juízo o que lhe é devido”). Dessa noção, resultam três implicações lógicas: não há ação sem direito, não há direito sem ação e a ação segue a natureza do direito. Cf. CÂMARA, Alexandre. **Lições de direito processual civil**. 24ª edição. São Paulo: Atlas, 2013. p. 140-141.

³³ Durante o período formular, o processo em Roma se dividia em duas fases: *in iure* e *apud iudicem*. A primeira se desenvolvia diante de um magistrado, a quem o autor dirigia a sua pretensão, a *postulatio*. Cabia ao demandante diligenciar para que o réu comparecesse, mas se o demandado fosse recalcitrante, o pretor estava autorizado a dirigir contra ele uma *actio in factum*, com a sanção de uma multa. Depois de um livre debate entre as partes perante o magistrado, este elaborava a “fórmula”, na qual fazia constar por escrito os termos precisos da controvérsia, fornecendo ao futuro juiz um programa ou esquema para a decisão. O fato é que na parte final dessa primeira etapa, os litigantes se submetiam à fórmula elaborada pelo pretor mediante a *litis contestatio*, um verdadeiro negócio jurídico privado, e só a partir daí, iniciava-se a segunda fase, a *apud iudicem*, na qual um juiz particular (*iudex*), após ouvir as partes, as testemunhas e analisar eventuais outras provas, proferia a sentença, a qual devia ficar adstrita ao que constava na fórmula aceita contratualmente pelos litigantes. Sobre o assunto, cf.: CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano**: o direito romano e o direito civil brasileiro no Novo Código Civil. 31ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 287-312; PUGLIESI, Giovanni. La *litis contestatio* nel processo formulare. **Revista di Diritto Processuale**, vol. VI, 1951. p. 37-ss; BRETONE, Mario. História do direito romano. Lisboa:

– e como tendo por objeto não o bem litigioso propriamente dito, porém a prestação jurisdicional. Concebeu-se a ação, portanto, como um direito autônomo de provocar a atividade jurisdicional do Estado, noção que, mais tarde, desdobrou-se na ideia de ação como direito também abstrato.³⁴

A altercação doutrinária surgida após o debate Windscheid-Müther culminou não apenas na autonomia da ação, mas gerou, sim, uma série de reações que propiciaram a cunhagem conceitual dos mais variados institutos processuais; em outros termos, levaram à famigerada autonomia do processo.

1.2.2. A autonomia do processo: o início das discussões sobre os institutos processuais e, claro, sobre o fato jurídico processual

Em 1868, mais uma vez na Alemanha, foi publicada a obra “Teoria das exceções e dos pressupostos processuais” (Die Lehre von den Processeinreden und die Processaussetzungen), de Oskar von Bülow, o qual concebeu o processo como “[...] uma relação jurídica que avança gradualmente e que se desenvolve passo a passo.”³⁵ Bülow defendeu, com relevante sistematização, a existência de uma relação jurídica que diferia bastante daquela de direito material, uma vez que a nova “descoberta” tinha objeto (a tutela jurisdicional), integrantes (os sujeitos principais do processo, a saber, autor, réu e juiz) e pressupostos (processuais) diversos daqueles que compunham a relação jurídica substancial.³⁶

editorial Estampa, 1998; TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil romano**. São Paulo: RT, 2001. p. 55-56.

³⁴ Cf. ALVIM, J. E. Carreira. **Teoria geral do processo**. 15ª revista e ampliada. Forense: Rio de Janeiro, 2012. p. 101-108; ABELHA RODRIGUES, Marcelo. **Manual de direito processual civil: teoria geral: premissas e instituições fundamentais**. 5ª ed. Revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 164-166. ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Novo curso de processo civil: teoria de processo civil**. V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 189-2015; SIQUEIRA, Cleanto Guimarães. **A defesa no processo civil: as exceções substanciais no processo de conhecimento**. 3ª edição. Saraiva: São Paulo, 2008. p. 37-41. CÂMARA, Alexandre. **Lições de direito processual civil**. 24ª edição. São Paulo: Atlas, 2013. p. 139-144.

³⁵ BÜLOW, Oskar von. **Teoria das exceções e dos pressupostos processuais**. 2ª edição. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN editora, 2005. p. 6.

³⁶ Deve-se destacar que Bülow não criou a ideia de relação jurídica processual com a sua composição triádica, conforme assinala Alcalá-Zamora y Castillo: “Esta concepción, a la que se han señalado antecedentes remotos, como los de Búlgaro de Sassoferato y Bernardo Dorna, juristas italianos de la Edad Media recordados al efecto por Wach, Chiovenda y Florian [...]” (Tradução nossa: Esta concepção, que foi assumida em antecedentes remotos, como os de Búlgaro de Sassoferato e Bernardo Dorna, juristas italianos da Idade Média lembrados por Wach, Chiovenda e Florian). (CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. **Estudios de teoría general y historia del proceso**.

Sobre a obra, Alcalá-Zamora y Castillo³⁷ destaca que, ainda que se discorde da doutrina do jurista alemão em determinados pontos, não se podem negar duas vitórias alcançadas por seu trabalho:

a) haberle una explicación publicista a la naturaleza del proceso merced a la cual las interpretaciones privatistas, es decir, las que lo imaginaron como un contrato o un cuasicontrato, han quedado definitivamente arrumbadas, y b) haber provocado un movimiento científico procesal de magnitud y brillantez inigualadas, que al irradiar primero a Italia y después a otros países, ha originado la completa renovación de nuestra disciplina en mundo.³⁸

Estava inaugurada a denominada fase “autonomista”, “conceitual” ou “processualística”³⁹, a partir da qual se proclamou a autonomia do processo face ao direito material e se promoveu, progressivamente, a sistematização das ideias em torno da relação jurídica processual e a colocação do direito processual como ciência, com método e objetos próprios de estudo.

Tomo II. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1992. p. 308). Apesar dessa ressalva, é inegável a importância da obra do jurista alemão, posto que foi ele quem sistematizou e racionalizou a ideia original, de modo a apontar desdobramentos antes não pensados.

³⁷ Ibid. p. 308.

³⁸ Tradução nossa: “a) ter alcançado uma explicação publicista sobre a natureza do processo, a mercê das interpretações privatistas, é dizer, aquelas concepções que o imaginaram como um contrato ou um quase-contrato foram postas de lado, e b) ter provocado um movimento científico processual de magnitude e brilhantismo inigualadas, que, ao irradiar, primeiro na Itália e depois em outros países, originou a completa renovação da nossa disciplina no mundo.”

³⁹ Deixava-se de lado, portanto, as concepções de que o processo fosse um contrato ou, mesmo, um quase-contrato. Explica-se: no século XVIII, as teorias contratualistas eram sobremaneira fortes na Europa; isso fundamenta, por exemplo, a tentativa de alguns filósofos em descrever a convivência humana à luz dessa peculiar espécie jurídica, destacando-se o famoso “Do Contrato Social” desenvolvido por Jean Jacques Rousseau. Assim, seguindo o “espírito de seu tempo” e com base em um trecho do Digesto, de Ulpiano, Pothier desenvolveu em seu “Traité des obligations” a ideia de que o processo também teria a natureza de um contrato de direito privado, bem à semelhança de uma *litis contestatio* do direito romano. Com efeito, sendo indubitoso que a *litis contestatio* explicitava o privatismo do processo na Roma Antiga (sistema da *ordo iudiciorum privatorum*), Pothier se deixou levar por seus apurados estudos historiográficos, porém sem considerar que, no avançar da Idade Moderna, as partes não mais podiam escolher entre se submeter ou não à decisão do juiz (o desenvolvimento da teoria do Estado já construía a ideia de inevitabilidade da jurisdição), esquecendo-se, inclusive, que até mesmo na história romana, o processo acabou por ganhar feição bastante publicista, quando da fase da *cognitio extra ordinem*, já no período imperial. De qualquer forma, nos primeiros anos do século XIX – e, portanto, ainda vigorando o sincretismo com o direito material –, outro francês, Arnault de Guényvau, rompeu com a noção pura e estrita de que o processo seria uma espécie de contrato. Todavia, por não se ter ainda uma visão autonomista do fenômeno processual e levando em conta que o processo não seria nem um contrato nem um delito (concepção polarizada da época), apontou-se, então, que seria um “quase-contrato” (um meio-termo), tamanha a necessidade de situá-lo no campo do direito privado. Obviamente, com a fase autonomista do processo, a partir da obra de Bülow, ambas as ideias – do processo como contrato e do processo como quase-contrato – foram abandonadas, sendo substituídas pela concepção de processo como relação jurídica triádica (autor, réu e juiz). Cf.: CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. cit. p. 299; CRETELLA JÚNIOR, **Curso de direito romano**, cit., p. 287-312.

O “processualismo científico”⁴⁰ permitiu que as investigações se concentrassem sobre o processo, que deixou de ser visto como “direito adjetivo”⁴¹, razão pela qual os institutos processuais foram delineados com maior solidez. “Conceitos como ‘ação’, ‘processo’, ‘relação jurídica processual’, ‘condições da ação’, ‘pressupostos processuais’ [...] foram todos traçados e desenvolvidos [...]”⁴²⁻⁴³.

Formada uma verdadeira “escola processual alemã”, os reflexos dos novos pensamentos foram paulatinamente se irradiando, espalhando-se pelos países. Na Itália, por exemplo, depois de promover uma apurada revisão da ciência processual da Alemanha, Chiovenda passa a proclamar as novas descobertas e, claro, a contribuir com importantes ensinamentos.

En 1901, pronuncia la Prolusión sobre “Romanesimo e Germanesimo nel processo civile”; y en 1903, en Bolgna, la más famosa: “L’asione nel sistema dei diritti”. Nunca un solo discurso produjo tanto revuelo en el campo científico. A tal punto, que de ella ha podido decirse que constituye el acta de nacimiento del moderno derecho procesal. Milenios de evolución quedaron separados para lo futuro cuando Chiovenda reclamó: “Y dígase de una vez derecho procesal”.⁴⁴

⁴⁰ Expressão usada por Alcalá-Zamora y Castillo (**Estúdios de teoria general**, cit., p. 308).

⁴¹ O termo “direito adjetivo” foi cunhado por Bentham e recebeu várias críticas doutrinárias, como a de Galeno Lacerda: “[a expressão apresenta] impropriedade manifesta. Tão impróprio é definir o arado como adjetivo da terra, o piano como adjetivo da música, quanto o processo como adjetivo do direito em função do qual ele atua. Instrumento não constitui qualidade da matéria que modela, mas ente ontologicamente distinto, embora a ela vinculado por um anexo de afinidade.” Cf.: LACERDA, Galeno. O Código como sistema legal de adequação do processo. **Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul**, Edição Comemorativa do Cinquentenário 1926-1976, Porto Alegre, p. 252, 1976.

⁴² SCARPINELLA BUENO, **Curso sistematizado**, cit., p. 42.

⁴³ No que tange ao direito processual penal, como ciência, ele também surge como reflexo das inovações que se desdobraram a partir da sistematização proposta por Bülow. A teoria da relação jurídica processual, aliás, foi adequada ao processo penal por John, no ano de 1884, e melhor desenvolvida, no ano seguinte, pelo jurista Kries (Cf.: RUA, Fernando de la. **Escuelas procesales**, cit. p. 139-140). Em razão dessa dependência teórica original do direito processual penal face à doutrina do processo civil, tempos depois, Carnelluti usou a Cinderela para se referir a essa aparente relação de subserviência; ora, tal como a personagem da fábula, o processo penal acabou por ser (inadequadamente) visto como preterido em relação à irmã, dado o fato de o processo civil ditar os parâmetros científicos para os demais ramos processuais (Cf.: CARNELUTTI, Francesco. **Cuestiones sobre el proceso penal**. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Librería el Foro, 1950. p. 13-22).

⁴⁴ Tradução nossa: “Em 1901, profere o discurso sobre ‘Romanismo e germanismo no processo civil’; e em 1903, em Bologna, a mais famosa: ‘A ação no sistema do direito’. Nunca um só discurso produziu tanta agitação no campo científico. A tal ponto, que desde então se tem podido dizer que constitui a ata de nascimento do moderno direito processual. Milênios de evolução restaram separados para o futuro quando Chiovenda reclamo: ‘E diga-se de uma vez direito processual’”. (RUA, Fernando de la. **Escuelas procesales**, cit., p. 141).

Em terras italianas, aliás, o processo ganhou robusta doutrinação, com nomes do calão de Calamandrei, Redenti, Carnelluti, Satta, Liebman e muitos outros, cabendo sempre a lembrança de que o Brasil bebeu das fontes italianas quando da elaboração do Código de Processo Civil de 1973 por Alfredo Buzaid, aluno de Enrico Tulio Liebman, que, por sua vez, foi discípulo de Carnelluti.

Vencido de uma vez por todas o denominado sincretismo processual, é possível afirmar que a autonomia do processo provocou, com o tempo, dentre outras, as seguintes percepções:

- (i) No ordenamento jurídico, existem normas de direito material e normas de direito processual, umas com características diferentes das outras;
- (ii) As normas jurídicas de direito material, quando incidem, produzem “fatos jurídicos de direito substancial”, e as normas jurídicas de direito processual, ao incidirem, produzem “fatos jurídicos processuais”;
- (iii) Dos fatos jurídicos substanciais surgem situações jurídicas materiais, enquanto que dos fatos jurídicos processuais surgem situações jurídicas de direito processual;
- (iv) Para estudar as normas jurídicas, os fatos jurídicos e as situações jurídicas de direito material, é que se estruturaram as diversas ciências do direito substancial (direito civil, direito tributário, direito penal etc.), enquanto que para estudar as normas jurídicas, os fatos jurídicos e as situações jurídicas de direito processual, é que se estruturaram as variadas ciências do direito processual (direito processual civil, direito processual penal, direito processual do trabalho).

Como consequência da concepção de autonomia do processo, estava superado relevante e vigoroso empecilho para o desenvolvimento dos estudos sobre o “fato jurídico processual”, mas não sem algumas ressalvas, divergências e polêmicas doutrinárias.

1.3. A RESISTÊNCIA AO ESTUDO DO “FATO JURÍDICO PROCESSUAL”. O ATO PROCESSUAL COMO PRINCIPAL OBJETO DE ANÁLISE DOUTRINÁRIA.

O tradicional estudo que se observa, principalmente entre os civilistas, é centrado no conceito jurídico-fundamental de “fato jurídico”, que, numa primeira e simplória aproximação, pode ser aqui denominado como aquele fato que o direito reputa como relevante.⁴⁵

A partir do mencionado conceito, estudam-se as espécies, a saber, o fato jurídico em sentido estrito (referente àqueles fatos naturais que repercutem na esfera humana com relevância para o direito), o ato jurídico (referente à conduta volitiva humana relevante para o direito, mas sem liberdade de disposição sobre a eficácia jurídica) e o negócio jurídico (conduta volitiva humana relevante para o direito e com liberdade para a disposição sobre a eficácia jurídica, respeitados limites legais).

Todavia, ao ser feita uma busca na consagrada doutrina do direito processual, tanto brasileira quanto estrangeira, é possível notar que as maiores preocupações dos processualistas se centraram, por muito tempo, no estudo do “ato jurídico processual”, praticamente deixando de lado as investigações mais amplas dos “fatos jurídicos processuais”.⁴⁶

Algumas justificativas podem ser cogitadas para explicar tal postura.

Primeiro, porque, sendo os atos jurídicos processuais (em sentido estrito) a ampla maioria das ocorrências jurídicas no processo, mostrou-se costumeiro optar pela explanação do que é mais comum, excluindo-se a análise de (ou pouco discorrendo sobre) outros fenômenos processuais menos presentes.⁴⁷

⁴⁵ Por todos, cf. BEVILAQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito civil**. Campinas: Servanda, 2007. p. 291.

⁴⁶ Essa também parece ser a constatação de Fredie Didier Jr. e Pedro Henrique Pedrosa nogueira, cf.: DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. Salvador: editora Juspodivm, 2011. p. 30-31

⁴⁷ Interessantes são as palavras de Luiz Machado Guimarães: “No direito processual, porém, ainda que se possa manter a mesma classificação lógica dos fatos jurídicos elaborada para o direito privado, verifica-se, na ordem prática, uma inversão de valores, com a preponderância absoluta dos atos jurídicos em sentido estrito. Ocorrem, sem dúvida, fatos naturais, que influem no processo; mas, o que prepondera no processo, o que assume importância capital, tanto na prática como teórica, é o ato processual (em sentido estrito)”. (GUIMARÃES, Luiz Machado. Ato processual. In: **Estudos de direito processual civil**, São Paulo: Jurídica e Universitária, 1969, p. 80.)

Segundo, porque, para parcela da doutrina, não haveria que se cogitar a existência de fatos jurídicos processuais (em sentido estrito) – enquanto fatos da natureza juridicizados, com relevância para o direito processual – sendo o processo um local de ocorrência específica de atos jurídicos processuais (que prescindem do elemento humano).⁴⁸

Terceiro, porque, com a autonomia do direito processual, os estudiosos do processo passaram a adotar comportamento no sentido de “romper” com o direito civil⁴⁹, o que, a reboque, levou-os ao afastamento das teorias do fato jurídico, porque estas surgiram muito impregnadas de elementos privatistas⁵⁰, vistos como incompatíveis com o publicismo ínsito ao processo.⁵¹ Nesse sentido, “fato jurídico” seria categoria própria do direito material, destacando-se o direito civil.

Como consequência, a ampla maioria dos processualistas, de regra, passou a desenvolver os estudos da seguinte maneira: (i) fala-se amplamente dos atos processuais e, de forma bastante excepcional e subsidiária, (ii) faz-se referência a fatos jurídicos processuais em sentido estrito ou a negócios jurídicos processuais – em alguns casos, inclusive, para negar a existência de uns ou de outros destes últimos.

Em termos simples: os estudos geralmente davam por irrelevante a existência de uma categoria ampla de “fato jurídico processual”, como se “fato jurídico” não fosse uma categoria jurídica-fundamental aplicável a todo e qualquer ramo do direito.

De qualquer forma, salienta-se que mesmo a teoria do ato jurídico processual – apesar de mais restrita – não se mostrou devidamente enrobustecida ao longo dos

⁴⁸ Redenti, por exemplo, sustentava que fatos naturais só podem ter significado e valor processual se e quando inseridos na sequência de atos processuais. Estes, portanto, que seriam o objeto de análise do direito processual. Cf. REDENTI, Enrico. **Profili Pratici del Diritto Processuale Civile**. 2ª ed. Milão, 1939. p. 494. Calmon de Passos também defendeu a inexistência de fatos jurídicos processuais (em sentido estrito), conforme se verá em tópico futuro (1.4.4).

⁴⁹ Daniel Mitidiero destaca que na fase processualística, “os estudiosos se lançaram à tarefa de expulsar da disciplina processual todo e qualquer resíduo de direito material, forçados que estavam a justificar o direito processual civil como ramo próprio e autônomo da árvore jurídica.” (**Elementos para uma teoria**, cit., p. 19).

⁵⁰ Lembra-se que os estudos do fato jurídico se iniciaram com os civilistas alemães, em especial os pandectistas, no século XVIII. Cf.: MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 18ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 24.

⁵¹ Questão polêmica entre os processualistas foi sobre se o instituto dos negócios jurídicos, tipo de fato jurídico, poderia ou não ter espécime processual. De fato, o olhar exageradamente publicista do direito processual acabou por colidir a autonomia da vontade (própria dos negócios jurídicos) com o processo, o que impediu o desenvolvimento de maiores debates a respeito dos “negócios jurídicos processuais”; muitos autores chegaram, até mesmo, a negar tal categoria jurídica. Cf.: CABRAL, Antonio do Passo. **Convencões processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 104-114.

tempos. Miguel Teixeira de Souza⁵² chegou a dizer que o ato processual é o “*enfant terrible* da teoria geral do processo”, enquanto que José Frederico Marques⁵³ sentenciou dizendo que “a doutrina dos atos processuais ainda não alcançou o grau de perfeição sistemática que existe na teoria dos atos jurídicos de direito privado”.

A tal imperfeição talvez se justifique com o isolamento teórico que o direito processual perseguiu ao longo dos tempos, notoriamente na fase autonomista, desfazendo-se, em muitas ocasiões, de ensinamentos importantes de teóricos de outras áreas jurídicas, como do próprio direito privado.

Feitas essas importantes ressalvas, fica mais fácil justificar o confuso cenário construído a partir dos vários ensinamentos da doutrina quanto ao tema.

1.4. UM PANORAMA SINTÉTICO DAS TRADICIONAIS TENTATIVAS DE DEFINIR O CONCEITO DE FATO (OU ATO) JURÍDICO PROCESSUAL CIVIL. ABORDAGEM DESCRITIVO-CRÍTICA.

Observados os ensinamentos doutrinários, é possível notar que uma premissa mais ou menos comum a todos os processualistas é a de que os atos processuais são, antes de mais nada, atos jurídicos.⁵⁴ Todavia, firmado esse pressuposto, muito do que daí deriva são divergências das mais variadas no que se refere à atribuição da natureza processual ao ato jurídico. “A proliferação de definições de acto processual não tem fim”, diz Paula Costa e Silva.⁵⁵

Com vistas a sistematizar os variados entendimentos, Calmon de Passos⁵⁶ separou as discordâncias em três grupos: a) há aqueles que chamam de processual todo ato que produz efeitos no processo; b) há aqueles que chamam de processual todo ato praticado pelos sujeitos da relação processual; c) há aqueles que chamam

⁵² TEIXEIRA DE SOUZA, Miguel. As recentes alterações na legislação processual civil. In: **Revista da Ordem dos Advogados**, nº 61, Lisboa, 2001, p. 54.

⁵³ MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**: teoria geral do processo civil. 1ª edição atualizada. Campinas: Bookseller, 1997. p. 411.

⁵⁴ Por todos, cf. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 1, t. 1, p. 143; ARRUDA ALVIM, José Manoel. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: RT, 2008, v. 1, p. 489; GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 18ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 2. p. 6.

⁵⁵ COSTA E SILVA, Paula. **Acto e processo**: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 173-174.

⁵⁶ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: editora Forense, 2009. p. 43.

de processual todo ato praticado na sede do processo. Afora essas três linhas, ainda se encontram estudiosos que mesclam os critérios, como é o caso do próprio Calmon de Passos.

Dito isso, mostra-se salutar que sejam analisados alguns dos principais posicionamentos quanto ao tema dos fatos (ou atos) jurídicos processuais.

1.4.1. O fato jurídico processual segundo Giuseppe Chiovenda

Chiovenda está entre aqueles autores clássicos que, sem adotar um conceito amplo de fato jurídico processual, colocam maior enfoque nos atos jurídicos processuais.

Para o autor italiano⁵⁷, “Dizem-se atos jurídicos processuais os que têm importância jurídica em respeito à relação processual, isto é, os atos que têm por consequência imediata a constituição, a conservação, o desenvolvimento, a modificação ou a definição de uma relação processual.” E ele segue: “Podem proceder de um ou de outro dos sujeitos da relação processual, a saber: a) atos de parte, b) atos dos órgãos jurisdicionais.”

Portanto, na noção chiovendiana, o conceito de ato processual (sinônimo de “ato jurídico da relação processual” e de “ato de processo”⁵⁸) abarca dois elementos (requisitos) fundamentais: primeiro, sob o aspecto da eficácia, é preciso que o ato exerça influência imediata sobre a relação jurídica processual; segundo, sob o aspecto subjetivo, é preciso que o ato seja praticado ou pelas partes ou por um dos órgãos jurisdicionais (juiz, escrivão, oficial de justiça, por exemplo).

Em consequência, há atos que, muito embora possam influir sobre o caminhar do processo ou mesmo sejam regulados por norma processual, não possuem a natureza de ato processual, por não incidirem diretamente sobre a relação jurídica do processo, a exemplo da outorga de procuração, que, segundo o autor, perfaz-se em ato preparatório; igualmente, a retirada de documento dos autos se constitui em mera atividade de fato.⁵⁹

⁵⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**: as relações processuais a relação processual ordinária de cognição. 3. ed. Campinas, SP: Bookseller, 2002, v. 3. p. 20.

⁵⁸ Ibid. p. 20.

⁵⁹ Ibid. p. 21.

Também não são considerados por Chiovenda autênticos atos de processo aqueles praticados por pessoas que não sejam sujeitos processuais no sentido próprio, como os praticados por testemunhas ou peritos, retirada de autos pelo Ministério Público e afins.⁶⁰ Curiosamente, o processualista italiano, ao excluir esses atos da categoria de atos processuais, deixa de proceder com a caracterização deles, bem provavelmente para não suportar o ônus das críticas, caso os enquadrasse no campo do direito material, ou para não ter de descambar para a confecção de uma moldura própria, *sui generis*, que dependeria de maior criatividade.⁶¹

É preciso destacar que Chiovenda chegou a incluir os negócios jurídicos processuais como uma das espécies de atos jurídicos processuais. Para ele, essa modalidade é marcada pela circunstância de produzir efeitos que se relacionam imediatamente, por lei – e esta, na doutrina chiovendiana, deve prever de forma expressa os contornos do negócio –, com a vontade das partes. Todavia, reconheceu que, naquela época, sobre essa matéria “não se deu [...] suficiente elaboração” e aproveitou para lembrar que “designando um ato processual o caráter de negócio jurídico, nem por isso se afirmou, que o direito reconheça à vontade da parte a mesma importância que lhe pode reconhecer no direito privado”.⁶² Nota-se, portanto, a extrema cautela do jurista em lidar com o assunto.

Por outro giro, registra-se que o grande processualista da Itália colocou “em confronto com os atos processuais” os denominados por ele de “simples fatos jurídicos processuais”, sobre os quais não discorreu com maior profundidade, preferindo tão-somente exemplificar com a morte da parte, a perda de capacidade, o transcurso do tempo etc.⁶³

1.4.1.1. Breve crítica à concepção de Chiovenda

Nota-se, de plano, que Chiovenda elenca espécies processuais (atos processuais, negócios processuais e simples fatos processuais) sem grande rigor classificatório, posto não ser apresentado um conceito amplo e unificador dessas

⁶⁰ Ibid. p. 21-22.

⁶¹ Essa é uma pertinente observação também feita por Calmon de Passos. Cf.: **Esboço de uma teoria das nulidades**, cit., p. 44-45.

⁶² CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições**, cit., v. 3, p. 25-26.

⁶³ Ibid. p. 22.

variadas tipologias. Por isso, o autor foca nos atos processuais, vindo a elencar critérios para atribuir processualidade a um ato, mas discorre, por exemplo, sobre os “simples fatos processuais” de maneira superficial e desconexa em relação ao conceito principal de ato processual.

No que se refere aos critérios eleitos pelo processualista, também é questionável a necessidade de que sempre haja efeito imediato do ato sobre uma relação jurídica processual para que o tal ato ganhe o revestimento de processualidade. Primeiro, porque não é de todo simples saber o que seria um “efeito imediato sobre uma relação jurídica processual”, podendo existir zonas de grande penumbra sobre se o efeito é “imediato” ou “mediato”.⁶⁴ Segundo, que concentrar a definição de um conceito nos efeitos irradiados pelo objeto a ser definido não é cientificamente recomendável, pois pode culminar em tautologias do tipo: “ato processual é aquele que gera efeito imediato na relação jurídica processual” e “efeito processual é aquilo produzido pelo ato processual”.⁶⁵

Além disso, não são poucos os efeitos dimanados no procedimento que, apesar de não interferirem diretamente na relação jurídica processual, são de elevada importância para o processo. Imagine a constituição de um bem de família, que, muito embora não afete de maneira direta a relação jurídica processual, indubitavelmente gera efeitos muito relevantes no procedimento, visto que o imóvel passa a ser revestido de impenhorabilidade (art. 1º, Lei nº 8.009/1990), impedindo que uma execução seja direcionada àquele bem. Fora este, outros diversos exemplos poderiam ser elencados, sendo difícil excluir tal realidade.

Só por esses elementos restritivos, Chiovenda já esvaziaria muito o espectro do que seria “processual”, mas ele também inclui a necessidade de o ato ser praticado pelos sujeitos da relação jurídica processual (partes, juiz e órgãos jurisdicionais). Assim, pelo menos dois inconvenientes também podem ser apontados: primeiro, que ao excluir atos de “terceiros” – como o depoimento de uma

⁶⁴ Em vez de ligar o ato jurídico processual à relação jurídica processual, “[...] o melhor seria ligar o fato (jurídico) processual às situações jurídicas processuais, noção mais abrangente, e da qual a relação jurídica processual, como sucede no plano da Teoria Geral do Direito, é apenas espécie.” (NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios jurídicos processuais**. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 53.

⁶⁵ Pedro Henrique Pedrosa Nogueira ainda pondera: “Há atos incontroversamente processuais que produzem efeitos tipicamente de direito material. O despacho que ordena a citação (inegavelmente um ato processual), v.g., segundo art. 202, inciso I, do Código Civil, produz o efeito de interromper a prescrição. Não se pode, assim, afirmar que a recíproca não possa ser verdadeira: há, ao menos em tese, a possibilidade de se atribuir eficácia tipicamente processual a atos de direito material.” (NOGUEIRA, **Negócios jurídicos processuais**, cit., p. 54).

testemunha – do qualificativo “processual”, Chiovenda fica na difícil situação de ter de enquadrá-los em algum plano, sendo que também não são de direito material⁶⁶; segundo, que a adoção do critério chiovendiano, em especial diante da complexidade do processo civil contemporâneo (com atos praticados por um sem-número de sujeitos, ao longo da sucessão procedimental), representaria fechar os olhos para a relevância processual de vários desses atos, o que soaria anacrônico.

1.4.2. O fato jurídico processual segundo Enrico Tullio Liebman

Liebman também não partiu da definição conceitual de fato jurídico processual em sentido amplo. Aliás, dentro da concepção liebmaniana, parece que o termo “fato processual”, quando utilizado, é relegado a uma posição de inferioridade dentro da teoria, algo de menos importância no processo, numa explicitação de pensamento que evidencia ser o ato processual o foco de toda a análise.

Com motivo, é comum ver na obra do autor italiano o uso da expressão em comento precedida do pejorativo predicativo “simples”, é dizer, como um “simples fato processual”. É por isso, também, que Dinamarco, numa nota inserida numa obra traduzida, diz que a teoria de Liebman “é incompatível com a admissão de puros fatos processuais”.⁶⁷

Tal incompatibilidade – maior até que na doutrina de Chiovenda – tem razão de ser, na medida em que a concepção liebmaniana inclui, dentre os requisitos da processualidade, a circunstância de que o ato seja praticado no procedimento (o que excluiria a processualidade de fatos da natureza, por ocorrerem fora do processo). Com efeito, “os atos processuais são os atos do processo”.⁶⁸ Nesse prisma, também ficariam de fora dessa classe a eleição de domicílio por uma das partes, a outorga da procuração *ad judicium* ao advogado, a celebração de um compromisso arbitral etc.

Ademais, sendo o ato processual “uma declaração, ou manifestação de pensamento, feita voluntariamente por um dos sujeitos do processo”⁶⁹, também ficariam excluídos do conceito aqueles atos praticados por terceiros (mesmo que

⁶⁶ No mesmo sentido, Calmon de Passos. Cf. **Esboço**, cit., p. 44-45.

⁶⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. 3ª edição. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 287.

⁶⁸ *Ibid.* p. 285

⁶⁹ *Ibid.* p. 286

realizados no procedimento), os quais seriam jogados de canto, recebendo a pecha de “simples fato processual”, como no caso do depoimento de uma testemunha, que só se transmutaria no eminente “ato processualizado” sob a ótica da colheita da prova testemunhal por parte do juiz (sujeito do processo) e com a documentação do ato.⁷⁰

Consignadas essas observações, eis a definição conceitual completa de ato processual, nas lições do processualista da Itália:

[Trata-se de] uma declaração, ou manifestação de pensamento, feita voluntariamente por um dos sujeitos do processo, enquadrada em uma das categorias de atos previstos pela lei processual e pertencente a um procedimento, com eficácia constitutiva, modificativa, ou extintiva sobre a correspondente relação processual.⁷¹

Destrinchando, a processualidade, na visão liebmaniana, depende de três requisitos indispensáveis: primeiro, sob o aspecto da sede, o ato deve pertencer a um procedimento (onde deve ser praticado); segundo, sob o aspecto da eficácia, o ato deve incidir sobre a relação processual correspondente, de modo a constituí-la, modificá-la ou extingui-la; e, terceiro, sob o aspecto subjetivo, o ato deve ser praticado por um dos sujeitos do processo (partes e órgão jurisdicional).

Diante disso, fica evidente que tanto Chiovenda quanto Liebman dão importância aos efeitos do ato sobre a relação processual, bem como ao fator de que o ato seja praticado por sujeitos do processo.

Entrementes, Liebman, de um lado, acrescenta a necessidade de que o ato seja praticado no procedimento (elemento restritivo), e, de outra banda, amplia o substrato dos sujeitos processuais, incluindo não só o juiz, o escrivão e o oficial de justiça, mas também os auxiliares da Justiça (como o perito e o depositário, no que se refere às atividades no procedimento).⁷²

Outro ponto de racha entre os dois autores é o pensamento quanto aos negócios jurídicos processuais, espécie não defendida por Liebman.⁷³ Para este, a

⁷⁰ Nas exatas palavras do autor: “Finalmente, também não são atos processuais os dos terceiros, ainda que realizados no processo: p. ex., é um simples fato processual o depoimento de uma testemunha, mas são atos processuais a colheita da prova testemunhal por parte do juiz e a sua documentação.” (Ibid. p. 286).

⁷¹ Ibid. p. 286.

⁷² Ibid. p. 287.

⁷³ Apesar disso, registra-se que, em alguns textos, Liebman admitiu acordos com eficácia no processo. Cf. LIEBMAN, Enrico Tullio. Contro il patto “solve et repete” nei contratti. In: **Revista di**

vontade é elemento extremamente ligado aos atos processuais, que são, autênticos “fatos voluntários”; “eles não são sequer concebíveis senão como resultado da vontade da pessoa que os leva a efeito”. Todavia, essa vontade a que ele se refere é “extremamente genérica”, “a simples vontade e consciência de realizar o ato; não se requer absolutamente que seja voltada a obtenção de dado efeito [...], porque o efeito já está prefixado e estabelecido em lei”.⁷⁴

Dessarte, o autor italiano faz a diferença entre “ato processual” e “negócio jurídico de direito privado”, numa evidência de que via com maus olhos a existência de “negócios jurídicos processuais”.

A doutrina de Liebman ganhou adeptos, com destaque no Brasil⁷⁵, em que muitos processualistas adotaram o conceito de ato processual ofertado pelo professor italiano, apesar de alguns não seguirem toda a linha da teoria liebmaniana.

1.4.2.1. *Breve crítica à concepção de Liebman*

Se por um lado a ideia de Liebman não pode ser criticada por falta de rigor classificatório – até porque ele nega a existência de fatos e negócios processuais, não fazendo sentido haver um conceito amplo que englobe essas espécies junto com os atos processuais –, por outro lado, quanto aos critérios definitórios de “ato processual” eleitos por ele, podem ser direcionadas quase todas as reprimendas formuladas contra a concepção de Chiovenda. Ora, no cerne do pensamento liebmaniano, também se define o conceito pelos seus efeitos (caindo numa tautologia) e, ainda, atribui-se processualidade apenas ao ato praticado por um rol específico de sujeitos (critério que desconsidera a complexidade do processo civil contemporâneo, que comumente recebe o influxo de diversos sujeitos, bem como a relevância de vários atos praticados por “terceiros”).

Todavia, outra crítica ainda pode ser formulada, visto que Liebman procede com mais uma restrição do conceito de ato processual, a saber, a exigência de que

Diritto Processuale Civile, nº2, 1931; LIEBMAN, Enrico Tullio. Risoluzione convenzionale del processo. **Revista di Diritto Processuale Civile**, nº 1, 1932.

⁷⁴ Ibid. p. 291.

⁷⁵ Entre outros, cf.: DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 4ª edição, revista, atualizada e com remissões ao Código Civil de 2002. São Paulo: Malheiros, 2004, v.2; ALVES, Vilson Rodrigues; MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. Ed. atual. Campinas: Bookseller, 1997, v. 1; SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 1; SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008, t. 1.

ele seja praticado no procedimento; a sede do ato ganha calibre estrutural do conceito, portanto. Por uma questão de coesão textual, deixa-se a reflexão sobre o inconveniente – de se colocar a sede do ato como condição necessária para se atribuir o predicativo “processual” – para a crítica formulada à concepção de Satta (tópico 1.4.3.1), visto que ela maximiza a importância de o ato ser praticado no procedimento, sendo aplicável também por aqui.

1.4.3. O fato jurídico processual segundo Salvatore Satta

Como ponto de contato importante com a visão tradicional, Satta também não adota uma ideia de fato jurídico processual como um conceito geral aplicável aos ramos do processo. Ele assume o pressuposto de que no processo só há que se falar em atos processuais – porque incide a vontade humana – e, por isso, a partir deles que o autor desenvolve o seu estudo, reconhecendo serem uma espécie de atos jurídicos (em sentido amplíssimo). Registra-se, ademais, que o processualista italiano nega a possibilidade de existirem fatos jurídicos “processuais” em sentido estrito.⁷⁶

De todas as concepções até aqui vistas, Satta é o que mais torna objetiva a abordagem, por restringir bastante os critérios de atribuição da “processualidade” ao ato. Para o autor⁷⁷, “Positivamente o ato processual contém em si mesmo a sua única definição possível, que é a de ‘ato do processo’.” E prossegue: “Essa aparente tautologia exprime que o que concerne ao ato não está em relação ao seu efeito, mas à sua essência, que é precisamente aquela de constituir um elemento de realização da tutela jurisdicional.”

De fato, é definido como processual aquele ato jurídico praticado no processo (leva-se em conta só a sede), não importando critérios outros, como a eficácia (repercutir no processo) ou o aspecto subjetivo (ser praticado pelos sujeitos processuais).⁷⁸

Assim, a definição conceitual de Chiovenda, que se notabilizou por dar enfoque na eficácia do ato, foi fortemente criticada. Para tanto, Satta ponderou

⁷⁶ Cf. SATTÀ, Salvatore. **Direito processual civil**. 7ª edição. Tradução e notas de Luiz Autuori. Rio de Janeiro: Borsoi, 1973. p. 225-247.

⁷⁷ Ibid. p. 228.

⁷⁸ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Esboço**, cit., p. 45-47.

existir atos não processuais, mas que claramente produzem efeitos no processo, a exemplo da eleição do domicílio, o compromisso, a anuência expressa ou tácita com a sentença etc. De outro lado, o autor também chamou a atenção para a existência de fatos – não atos, porque ocorridos independentemente da vontade humana – que produzem efeitos no processo, como a morte da parte ou de seu procurador, mas que também não poderiam ser tidos como “processuais”, por ocorrerem fora da instância processual.⁷⁹

Por fim, cabe o registro de que, originalmente, Satta se mostrou opositor ferrenho dos negócios jurídicos processuais, por assumir a premissa de Bülow de que a relação jurídica processual, sendo pública, impediria a compatibilidade dos negócios jurídicos com o processo.⁸⁰⁻⁸¹ Todavia, transcorridos os anos, o autor italiano flexibilizou o seu entendimento e passou a admitir os acordos processuais, bem na linha chiovendiana, é dizer, desde que com previsão legal.⁸²

1.4.3.1. *Breve crítica à concepção de Satta*

Inicialmente, frisa-se que os inconvenientes, aqui brevemente descritos, de se elevar a sede do ato como critério essencial para a definição de “ato processual” se estendem à concepção de Liebman, como anunciado em tópico alhures (nº 1.4.2.1).

Deveras, o principal problema desse entendimento pode ser identificado nas entrelinhas dos próprios escritos de Satta: um sem-número de acontecimentos que ocorrem fora do procedimento e que, de maneira indiscutível, têm enorme relevo para o direito processual (produzem variadas situações jurídicas processuais), ficariam de fora do “universo do processo”.

Tal escolha metodológica levaria à embaraçosa circunstância de reconhecer-se que a morte, por exemplo, é fenômeno mera e exclusivamente de direito material, mesmo quando é tomada pela hipótese de incidência de uma norma processual e ainda que repercuta na própria relação jurídica processual, como se dá no caso de

⁷⁹ SATTA, Salvatore. **Direito processual civil**, cit., p. 229.

⁸⁰ Cf. SATTA, Salvatore. **Contributo alla dottrina dell'arbitrato**. Milano: Vita e Persiero, 1931. p. 33 et. seq.

⁸¹ Antonio do Passo Cabral lembra que “Satta negava peremptoriamente que o contrato pudesse ser um instituto próprio do direito público, e assim a vontade das partes não poderia determinar efeitos jurídicos no processo, criando ou modificando situações jurídicas processuais”. (**Convenções processuais**, cit., p. 103).

⁸² Cf. SATTA, Salvatore. **Direito processual civil**, cit., p. 268-269; SATTA, Salvatore. **Accordo (diritto processuale civile)**. **Enciclopedia del Diritto**. Milano: Giuffrè, 1958, vol. 1. p. 300-301.

falecimento de uma das partes do processo – fenômeno que culmina na suspensão do procedimento, bem como na necessidade de instaurar-se a habilitação dos herdeiros no polo processual lacunoso.

Nota-se, com isso, que a opção de restringir o ato processual à sede do processo (procedimento) gera um efeito reflexo problemático: ter de enquadrar tudo o que não ocorre dentro do rito processual como tendo natureza de direito substancial. Parece que tal postura simplifica demais a questão, sendo temerária.

1.4.4. O fato jurídico processual na concepção de J. Calmon de Passos

Muito interessante é a abordagem feita por Calmon de Passos em seu clássico “Esboço de uma teoria das nulidades”. Nesta obra, o jurista baiano faz uma profunda análise sobre a ideia de “atos processuais”, mas não adota o conceito amplo de “fato jurídico processual”, até porque entende que, no processo, “somente são possíveis atos”, isto é, “fatos do homem” (com vontade humana). “Os acontecimentos naturais com eventual influência sobre a relação processual verificam-se *fora do processo*.”⁸³ Por isso, ele diz, “Os fatos naturais, em verdade, podem ser apenas objeto de atos processuais e são a estes que se associam os efeitos jurídicos, e não àqueles.”⁸⁴

Nota-se, portanto, que Calmon de Passos reputa indispensável, para a processualidade, a (i) pertinência ao processo (a sede). Entretanto, diferindo de Satta, o jurista brasileiro ainda inclui outros três requisitos para um ato ser considerado processual, a saber, (ii) ser praticado pelos sujeitos da relação processual ou do processo, (iii) ter eficácia no processo e (iv) poder ser praticado apenas no processo. Daí a definição conceitual que ele oferece: ato processual é “aquele que é praticado no processo, pelos sujeitos da relação processual ou do processo, com eficácia no processo e que somente no processo pode ser praticado.”⁸⁵⁻⁸⁶

⁸³ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Esboço**, cit., p. 64

⁸⁴ Ibid. p. 65.

⁸⁵ Ibid. p. 53.

⁸⁶ “Há, como se nota, pontos de aproximação e pontos de distanciamento entre as concepções de Calmon de Passos e as de Chiovenda, Liebman e Satta.” (NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios jurídicos processuais**. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 47).

É preciso chamar a atenção para o fato de que Calmon de Passos não restringiu a prática de atos processuais aos sujeitos da relação processual (sentido estrito), como fez Chiovenda, por exemplo. O jurista brasileiro, bem diversamente, reconheceu que a atividade processual – vista como aquela que é regulada pelo direito processual e que se desenvolve no procedimento – é de “todos quantos exercitam no processo, a qualquer título, direitos, poderes, faculdades, funções ou atendem a deveres e obrigações que lhe foram por lei atribuídos”.⁸⁷ Por isso, é sem nexos, dentro desta concepção, não caracterizar os atos praticados por testemunhas, peritos e afins como processuais.⁸⁸

Ao se pronunciar sobre atos como a eleição de foro, a outorga de procuração *ad judicium*, a morte da parte, a transação extrajudicial, o pagamento, a prorrogação da competência e a cláusula compromissória, para dar alguns exemplos, o processualista da Bahia reconheceu a existência de atos praticados (ou fatos ocorridos) fora do procedimento que têm importantíssimos efeitos processuais, mesmo sendo de direito material. Ocorrendo fora do processo, tais acontecimentos só seriam processualizados mediante um ato ocorrido dentro do processo, como na homologação de uma transação, na dedução de exceção de compromisso, ou na exceção de pagamento.⁸⁹

Por outro giro, destaca-se que, apesar de não reconhecer a existência de fatos processuais, dada a circunstância de os acontecimentos naturais se situarem fora do processo, Calmon de Passos admitiu a existência dos denominados “atos-fatos processuais”, isto é, atos que o direito trata como se meros fatos fossem, por abstrair qualquer indagação a respeito da vontade do agente que o realizou, e que são praticados no procedimento, com eficácia sobre o processo. Ele exemplifica com o recolhimento de preparo de um recurso, caso em que o direito torna como desimportante a circunstância de saber quem praticou o ato (quem efetivamente pagou a guia de recolhimento) ou se houve a intenção na prática do ato.⁹⁰

Falando-se a respeito da vontade, o ilustre processualista adentra no tema dos negócios jurídicos processuais, deixando transparecer, num primeiro momento, uma posição contrária a esse instituto. Entretanto, diante da literalidade do art. 158

⁸⁷ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Esboço**, cit., p. 45.

⁸⁸ Portanto, a expressão “sujeitos do processo”, num sentido amplo, englobaria tanto os sujeitos da relação jurídica processual (em sentido estrito), que são aqueles indicados por Chiovenda alhures, quanto qualquer pessoa que, de alguma forma, desenvolva alguma atividade no processo.

⁸⁹ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Esboço**, cit., p. 45-52.

⁹⁰ *Ibid.* p. 67-68.

do CPC/73⁹¹, acaba por admitir a existência de lídimos negócios jurídicos processuais, ao menos de forma excepcional, quando o direito reputar como relevantes tanto a vontade do ato como a vontade do resultado. É o caso, por exemplo, da desistência da ação ou do recurso, da suspensão do processo por acordo das partes etc. Mesmo nessas hipóteses, porém, Calmon de Passos impõe rígidas condições, como a exigência de que sejam praticados na sede do processo (requisito intrínseco à definição conceitual de ato processual do jurista) e que sejam homologados pelo juiz.⁹²

Por fim, é necessário consignar que foi o referido jurista baiano quem, pela primeira vez, colocou como requisito da processualidade de um ato a exigência de que ele possa ser praticado apenas no processo. Nesse sentido, ele inovou com sua definição conceitual, tendo sido seguido por alguns processualistas, como Juliana Demarchi⁹³ e Sandro Gilbert Martins⁹⁴.

1.4.4.1. *Breve crítica à concepção de Calmon de Passos*

Deveras, Calmon de Passos sofisticou o pensamento de Satta, de Liebman e de Chiovenda, combinando critérios e dando leitura mais abrangente a cada um deles, inclusive com o acréscimo de mais uma nota definidora ao conceito. Todavia, também a concepção do jurista baiano é passível de críticas.

Percebe-se que a atitude de Calmon de Passos no sentido de negar a existência de fatos processuais *stricto sensu* – por entender que um fato só se processualiza mediante um ato praticado na sede do procedimento – representa reduzir o direito processual a um ato de aplicação pela autoridade competente, mediante a emissão de um enunciado protocolar denotativo, ou, em termo simples, significa reduzir o direito processual à linguagem escrita. Tal realidade se mostra ainda mais radicalizada na doutrina do jurista da Bahia, diga-se de passagem,

⁹¹ Art. 158, CPC/73. “Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais.”

⁹² CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Esboço**, cit., p. 69.

⁹³ Cf.: DEMARCHI, Juliana. Ato processual juridicamente inexistente – mecanismos predispostos pelo sistema para declaração de inexistência jurídica. In: **Revista Dialética de Direito Processual**, nº 13. São Paulo: Dialética, abril/ 2004, p. 46.

⁹⁴ O autor indicado, como diferença, acrescentou à definição de Calmon de Passos o requisito de que o ato integre o procedimento, para ser qualificado como processual. Cf.: MARTINS, Sandro Gilbert. **Processo, procedimento e ato processual**: o plano da eficácia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 18.

porque ele também diz que para ser processual o ato tem de ter a característica de só poder ser praticado no procedimento.

Entretanto, não parece que o processo civil contemporâneo se alinhe ao perfil do formalismo em excesso preconizado. Não soa muito útil, nos dias de hoje, dizer que a morte de uma das partes, enquanto fato, não é fenômeno processual, vindo a ser processualizada, apenas, quando o acontecimento for relatado nos autos do processo.

Diversas são as normas jurídicas processuais que incidem sem que sequer sejam reduzidas à linguagem competente (ato formal). Para citar um exemplo interessante, lembra-se da regra autorizadora para que as partes gravem a audiência de instrução e julgamento (art. 367, §6º, CPC/15⁹⁵). Ora, se há um direito, é porque há um fato jurídico anterior; na verdade, trata-se de um ato-fato processual (conceito a ser analisado futuramente) consistente em “estar presente na audiência de instrução e julgamento”. Com efeito, antes mesmo de ser elaborada a ata, a parte já pode iniciar a gravação, o que evidencia o surgimento de um direito oriundo de um ato-fato processual não reduzido à linguagem.

Assim, dizer que um ato ou um fato foi processualizado apenas quando reduzido à linguagem escrita na sede do procedimento – que é, grosso modo, o que Calmon de Passos defende quanto aos fatos – significa desconsiderar a regra do art. 188 do CPC/15⁹⁶, também presente no CPC/73 (art. 154), que apregoa a liberdade de formas dos atos processuais. Trata-se, portanto, de uma postura anacrônica, em descompasso com os tempos presentes.

Soma-se a essa crítica, aquela referida quanto ao problema de colocar na definição conceitual de um dado objeto os efeitos que dele dimanam. Calmon de Passos também caiu nesse inconveniente “andar em círculo” (tautologia).

1.4.5. O fato jurídico processual na concepção de Paula Costa e Silva

⁹⁵ Art. 367, §6º, CPC. A gravação a que se refere o § 5º também pode ser realizada diretamente por qualquer das partes, independentemente de autorização judicial.

⁹⁶ Art. 188, CPC. Os atos e os termos processuais independem de forma determinada, salvo quando a lei expressamente a exigir, considerando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial.

Paula Costa e Silva, muito embora evidencie, em algumas passagens, entender que há uma categoria ampla de “factos processuais juridicamente relevantes”⁹⁷, ela concentra praticamente todo o seu esforço na análise dos “actos processuais”.

Estes, na visão da autora, são os atos que integram “a sequência destinada ao proferimento de uma decisão que ponha termo ao litígio”.⁹⁸ Com efeito, a jurista portuguesa adota o que ela denomina de “critério da integração”, para conferir “processualidade” apenas aos atos que forem integrados à cadeia procedimental prevista pelo legislador.

A princípio, não se enquadrariam nessa definição conceitual os fatos naturais relevantes para o processo ocorridos fora do procedimento. Daí ser reproduzido na obra da autora o entendimento de Castro Mendes, para quem os “puros fatos jurídicos” não têm relevância para o processo imediatamente.⁹⁹ A processualização efetiva do “fato jurídico com relevância processual” se daria com a integração do dito fato ao procedimento, mediante o relato feito em algum ato processual.

Raciocínio similar se aplica aos negócios jurídicos processuais. A autora lembra que tais espécies não podem ser previstas pelo legislador como que integrando à cadeia procedimental paradigmática, porque eles são fruto da vontade negocial das partes. Todavia, “se esses actos [...] podem adquirir existência fora do processo [...], no momento em que sejam feitos valer em processo têm de ser vistos como actos integrados no acto procedimento”.¹⁰⁰

Ante a isso, reafirma-se: o critério da “processualidade” adotado por Paula Costa e Silva é o da integração ao procedimento.

1.4.5.1. Crítica à concepção de Paula Costa e Silva

⁹⁷ Como no trecho em que diz: “Mas só será possível defender esta identidade se se apagarem as diferenças de regime entre os diversos tipos de *factos processuais juridicamente relevantes*, mais concretamente ainda, se se puderem abolir as diferenças de regime entre os actos processuais simples, sejam operações ou declarações, e os actos processuais negociais”. (COSTA E SILVA, Paula. **Acto e processo**: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 185, destaques nossos).

⁹⁸ Ibid. p. 171.

⁹⁹ A relevância de tais puros fatos jurídicos “projeta-se no processo sempre através dos actos processuais, pelos quais tais factos são processuais apenas mediatamente.” (MENDES, João de Castro. **Direito processual civil**. Apontamentos das lições redigidas com a elaboração de um grupo de assistentes. Lisboa: Associação Acadêmica, s/a, v. I. p. 38).

¹⁰⁰ COSTA E SILVA, Paula. **Acto e processo**, cit., p. 173.

O problema da definição conceitual da processualista portuguesa é que, a rigor, ela coloca muito em realce a sede do ato, bem como, sem perceber, dá exagerado enfoque ao formalismo, haja vista que a integração de fatos e negócios ocorridos fora do procedimento só pode se dar, evidentemente, mediante um ato processual que relate em linguagem competente aquele acontecimento.

Afora isso, a ideia de que um fato produz efeitos mediatos ou imediatos no processo é bastante difusa. Em quais circunstâncias um efeito seria mediato ou imediato? Falta um critério razoável para fixar essa distinção. Ora, a eficácia processual de fatos jurídicos extraprocedimentais é decorrência da imposição de uma norma processual, tal como é no caso de atos já integrados ao procedimento; difícil distinguir a eficácia processual destes em relação à daqueles.

Frisa-se que uma série de ocorrências fora do procedimento repercute no processo de uma forma decisiva, sem sequer serem integradas ao *iter* procedimental. Lembra-se do caso da cessão de crédito que, mesmo ocorrida fora do rito, legitima o cessionário a intervir no processo como assistente listisconsorcial daquele que fez a cessão (art. 109, §2º, CPC/15). Tal qualidade do cessionário (de “ser legítimo”) precisaria ser integrada ao procedimento para ser “processualizada”? Responder que sim seria exagerar no formalismo. Igualmente, não haveria um critério para denominar tal eficácia de “mediata”.

Situação similar ocorre na qualificação de um juiz como competente ou incompetente. Quando uma demanda de divórcio é distribuída para uma vara criminal, o juiz competente já é aquele da vara de família, ainda que nada no processo tenha sido afirmado, ou mesmo que o juiz criminal não tenha declinado a sua competência. A situação jurídica processual consistente na competência material do magistrado surge como decorrência da concretização no mundo fenomênico da previsão abstrata de uma norma processual. Não parece que o efeito desse fato extraprocedimental seja “indireto ou mediato”, nem parece que a situação só se processualizará com a integração ao procedimento.

Por isso, Nogueira afirma que “Os atos produtores da chamada ‘eficácia indireta’, segundo a nomenclatura difundida, são tão processuais quanto aqueles produtores dos efeitos diretos”.¹⁰¹

¹⁰¹ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios jurídicos processuais**. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 63.

1.4.6. O fato jurídico processual na concepção de Hernando D. Echandia

De todos os autores até aqui tratados, o único que parte da noção geral de fato jurídico para explicar os múltiplos fenômenos processuais, já na década de 1960, é Hernando Devis Echandia.

Apesar de denominar – bem no estilo da tradição dos processualistas de seu tempo, consistente em dar enfoque ao ato processual – o capítulo XIX de sua clássica obra (“Nociones Generales de Derecho Procesal Civil”) de “Teoría de los Actos procesales”, Echandia evidencia optar por uma explicação do fenômeno processual mediante um método de certa forma inovador:

Pero, así como los hechos jurídicos en general si dividen en actos jurídicos y hechos jurídicos en sentido estricto, según intervenga o no el elemento voluntad humana, también en el proceso se distingue entre actos jurídicos procesales y simples hechos procesales.¹⁰²

O processualista colombiano, portanto, parte do conceito fundamental “fato jurídico”. Para receber o predicativo “processual”, o acontecimento deve produzir efeitos imediatos no processo (duplo requisito: efeitos + imediatos no processo), sendo que, se tal ocorrência se consubstancia em fato com vontade humana (ato), é denominado de ato processual, mas se tal acontecimento se consubstancia em fato simples (sem vontade humana), então, é tachado de simples fato processual.¹⁰³

Destrinchando a primeira das espécies, os atos processuais seriam aqueles atos jurídicos que guardam relação com o processo, é dizer, atos emanados da vontade de seu autor e de importância jurídica imediata para a realidade processual, uma vez que produzem efeitos no sentido de constituir, modificar, conservar, desenvolver ou extinguir uma relação jurídica processual.¹⁰⁴

Echandia destaca – muito embora não dê grandes explicações a respeito – a necessidade de haver uma relação imediata do ato com o processo, reconhecendo a existência de atos jurídicos que podem servir ao instrumento, mas que não são

¹⁰² Tradução nossa: “Porém, assim como os fatos jurídicos em geral se dividem em atos jurídicos e fatos jurídicos em sentido estrito, segundo intervenha ou não o elemento vontade humana, também no processo se distinguem entre os atos jurídicos processuais e os simples fatos jurídicos processuais”. (ECHANDIA, Hernando Devis. **Nociones generales de derecho procesal civil**. Madrid: Aguilar, [s.d.]. p. 454).

¹⁰³ Ibid. 454-455.

¹⁰⁴ Ibid. p. 454.

dotados de processualidade por lhes faltar aquele vínculo direto, como é o caso da outorga de procuração ao advogado, ou do contrato que serve como título executivo, dentre outros exemplos.¹⁰⁵

O autor colombiano não restringe a processualidade aos atos praticados pelas partes ou pelo juiz. Pelo contrário, ele afirma que podem ser considerados atos processuais aqueles praticados por terceiros intervenientes, os quais se transmutam em partes do processo, bem como os de terceiros totalmente alheios ao processo, como os praticados por testemunhas, por peritos etc.¹⁰⁶ Claro está, portanto, que, nesse aspecto do elemento subjetivo, há uma aproximação com Calmon de Passos e certo afastamento de Chiovenda.

Percebe-se, ainda, não ser requisito para a processualidade a sede, isto é, a condição de originar-se no próprio processo. É por isso que a aceitação dos “simples fatos processuais” fica tranquila, vindo Echandía a denominá-los como aqueles que não se originam na vontade de uma pessoa, mas que produzem efeitos jurídicos no processo, a exemplo da morte de uma das partes, o transcurso do tempo, o caso fortuito, a força maior, dentre outros.¹⁰⁷ Aqui, há um afastamento do pensamento de Satta, bem como o de Calmon de Passos.

Por derradeiro, Hernando Echandia reconhece os negócios jurídico processuais, dizendo que “esta noción no és solo aceptable, sino muy útil em el derecho procesal”.¹⁰⁸ Segundo ele, negócios processuais são declarações de vontade unilaterais ou bilaterais admitidos por lei no processo, com vistas a constituir, modificar ou extinguir direitos processuais. Deveras, o autor colombiano adota uma visão limitada do fenômeno, na medida em que firma requisitos bem restritivos: ser praticado no processo, com a participação do juiz e, ainda, bem na esteira de Chiovenda, desde que o negócio processual tenha os contornos delimitados em lei.¹⁰⁹

1.4.6.1. *Breve crítica à concepção de Echandia*

¹⁰⁵ Ibid. p. 454.

¹⁰⁶ Ibid. p. 455.

¹⁰⁷ Ibid. p. 454-455, 291.

¹⁰⁸ Tradução nossa: “Essa noção não é só aceitável, mas muito útil no direito processual”. Ibid. p. 466.

¹⁰⁹ Ibid. 465-467.

A definição ampla ofertada está concentrada na produção de efeitos imediatos no processo. Por isso, pode ser criticada por partir do efeito para definir a causa (tautologia evidente). Assim, Echandia fere uma das mais importantes regras lógicas para se definir um conceito: “uma definição não deve ser circular”, nos dizeres de Irving Copi.¹¹⁰

Em verdade, um conceito é anterior às consequências que dele dimanam, razão pela qual as definições que se concentram nos efeitos carecem de rigorismo científico, na medida em que o espectro eficaz ocorre em momento lógico apenas posterior.

Não à toa, pode-se especular a existência de fatos jurídicos, inclusive processuais, que existem, mas que não produzem efeitos, por uma ou outra circunstância. Lembra-se, para dar um exemplo banal, que a desistência da demanda só produzirá efeitos, uma vez homologada pelo juiz (art. 200, parágrafo único, CPC/15).

Por outro giro, a definição conceitual de Echandia agrava o problema ao fazer menção aos “efeitos imediatos no processo”. Com isso, restaria a dúvida sobre o que seria o tal efeito imediato. Assim, outra regra definitiva também é violada: “uma definição não deve ser expressa em linguagem ambígua, obscura ou figurada”.¹¹¹

1.5. APROVEITAMENTO DA TEORIA DE PONTES DE MIRANDA PARA O ESTUDO DO “FATO JURÍDICO PROCESSUAL”

No Brasil, uma nova geração de processualistas está a romper com as teorias tradicionais do processo que buscavam explicar a categoria dos “fatos jurídicos processuais” (*rectius*, mais largamente, dos “atos jurídicos processuais”, conforme se observou).

Por ora, o que se pretende destacar é o marco teórico eleito por esses jovens brilhantes processualistas, a saber, a teoria dos fatos jurídicos elaborada pelo brasileiro Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda.¹¹² Por isso, esse grupo de

¹¹⁰ COPI, Irving M. **Introdução à lógica**. Trad. de Álvaro Cabral. São Paulo: Editora Mestre Jou, [s.d.]. p. 131.

¹¹¹ *Ibid.* p. 132.

¹¹² Muito da teoria ponteana sobre os fatos jurídicos se encontra nos seis primeiros livros da coleção de 60 tomos denominada “Tratado de Direito Privado”. Numa época em que os meios tecnológicos

estudiosos será respeitosamente chamado, neste trabalho, de “processualistas ponteanos”.

Deveras, a opção, por si só, já se mostra inovadora. Isso, porque, como já referido outrora, após o desencadeamento da fase científica do processo, os investigadores do instrumento passaram a cultivar certo preconceito no que se refere ao uso, na esfera do direito processual, de estudos aplicados amplamente no âmbito do direito material e, como se bem sabe, a teoria ponteana dos fatos jurídicos sempre foi utilizada pelos teóricos do direito civil (campo privatista, por excelência).

Por outro giro, a escolha do mencionado marco teórico também se mostra audaciosa, porque a importação das ideias do autor alagoano para o direito processual contemporâneo precisa sofrer uma “filtragem”, a fim de que seja aproveitado apenas o que se mostrar condizente com os tempos de hoje, em que o direito como um todo não é mais aquele da época em que se desenvolveu o pensamento original.

Impende ressaltar, por oportuno, que nem mesmo o autor alagoano procedeu fazendo robusta ligação de sua teoria do fato jurídico com outros ramos jurídicos diferentes do direito civil, havendo certo hiato na obra, se analisada em conjunto. Ora, Pontes de Miranda escreveu sobre teoria geral do direito, sobre direito civil,

eram escassos (inexistência de computadores, de celulares, de internet etc.), é de causar espanto a capacidade do mestre alagoano de desenvolver estudos sobre os mais variados temas, jurídicos ou não (sociologia, psicologia, política, linguística, filosofia, matemática, física). Merecidamente, foi homenageado por muitos, ao ter a sua vasta obra sob o foco das investigações. Lourival Vilanova, por exemplo, ao discorrer sobre a teoria do direito em Pontes de Miranda, lembra que o alagoano “Examinou todos os campos do Direito com minudente análise, desvelando problemas sobre a superfície de temas com tranquila generalidade aceitos. A esse afã de minudência analítica juntou exigente rigor terminológico, precisão conceptual e uma técnica de sistematização inexcedível na dogmática brasileira. Sua frase é curta e incisiva, que o deve à sua formação lógico-matemática; sua erudição é surpreendente, que a obteve da ciência jurídica alemã, austríaca e italiana; sua objetividade, que o habilita com destreza ao passar do abstrato para a concreção dos casos, provém da magistratura que exerceu por vários decênios.” (VILANOVA, Lourival. A teoria do direito em Pontes de Miranda. In: _____. **Escritos jurídicos filosóficos**. São Paulo: Axis Mundi/ IBET, 2003. v.1. p. 399). De outro lado, porém, talvez com desconfiança gerada diante da vastidão da produção acadêmica num período sem tantos recursos tecnológicos, se comparado ao tempo presente, há quem levante a tese de que na obra ponteana há consideráveis fragmentos plagiados. (Cf.: CABRAL, Antonio do Passo. **Alguns mitos do processo (III)**: a disputa entre Pontes de Miranda e Haroldo Valladão em concurso para professor catedrático na Universidade do Rio de Janeiro entre 1936 e 1940. Disponível em: <http://www.verbojuridico.com.br/blog/wpcontent/uploads/2016/05/Alguns_mitos_do_processo_III_a_disputa_e.pdf>. Acesso em: 18 de outubro de 2016). De qualquer forma, mesmo que se admitisse como verdadeira a afirmação de que houve trechos dos trabalhos ponteanos que não eram originais, não se pode, com isso, desconsiderar tudo o que o ilustre autor brasileiro escreveu (e não foi pouca coisa), sob pena de se perder robusto teor acadêmico ou de se jogar no lixo teorias de enorme aplicabilidade ainda hoje. Assim, mesmo sendo figura com certo grau de controvérsia, Pontes de Miranda continua a ser bibliografia obrigatória nas publicações jurídicas e, certamente, merecedor de saudosas homenagens.

sobre direito processual civil, sobre direito constitucional etc., mas as noções desenvolvidas por ele quanto ao fato jurídico não encontram relevante ressonância nas obras que desenvolveu no campo publicista.¹¹³ Por isso, os “processualistas ponteanos”, parece, tratam de realizar a devida ligação.

Essa nova postura teórica, porém, não se dá em desprestígio aos ensinamentos da doutrina clássica; pelo contrário, mantém-se o sadio diálogo acadêmico e, quanto às discordâncias, estas vem sendo respeitosamente fundamentadas. Aliás, muitos dos renomados estudos de temas nervosos do processo estão a ser resgatados e, a eles, vem-se dando maior desenvolvimento, como no caso dos negócios jurídicos processuais.

De qualquer maneira, com o objetivo de entender a proposta e, *a posteriori*, a definição conceitual sugerida por um e por outro “processualista ponteano”, é preciso sintetizar a teoria dos fatos jurídicos do mestre de Alagoas.

1.5.1. A inovação trazida por Pontes de Miranda quanto à definição conceitual de “fato jurídico”: o abandono do critério funcional

Antes de serem apresentados os traços mais marcantes da teoria ponteana, importante chamar a atenção para a sagacidade do grande jurista ao proceder com uma definição do fato jurídico tendo por base a estrutura deste.

Explica-se.

Na Roma antiga, muitas expressões latinas eram utilizadas para representar acontecimentos que irradiavam efeitos e faziam surgir situações jurídicas, como *factum*, *negotium*, *actus*, *actum*, *causa*, *gestum*, *contractum*, *pactum*, *stipulatio* e afins. Entrementes, não havia em meio aos jurisconsultos romanos um estudo sistemático sobre os fatos jurídicos, não tendo sido elaborada nenhuma teoria a respeito. Aliás, sequer o termo “fato jurídico” foi cunhado entre os romanos.¹¹⁴

O primeiro a utilizar a referida expressão, ao que tudo indica, foi Friedrich Carl von Savigny, mediante a locução alemã “juristische tatsache”. A definição de tal

¹¹³ O vácuo teórico de um conglomerado teórico para uma obra eminentemente dogmática, comumente verificado em Pontes de Miranda, levou Lourival Vilanova a colocar em xeque “o acerto de sua sistematização e a extensão dos conceitos fundamentais ao direito público e ao direito privado”. (VILANOVA, Lourival. A teoria do direito em Pontes de Miranda. In: _____. **Escritos jurídicos filosóficos**. São Paulo: Axis Mundi/ IBET, 2003. v.1. p. 412).

¹¹⁴ Cf. MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência, cit., p. 143.

conceito levou em conta o critério funcional, isto é, a função que o fato jurídico desempenha no mundo do direito. Eis as considerações do jurista alemão¹¹⁵: “Chamo fatos jurídicos os acontecimentos em virtude dos quais as relações de direito nascem e terminam.”

Essa definição sofreu a crítica de ser restritiva demais, porquanto limitou o fato jurídico à produção de dois equidistantes efeitos: criar e extinguir relações jurídicas. Foi desprezado um sem-número de consequências que os fatos jurídicos produzem em razão das várias mudanças por que passam as relações de direito. Por isso, a definição proposta por Savigny tão logo foi superada.

O critério da funcionalidade do fato jurídico, porém, não foi deixado de lado; antes, pelo contrário, foi apenas aperfeiçoado. Daí a clássica definição de Santoro Passarelli¹¹⁶:

São fatos jurídicos os que produzem um evento jurídico que pode consistir, em particular, na constituição, modificação ou extinção de uma relação jurídica, ou, também, na substituição dum relação nova a uma relação preexistente, e, ainda, na qualificação dum pessoa, dum coisa ou de um fato.

A doutrina brasileira, em sua maioria, seguiu esse mesmo norte. Veja-se, por exemplo, a definição conceitual ofertada por Maria Helena Diniz¹¹⁷: “O fato jurídico *lato sensu* é o elemento que dá origem aos direitos subjetivos, impulsionando a criação da relação jurídica, concretizando as normas jurídicas.” Ainda, segundo Francisco Amaral¹¹⁸, fatos jurídicos (sentido amplo) “são acontecimentos que produzem efeitos jurídicos, causando o nascimento, a modificação ou a extinção de relações jurídicas e seus direitos.”

Na mesma trilha, seguiram os clássicos Caio Mário da Silva Pereira¹¹⁹, Washington de Barros Monteiro¹²⁰, Orlando Gomes¹²¹ e Sílvio Rodrigues¹²², para

¹¹⁵ SAVIGNY, M. F. C. von. **Sistema del derecho romano actual**. Trad. Jacinto Messias y Manoel Poley Centro. 2ª ed. Madrid: Góngora, s.d., v. 2. p. 142.

¹¹⁶ SANTORO-PASSARELLI, F. **Teoria geral do direito civil**. Tradução Manoel de Alarcão. Coimbra: Atlântica, 1967. p. 79.

¹¹⁷ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 523.

¹¹⁸ AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução, 7ª ed. Rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 379.

¹¹⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, vol. I. p. 291.

¹²⁰ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 37ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, vol. 1. p. 174.

¹²¹ GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 237.

fazer menção a alguns. Entre os estrangeiros, citam-se, em rol exemplificativo, Ramón Dominguez Aguilla¹²³, Manoel Albaladejo¹²⁴, Carnelutti¹²⁵ e Emilio Betti¹²⁶.

Diante disso, a sensação de que o critério funcional era o mais difundido na doutrina levou o professor José Abreu Filho¹²⁷ a concluir

[...] pela inexistência de divergências na conceituação de fato jurídico, uma vez que os doutrinadores, tanto nacionais como estrangeiros, apontam como característica fundamental desta figura exatamente aquela repercussão na órbita do direito [...].¹²⁸

Todavia, esquecia-se o ilustre jurista baiano que Pontes de Miranda, décadas antes, já havia se colocado contrário às definições que focalizavam nos efeitos do fato jurídico, e o principal dos motivos era bastante consistente: há fatos jurídicos que não produzem efeitos jurídicos. Em precisas palavras, explica o autor de Alagoas: “os fatos são considerados jurídicos (= introduzidos no mundo jurídico), *para que* tenham eficácia jurídica; porém não basta, para defini-los, o dizer-se que os fatos jurídicos são os fatos dotados de eficácia jurídica.”¹²⁹

Um bom exemplo dessa constatação é próprio do direito privado, a saber, o testamento. Este se perfaz num negócio jurídico unilateral que não produz efeito algum enquanto não sobrevém a morte do testador e, se for revogado antes do falecimento do autor da herança, jamais produzirá efeitos jurídicos. Igualmente, um

¹²² RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: Parte Geral**, 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, vol. 1. p. 155-156.

¹²³ AGUILA, Ramón Dominguez. **Teoría general del negocio jurídico**. Ed. Jurídica de Chile, 1977. p. 11-12.

¹²⁴ ALBALADEJO, Manuel. **El negocio jurídico**. Barcelona: Bosch/ Real Colégio de España en Bolonia, 1958. p. 5.

¹²⁵ CARNELUTTI, Francesco. **Teoria geral do direito**. Trad. Antonio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus, 2000. p. 311-316.

¹²⁶ Apesar de dar importância aos efeitos jurídicos como os outros autores citados, Betti colocava no lugar do fato jurídico o conceito de “fattispecie” (hipótese normativa). Cf. BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Campinas: Servanda, 2008. p. 20.

¹²⁷ O autor em questão difere o fato jurídico do que denomina de “fato material” levando-se em conta os efeitos jurídicos. Eis o que ele diz: “Assim, um mesmo acontecimento poderia ser jurídico ou material, diferenciando-se um do outro pela produtividade de efeitos jurídicos, peculiar ao primeiro e inexistente no segundo. A natureza do fato, sua procedência, será irrelevante. Indaga-se, tão somente, se repercute ou não juridicamente. Na hipótese afirmativa, será fato jurídico; fato material será na segunda hipótese.” (ABREU FILHO, José. **O negócio jurídico e a sua teoria geral: de acordo com o novo Código Civil**. 5ª edição atualizada. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 4).

¹²⁸ ABREU FILHO, José. **O negócio jurídico e a sua teoria geral**, cit., p. 5.

¹²⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado: introdução, pessoas físicas e jurídicas**. Atualizado por Judith Martins-Costa, Gustavo Haical e Jorge Cesa Ferreira da Silva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, tomo I. p. 78.

contrato pode começar a surtir efeitos tão-somente após sobrevir a condição suspensiva que inibe a eficácia do ato, se é que a condição sobrevirá.

Assim, muito embora o fato jurídico tenha como finalidade principal a produção de efeitos no mundo do direito, tal característica não lhe é essencial. Usando terminologia de Guibourg, Ghigliani e Guarinoni,¹³⁰ a eficácia jurídica não é característica definitiva de fato jurídico, consistindo em mera característica concomitante, é dizer, pode estar ou não estar presente.

Ademais, a tomada da consequência como critério definidor pode gerar o problema da circularidade, ou seja, sempre que se tiver de definir a consequência, dever-se-á fazer referência à causa e assim sucessivamente, sem chegar-se a uma noção conclusiva.¹³¹

Dessarte, Pontes de Miranda abandonou o critério funcional e partiu, aprimorando a doutrina alemã iniciada pelos pandectistas, para a definição de fato jurídico sob o viés dos elementos essenciais que estruturam a mencionada figura do direito.

Por agora, parte-se para a explanação sucinta da teoria ponteana do fato jurídico, mediante a qual ficará ainda mais claro o abandono do critério funcional.

1.5.2. Linhas gerais da teoria do fato jurídico de Pontes de Miranda

1.5.2.1. O mundo jurídico, o fato jurídico, a incidência e a aplicação do direito

Segundo Pontes de Miranda, a vida se constitui em um conglomerado permanente de fatos e “quando se fala de fatos, alude-se a algo que ocorreu, ou ocorre, ou vai ocorrer”¹³². O cair de uma folha, o nascimento e a morte de uma pessoa, o raio que atinge e destrói uma árvore, tudo são fatos – “o mundo mesmo, em que vemos acontecerem os fatos, é a soma de todos os fatos que ocorreram e o

¹³⁰ GUIBOURG, Ricardo A; GHIGLIANI, Alejandro M.; GUARINONI, Ricardo. **Introducción al conocimiento científico**. 3ª edição. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 2000. p. 47.

¹³¹ MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência, cit., p. 144-145.

¹³² PONTES DE MIRANDA, **Tratado de direito privado**, cit., tomo I, p. 59.

campo em que os fatos futuros se vão dar”¹³³. É dessa maneira que o autor explica a existência de um mundo total dos fatos.

Entretanto, nesse plexo fático, nem todos são tidos como relevantes para o homem, como, por exemplo, o pingo de água que cai sobre a folha, ou o vento da brisa que massageia os cabelos de uma moça, ou o voar dos pássaros. Outros, porém, são vistos como de importância ímpar e, por isso, o ser humano lança mão da estrutura estatal e “os colore” com a tinta que é o direito¹³⁴, tornando-os em “fatos jurídicos”, dos quais derivam (ou podem futuramente derivar) efeitos jurídicos. Eis que se cria o – que se denomina na teoria ponteana de – “mundo jurídico” (parte integrante do mundo total).^{135–136}

Destrinchando, o direito é um processo de adaptação social que se utiliza da técnica denominada “regra jurídica” para inserir no mundo jurídico fatos que importam, dada sua relevância. Nessa esteira, “A regra jurídica é sempre uma proposição escrita, ou não escrita, em que se diz: ‘se ocorre *a*, *b* e *c* (ou se ocorre *b* e *c*, ou se ocorre *a* e *b*, ou se ocorre *a*, ou se ocorre *b*), acontece *d*.’” Tudo o que está previsto abstratamente na regra – ou seja, fato ou conjunto de fatos – é denominado de “suporte fático”^{137–138} (tradução ponteana para *Tatbestand*¹³⁹). Uma vez ocorrido,

¹³³ Ibid. p. 59.

¹³⁴ Ibid. p. 65.

¹³⁵ Nas palavras do autor: “O mundo não é mais do que o total dos fatos e, se excluíssemos os fatos jurídicos, que tecem, de si mesmos, o mundo jurídico, o mundo não seria a totalidade dos fatos. Para uso nosso, fazemos modelos de fatos, inclusive de fatos jurídicos, para que o quadro jurídico descreva o mundo jurídico, engastando-o no mundo total.” (Ibid. p. 65).

¹³⁶ Pontes de Miranda coloca o mundo jurídico como paralelo ao mundo dos fatos, apesar de reconhecer que aquele é parcela deste. Isso, para demonstrar que nem todos os fatos têm relevância para o direito, não sendo juridicizados por regras jurídicas. Todavia, há quem discorde dessa diferenciação feita pelo mestre alagoano, como é o caso de José Maria Tesheiner e Lucas Pereira Baggio. Para estes autores, todos os fatos da vida real interessam ao direito, sendo por isso que, exemplificativamente, até mesmo o fato da fervura da água aos 100°C (cem graus Celsius) pode ser usado pelo juiz quando da resolução de um caso concreto, por tratar-se de uma máxima de experiência prevista no antigo art. 335 do CPC/73 e, atualmente, no art. 375 do CPC/15; ou, inclusive, o fato de alguém caminhar no parque há importância para o direito, por representar o exercício do direito de ir e vir. Esse, porém, não é o entendimento que prevalece na doutrina e, também, não será o adotado aqui. Entende-se que colocar o universo inteiro dentro do direito seria uma visão exageradamente solipsista da parte do jurista; melhor adotar-se uma visão mais contida. Sobre o pensamento minoritário dos autores referidos, cf.: TESHEINER, José Maria; BAGGIO, Lucas Pereira. **Nulidades no processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 8-28 passim.

¹³⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, tomo I. p. 4.

¹³⁸ Observa-se que a causalidade normativa descrita por Pontes de Miranda, ao explicar a estrutura da regra jurídica, não corresponde ao que Kelsen denominou de imputação. Deve-se explicar: “[...] Pontes de Miranda entendia que o direito deveria se tornar uma ciência natural, pois que todas o são. [...] De certa forma, o que Pontes de Miranda realizou foi uma adaptação e desenvolvimento dum princípio da natureza ao direito: uma causa tem um determinado efeito, sendo que o último é causa para novo efeito. Assim, a estrutura da norma, por exemplo, não contempla uma relação ‘dado ‘a’ deve ser ‘b’’, típica da teoria da imputação”. (FERNANDES, André Lucas; PEREIRA,

no plano da experiência, o fato ou complexo de fatos previstos no suporte fático da regra jurídica, opera-se o fenômeno da incidência, a partir do qual se dá a existência do fato jurídico.

Nas palavras do próprio autor, como evidência da não adoção do critério funcional: “Fato *jurídico* é, pois, o fato ou complexo de fatos sôbre (sic) o qual incidiu a regra jurídica; portanto, o fato de que dimanar, agora, ou mais tarde, talvez condicionalmente, ou talvez não dimanar, eficácia jurídica.”¹⁴⁰

A partir dessa perspectiva, é preciso tomar cuidado para não se proceder com a “confusão entre *incidência* e *aplicação*”¹⁴¹, pedra de toque da teoria pontea. Aquela (a incidência) se dá de forma infalível e incondicional, sequer considerando o querer humano; “todos os suportes fáticos, suficientes, que se compuseram, são coloridos [pela regra jurídica], sem exceção”¹⁴²; “a *incidência* das regras jurídicas nada tem com o seu atendimento: é fato do mundo dos pensamentos”.¹⁴³ Já o fenômeno da aplicação da regra jurídica ocorre em momento lógico posterior: se aquele a quem se endereça a regra jurídica atende o comando tal como ocorreu a incidência, dá-se a auto-aplicação; de outro lado, se houver descumprimento à regra jurídica que incidiu, o Estado poderá intervir para aplicar a regra violada.

Portanto, diferente da incidência, a aplicação pode falhar, e isso se dá porque esta é ato humano; havendo correspondência entre incidência e aplicação

Mateus Costa. Prolegômenos ao pensamento jurídico-filosófico de Pontes de Miranda. In: DIDIER JR., Fredie; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Org.). **Pontes de Miranda e o direito processual**. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 47.). A despeito disso, não é correto dizer que o autor alagoano deixou de considerar a diferenciação entre ser e dever ser, como bem esclarece Adriano Soares da Costa: “Há quem diga que Pontes de Miranda não aceitava a distinção entre ser e dever-ser, equiparando às leis da Natureza as leis do Direito. Não é bem assim, contudo. Soube ele distinguir as *leis do preciso* e as *leis do deve*: leis que querem expressar algo que impreterivelmente se realiza (proposição descritiva) e leis que ordenam o que é possível fique irrealizado (proposição prescritiva). Por isso, essa significação social das fontes de Direito é o que se pode chamar de *norma jurídica*.” (COSTA, Adriano Soares da. **Teoria da incidência da norma jurídica**: crítica ao realismo linguístico de Paulo de Barros Carvalho. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 46).

¹³⁹ Pontes de Miranda destaca, no prefácio de seu Tratado de Direito Privado, que o termo “suporte fático” é de aplicação universal na ciência jurídica, devendo “ser guardado pelos que querem entender as leis e as operações de interpretação e julgamento”. (**Tratado de direito privado**, cit., tomo I, p. 14). Deveras, observa-se o emprego do mencionado conceito nas diversas ramificações do direito, apesar de que com denominações diferentes, a exemplo de “hipótese de incidência”, “pressuposto de incidência”, “tipificação legal”, “tipo legal” e “fato gerador”. Na Itália, costuma-se usar a expressão “fattispecie”, proposta por Betti; nos países de língua espanhola, costuma-se empregar o termo “supuesto de hecho”. Cf.: MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência, cit., p. 74-75; BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário**. Saraiva: São Paulo, [s.d.]. p. 288-290.

¹⁴⁰ PONTES DE MIRANDA, **Tratado de direito privado**, cit., tomo I, p. 148.

¹⁴¹ Ibid. p. 60.

¹⁴² Ibid. p. 95.

¹⁴³ Ibid. p. 74.

(circunstância que nem sempre ocorre), o direito terá alcançado o seu objetivo. O que por aqui importa é perceber que, dentro dessas premissas, o fato jurídico “nasce” com a incidência da regra jurídica, mediante a composição do suporte fático; a aplicação ocorre depois.

1.5.2.2. A classificação dos fatos jurídicos

Outro detalhe muito relevante diz respeito às espécies de fato jurídico que podem surgir a partir da incidência da regra jurídica. Como bem lembra Marcos Bernardes de Mello¹⁴⁴, “deve-se, na verdade, mais uma vez a Pontes de Miranda, ‘após acurado estudo (...)’, a precisão classificatória, segundo a rigorosa aplicação do critério de individuá-los com fundamento nos dados nucleares (cerne) de seu suporte fático”.¹⁴⁵

Pois bem, firmada essa orientação metodológica, os fatos jurídicos podem ser classificados de acordo com: a) a presença ou ausência de ato humano volitivo no suporte fático (abstratamente considerado) e b) a conformidade ou não conformidade com o direito.

A partir do primeiro critério (a), Pontes de Miranda isolou os seguintes tipos de fatos jurídicos (*lato sensu*):

a.1) Fatos jurídicos *stricto sensu*: “são os fatos que entram no mundo jurídico, sem que haja, na composição deles (sic), ato humano, ainda que, antes da entrada deles (sic) no mundo jurídico, o tenha havido”.¹⁴⁶ No suporte fático da regra jurídica há a previsão de um fato da natureza, e não um ato humano. Nesse sentido, são

¹⁴⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência, cit., p. 150.

¹⁴⁵ O suporte fático de uma regra jurídica pode conter múltiplos elementos, variando em grau de complexidade. Em toda e qualquer circunstância, porém, nele estará presente o núcleo, que se perfaz naquele conjunto de notas essenciais para a incidência normativa. O núcleo, por sua vez, pode ser composto por duas espécies elementares: (a) o cerne, que é o dado fático fundamental, sempre presente e (b) o completante, que é dado fático de apenas algumas tipologias de fatos jurídicos, servindo como acréscimo aos elementos estruturantes do núcleo. Ocorridos os elementos nucleares do suporte fático no mundo fenomênico, este será suficiente e o fato jurídico passará a existir. Cf.: MELLO, **Teoria do fato jurídico**: plano da existência, cit., 85-88; PONTES DE MIRANDA, **Tratado de direito privado**: negócios jurídicos. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, tomo III, p. 64-65.

¹⁴⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**: bens e fato jurídico. Atualizado por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, tomo II. p. 257.

considerados fatos jurídicos *stricto sensu* o nascimento, a morte, a idade, o parentesco, o aluvião, a aparição de ilha etc.¹⁴⁷

a.2) Atos-fatos jurídicos: são atos humanos, é dizer, produzidos pelo homem, mas que, no suporte fático (abstrato) da regra jurídica, considera-se como irrelevante a vontade na prática do ato, sendo eles tomados como fatos, portanto. Daí a expressão cunhada pelo autor alagoano – “ato-fato” –, a qual pode ser assim destrinchada: “*Actus* vem de ago, *agere*. Há movimento próprio, com *objetivo*, ou mesmo *fim (...)*” e “No *factum*, há, apenas, o ‘feito’; donde poder-se distinguir do fato a vontade (*distinguire voluntatem a facto*)”.¹⁴⁸ Outra passagem é esclarecedora: “Se esvaziamos os atos humanos de vontade (= se dela abstraímos = se a pomos entre parêntesis), se não a levamos em conta para a juridicização, o *actus é factum*, e como tal é que entra no mundo jurídico.”¹⁴⁹ Como exemplos, há a caça, a pesca, a tomada de posse ou aquisição de posse, o descobrimento do tesouro etc.¹⁵⁰

a.3) Atos-jurídicos *lato sensu*: são atos em que a vontade do homem é indispensável, daí ser essa tipologia “o campo psíquico dos fatos jurídicos”¹⁵¹. Marcos Bernardes de Mello diz que o ato jurídico *lato sensu* é “o fato jurídico cujo suporte fático prevê como seu cerne uma exteriorização consciente de vontade, que tenha por objeto um resultado juridicamente protegido ou não proibido e possível.”¹⁵² Eis as (sub)espécies:

¹⁴⁷ Às vezes, o evento previsto pelo suporte fático está ligado a um ato humano, como se dá no caso do nascimento de uma pessoa ou da morte causada pelo assassinato. Tais circunstâncias, porém, não alteram a tipologia do fato jurídico, uma vez que a qualidade de evento da natureza não é alterada, mormente porque, em casos semelhantes aos que foram mencionados, a presença de ato humano não é elemento essencial ou necessário para a existência do fato, mas apenas circunstancial. Cf.: PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, cit., tomo II, p. 257; MELLO, **Teoria do fato jurídico**: plano da existência, cit., p. 165).

¹⁴⁸ PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, cit., tomo II, p. 458.

¹⁴⁹ PONTES DE MIRANDA, **Tratado das Ações**, cit., tomo I, p. 12.

¹⁵⁰ Marcos Bernardes de Mello lembra que, no caso do ato-fato jurídico, a norma jurídica o recebe como avolitivo “abstraindo dele qualquer elemento volitivo que, porventura, possa existir em sua origem; não importa, assim, *se houve, ou não vontade* em praticá-lo.” (MELLO, **Teoria do fato jurídico**: plano da existência, cit., p. 168). O caso da especificação pode ser elucidativo, visto que Pontes de Miranda lembra que inclusive o absolutamente incapaz, isto é, mesmo alguém sem vontade para o direito, pode especificar. Assim é, porque o suporte fático da regra jurídica que prevê a especificação dá por irrelevante a vontade, muito embora exija ato humano (fato do homem) na “formação de *nova species*”; *trata-se*, portanto, de ato-fato jurídico. (PONTES DE MIRANDA, **Tratado de direito privado**, cit., tomo II, p. 467).

¹⁵¹ PONTES DE MIRANDA, **Tratado das ações**, cit., tomo I, p. 13.

¹⁵² MELLO, **Teoria do fato jurídico**: plano da existência, cit., p. 178.

a.3.1) Atos jurídicos *stricto sensu*: são tipos de atos jurídicos *lato sensu* em que “a vontade é sem escolha da categoria jurídica, donde certa relação de antecedente e conseqüente (sic), em vez de relação de escolha a escolhido.”¹⁵³ No caso, o suporte fático da regra jurídica prevê um ato humano volitivo (manifestação ou declaração de vontade), cujo efeito jurídico já está delimitado pela lei, sem que haja margem de escolha àquele que pratica o ato para escolher a categoria jurídica que ele queira. Como exemplos, há a interpelação para constituir o devedor em mora, a permissão de sublocar, a constituição de domicílio, o reconhecimento de paternidade etc. Em todos esses casos, o autor do ato não tem a liberdade para moldar os efeitos jurídicos, pois estes já estão definitivamente firmados em lei.

a.3.2) Negócios jurídicos: são tipos de atos jurídicos *lato sensu* em que o ordenamento jurídico dá liberdade ao sujeito, dentro de certos limites fixados em lei, para que ele escolha a categoria jurídica desejável, moldando o conteúdo eficaz.¹⁵⁴ Eis que, no suporte fático, há a previsão de uma manifestação ou declaração consciente de vontade endereçada à escolha, pelo sujeito, da sobredita categoria jurídica.¹⁵⁵ O melhor dos exemplos dessa subespécie são os contratos.

Por outro giro, a partir do segundo critério (b), Pontes de Miranda sustentou haver fatos jurídicos lícitos (b.1) e fatos jurídicos ilícitos (b.2), sendo ambos diferenciados porque enquanto aqueles têm por base o cumprimento do direito, estes últimos se caracterizam pela contrariedade ao direito. Daí ser possível dizer que aquelas espécies de fato jurídico *lato sensu* analisadas acima (a) podem ser lícitas ou ilícitas.

Nesse sentir, levando em conta ambos os critérios classificatórios eleitos (a e b), pode-se dizer que:

¹⁵³ PONTES DE MIRANDA, **Tratado das ações**, cit., tomo I, p. 13. Também: PONTES DE MIRANDA, **Tratado de direito privado**, cit., tomo II, p. 536.

¹⁵⁴ Pontes de Miranda, com isso, rompe com a visão doutrinária que diz que os efeitos do negócio decorrem da vontade; para ele, diferentemente, a vontade se endereça à escolha da categoria jurídica, mas dentre aquelas que a lei previamente fixou. Assim, “se alguns [efeitos jurídicos] resultaram de manifestações de vontade intra-autonômicas (= dentro da autonomia da vontade ou auto-regulação), nem por isso é menos o que as regras jurídicas cogentes concernentes à categoria não deixaram ao agente.” (PONTES DE MIRANDA, **Tratado de direito privado**, cit., tomo II, p. 536).

¹⁵⁵ Cf.: MELLO, **Teoria do fato jurídico**: plano da existência, cit., p. 225.

Os fatos jurídicos são: a) fatos jurídicos *stricto sensu*; b) fatos jurídicos ilícitos (contrários a direito), compreendendo fatos ilícitos *stricto sensu*, atos-fatos ilícitos, atos ilícitos (de que os atos ilícitos *stricto sensu* são espécie, como os atos ilícitos caducificantes), ora absolutos, ora relativos; c) atos-fatos jurídicos; d) atos jurídicos *stricto sensu*; e) negócios jurídicos.¹⁵⁶⁻¹⁵⁷

Atentando-se para esse excerto, impende frisar que há outras subclassificações utilizadas pelo jurista brasileiro para melhor explicar as espécies de fatos jurídicos (*lato sensu*) – como aquela que divide os ilícitos a partir do efeito jurídico que produzem, em indenizativos, caducificantes e invalidantes¹⁵⁸ –, mas a espinha dorsal classificatória da teoria ponteana é a que toma por base aqueles dois critérios indicados alhures (a e b), sendo o bastante, por ora.

1.5.2.3. Os três planos do mundo jurídico

Por derradeiro – e nem de longe menos importante –, é preciso aludir à divisão que Pontes de Miranda faz do mundo jurídico, o qual é seccionado em três planos fundamentais, que são distintos e autônomos entre si: existência, validade e eficácia.

Um fato jurídico ingressa no plano da existência quando, após a incidência da regra jurídica, ocorre o preenchimento de seu suporte fático de maneira suficiente.¹⁵⁹ Todas as espécies de fato jurídico (*lato sensu*) têm de passar pelo plano da existência para que, conforme o caso, cogite-se a respeito de sua validade ou de sua eficácia.

No que diz respeito à validade, não são todos os tipos de fato jurídico (*lato sensu*) que ingressam nesse plano do mundo jurídico. Ora, nem todas as espécies podem ser invalidadas, mormente se a vontade não lhes for elemento essencial; afinal, exemplificando, “Não se morre nulamente, nem anulavelmente, nem se nasce

¹⁵⁶ PONTES DE MIRANDA, **Tratado das ações**, cit., tomo I, p. 14.

¹⁵⁷ Em outro trecho, Pontes também lembra dos negócios jurídicos ilícitos: “Tanto há fatos (jurídicos) ilícitos *stricto sensu* e atos-fatos jurídicos ilícitos, como atos jurídicos *stricto sensu* e negócios jurídicos ilícitos”. (PONTES DE MIRANDA, **Tratado das ações**, cit., tomo I, p. 7).

¹⁵⁸ Nas palavras do mestre de Alagoas: “A ilicitude pode ser encarada como *juridicizante*, isto é, a) determinadora da entrada do suporte fático no mundo jurídico para a irradiação da sua eficácia responsabilizadora (art. 159), ou b) para a perda de algum direito, pretensão ou ação (*caducidade com culpa*, como se dá com o pátrio poder (art. 395 e Código Penal, arts. 92, II, 136, 244 e 246, e.g.), ou c) como *infratora culposa de deveres, obrigações, ações ou exceções*, tal como acontece com toda responsabilidade culposa contratual, ou como *nulificante* (art. 145,1).” (PONTES DE MIRANDA, **Tratado de direito privado**, cit., tomo II, p. 275, grifos do autor).

¹⁵⁹ Nos dizeres exatos do autor, “A questão da existência e da inexistência está, portanto, ligada à da insuficiência [...]” (PONTES DE MIRANDA, **Tratado de direito privado**, cit., tomo I, p. 184).

nulamente, ou anulavelmente.”¹⁶⁰ De maneira idêntica, impossível seria falar em validade do fato ilícito (*lato sensu*)¹⁶¹; seria uma contradição flagrante. Com efeito, transitam pelo plano da validade apenas os fatos jurídicos volitivos lícitos, como são o ato jurídico *stricto sensu* e o negócio jurídico. Nestes casos, apura-se se houve ou não o preenchimento sem deficiência do suporte fático do ato jurídico (*lato sensu*)¹⁶², o que requer a análise dos elementos complementares do suporte fático¹⁶³, vinculados ao sujeito, ao objeto ou à forma.

O terceiro plano do mundo jurídico, como se bem sabe, é o da eficácia. Nele pode ingressar qualquer tipo de fato jurídico (*lato sensu*). Aliás, a razão de existir de todos os fatos jurídicos, pode-se dizer, é que, ao menos um dia, eles adentrem no plano da eficácia e irradiem efeitos jurídicos, criando situações jurídicas com o mais vasto teor eficaz, como direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções. A regra é a produção de efeitos; para que isso ocorra, porém, fundamental é que se averigüe se o fato jurídico específico preencheu o traçado previsto pelo direito, até porque “o legislador, quanto à eficácia, tem tãda (sic) a liberdade”¹⁶⁴, daí ser possível dizer que “a regra jurídica e com ela, o sistema jurídico determinam desde onde e até onde se opera a eficácia dos fatos jurídicos, qual a sua qualidade e qual a sua intensidade.”¹⁶⁵⁻¹⁶⁶ Aqui, cumpre frisar que o plano da eficácia não está atrelado ao plano da validade, sendo perfeitamente possível haver

¹⁶⁰ PONTES DE MIRANDA, **Tratado de direito privado**, cit., tomo I, p. 96.

¹⁶¹ Marcos Bernardes de Mello esclarece que “Em relação aos ilícitos, seria um contrassenso a aplicação da nulidade, uma vez que resultaria em benefício àquele que o praticou. Apesar disso, o ato nulo é um ato que, normalmente, seria válido, mas que, em razão de deficiência em elemento de seu suporte fático, torna-se ilícito (= ilícito invalidante). Em rigor, o ato jurídico inválido já por si só é ato ilícito [...]” (MELLO, **Teoria do fato jurídico: plano da existência**, cit., p. 136).

¹⁶² “O suporte fático precisa ser suficiente, para que sobre ele incida a regra jurídica (= entre aquele, como fato, no mundo jurídico). Mas pode ser *suficiente* e ser *deficiente*.” (PONTES DE MIRANDA, **Tratado de direito privado**, cit., tomo I, p. 196, grifos do autor).

¹⁶³ Além dos elementos nucleares, o suporte fático de uma regra jurídica pode apresentar elementos complementares, os quais – caindo na obviedade – complementam o núcleo (não o constitui). Assim sendo, os elementos complementares funcionam como pressupostos de validade ou de eficácia dos atos jurídicos *lato sensu*. Um exemplo é a capacidade de agir, que complementa o núcleo ao qualificar o sujeito. Cf.: MELLO, **Teoria do fato jurídico: plano da existência**, cit., p. 88-89; PONTES DE MIRANDA, **Tratado de direito privado**, cit., tomo III, p. 65-74.

¹⁶⁴ PONTES DE MIRANDA, **Tratado de direito privado...**, cit., tomo V, p. 60.

¹⁶⁵ *Ibid.* p. 63.

¹⁶⁶ Quanto aos atos jurídicos *lato sensu*, por exemplo, dada a permissão da lei, deve-se investigar a presença ou não de “determinações inexas” (como a condição e o termo), que podem subordinar a eficácia jurídica de acordo com a vontade do sujeito. Cf.: PONTES DE MIRANDA, **Tratado de direito privado...**, cit., tomo V, 159-160.

ato jurídico (*lato sensu*) inválido, mas eficaz; bem como ato jurídico (*lato sensu*) válido, porém ineficaz.¹⁶⁷⁻¹⁶⁸

Em linhas sintéticas, eis a teoria de Pontes de Miranda sobre o fato jurídico. Certamente, em outros momentos desta dissertação, alguns adendos serão feitos, bem como se retornará a algum ponto aqui já indicado, mas, para o estágio presente, respeitando os limites deste trabalho e as pretensões deste capítulo inaugural, explanou-se o suficiente.

Passa-se, agora, a analisar como os “processualistas ponteanos” aproveitaram essas ideias no direito processual.

1.5.3. A construção da definição de “fato jurídico processual” pela “doutrina ponteana” do processo

Com o início, no ano de 2006, na Universidade Federal da Bahia, do grupo de pesquisa denominado “Teoria contemporânea da relação jurídica processual: fato, sujeitos e objeto”, começou-se a investigar o que se chamou, por uma das linhas, de “Teoria do Fato Jurídico Processual”. Assim, trabalhos foram publicados¹⁶⁹ no sentido de adequar a teoria de Pontes de Miranda, difundida e atualizada por Marcos Bernardes de Mello, ao processo.

¹⁶⁷ “Há fatos jurídicos que são ineficazes, sem que a respeito deles se possa discutir validade ou invalidade. De regra, os atos jurídicos nulos são ineficazes; mas, ainda aí, pode a lei dar efeitos ao nulo.” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**: validade, nulidade, anulabilidade. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Editoraa Revista dos Tribunais, 2012, tomo IV. p. 67.)

¹⁶⁸ Sobre o cruzamento dos planos do mundo jurídico, Marcos Bernardes de Mello afirma ser possível, aos negócios jurídicos e atos jurídicos *stricto sensu*: (a) existir, ser válido e eficaz; (b) existir, ser válido e ineficaz; (c) existir, ser inválido e eficaz; (d) existir, ser inválido e ineficaz. Quanto ao fato jurídico *stricto sensu*, ao ato-fato jurídico e ao fato ilícito *lato sensu*, é possível: (e) existir e ser eficaz e (f) existir e ser ineficaz. (MELLO, **Teoria do fato jurídico**: plano da existência, cit., p. 133-134).

¹⁶⁹ Destacam-se: BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano de existência. In: **Revista de processo**. São Paulo: Revista dos tribunais, n. 148, junho de 2007, p. 293-320; DIDIER, Fredie Jr. A invalidação dos atos processuais no processo civil brasileiro. In: **Revista Jurídica**. Sapucaia do Sul: Notadez, ano 58, nº 395, setembro de 2010, p. 49-77; DIDIER JR., Fredie, EHRHARDT JR., Marcos (coord.). **Revisitando a teoria do fato jurídico** – homenagem a Marcos Bernardes de Mello. São Paulo: Saraiva, 2009; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Situações jurídicas processuais. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). **Teoria do processo** – panorama doutrinário mundial – segunda série. Salvador: Juspodivm, 2010; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios jurídicos processuais**: análise dos provimentos judiciais como atos negociais. 2011. 243 f. Tese (Doutorado em direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador; DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. 2ª edição. Salvador: editora Juspodivm, 2011.

A ideia do grupo foi a de que “fato jurídico” é conceito lógico-jurídico e, portanto, aplicável a todo e qualquer ramo do direito, na medida em que diz respeito à estrutura do fenômeno jurídico, e não ao seu conteúdo propriamente dito.¹⁷⁰

De fato, a premissa fundamental foi a de que o “fato jurídico” é assunto atinente à Teoria Geral do Direito¹⁷¹, podendo ser encampado também pelo processo. Ora, como ensina Marcos Bernardes de Mello, “(...) nada acontece no mundo jurídico senão como um produto do *fato jurídico*, seja em que ramo da Ciência Jurídica for.”¹⁷² Com motivo, outros estudiosos¹⁷³ passaram a trabalhar o processo à luz da teoria pontesiana.

¹⁷⁰ A expressão “conceito lógico-jurídico” é empregada, aqui, no sentido utilizado por Fredie Didier Jr. em sua tese de livre docência. No caso, o termo foi extraído da obra de Arthur Kaufmann – o qual também lançou mão, indistintamente como sinônimas, das locuções “conceito jurídico próprio” e “conceito jurídico categorial” –, sendo que Didier Jr. também maneja a expressão “conceito jurídico fundamental”, por inspiração de Lourival Vilanova. Pois bem, essas expressões designam um conceito construído a partir da observação do fenômeno jurídico em geral e funcionam como premissa fundamental para a compreensão do direito, por dizerem respeito à estrutura das manifestações jurídicas. Tratam-se de conceitos formais, lógicos, que independem de contingências de dado direito positivo. Conceitos como “fato jurídico”, “relação jurídica”, “dever jurídico”, “direito subjetivo” e afins são lógico-jurídicos, articulados pela teoria geral do direito e aplicáveis em qualquer realidade normativa, mormente para a compreensão dos enunciados legislativos e do discurso dos juristas. Contrapõem-se aos denominados “conceito jurídico-positivos”, os quais são construídos a partir da observação de uma realidade normativa específica e, assim, são aplicáveis nos contornos dessa mesma realidade. Tratam-se estes últimos de conceitos que variam de ordenamento jurídico para ordenamento jurídico, criados pelo homem em certo lugar e para dado momento histórico. Como exemplos destas espécies, cita-se o conceito de “recurso ordinário”, ou de “preclusão”, ou de “incompetência relativa do juízo”, conceitos que não designam o mesmo fenômeno em todo e qualquer ordenamento jurídico, podendo, inclusive, sequer existir em dada localidade. Cf.: DIDIER JR., Fredie. **Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida**. 3ª edição atualizada. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 48-63; KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito**. Antônio Ulisses Cortês (trad.). 2ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 146; VILANOVA, Lourival. O conceito de Direito. In: _____. **Escritos jurídicos filosóficos**. São Paulo: Axis Mundi/ IBET, 2003. v.1. p. 10.

¹⁷¹ O próprio Pontes de Miranda enquadrava as suas ideias sobre o fato jurídico nos contornos da teoria geral do direito, do contrário, não teria ele situado os seus escritos a respeito da incidência e aplicação da regra jurídica nesse plano: “A incidência da lei independe da sua aplicação; sem aqui trazermos à balha que os homens mais respeitam do que desrespeitam as leis, ou que as sanções são menos frequentes que as observâncias (e.g., E. Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, 17), porque, então, estaríamos no plano tático (físico) da sociologia do direito, em vez de nos mantermos no plano lógico da teoria geral do direito.” (PONTES DE MIRANDA, Tratado de direito privado, cit., tomo I, p. 69-70).

¹⁷² MELLO, **Teoria do fato jurídico**: plano da existência, cit., p. 28.

¹⁷³ Não são poucas as publicações recentes que trabalham, no âmbito do direito processual, com a teoria do fato jurídico pensada por Pontes de Miranda e difundida por Marcos Bernardes de Mello, podendo ser citados, exemplificativamente: SENRA, Alexandre. A teoria do fato jurídico e o conceito de coisa julgada. **R. do Instituto de Hermenêutica Jur.** – RIHJ | Belo Horizonte, ano 12, n. 16, p. 13-32, jul./dez. 2014; CUNHA, Leonardo Carneiro da. A contumácia das partes como ato-fato processual. In: DIDIER JR., Fredie; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Org.). **Pontes de Miranda e o direito processual**. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 635-648; GOMES, Danilo Heber. O plano de existência do processo: um estudo dos pressupostos processuais à luz da teoria do fato jurídico. In: DIDIER JR., Fredie; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Org.). **Pontes de Miranda e o direito processual**. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 307-324; GOMES, Danilo Heber. **Ato processual**

Por ser fruto de uma investigação recente, é natural que a tal “teoria do fato jurídico processual” se aperfeiçoe ao longo dos anos. Aliás, na própria definição do conceito de “fato jurídico processual” já se mostra perceptível um caminhar de amadurecimento. É o que se notará nas linhas seguintes.

1.5.3.1. A definição conceitual de “fato jurídico processual” de Paula Sarno Braga e de Fredie Didier Jr.

No ano de 2007, a processualista Paula Sarno Braga publicou o artigo denominado “Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano de existência”.¹⁷⁴ Este foi o trabalho pioneiro, pelo que se tem notícia, a importar para o direito processual a teoria do fato jurídico de Pontes de Miranda.

É possível perceber que Paula Sarno Braga adotou a diretriz ponteana para definir o conceito do que denominou de “fato jurídico processual (em sentido amplo)”, como sendo o “*fato ou complexo de fatos que, juridicizado pela incidência de norma processual, é apto a produzir efeitos dentro do processo*”.¹⁷⁵

A proposta evidencia um rompimento com as teorias clássicas, já que a autora baiana passou a destacar ser despidendo analisar a “sede”, os efeitos ou, mesmo, a autoria de qualquer ato (ou fato) para conferir a ele “processualidade”. Considerou-se, apenas, que a processualidade depende tão somente de previsão no suporte fático de norma jurídica processual.

Por oportuno, registra-se que, na versão de 2008, consta no “Curso de Direito Processual Civil”, de Fredie Didier Jr., ideia alinhada a que acima se expôs. Para ele, “o ato jurídico ganha o qualificativo de processual quando é tomado como *fattispecie* (suporte fático) de uma norma jurídica processual”.¹⁷⁶

(in)existente. Curitiba: Juruá Editora, 2013; LIMA, Bernardo Silva de. Sobre o negócio jurídico processual. In: DIDIER JR., Fredie; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Org.). **Pontes de Miranda e o direito processual**. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 115-123; TRIGUEIRO, Victor Guedes. Teoria dos ilícitos processuais civis – plano da existência. In: DIDIER JR., Fredie, EHRHARDT JR., Marcos (coord.). **Revisitando a teoria do fato jurídico** – homenagem a Marcos Bernardes de Mello. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 655-680.

¹⁷⁴ BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano de existência. In: **Revista de processo**. São Paulo: Revista dos tribunais, n. 148, junho de 2007, p. 293-320

¹⁷⁵ Ibid. (grifos da autora).

¹⁷⁶ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 10ª edição. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 243.

Também de modo a rechaçar a concepção de que a processualidade depende da prática do ato na sede do processo (procedimento), Didier assumiu a distinção entre atos do processo e atos processuais, sendo estes últimos um gênero, e aqueles primeiros uma espécie.¹⁷⁷ Explica-se: os atos processuais (gênero) nem sempre mantêm uma relação de pertencimento ao procedimento, podendo constituir-se dentro ou fora do processo; os atos do processo (espécie), porém, compõem a cadeia de atos do procedimento, é dizer, perfazem-se dentro do caminhar procedimental.¹⁷⁸ Com isso, fica estabelecido importante fundamento para que sejam admitidos os negócios processuais (extraprocedimentais) e os fatos jurídicos processuais em sentido estrito.

Diante do que aqui se expôs, fica claro que tanto Paula Sarno Braga quanto Fredie Didier Jr. assumiram uma definição bastante ampla de fato jurídico processual, razão pela qual – conforme se verá ainda neste primeiro capítulo – até mesmo a classificação dos fatos jurídicos proposta por Pontes de Miranda foi incorporada por eles no âmbito do processo civil.

1.5.3.2. *A definição conceitual de “fato jurídico processual” de Pedro Henrique Pedrosa Nogueira*

Outro evento marcante para o estudo do fato jurídico processual sob a perspectiva da teoria de Pontes de Miranda foi a defesa da tese de doutoramento de Pedro Henrique Pedrosa Nogueira, em 2011, com o título “Negócios Jurídicos Processuais: análise dos provimentos judiciais como atos negociais”.¹⁷⁹

No mencionado trabalho, o autor, com vistas a explicar o conceito de negócio jurídico processual, transita pela teoria ponteana do fato jurídico e acaba, por sua vez, por confeccionar uma substancial adequação que, pode-se dizer, perfez-se num bem elaborado “esboço” de teoria geral do fato jurídico processual.

¹⁷⁷ Essa distinção também pode ser verificada em escritos de outros autores, cf.: CÂMARA, Alexandre Freitas. Atos processuais. In: **Escritos de direito processual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 90; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Curso de processo civil**. São Paulo: Atlas, 2010, v.1. p. 282-283.

¹⁷⁸ Ibid. 243.

¹⁷⁹ A tese em questão foi, *a posteriori*, publicada em formato de livro, o qual já está na segunda edição. Cf. NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais**. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. Salvador: Juspodivm, 2017.

Deveras, as reflexões de Pedro Henrique Pedrosa Nogueira se acresceram às de Paula Sarno Braga e de Fredie Didier Jr., mas com algumas inovações, as quais podem ser consideradas um importante salto no estudo.

Para o jovem processualista de Alagoas, numa primeira aproximação, é possível “afirmar que os fatos jurídicos processuais estão previstos, abstratamente, em normas jurídicas processuais”¹⁸⁰ – assertiva que ressalta a importância da ideia de norma processual para a definição do conceito “fato jurídico processual”.

Todavia, um problema – que afetará a definição conceitual – é identificado no trabalho: “Nem tudo que se insere no suporte fático das normas processuais deve ser categorizado como ato ou como fato processual”.¹⁸¹ Isso, porque, em se tratando de princípio jurídico processual, pode ser que no suporte fático não haja ato ou fato processual – “assim considerado aquele capaz de gerar efeitos jurídicos processuais (situações jurídicas processuais, mais precisamente)”¹⁸² –, como ocorre, segundo o autor, no caso do princípio do juiz natural. Assim sendo, entende-se que o critério da natureza jurídica da norma não pode ser considerado isoladamente para definir ato ou fato jurídico processual; é preciso algo mais.

O *plus* está no suporte fático da norma jurídica processual, pois, de acordo com a percepção de Pedro Nogueira, coloca-se como elemento completante do núcleo do suporte fático a existência de um procedimento a que o fato jurídico processual se refira. “Sem a pendência do procedimento, portanto, pode até haver fato jurídico (*lato sensu*), mas não há fato jurídico processual”. Com efeito, “A processualidade fica condicionada ao surgimento (que poderá ser anterior, concomitante ou posterior ao fato) de um procedimento a que se refira o fato (manifestação de vontade, conduta, ou simples evento).”¹⁸³

É assim que o jurista explica a natureza jurídica da convenção sobre competência territorial, a qual só será adjetivada de processual quando a demanda a que se refere o negócio vier a ser proposta; antes disso, não há efeitos processuais; o suporte fático da norma processual se compõe, apenas, quando da existência do procedimento previsto na convenção. De igual modo, a procuração com poderes para o foro só se perfaz num negócio processual quando da existência do

¹⁸⁰ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios jurídicos processuais**: análise dos provimentos judiciais como atos negociais. 2011. 243 f. Tese (Doutorado em direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador. p. 47.

¹⁸¹ Ibid. p. 48.

¹⁸² Ibid. p. 48.

¹⁸³ Ibid. p. 52.

procedimento ao qual ela se refira, antes disso é instituto de direito material (negócio jurídico unilateral de outorga de poderes).

Nessa esteira, assim conclui o processualista:

[...] os fatos jurídicos *lato sensu* processuais, podem ser definidos como os eventos, abrangendo manifestações de vontade, condutas e fenômenos da natureza, contemporâneos a um procedimento a que se refiram, descritos em normas jurídicas processuais.¹⁸⁴

Diante dessa coerente argumentação, Fredie Didier Jr. passou a aderir a nova definição conceitual. Prova disso foi que escreveu, em coautoria com Pedro Nogueira, a obra “Teoria dos fatos jurídicos processuais”, em que ele assume a proposta feita pelo alagoano, vindo a reproduzi-la, também, em seu Curso de Direito Processual Civil.¹⁸⁵

1.5.3.3. *As tipologias de “fato jurídico processual”*

Assumida a definição de Pedro Henrique Pedrosa Nogueira como a mais sofisticada até aqui construída pelos “processualistas ponteanos”, tem-se que a opção definidora eleita representa um rompimento com as concepções da doutrina tradicional, mormente porque aquelas limitações outrora verificadas – como a exigência de produção de efeitos diretos na relação processual ou no processo, ou a exigência de que o ato ocorra na sede do procedimento, ou a restrição da prática do ato por um rol de sujeitos etc. – foram deixadas de canto.

Com efeito, passou-se a admitir a existência de fatos jurídicos processuais *stricto sensu*, atos-fatos processuais, atos processuais *stricto sensu* e negócios jurídicos processuais. Todos esses, levando em conta o critério do elemento cerne do suporte fático, tal qual defendido por Pontes de Miranda, mas claro, sem desprezar que, na seara do direito processual, a norma jurídica que incide é de direito instrumental.

Também, com base no critério da contrariedade ou não ao direito, foi incorporada a ideia de fatos jurídicos processuais ilícitos, muito embora sobre tal tipologia não se tenha, ainda, promovido grandes desenvolvimentos.

¹⁸⁴ Ibid. p. 53.

¹⁸⁵ Cf. DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17ª edição revista, ampliada e atualizada. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1. p. 373-374.

Ademais, os tipos de fato jurídico processual (*lato sensu*) passaram a ser analisados sob a perspectiva da tríplice divisão do mundo jurídico (existência, validade e eficácia), sendo promovidos os ajustes necessários ao direito processual.

Como esses assuntos serão objeto de análise e de maiores comentários em capítulos futuros, cabe, por aqui, apenas fazer menção a eles, de modo a evidenciar o novo paradigma sugerido pela citada nova geração de estudiosos. Oportunamente, os temas serão retomados.

1.6. FECHAMENTO DO CAPÍTULO: O PROBLEMA LEVANTADO NO PRESENTE TRABALHO

Ante a tudo o que se observou, pode-se dizer que há uma tendência entre os processualistas do Brasil em assumir os pressupostos da teoria dos fatos jurídicos de Pontes de Miranda (com as atualizações promovidas por Marcos Bernardes de Mello), aplicando-os ao direito processual. Está-se, portanto, a desenvolver o que se tem denominado de “teoria dos fatos jurídicos processuais”.¹⁸⁶

Feita essa constatação, uma dúvida surge, bem na origem: é possível compatibilizar a “teoria dos fatos jurídicos processuais” com o processo civil, em sua atual fase? Eis o problema central que esta dissertação visa a responder.

Nesse espeque, é preciso sublinhar o corte: muito embora os “processualistas ponteanos” estejam a sustentar uma “teoria dos fatos jurídicos processuais” aplicável a todo e qualquer processo (civil, penal, trabalhista, administrativo etc.), o foco desta dissertação será o processo civil (teoria geral do processo civil e dogmática processual civil); apenas subsidiariamente e com objetivo exemplificativo, é que será feita menção à ramificação processual distinta.

Todavia, essa incisão metodológica, obviamente, não quer significar o abandono dos conceitos fundamentais da teoria do direito e da teoria geral do processo; muito pelo contrário, tais conceitos lógico-jurídicos servirão como base

¹⁸⁶ Como pioneiros nessa vertente, apontam-se os professores Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Pedro Henrique Pedrosa Nogueira, razão pela qual serão os seus escritos a respeito do assunto a fonte bibliográfica mais relevante desta dissertação, juntamente com as obras de Pontes de Miranda e de Marcos Bernardes de Mello. Não serão desprezados, porém, outros autores que assumem as premissas ponteanas, bem como aqueles que procedem com as críticas à referida construção teórica. Estes últimos, diga-se de passagem, serão de fundamental relevância para que se resolva, com a reflexão devida, o problema central do trabalho.

para se analisar conceitos jurídico-positivos próprios da realidade processual civil brasileira.

Ademais, o foco da análise comparativa será sobre o que se firma como sendo as três partes estruturantes da teoria dos fatos jurídicos processuais, a saber, (i) a noção de incidência automática e infalível da norma processual, (ii) a classificação dos fatos jurídicos processuais, tendo por base os critérios estabelecidos por Pontes de Miranda, focalizados no suporte fático da norma jurídica e (iii) a tripartição do mundo jurídicos em existência, validade e eficácia

Firmadas essas premissas, é preciso avançar.

Para que se responda à indagação central deste trabalho indicada linhas atrás, outras questões precisam ser analisadas preliminarmente: (i) qual é a fase atual do processo civil? e (ii) quais as implicações dessa fase no estudo do direito processual civil?

A resposta a estes últimos questionamentos se mostra indispensável para se saber as possibilidades de aplicação da teoria dos fatos jurídicos processuais ao processo civil contemporâneo. Eis a razão fundante do capítulo que se segue.

CAPÍTULO 2: UM COTEJO NECESSÁRIO: A TEORIA DO FATO JURÍDICO PROCESSUAL E A ATUAL FASE DO PROCESSO CIVIL

2.1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

A virada do praxismo para a fase autonomista possibilitou o desenvolvimento dos estudos processuais, inaugurando-se um período de construção teórica de vários institutos próprios da ciência processual. Foi, portanto, a certidão de nascimento do processo, sem a qual nenhuma teoria processual poderia ser, a *posteriori*, desenvolvida. Como assentado, só se poderia especular a respeito de fatos processuais, ainda que num olhar mais estreito sobre os atos processuais, com a autonomia do processo.

Todavia, aproximadamente um século e meio após a inauguração da fase dita científica (processualística), não sobra margem para dúvida que o processo não é mais analisado sob as premissas e metodologias presentes naquela época. As sociedades mudaram, o Estado mudou junto com as suas finalidades, a dinâmica do poder se modificou, a cultura não é mais a mesma e, em consequência, todo o fenômeno jurídico – resultado de um caldo cultural como é –, incluindo o processo, também passou a ter roupagem diversa.¹⁸⁷

Evidentemente, o direito processual apresenta estruturação técnico-formal, mas isso não afasta “o caráter cultural das opções técnicas eleitas para a conformação do próprio processo”¹⁸⁸. Nas palavras de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira¹⁸⁹, “a estrutura mesma do processo civil depende dos valores adotados” e,

¹⁸⁷ Especificamente falando do processo, Galeno Lacerda coloca esse instrumento como um fato social no qual “se reflete tôda (sic) uma cultura, considerada como o conjunto de vivências de ordem espiritual e material, que singularizam determinada época de uma sociedade. Costumes religiosos, princípios éticos, hábitos sociais e políticos, grau de evolução científica, expressão de indivíduo na comunidade, tudo isto, enfim, que define a cultura e a civilização de um povo, há de retratar-se no processo, em formas, ritos e juízos correspondentes.” (LACERDA, Galeno. *Processo e Cultura. Revista de Direito Processual Civil*, v. 2, n. 3, p. 74-86, jul./dez. 1961. p. 75).

¹⁸⁸ MITIDIERO, Daniel Francisco. *Colaboração no Processo Civil*: Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos. 3ª ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2015. P. 23.

¹⁸⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 2ª ed. rev. e acrescida de apêndice. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 74.

como se bem sabe, a escolha desses valores se dá por opção política, a qual variará a depender do curso histórico-cultural de uma dada comunidade.

Com efeito, alterando-se os ideais, os valores, os objetivos de um povo, o processo também será realinhado e, com ele, as teorias que lhe digam respeito precisarão ser reajustas. Daí as precisas palavras de Fredie Didier Jr., ao comentar as enormes modificações metodológicas por que passaram as ciências jurídicas propedêuticas, a partir da metade do século XX: “A Teoria Geral do Processo, como parcela da Teoria Geral do Direito, não poderia ficar imune a essas mudanças”.¹⁹⁰ Aliás, mesmo o direito processual positivo, muito influenciado pela ideologia de seu tempo, não ficaria estático e aprisionado no passado.

Por oportuno, a pergunta que se faz é: em qual fase se encontra a teoria do processo? A resposta a essa indagação se mostra fundamental para o avançar do presente trabalho, uma vez que uma teoria do fato jurídico processual sadia (parte da teoria geral do processo, como é), mormente se aplicada ao processo civil brasileiro (direito objetivo), precisa alinhar-se ao estágio da contemporaneidade.

Este capítulo visa a especificar a fase metodológica do processo civil (enquanto ciência) que se vive, a fim de levantar indagações a respeito das eventuais implicações deste novo momento sobre a teoria dos fatos jurídicos processuais e sobre as condições de aplicabilidade da referida teoria ao direito processual civil (positivo).

2.2. O DECLÍNIO DA PROCESSUALÍSTICA E A ASCENSÃO DO INSTRUMENTALISMO COMO METODOLOGIA DE ENFRENTAMENTO COM O PROCESSO CIVIL

Segundo Cândido Rangel Dinamarco¹⁹¹, existem três fases metodológicas da ciência processual civil, a saber, a sincrética, a autonomista e a instrumentalista. Por ora, esta dissertação seguirá a trilogia proposta pelo professor paulista, mas, em momento oportuno (ainda neste segundo capítulo), mostrar-se-á que uma quarta fase precisa ser incluída (a do formalismo-valorativo).

¹⁹⁰ DIDIER JR., Fredie. **Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida**. 3ª edição atualizada. Salvador: editora Juspodivm, 2016. p. 157.

¹⁹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 4ª edição, revista, atualizada e com remissões ao Código Civil de 2002. São Paulo: Malheiros, 2004, v. 1. p. 254.

Como no primeiro capítulo desta dissertação já se dispôs a respeito da saída do período sincrético para o período autonomista do processo, por agora, é importante assentar os motivos que levaram a processualística a dar lugar ao instrumentalismo.

2.2.1. Os problemas ínsitos à fase processualística: o declínio da fase cientificista do processo

De fato, no período processualístico, os estudiosos do direito processual promoveram enorme cientificização do processo, o que possibilitou o grande desenvolvimento do referido objeto de estudo.

Entretanto, a postura autonomista como método científico¹⁹², aqui e acolá, mostrou-se tão radical – no sentido de afastar o instrumento em relação ao direito material – que o processo, teoricamente muito bem construído, acabou ficando um tanto quanto distanciado da realidade, transvestindo-se de mera técnica, com alto realce jurídico-teórico, mas com baixo teor de praticidade.¹⁹³

Deveras, a fase autonomista surge com os influxos ideológicos do Estado Liberal,¹⁹⁴⁻¹⁹⁵ em que o juiz era visto como um burocrata, colocando-se na passiva

¹⁹² MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 19.

¹⁹³ Consoante Daniel Mitidiero, “esse clima processualista acabou por isolar demasiadamente o direito processual civil do direito material e da realidade social. Paulatinamente, o processo passa a perder o seu contato com os valores sociais. Quanto mais precisos ficavam os seus conceitos, quanto mais elaborada as suas teorias, mais o processo se distanciava de suas finalidades essenciais”. (MITIDIERO, Daniel Francisco. **Colaboração...**, cit., p. 34).

¹⁹⁴ O Estado Liberal, resultado de uma experimentação histórica ocorrida com destaque na Revolução Francesa, surge como um autêntico guardião das liberdades individuais. A burguesia, que se colocava como oprimida, sem direitos políticos no Antigo Regime (apesar de deter poderio econômico), foi a classe que formulou os princípios filosóficos de uma revolta social apta de garantir liberdade, igualdade e fraternidade – grandes lemas do movimento. E esses pensamentos foram disseminados por toda a sociedade, fazendo com que eles se tornassem ideais comuns de uma massa que pertencia ao corpo social. Entretanto, a partir de quando se apodera do poder político, a burguesia evidencia não desejar manter universais os princípios que apregoava como apanágio de todos os homens; só no plano formal a nova classe dominante os sustentava. Eis que o Estado Liberal clássico surge como uma contradição interna gritante. (BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 8ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 42-44)

¹⁹⁵ O Estado Liberal assume “o pressuposto teórico das três separações: a separação entre a política e a economia, a separação entre o Estado e a Moral e a separação entre o Estado e a sociedade civil. A partir daí, estrutura-se o Estado Liberal pelos direitos fundamentais, concebidos como esferas de autonomia a preservar a intervenção do Estado, pela divisão de poderes, que assegurar o predomínio do corpo legislativo (pelo império da lei e pelo princípio da legalidade) e da força social que o hegemoniza, ou seja, a burguesia. Nesse sentido, o direito era identificado pela lei e sua titularidade era exclusiva do legislador, o qual ‘aparecia como único protagonista da juridicidade,

posição de promover silogismos mecanicistas,¹⁹⁶⁻¹⁹⁷ aplicando-se o direito presente no texto dos códigos (pretensiosamente) completos,¹⁹⁸⁻¹⁹⁹ como que num cálculo matemático (lógica apodítica), e de maneira avalorativa, bem condizente com as ideias positivistas²⁰⁰⁻²⁰¹ vigentes, que apregoavam a separação do direito face à moral e à política.

Nesse período, é que se cria o dogma da lei, como fonte única e exclusiva do direito,²⁰² bem como se constrói o dogma da subsunção, como técnica aplicativa da

com preterição e quase total sacrifício do juiz', que nada mais era do que a boca da lei." (ESPINDOLA, Ângela Araújo da Silveira; RAATZ DOS SANTOS, Igor. O processo civil no Estado Democrático de Direito e a releitura das garantias constitucionais: entre a passividade e o protagonismo judicial. **Revista Eletrônica Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí-SC, v. 16, n. 02, 2011. p. 154.)

¹⁹⁶ Sobre a concepção mais extremada (e ultrapassada) de um Judiciário ideologicamente alinhado com o formalismo jurídico (excessivo), Vitalius Tumonis: "*the courts are huge syllogism machines, operating by mechanical deduction*" ("os tribunais são imensas máquinas silogísticas, que operam mediante deduções mecânicas", cf. TUMONIS, Vitalius. Legal realism & judicial decision-making. **MRUNI**, Lituânia, 8 de outubro de 2016, Jurisprudence/ article, p. 1363. Disponível em: <<https://www3.mruni.eu/ojs/jurisprudence/article/view/107>>. Acesso em 15 de janeiro de 2015, tradução nossa).

¹⁹⁷ François Ost chama esse modelo de "Direito Jupiteriano". Ao Juiz Júpiter cabia a função de aplicar o "perfeito" direito contido nos códigos. Era como se a lei fosse sagrada, oriunda de um plano transcendente. Cf. OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. In: **Revista sobre enseñanza del Derecho**, Buenos Aires, ano 4, nº 8, p. 101-130, 2007.

¹⁹⁸ "Por 'completude' entende-se a propriedade pela qual um ordenamento jurídico [ou, especificamente, um código] tem uma norma para regular qualquer caso. Uma vez que a falta de uma norma se chama geralmente 'lacuna' (num dos sentidos do termo 'lacuna'), 'completude' significa falta de 'lacunas'. Em outras palavras, um ordenamento é completo quando o juiz pode encontrar nele uma norma para regular qualquer caso que se lhe apresente, ou melhor, não há caso que não possa ser regulado com uma norma tirada do sistema." (BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10ª edição. Brasília: editora UNB, 1999. p. 115).

¹⁹⁹ No que tange aos códigos oitocentistas, a ideia de completude se fazia presente. Prevalencia a ideia de que "todos os conflitos sociais devem achar resposta no código, que regula exaustivamente a matéria que tem como objeto, sem qualquer lacuna; tem eficácia onicompreensiva." (TIMM, Luciano Benetti. "Descodificação", constitucionalização e descentralização no direito privado: o código civil ainda é útil? In: **Revista de direito privado**, nº 27. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./ set., 2006. p. 227).

²⁰⁰ Sobre o positivismo jurídico, precisa é a síntese formulada por Luís Roberto Barroso: "Correndo o risco das simplificações redutoras, é possível apontar algumas características essenciais do positivismo jurídico: (i) a aproximação quase plena entre Direito e norma; (ii) a afirmação da estatalidade do Direito: a ordem jurídica é una e emana do Estado; (iii) a completude do ordenamento jurídico, que contém conceitos e instrumentos suficientes e adequados para solução de qualquer caso, inexistindo lacunas; (iv) o formalismo: a validade da norma decorre do procedimento seguido para a sua criação, independentemente do conteúdo. Também aqui se insere o dogma da subsunção, herdado do formalismo alemão." (BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro. In: **Revista da EMERJ**, v. 4, n. 15, 2001. p. 29-30).

²⁰¹ Atente-se para as peculiaridades do positivismo kelseniano, o qual, longe de ser legalista, conferia papel criativo ao Judiciário. Daí Kelsen dizer que "a função judicial é, como a legislação, tanto criação quanto aplicação de Direito." (KELSEN, Hans. **Teoria geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 196).

²⁰² Cf. CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o "legislador", a "sociedade" e o "juiz" ou entre "sistema", "função" e "problema": os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. In: **Boletim da Faculdade de direito da Universidade de Coimbra**. Vol. LXXIV [separata], 1998. p. 19.

norma emanada pelo Estado (única e exclusivamente pelo Poder Legislativo) capaz de salvaguardar a segurança jurídica.²⁰³

Sob uma acepção legalista mais extremada, texto e norma se confundiam,²⁰⁴ evidenciando uma clara negativa de qualquer papel criativo dos julgadores (juiz como mera boca da lei – *la bouche qui prononce les paroles de la loi*).²⁰⁵

No que era pertinente à relação entre juiz e as partes, havia assimetria. O brocardo *da mihi factum dabo tibi jus*²⁰⁶ significava que as partes deveriam levar os fatos ao juiz, e este deveria promover o encaixe dos fatos à norma, a qual era conhecida pelo Judiciário (*Iura novit curia*²⁰⁷).²⁰⁸ A noção de processo como instrumento de trabalho cooperativo inexistia. Sobre o assunto, Carlos Alvaro de Oliveira assim explica:

Na conceituação tradicional, o princípio *iuria novit curiae* não só impõe ao juiz conhecer o direito e investigá-lo de ofício, caso não o conheça, mas torna também o órgão judicial totalmente independente na sua aplicação, desvinculando-o dos pedidos e alegações das partes a respeito. Nem a aceitação da existência de determinada norma jurídica, nem a investigação de seu sentido e conteúdo, nem a subsunção dos fatos introduzidos no processo podem ser impostos pelas partes ao juiz. Assim, mesmo que acordes aquelas quanto à validade de determinado negócio, proposta a demanda, é lícito ao órgão judicial, em face da sua natureza jurídica, examinar ainda contra a vontade dos interessados se ocorreu violação aos bons costumes ou à boa-fé ou se seria usurário. De tal sorte, um acordo das partes sobre o julgamento de caráter jurídico não deve ser vinculante para o juiz. O tribunal pode, assim, extrair do material fático trazido pelas partes conclusões jurídicas não aportadas por elas aos autos.²⁰⁹

²⁰³ Cf. BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 131-134.

²⁰⁴ Kaufman lembra de um pensamento típico da época, manifesto na obra de Feurbach: “O juiz, dizia ele, deve estar vinculado às ‘rígidas, nuas letras da lei; a sua actividade (sic) não deve ser outra que não a de comparar o caso concreto com essas letras e, sem ter em conta o sentido e o espírito da lei, condenar, quando o som da palavra mandar condenar, ilibar, quando ele ordenar ilibar”. (FEURBACH apud KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. (Org.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 116).

²⁰⁵ Tradução nossa: “a boca que pronuncia as palavras da lei”. Cf.: MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **Do espírito das leis**. São Paulo: Martin Claret, 2006. p. 204.

²⁰⁶ Tradução nossa: “Dê-me os fatos que eu lhe dou o direito”.

²⁰⁷ Tradução nossa: “O juiz conhece o direito (ou a lei)”.

²⁰⁸ Cf.: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. **Revista da Ajuris**, v. 30, n. 90, p. 55-84, 2003.

²⁰⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alvaro de Oliveira. **Do formalismo no processo civil**. 2ª edição, revista e acrescida de apêndice. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 165.

Num modelo como esse, que também encarnava o liberalismo econômico e político (*laissez faire, laissez passer et le monde va de lui même*²¹⁰), não havia margem para discussões mais amplas sobre acesso à Justiça ou a realização de direitos sociais por meio do processo. Afinal de contas, liberdade, igualdade e fraternidade eram direitos conquistados apenas no plano formal com as revoluções burguesas, mas não substancialmente concretizados, dado o modelo de Estado Liberal, que impunha a não ingerência estatal nas relações de interesse privado.

Com motivo, à época, a visão de acesso à Justiça estava relacionada à mera oportunização para que as pessoas demandassem e retirassem a Jurisdição de sua inércia a fim de dizer o direito, não sendo próprio do Estado Liberal, por exemplo, a atuação estatal para a retirada dos empecilhos que impediam os hipossuficientes de entrarem pela porta do Poder Judiciário.²¹¹

Outra marca própria do período autonomista foi a “descoberta” do caráter público do processo, isto é, da relação jurídica processual. Com efeito, a metodologia proposta levou a uma postura de afirmação da diferença do processo face ao direito material, em especial do direito civil. Com o tempo, o publicismo se tornou bem evidente²¹²; era a tentativa de expurgar do processo os ranços privatistas do passado (período sincrético).

Por conta disso, as normas jurídicas processuais foram predicadas de cogentes, não podendo sofrer flexibilização, mas tão-somente aplicação rigorosa pelo magistrado (sem criatividade da parte deste, evidentemente). O formalismo era levado às últimas consequências, independentemente se o resultado levasse ou não a uma noção sensível de justiça. Afinal, para o positivismo então em vigor, justo é o que está na lei, independentemente de seu conteúdo.

²¹⁰ Esse era o lema dos fisiocratas, que tiveram como grande expoente François Quesnay. A frase é expressão do liberalismo econômico, podendo ser traduzida da seguinte forma: “deixar fazer, deixar passar, que o mundo vai por si mesmo” – ideia que sugeria ser desnecessária a regulamentação governamental, pois, sendo a lei da natureza suprema (fisiocracia significa “regras da natureza”), tudo o que fosse contrário a ela seria fracassado. Mais tarde, essas noções influenciaram Adam Smith, conhecido como o pai do liberalismo econômico, o qual defendeu a livre concorrência, por entender que a sociedade cresceria economicamente, como que guiada por uma “mão invisível”. Cf. GARCIA, Manuel Eriquez; VASCONCELLOS, Marco Antonio S. **Fundamentos de economia**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 18-19.

²¹¹ Cf. CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução e revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 4-6.

²¹² CABRAL, Antonio do Passo. **Convencções Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 104-105.

Nota-se, na esteira de Antônio do Passo Cabral²¹³, não ser a fase cientificista o momento oportuno para fazer profundos estudos sobre os negócios jurídicos processuais, espécime de fato jurídico processual muito estudada nos dias de hoje, mas negligenciada ou, mesmo, com existência negada por muitos doutrinadores naquele período.

Diante disso, a metodologia autonomista levou à criação de um mundo processual paralelo aos demais ramos do direito. A tentativa de promover a autonomia didático-científica face às ciências do direito material acabou culminando num distanciamento esquizofrênico, que levou o processo a perder a sua finalidade básica: de ser instrumento a serviço da realização justa e efetiva do direito substancial.

Afora isso, a própria visão de completude dos códigos processuais, bem como de ausência de lacunas no ordenamento jurídico, descambou em anacronias sérias nas legislações, uma vez que estas, evidentemente, não foram capazes de acompanhar as mudanças sociais por que passavam os diversos conglomerados humanos.²¹⁴ Os textos com linguagem cerrada, sem abertura para a fluidez da vida societária, acabaram por ficar em descompasso com os reclames das comunidades.

2.2.1.1. O Brasil na fase autonomista

²¹³ Nas palavras do ilustre professor, “Antes de adquirir autonomia científica, o processo civil era considerado um apêndice do direito privado. Foi com a publicação do famoso livro de Oscar von Bülow sobre as exceções e os pressupostos processuais que se fundou a escola publicista do processo, libertando o processo dos domínios do direito material. Sua tese plasmava-se na premissa de que a relação jurídica processual é pública por englobar o Estado-Juiz; por isso, diferenciava-se da relação jurídica de direito material subjacente a ela (a *res in iudicium deducta*). Seguindo esta linha de pensamento, em outro estudo seminal, Bülow sustentou que os acordos processuais seriam inadmissíveis porque, ante a publicidade da relação jurídica processual, seria vedado às partes convencionar sobre poderes de outrem (o Estado-Juiz). Bülow voltou-se contra a ‘teoria da mutação’ (Mutatioonstheorie), segundo a qual as partes poderiam modificar, pela sua vontade, o direito positivo vigente. Para ele, seria impossível imaginar que houvesse um ato de vontade de um sujeito privado que mudasse regras processuais ou suspendesse a eficácia de normas cogentes. Os acordos processuais, fora do que fosse expressamente definido pela lei, significariam uma ofensa à moldura legal. Nessa linha, presumir-se-iam inválidas e ineficazes as convenções processuais. Rapidamente, até pela adesão que a concepção publicista do processo ganhou tanto na Alemanha quanto no restante da Europa, a tese de Bülow se popularizou.” (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**, cit., p. 99-100).

²¹⁴ Com a massificação das sociedades, especialmente ao longo do século XX, os códigos passaram a se tornar insuficientes na ordenação do corpo social, posto que não contemplavam tipos legais aptos de regulamentar novas relações sociais que surgiam no seio das comunidades. Por isso, leis esparsas foram sendo criadas, num movimento que redundou no surgimento de verdadeiros microssistemas. Assim, o dogma da completude dos códigos foi, aos poucos, sendo abalado. Daí a ascensão, com destaque após a Segunda Guerra Mundial, do fenômeno da descodificação. Cf.: IRTI, Natalino. **L’eta della decodificazione**. Milano: Giuffrè, 1999, p. 1-15.

Em terras brasileiras, o Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73), resultado dos esforços (acadêmicos e políticos) incessantes de Alfredo Buzaid, foi o que sofreu as maiores influências das ideias autonomistas e, a elas vinculada, da ideologia liberal, bem como dos pensamentos positivistas, sendo possível notar que o legislador, em consequência, adotou concepção pouco social, mas extremamente tecnicista do processo.²¹⁵

O CPC/1973 contemplou em seu bojo as noções consideradas mais científicas sobre o tripé do direito processual civil (ação, jurisdição e processo).

Por isso, a teoria eclética da ação²¹⁶, de Liebman, foi incorporada e, junto com ela, todo o esquema teórico das condições da ação (possibilidade jurídica do pedido, interesse e legitimidade²¹⁷) e de seus elementos identificadores (partes, causa de pedir e pedido). Neste momento, o mencionado instituto (a ação) ocupava papel de destaque na teoria do processo²¹⁸, até porque foi com as iniciais percepções de que a ação tinha autonomia diante do direito subjetivo substancial que toda a ideia de autonomia processual foi desenvolvida.

Por outro giro, a doutrina majoritária, quando do Código de Buzaid, assumiu, ainda que com variações, a concepção de jurisdição que atribuía ao juiz uma atividade substitutiva, é dizer, ele era visto como um concretizador da vontade da lei, cujo objetivo era a eliminação de uma lide, mediante uma decisão a que se atribuía força de coisa julgada – noção difundida por José Frederico Marques²¹⁹, tendo por base o remendo dos ensinamentos de Chiovenda (jurisdição como atividade substitutiva,

²¹⁵ MAZZEI, Rodrigo Reis. Breve história (ou 'estória') do Direito Processual Civil brasileiro: das Ordenações até a derrocada do Código de Processo Civil de 1973. In: **R. do Instituto de Hermenêutica Jur. – RIHJ**. Belo Horizonte, ano 12, n. 16, p. 177-204, jul./dez., 2014.

²¹⁶ A expressão "teoria eclética" tem essa denominação por ser uma tentativa de conciliar as teorias concreta e abstrata do direito de agir, ocupando uma posição intermediária entre estas duas últimas. Cf.: TESHEINER, José Maria Rosa. **Elementos para uma teoria geral do processo**. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 106; ASSIS, Araken de. **Da ação no Novo Código de Processo Civil**. In: Doutrina e prática do processo civil contemporâneo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 34-35.

²¹⁷ Destaca-se que, originalmente, a teoria de Liebman colocava a possibilidade jurídica do pedido como uma das condições da ação. Essa foi a orientação adotada pelo CPC/73 (art. 267, inciso VI). Entretanto, depois, o autor italiano reviu a sua formulação, subtraindo a possibilidade jurídica do pedido, por entender que ela está inserida dentro do interesse de agir. Cf.: LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. 3ª edição. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005, v.1. p. 203-205.

²¹⁸ MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma teoria...**, cit., p. 90-91; DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12ª edição. São Paulo: Malheiros, 2005. P. 53.

²¹⁹ MARQUES, José Frederico. **Ensaio sobre a jurisdição voluntária**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1959. p. 61.

mediante a aplicação da lei)²²⁰, Carnelutti (jurisdição como visando à eliminação de uma lide)²²¹ e Enrico Allorio (jurisdição como função apta a produzir coisa julgada).²²²⁻²²³ Era o reflexo da ideia de que o julgador não cria o direito, mas apenas o aplica tal qual está no texto legal (atividade declarativa), como se percebe nas entrelinhas das palavras de Calamandrei:

[...] el juez ejerce función jurisdiccional solamente cuando, de conformidad com el precepto de derecho procesal subentendido en toda norma jurídica, decide sobre la existencia de voluntades concretas de la ley de las que son destinatarios los sujetos de la relación controvertida y no cuando ejecuta (o decide si debe ejecutar) voluntades de ley que nacen de las normas jurídicas, directa y expresamente dirigidas a él. En este segundo caso, la actividad ejercida por el juez no es jurisdiccional, sino administrativa.²²⁴

É bem verdade que, embora tenha encarnado valores liberais, o CPC/73 não levou os juízes brasileiros à mesma condição de passividade observada em outros modelos²²⁵, como no francês do *Code de Procédure Civile* de 1806.²²⁶ Isso, muito em razão de que, a começar na Constituição de 1891 (a qual recepcionou o *judicial*

²²⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 1969, v. 1. p. 40.

²²¹ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de derecho procesal civil**. Buenos Aires: UTEHA, 1944. v. 1. p. 271.

²²² ALLORIO, Enrico. Ensayo polémico sobre la “jurisdicción” voluntaria. In: **Problemas de derecho**. Buenos Aires: Ejea, 1963, tomo II. p. 15.

²²³ Cf.: SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 3ª edição revista. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.17-37; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma teoria...**, cit., p. 75-80.

²²⁴ Tradução nossa: “O juiz exerce função jurisdiccional somente quando, em conformidade com o preceito de direito processual subentendido em toda norma jurídica, decide sobre a existência de vontades concretas da lei, cujos destinatários são os sujeitos da relação controvertida, e não quando executa (ou decide se deve executar) vontades de lei que nascem das normas jurídicas, direta e expressamente dirigidas a ele. Neste segundo caso, a atividade exercida pelo juiz não é jurisdiccional, mas administrativa.” (CALAMANDREI, Piero. *Limites entre jurisdicción y administración en el proceso civil*. In: **Studi sul proceso civile**. Tradução espanhola. Buenos Aires, 1961. p. 45).

²²⁵ Evidência disso, por exemplo, é a permissão do art. 130 do CPC/73 para que o juiz produzisse provas de ofício.

²²⁶ Interessantes são as observações de Leonardo Carneiro da Cunha sobre a aparente contradição: “A legislação processual brasileira, embora seja permeada de estrutura liberal, sofreu a influência europeia de instituição do publicismo e da ruptura da visão liberal do processo, reforçando o protagonismo do juiz, seus poderes instrutórios e a estatalidade como marca da atividade jurisdiccional.” (CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro*. In: **Relatório Nacional (Brasil)**. Relatório apresentado no I Congresso Peru-Brasil de direito processual, mimeografado, 2014. p. 9.

review americano²²⁷) e seguindo as demais Constituições brasileiras, o processo civil no Brasil se mostra marcado por duas tradições: a do *common law* e a do *civil law*.²²⁸

Sobre esse cenário híbrido, que culminou num paradoxo metodológico (nos dizeres de Dinamarco²²⁹), Zaneti comenta:

Dessa dupla recepção, decorreu o chamado “*paradoxo metodológico*” de se ter, ao mesmo tempo, uma cultura processual constitucional voltada para a tradição da *common law*, o que significa dizer, exemplificativamente, que apresentam-se, de um lado, o controle de constitucionalidade (difuso), os *writs* constitucionais, o pleito cível *lato sensu e*, especialmente, a atipicidade das ações - “*remedies precede rights*” (os remédios precedem os direitos) do direito de *common law* (art. 5º, XXXV da CF de 1988: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”), e, de outro lado, a vinculação da ação ao direito subjetivo (art. 75 do CC de 1916: “a todo direito corresponde uma ação que o assegura”; art. 126 do Código de Processo Civil de 1973: “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. *No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais [...]*”), a cisão das doutrinas do direito administrativo e do direito privado, e a vinculação do juiz à lei escrita, da tradição romano-germânica. Nesse quadro, os princípios teriam a função limitada que lhes atribui o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, uma função posterior, subsidiária, a da aplicação dos costumes e da analogia, mera colmatação de lacunas.

Dessarte, se é verdadeiro que, no Brasil, “Os nossos juízes sempre se sentiram mais ou menos à vontade (e também compromissados) para decidir conforme a justiça”²³⁰ (herança da *common law*), de outro lado, a ideia de que o julgador “declara” a vontade da lei estava no imaginário dos operadores do direito (herança da *civil law*), o que diminuía a importância do debate judicial com os variados sujeitos do processo, haja vista que, se “o juiz conhece o direito”, a dialética não tinha uma substancial razão de ser.

²²⁷ Consiste no controle dos atos do poder público pelo Poder Judiciário, incluindo amplo controle de constitucionalidade (difuso). O Estado-Juiz passa a exercer a função de mediador entre os demais poderes (sistema de freios e contrapesos).

²²⁸ Destaca-se que o Judiciário brasileiro não caiu no mais radical estilo tecnicista e de aplicação silogística cega da lei também por conta da influência do direito português. Nas ordenações do reino de Portugal, fazia-se menção a Bartolo de Saxoferrato, importante jurista a quem se homenageia com o termo “bartolismo”, que consistia num recurso do direito comum (o direito erudito, o direito dos glosadores e pós-glosadores) mediante o qual se aplicava, subsidiariamente ao direito escrito, os ensinamentos doutrinários. No Brasil, especialmente até o Código Civil de 1916, a referida técnica também era amplamente difundida e aplicada. Cf. MITIDIERO, Daniel Francisco; ZANETI JR., Hermes. **Introdução ao estudo de processo civil**: primeiras linhas de um paradigma emergente. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004. p. 12; MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 241-246.

²²⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, cit., p. 57.

²³⁰ ZANETI JR., Hermes. **A constitucionalização do processo**: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e Constituição. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 52.

Num modelo como esse, o contraditório possuía um papel marcadamente formal, representando a mera oportunidade para que a parte se manifestasse sobre a alegação formulada pela contraparte (era o frio contraditório da “ação e reação”, ou do “dizer” e “contradizer” formal).²³¹

No que tange ao instituto do processo, este era visto como uma autêntica relação jurídica de direito público formada entre autor, réu e juiz (descoberta áurea da processualística) e, com essas noções, foi encampado o que havia de mais recente na teoria dos pressupostos processuais. Como relação jurídica de direito público, frisou-se a figura do magistrado, que era soerguida no desenho triangular, assimetricamente em relação às partes.²³²

De fato, evidenciando a sua faceta liberal, o mencionado código revelou ter pouca preocupação com o acesso à justiça – razão que explicava, dentre outros, o silêncio no texto normativo sobre o tema da justiça gratuita –, vindo a optar por um modelo que prestigiava o formalismo, a técnica jurídica estrita²³³ e, tal como tratado pelos “povos civilizados”, o realce de que o processo é autônomo face ao direito material.

Vigente o regime militar, discussões mais alinhadas com o mote europeu daquele momento histórico, como o processo civil enquanto instrumento pacificador ou como mecanismo de proteção dos direitos fundamentais, não foram contempladas, até porque num Estado de Exceção, tal qual o que surgiu após o golpe de 1964, a ideia de direitos fundamentais se mostrava um tanto quanto rarefeita, quando mesmo inexistente.²³⁴

Aliás, na fase autonomista, davam-se poucas aberturas para os métodos não estatais de resolução de conflito, bem como havia previsões escassas de outras

²³¹ NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório: uma garantia de influência e de não surpresa In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (orgs.). **Teoria do processo. Panorama doutrinário mundial**. Salvador: JusPodivm, 2008, vol. 1, p. 153-159.

²³² MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma teoria...**, cit., p. 139-143.

²³³ Exemplo claro a respeito do apego exagerado ao formalismo era a exigência de processo de execução autônomo para dar cumprimento, por exemplo, às sentenças condenatórias. Sobre o tema, Mazzei se pronuncia: “Com efeito, apesar de adotar a correta linha de autonomia do direito processual em relação ao direito material, o Código de Processo Civil de 1973 o faz com excessos. Exemplo claro se dá com o perfil que se traçou para processo de conhecimento, que permitiu a interpretação absolutamente majoritária de que a sentença judicial transitada em julgado, ainda que com acolhido o pedido, na maioria das vezes não satisfazia o direito da postulante, sendo necessário novo processo judicial (agora de execução) para o mister.” (MAZZEI, Rodrigo Reis. Breve história (ou ‘estória’) do Direito Processual Civil brasileiro: das Ordenações até a derrocada do Código de Processo Civil de 1973. In: **R. do Instituto de Hermenêutica Jur. – RIHJ**. Belo Horizonte, ano 12, n. 16, p. 177-204, jul./dez., 2014. p. 195).

²³⁴ MAZZEI, Rodrigo Reis. Breve história (ou estória’)..., cit., p. 196.

formas consensuais de resolução de controvérsia. Daí, mais tarde, a doutrina falar em “métodos *alternativos* de resolução de conflitos” (destaque à palavra “alternativos”), como se a conciliação e a mediação, por exemplo, fossem algo de segunda importância, face ao mais proeminente rito ordinário do procedimento jurisdicional perante o Estado. Não à toa, essa fase é marcada pelo incentivo da litigância ritualística no processo, o que fazia do procedimento um verdadeiro “palco de guerra”.²³⁵

Conforme era de se esperar, assim como a maioria dos exageros, o extremado apego às formalidades processuais culminou, tanto na Europa quanto no Brasil, em disfunções. O processo se burocratizou tanto que as soluções para os problemas da vida passaram a ficar como objetivo secundarizado. O bom advogado passou a ser não aquele que obtinha uma decisão pacificadora, mas aquele que conseguia utilizar os formalismos processuais para anular atos ou obter decisões terminativas.²³⁶ O problema é que, tendo a autotutela sido limitada pelo Estado, a paz social estaria seriamente comprometida, caso novos rumos não fossem tomados, modificando a metodologia de enfrentamento com o direito processual civil.

Ante a tais anacronias, o método autonomista não pode ser o escolhido para o estudo contemporâneo dos fatos jurídicos processuais (civis).

2.2.2. A chegada da fase instrumental do processo

Passada a primeira metade do século XX – quase um século após o advento da autonomia processual –, os estudiosos se aperceberam “que o processo, como técnica de pacificação, não é algo destituído de conotações éticas e deontológicas, nem de objetivos a serem cumpridos no plano social, no econômico e no político.”²³⁷

Na Europa e, em especial, na Itália, com Mauro Cappelletti e Vitorio Denti, construiu-se um método que prestigiava a importância dos resultados, pela via

²³⁵ Cf. tópico dos ilícitos processuais no capítulo 4 desta dissertação.

²³⁶ Era o “formalismo-excessivo” referido por Carlos Alvaro de Oliveira. Cf.: ÁLVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial**. Salvador: Juspodivim, 2007. P. 125-150.

²³⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 4ª edição revista, atualizada e com remissões ao Código Civil de 2002. São Paulo: Malheiros, 2004, v. 1. p. 257.

processual, na vida dos jurisdicionados.²³⁸ Assim, foram realizados estudos sobre várias experiências judicantes mundo afora, muitas que deram certo e várias outras que não foram bem-sucedidas, a fim de elaborar um conjunto teórico que, uma vez aplicado, efetivasse o processo à vista de resultados satisfatórios, com garantia do acesso à justiça numa acepção ampla, incluindo a efetividade e a satisfação.²³⁹

Tal metodologia influenciou, de certo, o professor Cândido Rangel Dinamarco, que, em 1986, lançou a sua obra clássica – “A Instrumentalidade do Processo”²⁴⁰ –, a qual pode ser colocada como o documento que corporificou os elementos estruturantes da fase instrumentalista processual brasileira.

O instrumentalismo reconhece os avanços advindos da fase autonomista, com destaque àqueles atinentes à cientificidade dada ao processo, à consciência de seu caráter autônomo e, claro, ao seu enquadramento no ramo público. Todavia, rompe com a processualística, porque esta se revela avalorativa, dando enfoque exclusivo na finalidade jurídica do processo, quando, na verdade, o instrumento – mais que estar situado como meio de efetivação do direito material – também apresenta uma conotação deontológica, tendo um aspecto ético a ele ínsito, que o faz apontar para fins que transcendem o jurídico.²⁴¹ “É preciso agora deslocar o ponto de vista e passar a ver o processo a partir de um ângulo externo, isto é, examiná-lo nos seus resultados práticos”.²⁴² Segundo Cláudio Madureira²⁴³, na fase instrumentalista,

[...] o processo passa a ser encarado não mais como simples elo de ligação (interface) entre o direito abstrato desatendido (direito positivo) e o direito concreto realizado (direito subjetivo), assumindo uma dimensão ampliada, de instrumento voltado para fora do sistema, que tem por objetivo primordial a entrega de uma prestação jurisdicional adequada, tendente à realização do ideal de justiça.

²³⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do novo processo civil de acordo com a lei 13.256 de 4.2.2016**. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 19

²³⁹ Cf.: SIQUEIRA, Cleanto Guimarães. **A defesa no processo civil: as exceções substanciais no processo de conhecimento**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 14-26; NUNES, Dierle; PICARDI, Nicola. O Código de Processo Civil Brasileiro: Origem, formação e projeto de reforma. In: **Revista de informação legislativa**, v. 48, n. 190, t.2, p. 101-102, abr./jun. 2011.

²⁴⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, cit.

²⁴¹ Ibid. p. 22-26.

²⁴² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 49.

²⁴³ MADUREIRA, Cláudio Penedo. Formalismo, instrumentalismo e formalismo-valorativo. **Cadernos do programa de pós-graduação: Direito/ UFRGS**, Porto Alegre, volume 10, nº 3, p. 253-283, 2015. p. 257.

O instrumentalismo indica fins aos quais o processo deve perseguir, a saber, os sociais, os políticos e os jurídicos.

Dentre os escopos sociais, é possível indicar a pacificação da sociedade mediante a eliminação de conflitos com justiça, bem como a educação das pessoas para o exercício dos próprios direitos e o respeito dos direitos alheios (exercício de cidadania), mediante a consciência geral de que o Poder Judiciário está com as portas abertas e com as mãos estendidas, prontas para salvaguardar uns e punir outros (aqueles que violam o direito).²⁴⁴

Entre os escopos políticos do processo, está o de oferecer amparo para a estabilidade das instituições, difundindo o amplo respeito à lei, bem como o de propiciar a participação da sociedade em assuntos que dizem respeito à coletividade (daí a importância, por exemplo, da ação popular), ou, ainda, o escopo político de garantir aos cidadãos o respeito às liberdades públicas contra os abusos estatais (daí o *habeas corpus*, o *habeas data*, o mandado de segurança etc.).²⁴⁵

Em último, o escopo jurídico é marcado pela adoção da teoria dualista do direito, segundo a qual a ordem jurídica é dividida nos planos substancial e processual, sendo que ao julgador cabe aplicar, no caso que lhe for levado, a vontade concreta do direito (não mais apenas da lei, como era na fase autonomista), revelando a norma concretamente destinada a reger o caso em julgamento, sem criá-la, haja vista que ela já existia antes, mas declarando-a.²⁴⁶

Assim, assumindo que o fim jurídico do processo é apenas mais um dentre outros vários existentes, na fase instrumentalista, o valor de todo o sistema processual é atingir resultados, dada a missão social, que, por exemplo, o processo civil tem. Com isso, entende-se que a aceção negativa do instrumentalismo – que recai sobre os exageros formalistas da fase autonomista, com apego eufórico ao tecnicismo – precisa ser deixada de lado, a fim de que se adote a noção positiva do instrumentalismo, a qual aponta para a efetividade do processo – “ideia de que o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em plenitude todos os seus escopos institucionais”.²⁴⁷

Nesse contexto, com vistas a remodelar o direito processual civil, a nova fase instrumental realça o papel do Estado-Juiz. Visto que a nova metodologia tem como

²⁴⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instrumentalidade do processo**, cit., p. 193-203.

²⁴⁵ Ibid. p. 204-214.

²⁴⁶ Ibid. p. 215-272.

²⁴⁷ Ibid. p. 330.

uma de suas finalidades primordiais a compatibilização do direito material com o direito processual – reconhecendo que este último deve servir àquele –, a função dos juízes ganha contornos de maior importância, cabendo aos magistrados remover os entraves processuais burocráticos que impedem o atingimento da justiça.²⁴⁸ Não à toa, o instrumentalismo promove uma alteração substancial na teoria do processo, vez que a ação deixa de ser o instituto central do direito processual e a jurisdição passa a ocupar a posição de destaque, a qual havia perdido desde o período sincrético.²⁴⁹

Nessa mesma trilha, a fase instrumental larga mão do purismo do período autonomista, consistente em engajar-se para que o processo se colocasse distante do direito material.²⁵⁰ Agora, o processualista, já maduro o suficiente para compreender a autonomia de seu objeto de estudo, não precisa reagir ao sincretismo, visto que este não mais está em voga, não sendo nenhuma ameaça. Com efeito, dá-se a relativização do binômio direito-processo, mas sem retroceder ao período não científico. Reconhece-se a inter-relação entre direito material e direito processual, por compreender que a autonomia deste em relação àquele não é sinônimo de isolamento mútuo.²⁵¹

Em verdade, o instrumentalismo é a fase processual que, no Brasil, corresponde ao período de declínio do regime militar e de abertura democrática, a qual culmina com a Constituição de 1988. Com motivo, muitas das mudanças no ordenamento jurídico brasileiro, notadamente aquelas das décadas de 1980, 1990 e, até, idos dos anos 2000, são vistas, pelos propagadores do instrumentalismo, como evidência da internalização do legislador e do constituinte (originário e derivado) das ideias norteadoras da, então, nova fase metodológica.²⁵²

É daí que advém a preocupação crescente com o acesso à justiça, que resultou, por exemplo, na ampliação das Defensorias Públicas, na consolidação do Ministério Público e na previsão de procedimentos que dispensam a participação de advogado, como em ações trabalhistas, em *habeas corpus* ou em causas de até 20 (vinte) salários mínimos nos Juizados Especiais Cíveis.

²⁴⁸ Ibid. p. 347-359.

²⁴⁹ Ibid. p. 92-98.

²⁵⁰ Nos dizeres de Dinamarco, “Insistir na autonomia do direito processual constitui, hoje, como que preocupar-se o físico com a demonstração da divisibilidade do átomo”. (Ibid. p. 23).

²⁵¹ Cf. BEDAQUE, Roberto dos Santos. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. 4ª edição revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2006.

²⁵² Cf. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**, cit., p. 50.

É das ideias instrumentalistas do processo, dizem, que também parte a progressiva atuação no sentido de simplificar ritos e de tornar mais eficazes as tutelas judiciais²⁵³, como ocorreu com a criação do rito sumaríssimo pela lei nº 9.099/95, com o advento de procedimento jurisdicional extra-estatal (lei nº 9.307/1996, conhecida como lei da arbitragem), com o crescimento dos incentivos à conciliação e à mediação, com a ampliação das sentenças mandamentais e executivas *lato sensu*, com a adoção do sincretismo processual na execução²⁵⁴, com a expansão dos poderes judiciais para efetivar decisões (art. 461, §5º, do CPC/73²⁵⁵, alterado pela lei nº 10.444/2002), com a incorporação pelo ordenamento processual brasileiro dos provimentos urgentes lastreados em cognição sumária (art. 273 do CPC/73²⁵⁶, alterado pela lei nº 8.952/1994), com a ênfase que a Emenda Constitucional (EC) nº 45/2004 deu à razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, CF²⁵⁷) etc.

Por derradeiro, ainda meramente exemplificando, os “instrumentalistas” sustentam que também advém do instrumentalismo a preocupação com a tutela dos direitos difusos e coletivos, sendo justificável o advento da lei da ação civil pública já

²⁵³ Para Bedaque, a instrumentalidade das formas, que evita a decretação de invalidades processuais, é exemplo importante de prestígio ao resultado do processo. Assim, “A visão instrumentalista do direito processual faz com que, na análise do tema nulidades, ganhe destaque especial o princípio da instrumentalidade das formas. Na medida em que todo o sistema processual deve ser estudado à vista do seu escopo, da sua função perante o direito material e para a pacificação social, também os atos processuais devem ser analisados em face do objetivo que têm a alcançar. E é por isso, e somente por isso, que necessitam eles atender à forma previamente estabelecida em lei. A força do ato serve como meio para a consecução de seu escopo; as regras que dispõem sobre a forma do ato processual não têm um fim em si mesmas.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Nulidade processual e instrumentalidade do processo. In: **Revista de Processo**, São Paulo, v. 60, p. 31, out. 1990.)

²⁵⁴ Na fase autonomista brasileira, o CPC/73 adotava procedimento executivo necessariamente autônomo, mesmo em caso de título executivo judicial, dada a visão que se tinha no sentido de serem estanques a cognição e a execução. Tal entendimento se modificou e o CPC/73 foi reformado, encampando o sincretismo na execução, o que levou a ser incluído no código o procedimento de cumprimento de sentença, a desenrolar-se nos mesmos autos processuais. Sobre os contornos históricos da ideia de autonomia na execução: SILVA, Ovídio Baptista da. **Jurisdição e execução...**, cit., p. 129-137. Sobre o sincretismo executivo: THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual civil: processo de execução e cumprimento de sentença, processo cautelar e tutela de urgência**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 1-24.

²⁵⁵ Art. 461, §5º, CPC/73: “Para a efetivação da tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.”

²⁵⁶ Art. 273, CPC/73: “O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.”

²⁵⁷ Art. 5º, LXXVIII, CF: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

na década de 1980 (lei nº 7.447/1985), do Código de Defesa do Consumidor (lei nº 8.078/1990) e do mandado de segurança coletivo, inserido no próprio texto constitucional (art. 5º, inciso LXX, CF/88²⁵⁸).

2.3. OS PROBLEMAS ÍNSITOS AO INSTRUMENTALISMO: DESAJUSTES EVIDENTES FACE AO MODELO ESTATAL CONTEMPORÂNEO

Para Cândido Rangel Dinamarco²⁵⁹, o momento atual da ciência do direito processual civil continua a ser o do instrumentalismo, apesar de não se ter exaurido o potencial reformista dessa fase.²⁶⁰

Tal entendimento, porém, precisa ser revisto. Concorde-se com Calmon de Passos, quando ele diz que “todo espetáculo de mágica tem um tempo de duração e de desencantamento”.²⁶¹ Parece que o tempo da fase instrumental se findou.

Sustenta-se que o Estado Democrático Constitucional, tendência vigorante nos países ocidentais da atualidade e cujo modelo vigora no Brasil, impõe algumas modificações nas premissas metodológicas do estudo do processo, as quais não foram contempladas pelo instrumentalismo e que, decerto, são indispensáveis para o contemporâneo estudo dos fatos jurídicos processuais, com destaque, se aplicado ao processo civil.

²⁵⁸ Art. 5º, LXX, CF: “o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados”.

²⁵⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 4ª edição, revista, atualizada e com remissões ao Código Civil de 2002. São Paulo: Malheiros, 2004, v. 1. p. 257

²⁶⁰ Cf. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 49; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do novo processo civil de acordo com a lei 13.256 de 4.2.2016**. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 19; DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12ª edição. São Paulo: Malheiros, 2005; BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil**. Volume 1. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2008; BEDAQUE, Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 4ª edição revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2006.

²⁶¹ Destaca-se que esse trecho foi retirado no contexto em que Calmon de Passos critica a instrumentalidade do processo, notadamente por lançar mão de “palavras mágicas”, como “celeridade”, “efetividade” etc., mas sem levar a uma mudança real prática da Justiça. (CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 1, 2001. p. 3).

2.3.1. Traços do Estado Democrático Constitucional (ou Estado Democrático de Direito)

No perfil estatal da atualidade, reconhece-se que os textos normativos escritos desempenham fundamental papel na organização de um povo, sendo as constituições formais e as leis solenes uma expressão de importante desenvoltura civilizatória que não mais se pode abrir mão.²⁶²

Todavia, diferentemente do que se verificou no tipo liberal (com o positivismo à época vigente), compreende-se que o ordenamento jurídico precisa ser analisado sob uma perspectiva também deontológica, numa postura que leva à reaproximação do direito com a moral, tal como o pós-positivismo²⁶³ apontou. Nem tudo o que o legislador põe nos textos normativos deve ser aplicado tal qual lá está literalmente positivado. Há um mínimo moral no conteúdo do direito que não pode ser desprezado, sob pena de o valor supremo “justiça” ser aviltado, assim como foi, com o subterfúgio da legalidade, durante os conflitos bélicos ocorridos na Segunda Guerra Mundial e nos regimes autoritários, a exemplo do nazismo e do fascismo.²⁶⁴

Nota-se, com isso, que no Estado contemporâneo, as discussões a respeito da legitimidade e da justiça retornaram para o foco das análises do direito.²⁶⁵ Igualmente, os ordenamentos jurídicos foram, aos poucos, sendo remodelados, deixando de ser eminentemente individualistas e patrimonialistas, para serem humanistas (o foco deixou de ser o patrimônio e se tornou a pessoa humana). As

²⁶² BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. In: **Revista da EMERJ**, v.4, n.15, p. 11-47, 2001. p. 32.

²⁶³ Sobre o que vem a ser o pós-positivismo, interessantes as palavras sintéticas de Albert Calsamiglia: “En un cierto sentido la teoría jurídica actual se puede denominar postpositivista precisamente porque muchas de las enseñanzas del positivismo han sido aceptadas y hoy todos en un cierto sentido somos positivistas. [...] Denominaré postpositivistas a las teorías contemporáneas que ponen el acento en los problemas de la indeterminación del derecho y las relaciones entre el derecho, la moral y la política.” Tradução nossa: “Em um certo sentido, a teoria jurídica atual pode ser denominada de pós-positivista precisamente porque muitos dos ensinamentos do positivismo têm sido aceitos, e hoje todos em um certo sentido somos positivistas. [...] Denominarei pós-positivistas aquelas teorias contemporâneas que põem o acento nos problemas da indeterminação do direito e nas relações entre direito, moral e a política.” (CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. In: **Doxa** 21:209, p. 209-2210, 1998. p. 209).

²⁶⁴ Segundo Arthur Kaufmann, “é certo que o positivismo jurídico promoveu as grandes obras legislativas do século XIX, porque o legislador da altura ainda era guiado por uma forte consciência moral. Contudo, nas ditaduras de nosso tempo, tal pressuposto já não é válido sem mais; leis vergonhosas já não se limitam a ser exemplos acadêmicos, tendo-se tornado realidade. O conceito de lei puramente formal falhou.” (KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história..., cit., p. 125).

²⁶⁵ Cf.: BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional). In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 240, p. 1-40, abr./ jun. 2005.

Constituições (e os vários tratados internacionais) passaram a contemplar um rol mais elevado de garantias, direitos e princípios, notadamente os derivados do princípio maior da dignidade da pessoa humana.²⁶⁶ Esse conjunto, visando a garantir a proteção mais abrangente do ser humano, enquanto sujeito de valor, passou a deter força normativa, isto é, aplicabilidade direta, muitas vezes sem depender sequer do legislador infraconstitucional.²⁶⁷

Assim, as Constituições mais recentes deixaram de ser aquela mera carta política de outrora, que simplesmente organizava o Estado, distribuía competências e firmava abstratamente garantias fundamentais,²⁶⁸ e se transformaram no documento normativo de maior hierarquia no ordenamento jurídico e que, além de organizar o Estado e distribuir competências, dita a aplicação do direito como um todo, ora porque as normas jurídicas constitucionais em geral são diretamente aplicáveis, ora porque impõem que todas as normas infraconstitucionais sejam interpretadas em conformidade com as regras, princípios e postulados extraídos da Carta Magna.²⁶⁹

Os direitos fundamentais tocam todos os ramos do mundo jurídico. Não existe mais um ordenamento jurídico com um modelo puro de regras; os princípios ganham força normativa.²⁷⁰ Não há mais códigos que funcionam como lei suprema de uma dada área do direito. Agora, todas as normas (regras e princípios) de qualquer documento normativo devem ser construídas à luz da Constituição.²⁷¹ Como lembra

²⁶⁶ Cf.: BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. **Direito humanos**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 1-87.

²⁶⁷ Cf.: HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991; GUASTINI, Ricardo. La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONNEL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**, 2003; SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. rev., ampl. e atual. - São Paulo: Malheiros, 1998; BARROSO, Luís Roberto. A efetividade das normas constitucionais. In: **Revista de Direito da Procuradoria Geral**, Rio de Janeiro, 48, 1995.

²⁶⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2ª edição. Coimbra: Coimbra editora, 2001. p. 153.

²⁶⁹ Cf.: ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2011.

²⁷⁰ Cf.: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo, SP: Martins Fontes, 2002; ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008; BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2005; BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. **A Nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; JEVEAUX, Geovany Cardoso. **Direito constitucional**: teoria da constituição. 1. ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2008; CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

²⁷¹ Precisam ser as palavras de Mauro Cappelletti: “A Constituição pretende ser, no direito moderno, uma forma legalista de superar o legalismo, um retorno ao jusnaturalismo com os instrumentos do

Zagrebelsky, “La ley, por primera vez en la época moderna, viene sometida a una relación de adecuación, y por tanto de subordinación, a un estrato más alto de derecho establecido por la Constitución”.²⁷²

Em consequência, no Estado Constitucional contemporâneo, o Poder Judiciário desempenha papel fundamental na aplicação do direito, de modo a zelar pela adequação de todas as normas infraconstitucionais ao Texto Maior, bem como pela justeza do direito aos casos concretos, considerando em suas decisões as peculiaridades próprias de relações sociais novas, emergentes de sociedades massificadas.

Nesse sentido, o Legislativo deixa de ter aquela feição proeminente, própria do Estado Liberal (que colocava a lei em um pedestal), e o juiz deixa de ser aquela máquina silogística que se viu no passado, imbuindo-se, no presente momento, da tarefa árdua de criar o direito hábil de pacificar a questão levada à baila.²⁷³ Mais que isso, o julgador passa a desempenhar a função de tornar concretos os direitos fundamentais previstos na Carta Magna, o que, em muitos casos, mas respeitados os devidos limites, representa a atuação do Judiciário no sentido de influir na realização de políticas públicas eficientes.²⁷⁴

Entretanto, adverte-se que, apesar de no Estado Constitucional recentemente construído o juiz não mais ocupar posição de mero espectador, passando a jurisprudência a ser considerada uma legítima e autêntica fonte do direito, o Poder Judiciário também não é visto como em posição de superioridade face aos demais

positivismo jurídico. Um retorno, porém, que é também consciência da superação dos velhos esquemas jusnaturalistas: de um direito natural entendido como absoluto e eterno (e, portanto, imóvel) valor, a um jusnaturalismo histórico, direito natural vigente; um fenômeno, como cada um vê, perfeitamente paralelo ao da passagem da metodologia apriorístico-dedutiva de um abstrato universalismo, à superação das últimas fases nacionais do positivismo, através dos instrumentos realísticos-indutivos do método comparativo.” (CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992).

²⁷² Tradução nossa: “A lei, pela primeira vez na época moderna, vem submetida a uma relação de adequação e, portanto, de subordinación, a um estrato mais alto de direito estabelecido pela Constituição.” (ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. Madrid: Trota, 2008. p. 34).

²⁷³ Cf.: Cappelletti, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

²⁷⁴ Cf.: DAMASKA, Mirjan R. **The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process**. New Haven; London: Yale University Press, 1986; DAHL, Robert A. Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national policy-maker. In: **HeinOnline**, Role of the Supreme Court Symposium , nº 1, 279, 1957.

Poderes. O que ocorre é a coexistência de três Poderes igualmente fortes, maximizando a noção de freios e contrapesos.²⁷⁵

Em termos claros: diferente do Estado Constitucional Liberal, que deixava o Poder Legislativo em posição de superioridade; diferente do Estado Constitucional Social, que dava maior prominência ao Executivo; o Estado Democrático Constitucional da contemporaneidade reconhece a enorme importância do Poder Judiciário, mas sem colocar esse Poder em posição superior à dos demais, preferindo reconhecer a elevada relevância dos três de maneira paritária.

Por outro prisma, neste modelo estatal, que atualmente também vigora no Brasil (desde a Constituição de 1988), de feição eminentemente democrática, o Poder Judiciário, mesmo não tendo os seus membros eleitos via eleições populares, extrai a legitimidade de suas decisões da participação.²⁷⁶ Lembra-se, com Zaneti Júnior, que “[...] não se pode mais admitir a redução da democracia apenas à representação pelo voto [...]”.²⁷⁷⁻²⁷⁸ Como “todo poder emana do povo” (art. 1º, parágrafo único, CF), o Estado-Juiz deve exercitar a sua competência, quando

²⁷⁵ Segundo Cappelletti, “A verdade é que apenas um sistema equilibrado de controles recíprocos pode, sem perigo para a liberdade, fazer coexistir um legislativo forte com um executivo forte e um judiciário forte.” (Cappelletti, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 54).

²⁷⁶ Cappelletti, enfrentando o dilema de os juízes, em muitos países, não serem escolhidos pelo voto popular, elenca quatro argumentos que atacam a tese da falta de legitimidade das decisões judiciais “criativas”. Primeiro, o autor italiano demonstra que não é correto pensar que os representantes do Executivo e do Legislativo eleitos pelo povo agirão em perfeita sincronia com a vontade da maioria, afinal, em muitas ocasiões, eles tomam decisões que representam interesses de determinados grupos minoritários, ante ao que Cappelletti refuta a tese de que uma decisão só pode ser tida como legítima se chancelada pela maior parte da população. O segundo argumento, visa a demonstrar que o Judiciário também é composto por juízes escolhidos politicamente, como é o caso dos ministros de Cortes Superiores, os quais são nomeados por indicação de líderes eleitos pelo povo. O terceiro argumento é o que evidencia ser o Judiciário um maximizador da representatividade geral do sistema, visto que, pela via do processo, a Justiça pode dar voz a grupos que, se dependessem apenas das atuações do Executivo ou do Legislativo, seriam esquecidos. Em quarto lugar, Cappelletti destaca que a tese da falta de legitimidade cai por terra, também, porque o Judiciário se porta inerte, somente podendo agir quando instado a tal, com uma demanda vinda de qualquer do povo e, mesmo nesse caso, deve obedecer o contraditório, estando proibido de decidir com parcialidade. Por fim, o processualista destaca que uma democracia pressupõe que os direitos fundamentais do homem sejam respeitados, e ele aponta o Judiciário como peça fundamental para que o tal respeito ocorra, até porque a noção de democracia não pode ser reduzida a uma simples ideia majoritária, vindo a significar algo mais: participação, tolerância e liberdade. Cf. Cappelletti, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 92-107.

²⁷⁷ Zaneti Júnior, Hermes. **A constitucionalização...**, cit., p. 55-56.

²⁷⁸ Essa também é a opinião de Norberto Bobbio: “O processo de alargamento da democracia na sociedade contemporânea não ocorre apenas através da integração da democracia representativa com a democracia direta, mas também, e sobretudo, através da extensão da democratização – entendida como instituição e exercício de procedimentos que permitem a participação dos interessados nas deliberações de um corpo coletivo – a corpos diferentes daqueles propriamente políticos.” (BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política**. 14ª edição. São Paulo: Paz e Terra, 2007. P. 155).

provocado pelas partes (princípio da inércia), no mais alto zelo pelo contraditório, princípio que surge como “valor-fonte” do processo democrático,²⁷⁹ e que pode ser controlado mediante a verificação do cumprimento do dever judicial de motivação das decisões.

Aliás, o contraditório, neste novo modelo estatal, deixa de ter a feição daquele singelo direito que apenas garantia a oportunização de as partes se manifestarem ao longo do procedimento, passando a representar o direito que os destinatários (e não apenas as partes) do ato decisório²⁸⁰ têm de participarem da construção do *decisum*, mediante a efetiva influência na cognição judicial.²⁸¹ Assume-se, portanto,

²⁷⁹ “E claro que o processo preserva o tom relacional, ato de três pessoas, mas, ao mesmo tempo, abandona a caracterização pandectista dessa relação processual abstrata. O que define o processo é a existência do contraditório, a interveniência do destinatário do ato na formação da decisão, tudo em muito potencializado pela conformação híbrida do processo constitucional brasileiro, daí o *contraditório se apresentar como “valor-fonte” do processo democrático.*” (ZANETI JÚNIOR, Hermes. **A constitucionalização...**, cit., p. 58).

²⁸⁰ Barbosa Moreira, ainda na vigência do CPC/73, lembra dos vários efeitos não apenas inter partes que uma decisão pode irradiar: “a) em hipóteses cada vez mais numerosas, ficam sujeitas aos efeitos do julgamento e à própria autoridade da coisa julgada pessoas estranhas ao feito, não raro vastos setores da população; é o que se dá, v. g., no Brasil, nos chamados processos coletivos (exemplo: ação civil pública – lei nº 7.347, art. 16); b) em certos casos, isso acontece com a totalidade dos jurisdicionados, como nas ações diretas de declaração da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou de outro ato normativo (Carta da República, art. 102, §2º; Lei nº 9.868, de 10-11-199, art. 28, parágrafo único); c) com bastante frequência, são atingidos reflexamente pelos efeitos da sentença terceiros titulares de relações jurídicas conexas com a deduzida, os quais, por isso mesmo, se vêem (sic) autorizados (mas não obrigados) a ingressar no processo, na qualidade de assistentes da parte em cuja vitória têm interesse (Código de Processo Civil, arts. 50 e s.), e bem assim a recorrer das decisões a ela desfavoráveis (art. 499); d) visto que sucessivas decisões no mesmo sentido vão formando um corpo de jurisprudência capaz de influir no julgamento de futuros casos análogos, o resultado do processo é capaz de afetar todos quantos se encontrem em situação semelhante à apreciada pelo juiz; o fenômeno alcança intensidade máxima, é óbvio, nos sistemas jurídicos que atribuam eficácia vinculativa a precedentes judiciais, mas não deixa de manifestar-se nos outros, conforme atesta, por exemplo, a proteção dada no Brasil à concubina, por criação jurisprudencial, muito antes que o legislador consagrasse a figura da ‘união estável’; e) mesmo fora desse âmbito, o fato de um julgamento adotar esta ou aquela tese jurídica pode produzir consequências relevantes para o ordenamento processual, na medida em que dê margem, v. g., ao caimento de recursos circunscritos a quaestiones iuris e a incidentes como o da uniformização da jurisprudência (Código de Processo Civil, arts. 476 e s., 555, §1º).” BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O neoprivatismo no processo civil. In: **Temas de direito processual**: (nona série). São Paulo: Saraiva, 2007. p. 98-99.

²⁸¹ Cf.: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, v. 15, p. 7-20, 1998; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O juiz e o princípio do contraditório. **Revista de Processo**, São Paulo, RT, ano 18, n. 71, p. 31-38, jul./set. 1993; CABRAL, Antonio do Passo. Il principio del contraddittorio come diritto d’influenza e dovere di dibattito. **Rivista di Diritto Processuale**, anno 60, n. 2, p. 449-463, Apr./Giu. 2005; FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 109-128 (no original: FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di Diritto Processuale**. 7ª ed. Padova: CEDAM, 1994 p. 73-91); MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos Fundamentais Processuais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed., revista e atualizada. São Paulo: RT, 2016, p. 767-770; PICARDI, Nicola. *Audiatur et altera pars*: as matrizes histórico-culturais do contraditório. In: **Jurisdição e Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 127-145; DINAMARCO, Cândido Rangel. O princípio do contraditório e sua dupla destinação. In:

uma postura que preza pela racionalidade prática procedimental, com método tópico, que valoriza a análise das peculiaridades ínsitas ao caso concreto, para que seja construída uma decisão justa a partir deles; é a ideia de uma teoria do discurso como uma teoria procedimental da correção prática do direito.²⁸²

É em razão dessas premissas que se diz que o Estado contemporâneo, notadamente o modelo pensado para o Brasil, perfaz-se num Estado Democrático Constitucional (ou Estado Democrático de Direito). Assim, espalha-se em terras brasileiras o entendimento de Fazzalari²⁸³ no sentido de colocar o processo como “procedimento em contraditório” – é a obrigatoriedade de que as decisões judiciais sejam construídas em conjunto que qualifica o processo como tal e o difere de um mero procedimento.

“No que tange especificamente ao problema da interpretação e aplicação do direito no processo” – lembra Daniel Mitidiero – “o modelo cooperativo submete a uma revisão crítica os brocardos ‘da mihi factum, dabo tibi ius’ e ‘iura novit curiae’, próprios de um modelo de processo assimétrico, alimentado por uma lógica apodítico-mecanicista acerca do que é o direito”.²⁸⁴ No Estado Democrático Constitucional,²⁸⁵ entende-se que o julgador ocupa, ao logo do arco procedimental, posição paritária em relação a todos os participantes das múltiplas relações jurídicas que se formam, devendo abrir-se para o debate com todos, com o objetivo de que, ao final, seja elaborada a decisão mais justa e adequada ao caso concreto, tendo em conta a pretensão de correção,²⁸⁶ e considerando as manifestações dos sujeitos

Fundamentos do Processo Civil Moderno. 4ª ed., v. 1, São Paulo: Malheiros, 2001; NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório: uma garantia de influência e de não surpresa In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (orgs.). **Teoria do processo.** Panorama doutrinário mundial. Salvador: JusPodivm, 2008, vol. 1, p. 151-174.

²⁸² Cf.: ZANETI JÚNIOR, Hermes. Primeira mudança: a lógica jurídica e o direito processual. A racionalidade prática procedimental e o retorno ao juízo. In: **A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da Justiça brasileira e as relações entre processo e Constituição.** 2ª edição revista, ampliada, alterada. São Paulo: Atlas, 2014. p. 62-105; VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência:** uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos. Tradução da 5ª edição alemã, revista e ampliada, de Kelly Susane Afflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008; ALEXY, Robert. A institucionalização da razão. In: ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo.** Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 25-29.

²⁸³ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual,** cit., p. 118-121.

²⁸⁴ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil...**, cit., p. 87.

²⁸⁵ Para uma caracterização mais detalhada dos três modelos de Estado citados neste trabalho, cf. SANTOS, Boaventura de Souza; MARQUES, maria Manuel Leitão; PEDROZO, João. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. **Revista brasileira de ciências sociais,** ano 11, nº 30, p. 29-62, fev. de 1996.

²⁸⁶ Segundo Robert Alexy, todo governo se põe a transmitir para os governados que as suas decisões são justas, é dizer, que há o alinhamento entre direito e moral, até como forma de provocar adesões

processuais a respeito dos fatos, dos valores e das normas jurídicas²⁸⁷ que acompanham o objeto da deliberação levada a juízo.²⁸⁸

É próprio do Estado Democrático Constitucional, também, o fenômeno da constitucionalização dos vários ramos do direito, destacando-se, em razão do objeto de análise deste trabalho, a constitucionalização do processo.²⁸⁹ Sob esta rubrica, deve-se compreender, num primeiro sentido, que a Constituição detém supremacia em relação às normas processuais infraconstitucionais, inclusive sobre os códigos processuais (destaque: o Código de Processo Civil), que deixam de ocupar papel de centralidade no conglomerado normativo do processo, assumindo, em vez disso, “função participativa”²⁹⁰, isto é, de ligar todas as normas processuais infraconstitucionais, inclusive aquelas extraídas dos microssistemas, à Constituição; num segundo sentido, compreende-se que a Constituição incorpora em seu texto

espontâneas. Por isso, em qualquer sistema jurídico, existe o que o autor denomina de “pretensão de correção”, ou seja, sob a ótica interna de quem participa da criação do direito (juízes, legisladores etc.) há um direcionamento de se decidir em conformidade com a justiça. Assim, “según el argumento de la corrección, en los procesos de creación y aplicación del derecho los participantes tienen necesariamente una pretensión de corrección, que básicamente es una pretensión de corrección moral.” (Tradução nossa: segundo o argumento da correção, nos processos de criação e aplicação do direito, os participantes têm necessariamente uma pretensão de correção, que basicamente é uma pretensão de correção moral”. Cf.: ALEXY, Robert; BULYGIN, Eugenio. **La pretensión de corrección del derecho**: La polémica sobre La relación entre derecho y moral. Tradução de Paula Gaido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001. p. 19; ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

²⁸⁷ REALE, Miguel. Estrutura tridimensional do direito. In: Lições preliminares do direito. 25ª edição. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 60-63.

²⁸⁸ Zaneti destaca que, no modelo de Estado Democrático Constitucional, haja vista que o que se persegue é a justiça da decisão, nem sempre o juiz irá aplicar a lei, podendo ir além ou contra ela, caso seja injusta ou inadequada ao caso, mas respeitada a simetria com as partes e a pretensão de correção. Eis o que ele assevera: “O que diferencia o juiz do administrador é justamente o caráter jurisdicional de seus atos; como seu poder advém da jurisdição, ele não está vinculado à lei, mas pode, frente à provocação das partes e preservada a simetria na formação da decisão, ir além da lei ou mesmo contra a lei para a realização da justiça (sempre vinculada à noção já estabelecida de ‘pretensão de correção’).” (**A constitucionalização do processo**, cit., p. 146). Essa afirmação não quer dizer que o juiz se exime de aplicar o ordenamento jurídico. Na verdade, o juiz pode ir contra a lei (em sentido estrito), mas com fundamentos extraídos de dentro do próprio ordenamento, o qual também contempla a ideia de pretensão de correção.

²⁸⁹ Por todos, cf. ZANETI JR., Hermes. **A constitucionalização do processo**, cit.; CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: **Panóptica**, ano 1, nº 6, p. 1-44, fev. de 2007. Disponível em: <www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/download/59/64> Acessado em 2 de janeiro de 2017; CATONI, Marcelo. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001; MEDINA, Paulo Roberto Gouveia. **Direito processual constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2003; MITIDIERO, Daniel. **Processo civil e Estado constitucional**. Porto Alegre: livraria do advogado editora, 2007.

²⁹⁰ Cf.: MAZZEI, Rodrigo Reis. O Código Civil de 2002 e a sua interação com os Microssistemas e a Constituição Federal. In: **Revista da Faculdade Autônoma de Direito**, v. 1, 2011; PRIETO, Luis Maria Cazorla. **Codificación contemporánea y técnica legislativa**. Pamplona: Editorial Aranz, 1999, p. 54-64; MARQUES, Mário Reis. **Codificação e paradigmas da modernidade**. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2003, p. 553-573; AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito pós-moderno e a codificação. In: **Revista da Faculdade de Direito da USP**, vol. 94, São Paulo, 1999, p. 3-12.

diversos temas afetos ao direito processual; num terceiro sentido, e ligado ao anterior, entende-se que as normas constitucionais detêm efeito expansivo sobre todo o ordenamento jurídico processual, repercutindo na esfera de atuação de todos os aplicadores, bem como dos três Poderes e dos particulares.²⁹¹⁻²⁹²

Com efeito, a Constituição se torna, em definitivo, o elo que une todas as normas do ordenamento jurídico, não mais havendo que se falar em “Constituição do Direito Privado”, ao se referir ao Código Civil, nem em “Constituição do Processo”, ao se referir ao Código de Processo Civil. Agora, todas as leis, todos os macro e microssistemas se subordinam, impreterivelmente, à Constituição.

2.3.2. As anacronias do instrumentalismo face ao novo modelo estatal

É verdade que o instrumentalismo não é de todo incongruente com o modelo estatal contemporâneo, até porque a fase instrumental reconhece o caráter deontológico do processo, assume o compromisso do direito processual em atingir à justiça, rompe com o binômio direito-processo em certa medida, indica fins do Estado que transcendem aos limites do procedimento instaurado pelas partes e que devem ser buscados na atuação jurisdicional, dá relevante ênfase ao acesso à justiça, à efetividade do processo e ao resultado célere, útil e justo, com uma tutela jurisdicional hábil de trazer paz social. Em síntese, o instrumentalismo reconhece, de certa maneira, que o processo é uma garantia do cidadão. Entrementes, também faz parte da espinha dorsal da teoria instrumentalista do processo uma série de

²⁹¹ O tríplice sentido para a expressão “constitucionalização do direito” é apresentado por Luís Roberto Barroso. Cf.: BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Editora Fórum: Belo Horizonte, 2008. p. 31-33.

²⁹² Precisas são as palavras de Ricardo Guastini: “Por ‘constitucionalización del ordenamiento jurídico’ propongo entender un proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente ‘impregnado’ por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida (*pervasiva, invadente*), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales”. Tradução nossa: “Por ‘constitucionalização do ordenamento jurídico’ proponho entender um processo de transformação de um ordenamento ao fim do qual o ordenamento em questão resulta totalmente ‘impregnado’ pelas normas constitucionais. Um ordenamento jurídico constitucionalizado se caracteriza por uma Constituição extremamente invasiva, intrometida, capaz de condicionar tanto a legislação como a jurisprudência e o estilo doutrinário, a ação dos atores políticos, assim como as relações sociais”. (GUASTINI, Ricardo. La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONNEL, Miguel. **Neconstitucionalismo(s)**, p. 49, 2003).

elementos que não encontram eco dentro do modelo de Estado Democrático Constitucional, que vigora.

Uma das críticas mais contundentes é a colocação da jurisdição num pedestal, em posição de amplo destaque dentro da teoria do processo. Esse entendimento, embora resolva o problema da passividade do juiz, própria do Estado Liberal, culmina no outro extremo perigoso, que são as arbitrariedades na condução do processo, comumente ocorridas num modelo assimétrico de relação entre o juiz e as partes. Nesse modelo, admite-se que o juiz atue ativamente na busca da realização dos escopos jurisdicionais (sociais, políticos e jurídicos), mas essa atuação se dá, não no molde cooperativo que um processo democratizado exige, e sim de cima para baixo (do juiz em direção às partes), como se o julgador estivesse em posição de predominância face aos demais sujeitos processuais.²⁹³

Tal conformação relacional, além de ser incoerente com o princípio democrático emanado da Constituição da República, ainda provoca o problema de gerar novos descontentamentos, irresignações que impulsionam a proliferação de recursos ou de outras ações que visam anular ou rescindir pretéritas decisões judiciárias, afinal, quem não participa efetivamente de um ato decisório e mesmo assim é atingido por ele, com maior naturalidade se mostra insatisfeito.

Por outro giro, os defensores do instrumentalismo adotam a premissa base de que o juiz aplica ao caso concreto um direito (material) preexistente no ordenamento jurídico, não cabendo ao Poder Judiciário nenhum papel criativo (quanto ao mérito). Nessa perspectiva, a jurisprudência não é fonte do direito, mas apenas a autoridade competente para declarar o direito material encontrado no ordenamento jurídico positivo, isto é, já existente antes mesmo de o processo se iniciar. Nos dizeres de Dinamarco, “O comando concreto que [os juízes] emitem constitui mera revelação do preexistente, sem nada acrescentar ao mundo jurídico além da certeza.”²⁹⁴

Todavia, a sustentação dessa postura meramente “declarativa” do direito material por parte do Poder Judiciário encontra problemas variados. Primeiro, porque os modelos redacionais dos códigos contemporâneos e das diversas leis mais recentes, notadamente as civis, por encamparem a ideia de que devem ser

²⁹³ DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. **Revista de Processo**, vol. 198, p. 213, ago./2011; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Poderes do juiz e visão cooperativa do processo**, cit., p. 56; MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil...**, cit.

²⁹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, cit., p. 48.

flexíveis para se adequarem às mudanças sociais e à imposição constitucional de justiça social e bem-comum, utilizam-se amplamente de normas abertas, como as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados²⁹⁵, obrigando o intérprete a, necessariamente, preencher o vácuo (intencionalmente) deixado pelo legislador.²⁹⁶⁻²⁹⁷ Segundo, porque as teorias hermenêuticas contemporâneas já superaram, há algum tempo, a ideia liberal de igualar o texto à norma jurídica, passando-se a entender que a norma é fruto da interpretação, verdadeiro resultado significativo da análise do texto, dos valores e dos fatos, considerando o momento histórico-cultural vigente.²⁹⁸ Terceiro, porque esse viés conservador de não ver a

²⁹⁵ Esses dois conceitos são espécies do gênero “norma aberta”. Explica-se, com esta citação: “(...) é interessante notar que, se efetuada classificação partindo da norma vaga, esta deve ser vista como gênero, sendo a cláusula geral e o conceito jurídico indeterminado espécies da mesma [sic]. Havendo identidade quanto à vagueza legislativa intencional, determinando que o Judiciário faça a devida integração sobre a moldura fixada, a cláusula geral demandará do julgador mais esforço intelectual. Isso porque, em tal espécie legislativa, o magistrado, além de preencher o vácuo que corresponde a um conceito jurídico indeterminado (e/ou princípios), é compelido a fixar uma consequência jurídica correlata e respectiva ao preenchimento anterior. No conceito jurídico indeterminado, o labor é mais reduzido, pois, como simples enunciação abstrata, o julgador, após efetuar o preenchimento valorativo, já estará apto a julgar de acordo com a consequência previamente estipulada em texto legal.” (MAZZEI, Rodrigo Reis. Notas iniciais à leitura do Novo Código Civil. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (Coord). **Comentários ao Código Civil Brasileiro**: parte geral. Rio de Janeiro, editora Forense, 2005. p. LXXXII).

²⁹⁶ No modelo de Estado Liberal, acreditava-se que o “bom direito” estaria perfeitamente delimitado nos textos de lei, até como forma de salvaguardar o princípio da segurança jurídica. Por isso, “insculpiu-se na cultura jurídica, como consequência, a convicção de que sem regulamentação específica, de cada situação subjetiva, com a definição exata dos poderes do titular, não haveria bom direito.” (TEPEDINO, Gustavo. O código civil, os chamados microsistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 2). Todavia, esse não é padrão das codificações e leis contemporâneas. Hoje, “Sob o ponto de vista axiológico, a segurança jurídica perde terreno para os valores do bem-comum e da justiça social. O pensamento jurídico passa a orientar-se mais em função dos valores do que dos interesses, recorrendo cada vez mais às cláusulas gerais e aos princípios jurídicos, categorias que não permitem maior rigor no trabalho lógico-dedutivo, ou raciocínio de subsunção, o que leva a falar-se atualmente em ‘perda de certeza’ no pensamento jurídico.” (AMARAL, Francisco. Racionalidade e sistema no direito civil brasileiro. **Revista de direito civil**. São Paulo, nº 63, p. 44-56, 1993).

²⁹⁷ Entre outros, cf.: MARTINS COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. In: **Revista de informação legislativa**, nº 139, ano 35. Brasília: Senado Federal, 1998. p. 5-22; THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. Sistema principiológico e sua estruturação no novo Código de Processo Civil. In: **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015; PRIETO, Luis Maria Cazorla. **Codificación contemporânea y técnica legislativa**. Pamplona: Editorial Aranzi, 1999; REALE, Miguel. As diretrizes fundamentais do projeto do Código Civil. In: **Comentários sobre o projeto do Código Civil brasileiro**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2002. p. 11-26; TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na Parte Geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A parte geral do novo Código Civil**: estudos na perspectiva civil-constitucional. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. XV-XXXIII.

²⁹⁸ Entre outros, cf.: ÁVILA, Humberto B. **Teoria dos princípios**. 12ª edição ampliada. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 30-31; GUASTINI, Ricardo. **Das fontes às normas**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartir Latin do Brasil, 2005. p. 23-26; SANTI, Eurico Marcos Diniz de. **Lançamento**

jurisprudência como fonte do direito, por si só, dificulta que os resultados práticos lastreados na justiça sejam atingidos no processo, o que, de certa forma, compromete os fins deontológicos do instrumentalismo; ora, não podendo o juiz criar normas de direito material, então, se o ordenamento jurídico contemplar norma substancial injusta ou inadequada ao caso concreto, o magistrado deve aplicá-la, na hipótese de estar vigente no direito positivo²⁹⁹ – algo inimaginável com o pós-positivismo, ou melhor, com um ordenamento jurídico fundado em direitos fundamentais irradiados da Constituição.

Ademais, também sendo objeto de importante crítica, a fase instrumental do processo colocou exagerado destaque no publicismo processual³⁰⁰, como decorrência do soerguimento da jurisdição ao eixo central da teoria do processo. Com efeito, foi criada uma hierarquia dos escopos processuais, sendo que os fins sociais e os políticos se colocavam em posição de maior importância que o fim jurídico, como se o processo, sempre e em qualquer circunstância, prestasse-se para atender aos fins de interesse da sociedade, o que levava os interesses particulares dos jurisdicionados a serem colocados em plano secundário. Nesse sentido, Antônio do Passo Cabral:

tributário. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 29-34; CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário.** 18ª edição revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 8-10.

²⁹⁹ Interessantes são as considerações de Claudio Madureira: “o instrumentalismo, precisamente porque tenciona realizar a justiça sob viés exclusivamente procedimental, encontra dificuldades para concretizar esse objetivo, visto que, na medida em que se dedica a tornar efetivo o direito positivo, apenas pode pretender realizá-la quando forem justos os textos legais aplicados. Ao ensejo, não é demais recobrar que a efetividade do direito positivo e a realização da justiça não necessariamente andam juntas, como se viu (para citar um exemplo bastante contundente) no regime jurídico nazista (cuja incidência propiciou, entre outras barbaridades, a perseguição ao povo judeu e o ideal de purificação da raça ariana), que era muito efetivo, mas nada justo. Destarte, somente se fossem justas todas as leis editadas pelo Parlamento e, ainda assim, se justa fosse a sua aplicação a todas as contendas que emergem das relações sociais e culturais que compõem o mundo da vida (o que é desmentido pela experiência cotidiana) é que se poderia cogitar da realização da justiça sob a tecnologia instrumentalista.” (MADUREIRA, Cláudio Penedo. Formalismo, instrumentalismo e formalismo-valorativo, cit., p. 264).

³⁰⁰ Destaca-se que Dinamarco chega a defender um maior publicismo processual no Brasil, se comparado com os sistemas europeus, visto que “Lá, o contencioso administrativo absorve significativa parcela das causas fundadas em direito público (na Itália, o *Consiglio di Stato*), o que é poderoso fator a impedir o pleno desenvolvimento da idéia (sic) publicista no direito processual civil. O processo civil é prestigiosamente definido, lá, como ‘aquele que se realiza para o desempenho da função jurisdicional em matéria civil’, quando aqui ele versa também toda a matéria tributária, administrativa e mesmo constitucional, inclusive pela via do mandado de segurança e ação popular, instrumentos constitucionais integrantes da *jurisdição constitucional das liberdades*. Bem mais expressiva é, portanto, a dignidade político-institucional do processo civil brasileiro. E, por isso, merece um tratamento mais acentuadamente publicístico e coerente com o modo pelo qual as nossas instituições processuais se inserem instrumentalmente na ordem jurídica.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, cit., p. 58-59).

Observe-se que, além de essas formulações hierarquizarem os escopos do processo, fazendo com que os interesses públicos suplantem os interesses privados, mesmo ao chegar no “escopo jurídico”, o publicismo não se orienta aos jurisdicionados. Não se fala da tutela dos direitos subjetivos, mas da concretização da lei, i.e., a aplicação do ordenamento objetivo. O sujeito, portanto, surge apenas indiretamente, como titular beneficiado pela aplicação da norma. Parece-nos, *data venia*, um excesso publicista. A metáfora de Cipriani é interessante e deve ser lembrada: esta concepção exagerada equivaleria a pensar que, se o processo fosse um hospital, seria construído e organizado para os médicos, não para os doentes.

2.4. ANÁLISE CRÍTICA-REFLEXIVA: OS FATOS JURÍDICOS PROCESSUAIS NAS FASES AUTONOMISTA E INSTRUMENTALISTA DO PROCESSO CIVIL

Por tradição, a doutrina do processo sempre concentrou os seus estudos sobre o ato processual (em sentido estrito), e, conforme se pôde perceber, tal escolha metodológica não foi fruto do acaso, mas, sim, consequência de um caldo ideológico que movia os estudiosos.

No período autonomista da ciência do processo, a busca primeira dos processualistas era por apartar o direito processual do direito material. Assim, com vistas a realizar tal ideário, não seria lógica a importação das teorias do fato jurídico – cunhadas originalmente pelos civilistas – para a seara do ramo instrumental.³⁰¹ Lembra-se que as ditas construções teóricas, quando aplicadas ao direito privado, faziam menção direta aos fatos jurídicos (em sentido estrito) e, com variações, aos negócios jurídicos – reprodução que, para o “bem da autonomia do processo”, não poderia ser levada a cabo. Já que a fase processualística tinha como mote a construção de uma ciência processual não dependente de outros ramos científicos (“pura”, para usar expressão kelseniana), então, era muito razoável que a visão introspectiva ganhasse sobressalto.

No que se refere a uma classificação das categorias processuais, isso levou à defesa, por muitos, de que só poderiam receber o atributo da “processualidade” aqueles atos que ocorressem dentro do processo (*rectius*: procedimento), numa clara visão científica intraprocessual. Logo, não haveria de se falar em “fatos processuais em sentido estrito”, porque “fato” denota algo ocorrido fora do processo; ou, quando por casualidade se falava, comumente se atribuía a eles um

³⁰¹ Cf. capítulo 1 desta dissertação.

revestimento de menor importância – “simples fatos processuais”, em terminologia chiovendiana.³⁰²

Ademais, o triunfo da teoria da relação jurídica processual de Oskar von Bülow representou, de início, a vitória do publicismo no direito processual. Como os negócios jurídicos sempre foram situados como categoria própria do direito privado, tais espécimes tinham, ainda, um motivo extra para serem repudiadas no campo processual, setor público por excelência.

Com efeito, mesmo na vigência do instrumentalismo, não se deu relevante abertura para os denominados “negócios jurídicos processuais”. Ora, nessa fase do processo civil, enfocou-se muito os fins públicos que o instrumento deve buscar, o que, a reboque, culminou num entendimento de que o processo não seria o local apropriado para a incidência da “autonomia privada”, marca ínsita aos negócios jurídicos.

Utilizando-se dos dizeres de Loïc Cadiet³⁰³, falar em negócio jurídico processual era fazer menção a um oxímoro³⁰⁴, haja vista a visão de alguns no sentido de colocar como sendo equidistantes e contraditórios os mundos do negócio jurídico (visto como de direito privado) e do processo (visto como de direito público).

Nota-se, assim, como a ideologia pode influir na maneira em que o estudioso olha o direito.³⁰⁵

³⁰² CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**: as relações processuais a relação processual ordinária de cognição. 3. ed. Campinas, SP: Bookseller, 2002, v. 3. p. 23.

³⁰³ CADIET, Loïc. Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia en Francia. In: **Civil Procedure Review**, v.3, n.3: p. 3-35, aug.-dec., 2012.

³⁰⁴ Ou paradoxo, contradição, locução com dois vocábulos que se repelem no sentido.

³⁰⁵ Interessante exemplo de como a ideologia de um momento histórico pode levar a interpretações específicas do direito é trazido por Joan Picó Y Junoy. Segundo o processualista espanhol, o aforismo *iudex iudicare debet iuxta allegata et probata partium* – que fundamenta o princípio dispositivo, por significar que o juiz deve julgar segundo a prova produzida pela parte – foi, na verdade, recepcionado de maneira errônea pela doutrina alemã, durante o século XIX, momento auge do liberalismo processual, cujo pensamento predominante era o de que os poderes do juiz deveriam ser restringidos, devendo ficar sob ônus exclusivo das partes a apresentação de provas em juízo. Segundo consta, o brocardo original extraído do Digesto era *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam*, que vinha a significar que o juiz julgaria com base no que foi provado, sem apego à sua consciência pessoal. Nota-se, portanto, que a significação do aforismo não tinha como intuito evidenciar passividade do juiz, mas apenas frisar que o julgador deveria ater-se ao que lhe fosse possível acessar dentro do processo, não podendo levar em conta conhecimentos pessoais. De fato, Picó Y Junoy demonstrou que a expressão *partium* foi acrescentada em substituição por *non secundum conscientiam*, provocando uma significativa mudança de sentido, bem alinhada à ideologia liberal da época. Cf.: PICÓ Y JUNOY, Joan. **El juez y la prueba**: Estudio de la errônea recepción del brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam* y su repercusión actual. Bosch: Barcelona, 2007.

Em certa medida, portanto, a fase instrumental seguiu a linha tradicional (da fase processualística) de enfrentamento com os fatos jurídicos processuais.

2.5. O PROCESSO CIVIL NO ESTADO DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL: A QUARTA FASE DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Muitos dos defensores do instrumentalismo, aqui e ali, já evidenciam romper com algumas das ideias originárias expostas por Dinamarco nos idos dos anos de 1980.³⁰⁶ Todavia, comumente, essa doutrina não afirma viver-se numa fase metodológica diferente do processo, mas, apenas, transmite a impressão de se estar num novo estágio dentro da própria fase instrumental, pensamento não adotado neste trabalho.

Para modo de exemplificar, Bedaque e Gagno³⁰⁷ tentam defender que o instrumentalismo precisa ser analisado, também, à luz de uma razão humanista; trata-se, portanto, de uma sustentação de que a fase instrumental deve ganhar nova leitura, tendo em conta os direitos fundamentais. Percebe-se, com isso, que os processualistas em questão sinalizam no sentido de defenderem que o instrumentalismo se realinhou, remodelou-se.

Entretanto, os autores não parecem trazer grande inovação, visto que toda a exposição que eles fazem aparenta sustentar a mera flexibilização do procedimento, a fim de que os direitos humanos sejam protegidos procedimentalmente, não tocando na criação judicial sobre o direito material.

Dadas as incompatibilidades assinaladas entre instrumentalismo e o Estado Democrático Constitucional, entende-se, aqui, que a maneira de lidar com o

³⁰⁶ O próprio Cândido Rangel Dinamarco, em recente livro publicado em coautoria com Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes, parece se contradizer, desaperebidamente. Logo nas primeiras páginas, ambos os processualistas afirmam que a fase atual do processo é a do instrumentalismo, em que, nas próprias palavras dos autores, “O juiz [...] limita-se a revelar a norma concretamente destinada a reger os casos em julgamento, sem criá-la, porque ela já preexistia. Os direitos e obrigações existem antes do processo [...]”. Todavia, em trecho subsequente, os juristas afirmam que a evolução do direito brasileiro levou ao reconhecimento de que “a jurisprudência é uma fonte de direito”. Essa percepção, como se demonstrou, é justamente uma das evidências de que o instrumentalismo já resta superado. Cf.: LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do novo processo civil de acordo com a lei 13.256 de 4.2.2016**. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 21 e 43.

³⁰⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos; GAGNO, Luciano Picoli. A técnica processual e a instrumentalidade na perspectiva do direito humano de acesso à justiça. In: **XVIII Encontro Nacional do CONPEDI**, 2009, Maringá. Anais do XVIII Encontro Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Boiteux, 2009.

processo civil sofreu nova virada metodológica. Vive-se, hoje, o paradigma do “formalismo-valorativo” – expressão cunhada por Carlos Alvaro de Oliveira, em aula proferida na Universidade Federal do Rio Grande do Sul.³⁰⁸

Essa nova fase apresenta pontos de contato com o instrumentalismo, notadamente por ambos considerarem o processo como mecanismo de se atingir à justiça; tanto um como o outro reconhecem o caráter deontológico – o viés ético – do processo.

Entrementes, o formalismo-valorativo vai mais além que a fase instrumental, por encampar por inteiro a ideologia do Estado Democrático Constitucional, bem como as repercussões dela.

2.5.1. O formalismo-valorativo como metodologia processual mais alinhada com o Estado Democrático Constitucional

A compreensão do que vem a ser o formalismo-valorativo pressupõe o entendimento da ideia de “formalismo” (ou “forma em sentido amplo”). Este, conforme ensina Carlos Alvaro de Oliveira, não se confunde com a forma do ato processual individualmente considerado, mas

Diz respeito à totalidade formal do processo, compreendendo não só a forma, ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais. A forma em sentido amplo investe-se, assim, da tarefa de indicar as fronteiras para o começo e o fim do processo, circunscrever o material a ser formado e estabelecer dentro de quais limites devem cooperar e agir as pessoas atuantes no processo para o seu desenvolvimento. O formalismo processual contém, portanto, a própria idéia (sic) do processo como organização da desordem, emprestando previsibilidade a todo o procedimento.³⁰⁹

Nota-se, com isso, ser o formalismo indispensável tanto para a segurança quanto para a efetividade do processo. Segurança, porque é da forma (em sentido amplo) que advém a previsibilidade (caráter disciplinador) da marcha processual, sem a qual o processo poderia virar o palco das arbitrariedades do juiz ou poderia

³⁰⁸ ZANETI JÚNIOR., Hermes. **A constitucionalização do processo**, cit., nota de rodapé 151, p. 42-43.

³⁰⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O Formalismo-Valorativo no Confronto com o Formalismo Excessivo. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 31, v. 137, p. 7-31, jul. 2006. p. 8.

descambar para os abusos desmedidos das partes; efetividade, porque é o formalismo que permite ao processo ser estruturado com ordem, eliminando o caos, a bagunça ou a anarquia, os quais bloqueariam o andar procedimental e, em consequência, a eficácia do procedimento.³¹⁰

Bem pensadas as coisas, o formalismo, representando um equilíbrio entre segurança e efetividade, jamais pode ser visto como algo ruim, desnecessário ou prejudicial. Todavia, se ele for desvirtuado, analisado em descompasso com as finalidades que lhe são ínsitas, pode degenerar-se, vindo a tornar-se o pernicioso “formalismo excessivo”, aquele que “em vez de propiciar uma solução rápida e eficaz do processo, contribui [por exemplo] para a extinção deste sem julgamento do mérito, obstando a que o instrumento atinja a sua finalidade essencial”.³¹¹ O formalismo excessivo é o que leva o juiz a aplicar cegamente o procedimento, porque “está previsto na lei”, sem considerar as peculiaridades próprias de um caso concreto; é o que leva uma das partes a buscar com enorme cuidado e zelo por nulidades hábeis de fazer travar o processo; é o que leva a inadmissões de peças processuais pelo irrisório uso equivocado do *nomen juris*, em total desconsideração pelo teor da petição ou de seus pedidos; é o que leva os tribunais a inadmitirem recursos por estes não estarem acompanhados por peças entendidas como necessárias apenas pelo magistrado, ainda que a juntada sequer esteja prevista na lei; o formalismo excessivo é o que trata o processo como se fosse um fim em si mesmo, representa o formalismo cego, oco e vazio.³¹²

O formalismo-valorativo, ao contrário, consubstancia-se no método de lidar com o direito processual que se utiliza da forma (em sentido amplo) com sabedoria, atentando para as finalidades do processo, ou para os fins a serem perseguidos por meio do instrumento, a saber, a realização da justiça material e a pacificação social, e – como meios viabilizadores dos primeiros –, a efetividade, a segurança e a organização interna justa do próprio processo (*fair trial*).³¹³

Nesse viés metodológico, o processo é reconhecido como um direito fundamental, desdobramento lógico do direito amplo ao acesso à Justiça³¹⁴. Por

³¹⁰ Ibid. p. 13.

³¹¹ Ibid. p. 19.

³¹² Ibid. p. 19-31.

³¹³ Ibid. p. 10-19.

³¹⁴ Sobre a larga acepção de acesso à Justiça, cf.: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

outro lado, ele também é um potencializador de outros direitos fundamentais³¹⁵, uma vez que funciona como uma ponte que possibilita o jurisdicionado a alcançar todos os direitos que lhe forem negados no “mundo da vida”³¹⁶, afinal, como já dizia Chiovenda, “o direito deve dar a quem tem direito, tudo aquilo e exatamente aquilo a que tem direito de receber”.³¹⁷

Ora, se o instrumento é ponte, devem ser removidos todos os empecilhos que impedem (ou dificultam) que direitos fundamentais sejam substancialmente protegidos. Para tanto, o papel do juiz se mostra fundamental, pois será o magistrado quem promoverá a análise dos casos concretos para que os fins processuais sejam atingidos. Deveras, o formalismo-valorativo reconhece o papel do Judiciário de ponderar princípios, de resolver conflitos entre regras, de integrar normas jurídicas de direito processual ou de direito material, a fim de que a justiça substancial seja realizada, sempre respeitando todos os direitos fundamentais dos cidadãos.³¹⁸

Deveras, é próprio do formalismo-valorativo admitir o papel de criatividade dos juízes. Reconhece-se que, sendo as sociedades complexas, não uniformes, já que repletas de relações massificadas, nem sempre com regulamentação peremptória nos textos legais, ao magistrado deve ser atribuída a tarefa de analisar o que de mais justo deve ser aplicado ao caso concreto, função esta que requer a criação da norma jurídica regulamentadora/ pacificadora daquela situação levada a juízo, com base nos elementos fáticos e jurídicos que são postos diante do julgador.³¹⁹

Essa diretriz leva o formalismo-valorativo a assumir a “teoria circular dos planos”, a qual reconhece a existência (em planos diferentes) de um direito material e de um direito processual, porém “a aceitação dessa divisão não implica torná-los estanques, antes imbricá-los pelo ‘nexo de finalidade’ que une o instrumento ao

³¹⁵ DANTAS, Miguel Calmon. O direito fundamental à processualização: fundamento para uma teoria geral do processo. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza; JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial**. Salvador: Juspodivim, p. 683-688, 2007.

³¹⁶ Sobre a ideia de “mundo da vida”, cf.: GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3ª edição. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 375 *et. seq.*

³¹⁷ No original: “il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha um diritto tutto quello e proprio quello ch’egli ha diritto di conseguire”. (CHIOVENDA, Giuseppe. **Dell’azione nascente dal contratto preliminare, in Saggi di diritto processuale civile**. Milano: Giuffrè, 1993, v. 1. p. 110).

³¹⁸ ZANETI JÚNIOR, Hermes. **A constitucionalização...**, cit., p. 214-217.

³¹⁹ Cf.: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. **Revista da Ajuris**, v. 30, n. 90, p. 55-84, 2003.

objeto sobre o qual labora”.³²⁰ É dizer, “o processo serve ao direito material, mas para que lhe sirva é necessário que seja servido por ele”³²¹, em movimento circular. Assim, a teoria dualista, adotada pelo instrumentalismo, é superada, visto que partia do enfrentamento muito segmentado dos dois planos: o direito material era visto como acabado *a priori* – daí o papel do juiz de, apenas, declará-lo.³²² Com o formalismo-valorativo, entende-se que os dois planos continuam a existir em separado, todavia, uma vez retirado o Poder Judiciário de sua inércia, “a ideia mesma de direito material se dissolve”³²³, uma vez que “o processo devolve (sempre) algo diverso do direito material afirmado pelo autor na inicial, algo que por sua vez é diverso mesmo da norma expressa no direito material positivado.”³²⁴

Por outro lado, haja vista que o processo visa a potencializar direitos fundamentais, o formalismo-valorativo também pontua que toda a atividade criativa dos juízes deve ser realizada em cooperação com as partes e com outros sujeitos processuais interessados³²⁵, como forma de salvaguardar o princípio democrático, além do contraditório (valor-fonte do processo numa democracia), da ampla defesa e de outras garantias que se desdobram da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal.³²⁶

De fato, o formalismo-valorativo não põe o realce na Jurisdição, nem encara o instrumento com exageros publicistas de outros tempos, reconhecendo, assim, posição paritária de todos os que participam do processo (visão não assimétrica), bem como admite que “A sentença final só pode resultar do trabalho conjunto de todos os sujeitos do processo”³²⁷. O arco procedimental deve se desenvolver com intenso diálogo, com vistas a se construir a decisão mais adequada ao caso concreto, tendo em conta a pretensão de correção.

³²⁰ ZANETI JÚNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo...**, cit., p. 213-214.

³²¹ Ibid., p. 191.

³²² DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, cit., p. 47-48.

³²³ ZANETI JÚNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo...**, cit., p. 214.

³²⁴ Ibid. p. 191.

³²⁵ Cf. GREGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. In: DIDIER JR., Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre (Coord.). **Coleção grandes temas do novo CPC: normas fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 301-310; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Colaboração no processo civil**, cit., p. 100-106; GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. **Rivista di Diritto Processuale**, n. 21, p. 580-609, 1966; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. **Revista da Ajuris**, v. 30, n. 90, p. 55-84, 2003.

³²⁶ Cf.: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O Formalismo-Valorativo..., cit., p. 10-19; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, v. 15, p. 7-20, 1998.

³²⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O Formalismo-Valorativo..., cit., p. 17.

Com o devido motivo, na nova fase de estudo, a Jurisdição não mais ocupa a posição central dentro da teoria processual, como ocorria com o instrumentalismo. A fase instrumental se negava a realçar a posição do processo dentro da teoria porque partia da premissa de que ele era “instituto marcadamente formal”, numa evidente confusão feita entre formalismo e forma do ato processual. Agora, porém, o processo é visto como “formalidade indispensável a regular e orientar o procedimento”, o qual deve se dar em contraditório – a forma em sentido amplo não é algo ruim, como se poderia supor quando do instrumentalismo. Entende-se que o cerne da teoria do processo não pode ser a Jurisdição, sob pena de se colocar o Estado-Juiz em posição acima dos outros sujeitos processuais, o que não se coaduna com a democracia participativa. Logo, o centro da teoria do processo é o próprio processo.³²⁸

Posto isso, é nítido que o método do formalismo-valorativo está em pleno alinhamento com o modelo do Estado Democrático Constitucional, abarcando em seu conglomerado teórico a noção de força normativa da Constituição, as repercussões do processo de expansão dos direitos fundamentais, a nova hermenêutica constitucional (que, inevitavelmente, toca o processo, dada a constitucionalização deste ramo do direito), o novo papel dos juízes (com a colocação da jurisprudência como fonte do direito) e a imprescindível participação dos sujeitos processuais para construir a decisão (contraditório como valor-fonte) mais justa ao caso concreto (racionalidade tópica³²⁹, com raciocínios desenvolvidos a partir da análise do problema).

2.5.2. As dificuldades na compreensão do termo “formalismo-valorativo”

Consoante destacado, vive-se, no processo civil, a fase do “formalismo-valorativo”. Entrementes, o vocábulo referido suscita imprecisões na compreensão deste atual momento, motivo pelo qual críticas podem ser formuladas.

³²⁸ MADUREIRA, Cláudio Penedo. Formalismo, instrumentalismo e formalismo-valorativo, cit., p. 273.

³²⁹ Cf. VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos. Tradução da 5ª edição alemã, revista e ampliada, de Kelly Susane Alfien da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

Daniel Mitidiero³³⁰ aponta dois problemas no manejo dessa expressão sógnica. O primeiro é que o termo “formalismo” carrega consigo, por questões culturais e históricas, um sentido negativo, comumente identificado no processo com aquilo que as mentes entendem como “formalismo excessivo ou pernicioso”.

Nem o elevado esforço doutrinário de Carlos Alvaro de Oliveira e de seus seguidores – no sentido de ressignificar o termo, situando o bom formalismo na ideia de forma em sentido amplo – conseguiu inculcar na comunidade jurídica em geral a aceção positiva da forma, é dizer, o formalismo continuou a ser associado com o procedimentalismo.

Outro ponto de crítica é que a expressão “formalismo-valorativo” passou a ser confundida, no campo da teoria do direito, com o “formalismo jurídico” e com o “formalismo interpretativo”, o que é um contrassenso. Essas misturas conceituais se colocam como problemas muito mais situados da parte daquele que interpreta o vocábulo do que, propriamente, como sendo um defeito na construção teórica de Carlos Alvaro de Oliveira – o que pode evidenciar, entre aqueles que fazem a confusão, a falta de leitura dos textos sobre a definição técnica de “formalismo-valorativo”.

De qualquer maneira, para evitar essas ambiguidades, é possível adotar termos que contribuem para reforçar ainda mais o sentido. Neste trabalho, a expressão “formalismo-valorativo”, sempre que for utilizada, estará em seu preciso teor técnico, mas, indistintamente, e até como modo de realçar a ideia precisa da expressão cunhada por Carlos Alvaro de Oliveira, lançar-se-á mão da locução “processo civil no Estado Democrático Constitucional” ou “processo civil contemporâneo” para designar a quarta fase do processo civil brasileiro.³³¹⁻³³²

Nessas aceções, o modelo metodológico que se tem é o enfrentamento do processo civil tendo por paradigma as premissas do Estado Democrático

³³⁰ MITIDIERO, Daniel Francisco. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 49-52.

³³¹ Destaca-se que Daniel Mitidiero se utiliza do termo “processo civil no Estado Constitucional”. Por aqui, para precisar o modelo de Estado Constitucional que se quer referir – afinal, o constitucionalismo é fenômeno que perpassa os séculos, apresentando diversos modelos de Estados Constitucionais, inclusive de cunho autoritário –, prefere-se a expressão “processo civil no Estado *Democrático* Constitucional”, como maneira de evidenciar que a democracia é o mote dos modelos contemporâneos. Cf. MITIDIERO, Daniel Francisco. **Colaboração no processo civil**, cit., p. 48.

³³² Claudio Madureira usa a expressão “novo processo civil brasileiro” como sendo “o processo civil do formalismo-valorativo”. Cf.: MADUREIRA, Claudio Penedo. **Fundamentos do novo processo civil brasileiro**: o processo civil do formalismo-valorativo. Belo Horizonte: editora Fórum, 2017. p. 72.

Constitucional, o que impõe ao direito processual civil uma reestruturação pautada nos valores constitucionais e nos direitos fundamentais, com a equipagem do ordenamento processual (repleto de regras, princípios, postulados normativos, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados) de modo a conferir abertura interpretativa ao direito, reconhecimento da jurisprudência como fonte jurídica responsável (isto é, asseguradora da adequação do direito aos casos concretos, mas com garantia da segurança jurídica, da coerência e da universalização dos julgados), e com apego irrestrito ao contraditório (numa acepção ampla), como imposição do princípio democrático.

2.5.3. O Código de Processo Civil de 2015: um marco para o processo civil contemporâneo brasileiro

É por todos sabido que, em 18 de março de 2016, entrou em vigor, no Brasil, o novo Código de Processo Civil, publicado no Diário Oficial da União em 17 de março de 2015. Deveras, a lei nº 13.105/15 (CPC/15) não se perfaz numa grande reforma, mas é uma autêntica recodificação (um lídimo “novo código”)³³³, pois rompe com o modelo do CPC/73, em termos de estrutura, de conteúdo principiológico-normativo, de posicionamento no ordenamento jurídico (submissão irrestrita à Constituição). O CPC/15 abandona o paradigma liberal de processo civil, passando a contemplar elementos muito próprios do atual momento histórico-cultural, em que

³³³ “A recodificação”, destaca Mazzei, “não é apenas reagrupamento de ideias, mas reorganização estrutural da codificação”. As palavras de Judith Martins-Costa, em relação ao Código Civil de 2002, aplicam-se com perfeição ao CPC/15: “Hoje a sua inspiração, mesmo do ponto de vista da técnica legislativa, vem da Constituição, farta em modelos jurídicos abertos. Sua linguagem, à diferença do que ocorre com os códigos penais, não está cingida à rígida descrição de *fattispecies* cerradas, à técnica da casuística. Um Código não-totalitário tem janelas abertas para a mobilidade da vida, pontes que o ligam a outros corpos normativos – mesmo os extra-jurídicos (sic) – e avenidas, bem trilhadas, que o vinculam, dialeticamente, aos princípios e regras constitucionais.” Citações extraídas de: MAZZEI, Rodrigo Reis. Notas iniciais à leitura do Novo Código Civil. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (Coord). **Comentários ao Código Civil Brasileiro**: parte geral. Rio de Janeiro, editora Forense, 2005. p. LXVII-LXIX; MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no projeto de Código Civil brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 35, n. 139, p. 5-22, jul./set. 1998. p. 6. Ainda sobre o tema da recodificação, por todos, cf.: MAGALHÃES, Joseli Lima. **Da recodificação do direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006; DELGADO, Mário Luiz. **Codificação, descodificação e recodificação do direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011.

vigora o Estado Democrático Constitucional (inaugurado em 1988). Portanto, o novo Código assume, em seu ventre, a diretriz do formalismo-valorativo.³³⁴

Logo de início, é de se chamar a atenção para o art. 1º do CPC/15³³⁵, o qual já abre a recodificação deixando claro que o Código não é o centro do ordenamento jurídico processual – ao contrário do que pretendia ser o CPC/73. Reconhece-se, de plano, que a nova lei está sob a égide constitucional, o que impõe ao processo civil ser ordenado, disciplinado e interpretado à luz dos preceitos contidos na Constituição. Assume-se, com isso, a diretriz da constitucionalização do processo.³³⁶

Recorda-se que o instrumentalismo, tendo surgido em época de transição de modelo de Estado, não abraçou em sua origem esse norte constitucional, vindo Zaneti Júnior e Camila Gomes³³⁷ a afirmarem que na fase instrumental “o processo civil está em pé de igualdade com a Constituição”. Por óbvio, o CPC/15 se diferencia bastante desse modelo.

A recodificação tratou de enterrar de vez o “paradoxo metodológico” do processo civil brasileiro, referido linhas atrás. Deveras, o CPC/73 era influenciado pela tradição do *civil law* – daí o apego à lei, a tendência por valorizar o método silogístico de aplicação do direito pré-existente etc. –, mas se colocava em contradição ao modelo de processo judiciário da Constituição de 1988, inspirado no *common law* americano – daí a jurisdição una, o controle difuso de constitucionalidade, a ideia de que as ações precedem o direito (o direito é descoberto no processo) etc. Era como se o processo infraconstitucional se

³³⁴ Claudio Madureira chega a dizer que o CPC/15 inaugura o formalismo-valorativo como nova fase metodológica no direito processual civil brasileiro, dado o fato de que há dispositivos vários na recodificação que demonstram ser o processo o centro da teoria processual, e não a jurisdição, como era na fase instrumental. Entrementes, por aqui, entende-se que o formalismo-valorativo, como maneira (metodologia) de enfrentamento com o direito processual civil, já estava se consolidando em terras brasileiras antes mesmo da entrada em vigor da nova lei processual (daí algumas reformas que já modificavam o CPC/73), em razão da luz advinda da Constituição. Nesse sentido, prefere-se compreender que o CPC/15 consolidou as mudanças que já vinham ocorrendo e que, diga-se de passagem, ainda precisam continuar a ocorrer (em especial, na praxis forense). Cf. MADUREIRA, Claudio Penedo. **Fundamentos do novo processo civil brasileiro**..., cit., p. 58-64.

³³⁵ Art. 1º, CPC/15. “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.”

³³⁶ Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015; DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17ª edição revista, ampliada e atualizada. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1. p. 46-47.

³³⁷ ZANETI JR., Hermes; GOMES, Camilla de Magalhães. O processo coletivo e o formalismo-valorativo como nova fase metodológica do processo civil. **Revista de Direitos Difusos**, v. 53, p. 13-32, 2011, p. 21.

chocasse com a metodologia do processo constitucional. Agora, com o CPC/15, “temos uma só lei processual (figurativamente, é claro), com elementos de *common law* e *civil law* de uma só Constituição, ambas, portanto, com natureza híbrida. *Equal justice under Law*, igual justiça sob o Direito.”³³⁸⁻³³⁹

Rompe-se com a ideia de completude dos códigos oitocentistas, sendo o art. 15³⁴⁰ uma evidência de que o novo CPC se coloca com um papel participativo, é dizer, de ligar a Constituição aos microsistemas processuais civis existentes.³⁴¹ É dizer, assume-se como premissa a importância das complementações. “A lei nº 13.105/2015” – pontuam Rodrigo Mazzei e Tiago Gonçalves – “deixa evidente que irá conviver com legislação a seu redor, isto é, não trata o CPC como um corpo legislativo completo, já que há o reconhecimento de que certos temas específicos devem ser tratados em legislação fora do ambiente codificado”.³⁴²

Dentro dessa perspectiva, a *novatio legis* reconhece que o ordenamento jurídico como um todo (tanto o direito processual como o direito material) não possui todas as respostas para os problemas da vida e que, sendo o processo um direito fundamental do cidadão, com vistas à justiça e à pacificação social, deve ser a seara processual um ambiente de criação, de ajustes do direito ao caso concreto, e não apenas um ambiente de declaração pelo juiz de um direito (supostamente) pré-existente. O novo CPC dá ensejo à flexibilização do procedimento³⁴³⁻³⁴⁴, semelhante

³³⁸ ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2ª edição revista e ampliada. Salvador: editora Juspodivm, 2016. p. 364; ZANETI JR., Hermes. Compreensão do Código a partir da Constituição. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 1307.

³³⁹ Barbosa Moreira já havia identificado essa aproximação entre as tradições do *common law* e do *civil law*. Aliás, ele já advertia que “A influência recíproca tende a intensificar-se: é uma das tantas manifestações da globalização”. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo. In: **Temas de direito processual**: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 53). Destaca-se, por oportuno, que “Os ordenamentos jurídicos, em ambas as tradições, evoluíram muito, no sentido de diminuir a tensão original, de tal sorte que *já não é mais legítimo ou realista falar em incompatibilidades paradigmáticas entre os dois grandes ramos do direito ocidental*.” (ZANETI JR., **O valor vinculante...**, cit., p. 97 – destaques do autor).

³⁴⁰ Art. 15, CPC/15. “Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.”

³⁴¹ MAZZEI, Rodrigo Reis. Breve história (ou ‘estória’) do Direito Processual Civil brasileiro: das Ordenações até a derrocada do Código de Processo Civil de 1973. In: **R. do Instituto de Hermenêutica Jur.** – RIHJ. Belo Horizonte, ano 12, n. 16, p. 177-204, jul./dez., 2014.

³⁴² MAZZEI, Rodrigo Reis; GONÇALVES, Tiago Figueiredo. Visão geral dos procedimentos especiais no novo Código de Processo Civil. In: Cassio Scarpinella Bueno. (Org.). **PRODIREITO**: Direito Processual Civil: Programa de Atualização em Direito: Ciclo 1. 1ed. Porto Alegre: Artmed, 2015, v. 2, p. 101.

³⁴³ Daí dispositivos como o art. 139, inciso VI (que confere poderes ao juiz para que ele dilate prazos processuais e altere a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do

ao que o instrumentalismo apregoava, mas, para além do que a fase instrumental defendia, assume a postura de que também o direito material precisa ser realinhado.

Não à toa, o CPC/15 insere dentre as suas normas fundamentais o princípio da supremacia da decisão de mérito (art. 4º³⁴⁵) e inclui em seu art. 8º³⁴⁶ que o juiz levará em conta, ao aplicar todo o “ordenamento jurídico” – não apenas o direito processual, portanto –, os fins sociais, o bem-comum, a dignidade da pessoa humana, a proporcionalidade, a eficiência etc. Logo, o julgador se investe, no processo, da nobre função de um atalaia da justiça, não apenas sob a ótica procedimental, mas também sob um viés substancial, meritório; objetiva-se garantir a concreção dos direitos fundamentais.

Com efeito, o art. 6º³⁴⁷ realça a busca por uma decisão de mérito justa, do que se infere a necessidade de estudos mais atenciosos dos casos práticos, dos problemas concretos, a fim de ser construído um direito adequado àquela situação levada à análise, considerando, inclusive, a possibilidade de eventuais colisões entre princípios ou conflitos entre regras (art. 489, §2º³⁴⁸). Extirpa-se a noção de que o direito existe perfeitamente acabado antes da aplicação; adota-se a ideia de que as ações precedem os direitos,³⁴⁹ sendo, por isso, que a “a lei não afastará da

conflito), bem como o art. 190 (que confere poder às partes para que, com acordos processuais, modifiquem procedimentos), para citar alguns exemplos.

³⁴⁴ Para Paula Costa e Silva, o legislador brasileiro foi acanhado, quanto aos poderes de gestão processual conferidos ao juiz. Por isso, na concepção da autora portuguesa, em comentário a um artigo do Projeto de Lei que originou o CPC/15 (atual art. 139, inciso VI), o novo código nasceu “desajustado de seu tempo”. Cf. COSTA E SILVA, Paula. Legalidade das formas de processo e gestão processual ou as duas faces de JANUS. **Revista de informação legislativa**. Brasília: Senado Federal, ano 48, n. 190, p. 137-149, abr./jun. 2011.

³⁴⁵ Art. 4º, CPC/15. “As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.”

³⁴⁶ Art. 8º, CPC/15. “Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.”

³⁴⁷ Art. 6º, CPC/15. “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”

³⁴⁸ Art. 489, §2º, CPC/15. “No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.”

³⁴⁹ Esse pensamento deve ser adotado com cuidado, por aqui. Entende-se que o que precede os direitos (plano material) é a ação de direito processual, enquanto direito fundamental à jurisdição. Essa ressalva é relevante porque a “ação de direito material”, diferentemente, surge após a infringência dos direitos (plano material) – logo, é posterior (não precede os direitos). A não diferenciação entre “ação de direito material” e “ação de direito processual” levou muitos doutrinadores a verem no art. 75 do Código Civil de 1916 (“a todo direito corresponde uma ação, que o assegura”) um resquício da teoria imanentista da ação. Pedro Henrique Pedrosa Nogueira critica esse entendimento: “Os doutrinadores que não trabalham com o conceito de ação de direito material foram levados ao equívoco de supor que o art. 75 do Código Civil de 1916 estivesse subordinado a (sic) existência do ‘direito de ação’ (= direito de pedir a tutela jurídica estatal) à prévia existência de um direito subjetivo, concepção hoje já praticamente superada. Todavia, a ação

apreciação do Poder Judiciário, [alegação de] lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV, CF; art. 3º, *caput*, CPC/15).

Como se observa, o CPC/15, logo de início, prevê normas fundamentais do processo civil. Eis um sinal dos tempos, vive-se num Estado Democrático Constitucional. Mitidiero, em análise comparada, diz que:

É sintomática essa abertura: se olharmos para a ZPO alemã, de 1877, e para o *Codice di Procedura Civile* italiano, de 1942, perceberemos que em ambos os casos principia tratando da jurisdição: a ZPO dedica o seu §1º à competência material dos tribunais (“sachliche Zuständigkeit”), ao passo que o *Codice* alude em seu art. 1º à jurisdição (“giurisdizione dei giudici ordinari”). Se, porém, saltarmos no tempo, veremos que o *Nouveau Code de Procédure Civile* francês, de 1975, não inicia da mesma maneira: ele começa enunciando princípios diretores do processo (“príncipes directeurs du procès”, arts. 1º a 24). O legislador inglês igualmente inicia anunciando o seu objetivo fundamental (“overriding objective”, *Rule 1.1*). Nosso novo Código de Processo Civil segue nesse particular esse último caminho: desde o início, o legislador entorna *normas fundamentais* que servem para densificar o direito ao processo justo previsto na Constituição (art. 5º, LIV) e dar as *linhas-mestras* que o estruturam.³⁵⁰

Na esteira do processo justo e da busca pela melhor decisão do caso concreto, é que se incorpora na recodificação do Brasil a teoria dos precedentes judiciais. Atribui-se força às construções normativas dos Tribunais, ante ao que passam a vincular imperativamente um conjunto robusto de enunciados de jurisprudência, a saber, as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; os enunciados de súmula vinculante; os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados (art. 927, incisos I-V), dentre outros não previstos nesse dispositivo, mas extraídos do ordenamento processual.³⁵¹

referida naquele dispositivo era a ação de direito material. Houve, na verdade, acerto do legislador de 1916, que tratou a ação no seu devido lugar, isto é, no âmbito do direito material.” (NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria da ação de direito material**. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 118-119).

³⁵⁰ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil...**, cit., p. 51-52.

³⁵¹ Nesse sentido, Didier Jr., Sarno Braga e Alexandria de Oliveira: “Mas esse rol não é exaustivo. Embora não conste (sic) na listagem de lei, os precedentes cujo entendimento é consolidado na súmula de cada um dos tribunais (ainda que não seja tribunal superior) tem (sic) força obrigatória em relação ao próprio tribunal e aos juízes a eles vinculados. Daí a previsão do art. 926, CPC,

Observa-se, com isso, que o novo Código, ao assumir premissas do formalismo-valorativo, atribuiu enorme importância ao papel do Poder Judiciário. Todavia, por logicidade, não o fez de maneira a manter a assimetria típica do instrumentalismo, com um juiz exageradamente protagonista ao longo do arco procedimental, até porque, no processo civil contemporâneo, trava-se ferrenha luta contra as arbitrariedades, que evidenciam ranço autoritarista.

A recodificação recebeu o influxo do princípio constitucional da democracia e equilibrou os papéis ao longo do procedimento. Não há mais que se falar em processo assimétrico. Agora, as partes e o juiz ocupam posições paritárias; ninguém é mais importante que ninguém; há simetria. Por conseguinte, percebe-se que o CPC/15 seguiu, em termos práticos, a premissa doutrinária de que a jurisdição não ocupa o centro da teoria geral do processo, sendo tal posto do próprio processo.

Com motivo, ao mesmo tempo em que se reconhece o poder do juiz de flexibilizar o procedimento (art. 139, inciso VI³⁵²), torna-se evidente a existência deste mesmo poder conferido às partes, mediante os negócios jurídicos processuais (art. 190, *caput*, CPC/15³⁵³) – em todo caso, respeitando-se limites do direito.

Também como desdobramento do fim da assimetria, o contraditório ganhou feição mais profunda na nova legislação, é dizer, deixou de representar apenas aquele direito mecânico de “reação”, para ser encarado como um efetivo exercício democrático de um poder.³⁵⁴ O contraditório se perfaz, hoje, nas garantias de participação (audiência, comunicação, ciência) e de possibilidade concreta de influência na decisão judicial.³⁵⁵ Há quem sustente tratar-se de valor-fonte do

quanto ao dever genérico de os tribunais brasileiros uniformizarem sua jurisprudência, mantendo-a estável, íntegra e coerente; isso permitirá a edição de súmula que consolide sua jurisprudência dominante, observando-se o procedimento traçado em seu regimento interno.” DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; ALEXANDRIA DE OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 461.

³⁵² Art. 139, inciso VI, CPC/15. “O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...] VI - dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito”.

³⁵³ Art. 190, *caput*, CPC/15. “Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.”

³⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 255-258.

³⁵⁵ Cf. THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. **Revista de Processo**, n. 168, p. 107, fev./2009; CABRAL, Antonio do Passo. Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di

processo, visto que sem ele, tem-se mero procedimento (Fazzalari).³⁵⁶ Por isso, o CPC/15 deixou muito claro que “não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida” (art. 9º), independentemente em que grau de jurisdição esteja e sem importar se a matéria é ou não de ordem pública (art. 10³⁵⁷).

O raciocínio é simples: a decisão judicial deve ser uma construção de vários sujeitos processuais, e não apenas um ato de império, autoritário, do Estado-Juiz. Com isso, realça-se também a ideia de cooperação, não apenas das partes e do magistrado mutuamente, mas de todo e qualquer sujeito que do processo participar (art. 6º³⁵⁸). Todos os que ingressarem no debate judicial devem agir ajudando na elaboração do ato decisório, com boa-fé processual (art. 5º³⁵⁹). O arco procedimental deve se desenrolar em intenso diálogo entre todos os envolvidos, inclusive terceiros intervenientes, como no caso do *amicus curiae* (art. 138, *caput*, e seguintes³⁶⁰). Afinal, se “todo o poder emana do povo” (art. 1º, parágrafo único, CF), então, também no processo as decisões devem ser pluralmente construídas. É o que o CPC/15 orienta.

A recodificação, com essa diretriz não assimétrica, também aponta para o dever de o Poder Judiciário incentivar a solução consensual dos conflitos e firma um sistema multiportas para a pacificação social (art. 3º, §3º³⁶¹), prevendo vários “métodos de tratamento adequado de conflitos”³⁶² (como a arbitragem, a mediação,

dibattito. **Rivista di Diritto Processuale**, ano 60, n. 2, p. 449-463, abril/julho, 2005; PICARDI, Nicola. *Audiat et altera pars*: as matrizes histórico-culturais do contraditório. In: **Jurisdição e Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 127-145; PICARDI, Nicola. Il principio del contraddittorio. **Rivista di Diritto Processuale**, n. 3. Padova: CEDAM, p. 673-679, 1998; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 4ª ed., v. 1, São Paulo: Malheiros, 2001. p. 124-135.

³⁵⁶ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**, cit., p. 118-121.

³⁵⁷ Art. 10, CPC/15. “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.”

³⁵⁸ Art. 6º. “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”

³⁵⁹ Art. 5º, CPC/15. “Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.”

³⁶⁰ Art. 138, *caput*, CPC/15. “O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.”

³⁶¹ Art. 3º, §3º, CPC/15. “A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.”

³⁶² Em excelente artigo, Mazzei e Bárbara Chagas explicam o porquê da substituição do termo “métodos alternativos de solução de conflito” pela locução “[métodos de] tratamento adequado de conflitos”. Para eles, aquela primeira expressão denota a ideia de que o processo civil do Judiciário

a conciliação ou a negociação). Vê-se, com isso, que apesar de reconhecer a importância ímpar do Judiciário, o CPC/15 não centraliza o poder na figura do Estado-Juiz, pelo contrário, impõe que o julgador incentive que as próprias partes cheguem, por si, à solução pacificadora, muitas vezes sem depender até de uma decisão judicial. Abandona-se a visão de processo como “palco de guerra”.³⁶³

Nos dizeres de Daniel Mitidiero³⁶⁴, o processo civil contemporâneo apresenta “um juiz paritário no diálogo e assimétrico na decisão”.³⁶⁵ Com o devido respeito, não se pode concordar com essa maneira de pensar. O princípio democrático impõe a construção conjunta de todo ato decisório, não havendo que se falar em assimetria quando um juiz profere uma decisão moldada a partir de um diálogo ao longo do processo.³⁶⁶

Com razão, o CPC/15 contempla dispositivos vários que reforçam o dever de motivação das decisões previsto no art. 93, IX, da CF³⁶⁷, como é o caso do art. 11³⁶⁸ e art. 489, §1º³⁶⁹. Essas disposições são evidência de que os entendimentos

seria a via principal para se resolver um conflito e as outras vias seriam secundárias (de menor importância). Já a expressão “tratamento adequado” toma por base a ideia de que aos litigantes se põem vários métodos para se resolver a desavença e, para cada caso, levando em conta cada circunstância concreta, apresenta-se um método mais conveniente, que nem sempre será via o processo civil do Judiciário. Cf. MAZZEI, Rodrigo Reis; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Métodos ou tratamentos adequados de conflitos. In: JAYME, Fernando Gonzaga et al. (Coord.). **Inovações e modificações do Código de Processo Civil: avanços, desafios e perspectivas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. p. 113-128.

³⁶³ “Sempre que a solução possa decorrer de acordo das partes, prefere-se esse acordo. Várias são as explicações para essa opção se podem encontrar. A que nos parece de longe mais relevante é a de que a solução negociada permite um verdadeiro apagamento do conflito que eclodiu entre as partes, potenciando-se uma paz social efetiva. Na solução negociada, ambos saem vencedores, pelo que relações futuras entre as mesmas pessoas não são prejudicadas. A solução consensual assegura uma verdadeira paz social no pós-conflito, função que não pode considerar-se assegurada pela decisão judicial.” (COSTA E SILVA, Paula. **Acto e processo...**, cit., p. 113).

³⁶⁴ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 3ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 72.

³⁶⁵ Concordando com Mitidiero, cf. MADUREIRA, Claudio Penedo. **Fundamentos do novo Processo Civil Brasileiro...**, cit., p. 57.

³⁶⁶ Esse entendimento é fruto dos debates, em sala de aula, travados com o professor Hermes Zaneti Jr.

³⁶⁷ Art. 93, IX, CF. “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.”

³⁶⁸ Art. 11, *caput*, CPC/15. “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.”

³⁶⁹ Art. 489, §1º, CPC/15. “ Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo

judiciais poderão ser controlados pelos participantes do processo, abrindo margem para questionamentos em caso de ser proferida decisão judicial que não se atente para o debate travado. Há uma vinculação do juiz a algo anterior a ele, não lhe sendo permitido decidir discricionariamente (com arbítrio). Decisão assimétrica está maculada com vício, podendo ser anulada. Lembra-se das lições de Michele Taruffo:

[...] o que se cuida de verificar mediante a motivação não é tanto o fato de que as partes tenham tido a concreta possibilidade de valer-se de todos os instrumentos fornecidos pelo ordenamento processual para o exercício idôneo das respectivas razões, mas especialmente sim o fato de que o juiz tenha adequadamente levado em consideração as alegações em que se consubstanciou concretamente o exercício do direito de defesa.³⁷⁰

Não se quer, com isso, afirmar que o julgador, quando proferir decisão, deverá incorporar o juiz Hércules para chegar à única decisão correta para o caso concreto.³⁷¹ Certamente, a existência de um direito mais flexível dos tempos contemporâneos – em especial, quando se verifica a grande gama de princípios, conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais, tanto nas leis substanciais quanto nas leis de processo, como no próprio CPC/15 – não quer significar existir um ideal único de justo a ser milagrosamente descoberto. Há várias possibilidades decisórias³⁷², com a mesma ou parecida capacidade de pacificar o conflito com justiça; todas elas, porém, devem passar inevitavelmente pela construção dialogal da decisão, mediante uma racionalidade prática procedimental (método tópico). É o que impõe o formalismo-valorativo. É a diretriz contida no CPC/15.

2.6. A TEORIA DO FATO JURÍDICO PROCESSUAL NO PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO

jugador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.”

³⁷⁰ TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 336-337.

³⁷¹ Cf.: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo, SP: Martins Fontes, 2002; DWORKIN, Ronald. **O imperio do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

³⁷² Cf.: GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 36.

O estudo do fato jurídico processual (civil) precisa estar em conformidade com as exigências de seu tempo – é dizer, com as premissas metodológicas atualmente assumidas –, sob pena de se desenvolver um conglomerado teórico sem qualquer aplicabilidade, perdido numa época já ultrapassada. Pensar de maneira diferente seria defender a abstração pela abstração, o filosofar pelo filosofar, sem visão de concretude nenhuma; seria perder de vista o papel instrumental que tem o processo.

Se as premissas do formalismo-valorativo estão tão internalizadas no espírito dos juristas brasileiros contemporâneos, chegando a influenciar o legislador pátrio na confecção do novo Código de Processo Civil, então, com a devida razão, as ideias da nova fase processual devem ser o ponto de partida adotado. Vive-se a era do que se denominou de processo civil contemporâneo, e essa realidade não pode ser deixada de canto.

Isso implica, de certa maneira, promover importantes adequações nas clássicas noções atinentes à teoria geral do fato jurídico de Pontes de Miranda, quando da importação de boa parte dessas ideias para o campo processual civil. O que se busca, portanto, é apurar as condições de possibilidade, no direito processual civil contemporâneo, de uma “teoria dos fatos jurídicos processuais” fundamentada na doutrina ponteana.

Este trabalho assume o desafio de trazer à baila alguns eixos da teoria em construção que precisam ser investigados com maior vagar, isto é, “confrontados” (= comparados) com a atual fase do processo civil. Algumas das propostas que vêm sendo formuladas pelos ponteanos do processo serão analisadas, bem como serão elaboradas sugestões, sempre que a pertinência e os limites desta dissertação permitirem.

Dito isso, é possível indicar três pontos que merecem ser investigados com mais vagar, no que tange à análise comparativa entre a teoria dos fatos jurídico processuais e o processo civil contemporâneo:

- 1) *A respeito dos problemas teóricos da ideia de incidência automática e infalível*

A teoria de Pontes de Miranda trabalha com a noção de incidência automática e infalível das normas jurídicas para explicar o fenômeno que leva à existência de um fato jurídico. É preciso, porém, ponderar se, nos dias de hoje, essa ideia

estruturante da teoria do jurista alagoano ainda pode ser aplicada, mormente a uma teoria dos fatos jurídicos processuais (civis).

A dúvida se dá, porque, no modelo de Estado Democrático Constitucional que se adota, predomina a ideia de que a jurisprudência é fonte normativa e o direito é criado dialogicamente no processo, num franco e sadio debate entre juiz, as partes e outros interessados. Resta superada a noção de que o direito se revela pré-existente, como um dado que deve apenas ser declarado pelo magistrado. Daí advém o questionamento: é possível dizer, no processo civil contemporâneo, que uma norma processual incide automática e infalivelmente, como se ela já estivesse pronta e acabada *a priori*?

Eis o que será discutido no capítulo 3 deste trabalho.

2) *A respeito dos problemas em torno das espécies de fatos jurídicos processuais*

A teoria de Pontes de Miranda foi desenvolvida e, sobretudo, aplicada no âmbito do direito privado. Com efeito, as classificações feitas pelo autor alagoano se deitaram com perfeição sobre o plano do direito material.

Tendo em vista que o processo civil no Estado Democrático Constitucional não defende um retorno ao sincretismo processual (fase praxista), unificar os critérios classificatórios dos dois planos não representaria uma mistura não sadia entre direito e processo?

Eis a discussão do capítulo 4, que será acompanhada de uma abordagem reflexiva de cada uma das espécies de fatos jurídicos processuais possíveis.

3) *A respeito do problema que é o conceito de mundo jurídico e sua tripartição, em existência, validade e eficácia*

A teoria do fato jurídico processual trabalha com a noção de mundo jurídico e com a ideia de que tal mundo se mostra dividido em existência, validade e eficácia, podendo os fatos jurídicos processuais serem analisados sob a ótica de cada um desses “compartimentos”, que são autônomos entre si.

Portanto, a proposta parece ser extremamente formalista e abstrata, evidenciado um aparente choque com o processo civil do Estado Democrático

Constitucional, que visa à realização do direito no mundo da vida com efetividade, e não num plano abstrato, lógico e pouco operável.

Esse contraste será abordado no capítulo 5, que fechará esta dissertação.

PARTE II:
**A TEORIA DOS FATOS JURÍDICOS PROCESSUAIS NO PROCESSO
CIVIL DO ESTADO DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO**

CAPÍTULO 3:

INCIDÊNCIA AUTOMÁTICA E INFALÍVEL: EMPECILHO TEÓRICO PARA O MANEJO DA TEORIA DOS FATOS JURÍDICOS PROCESSUAIS NO PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO?

3.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

No processo civil do Estado Democrático Constitucional, a jurisprudência é vista como fonte do direito. Os juízes são encarados como verdadeiros “reconstrutores do ordenamento jurídico”, porque captam as mudanças sociais e as traduzem em “juridicidade atualizada” (isto é, direito compatível com a contemporaneidade) – coisa que as leis, estáticas como são, não podem fazer; bem como os legisladores não podem alterar freneticamente os textos normativos de modo a levá-los a acompanhar o fluxo das alterações sociais.

Nesse prisma, é questionável a noção básica de “incidência automática e infalível da norma jurídica” elaborada por Pontes de Miranda e situada na teoria dos fatos jurídicos. Isso, porque tal conceito, a uma primeira vista, passa a impressão de que as normas jurídicas estão prontas e acabadas aprioristicamente, num evidente choque com uma ideia de criatividade judicial.

Eis o problema que se quer enfrentar neste capítulo³⁷³, sobretudo porque se pretende apurar a compatibilidade da teoria dos fatos jurídicos processuais à fase atual do processo civil brasileiro. Obviamente que, se o conceito de incidência automática e infalível anular a jurisprudência como fonte do direito, bem provavelmente que a peça-chave da teoria ponteana será vista como anacrônica. Demonstrar-se-á, porém, que o panorama não é bem esse.

³⁷³ Quando da oportunidade da banca de qualificação, em novembro de 2016, o professor Pedro Henrique Pedrosa Nogueira sugeriu que este capítulo fosse retirado do trabalho. Todavia, quando das considerações dos professores Hermes Zaneti Jr. e Tiago Gonçalves, ambos consideraram que a discussão do tema da incidência automática e infalível seria fundamental, tendo em conta os objetivos traçados para a dissertação. Havendo concordância do professor Rodrigo Mazzei, este mestrando entendeu por bem desenvolver o capítulo, muito embora tenha compreendido as questões pontuadas pelo professor Pedro Henrique Pedrosa Nogueira e respeito sobremodo a opinião do nobre jurista.

3.2. A INCIDÊNCIA NA TEORIA DO FATO JURÍDICO DE PONTES DE MIRANDA

No primeiro capítulo deste trabalho, foi apresentada a definição conceitual de fato jurídico segundo Pontes de Miranda. Não custa repetir: “Fato *jurídico* é, pois, o fato ou complexo de fatos sobre o qual incidiu a regra jurídica; portanto, o fato de que dimana, agora, ou mais tarde, talvez condicionalmente, ou talvez não dimane, eficácia jurídica.”³⁷⁴

Diante disso, é fácil perceber a relevância que a ideia de incidência tem para a teoria pontesiana. Ora, “todo fato jurídico provém da incidência da regra jurídica em suporte fático suficiente”.³⁷⁵ Incidência é, pois, a eficácia da regra jurídica³⁷⁶, ou seja, “o efeito de transformar em fato jurídico a parte do suporte fático considerado relevante para ingressar no mundo jurídico.”³⁷⁷

Assim, “Para que os fatos sejam jurídicos, é preciso que regras jurídicas — isto é, normas abstratas — *incidam* sobre eles, desçam e encontrem os fatos, colorindo-os, fazendo-os ‘jurídicos’.”³⁷⁸ Eis um exemplo: “Se o menor atingiu a idade que a lei considera início para o suplemento de idade pelo titular do pátrio poder, e isso acontece, a regra jurídica, que o faz capaz, incide.”³⁷⁹

Incidir, pois, quer dizer “bater, golpear (*caedere*), gravar, cair sobre, de modo que, no mundo do pensamento humano, o fato ou os fatos recebem o carimbo da regra jurídica, e se tornam jurídicos”.³⁸⁰ A “incidência” – diz, Pontes de Miranda, em interessante metáfora – “é como a da prancha da máquina de impressão, deixando a sua imagem colorida em cada folha.”³⁸¹ Portanto, é por ela que a regra jurídica

³⁷⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**: introdução, pessoas físicas e jurídicas. Atualizado por Judith Martins-Costa, Gustavo Haical e Jorge Cesa Ferreira da Silva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, tomo I. p. 148.

³⁷⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**: validade, nulidade, anulabilidade. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, tomo IV. p. 69.

³⁷⁶ Frisa-se que a “eficácia jurídica” não se confunde com a “eficácia da regra jurídica”. Aquela é o efeito irradiado do fato jurídico, enquanto que esta última é o próprio fenômeno da incidência. Cf. PONTES DE MIRANDA, **Tratado de direito privado**, cit., tomo I, p. 75.

³⁷⁷ MELLO, **Teoria do fato jurídico**: plano da existência, cit., p. 108.

³⁷⁸ PONTES DE MIRANDA, **Tratado de direito privado**, cit., tomo I, p. 65.

³⁷⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Sistema de ciência positiva do direito**. 2ª edição. Campinas: Bookseller, 2005, tomo II, p. 99.

³⁸⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Sistema de ciência positiva do direito**, tomo II, cit., p. 287.

³⁸¹ PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, cit., tomo I, p. 70.

“*discrimina* o que há de entrar e, pois, por omissão, o que não pode entrar [no mundo jurídico]”.³⁸²

Alfredo Augusto Becker, tributarista ponteano de escol, utilizava o exemplo de uma descarga eletromagnética. Para ele, a regra jurídica vigente pode ser vista como um instrumento carregado de energia eletromagnética (juridicidade) que fica suspenso sobre o mundo dos fatos físicos, biológicos e psíquicos. O instrumento aguarda e continua em estática até que ocorram fatos cujos elementos estejam previstos na regra jurídica, fazendo com que o instrumento entre em dinâmica e projete descarga (incidência) de energia eletromagnética (juridicidade) sobre a hipótese de incidência realizada (o fato), a qual fica carregada de energia (juridicidade) em estado dinâmico. Eis que surge o fato jurídico pela incidência (descarga eletromagnética) da regra jurídica.³⁸³

Com razão, Marcelo Neves pontua dizendo que “todo fato jurídico é o resultado da incidência de uma norma jurídica *positiva*. Nesse sentido, todo ele é fato *normativo-positivamente* pré-qualificado”.³⁸⁴

Dentro desse contexto teórico, uma das notas marcantes do fenômeno aqui tratado é a sua infalibilidade³⁸⁵. Já dizia Pontes de Miranda: “a incidência das regras jurídicas é infalível.”³⁸⁶ Isso quer significar que o incidir se dá inapelavelmente e de maneira alheia à vontade humana. Ela é automática, bastando que ocorra no mundo fenomênico o fato previsto pela regra jurídica. “Não importa” – conclui o autor alagoano – “se a pessoa conhece, ou não conhece a regra jurídica: ela, por ser jurídica, incide, com ou sem esse conhecimento. (...) A incidência das regras jurídicas não falha; o que falha é o atendimento a ela.”³⁸⁷

Marcos Bernardes de Mello³⁸⁸ – com fundamento na ideia ponteana de que as regras jurídicas são, em sua quase totalidade, gerais – aponta outra marca própria do fenômeno de incidir, que é a sua inesgotabilidade. Havendo norma de direito

³⁸² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**: bens e fato jurídico. Atualizado por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, tomo II, p. 256.

³⁸³ BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário**. Saraiva: São Paulo, [s.d.]. p. 278-280.

³⁸⁴ NEVES, Marcelo da Costa Pinto. A incidência da norma jurídica e o fato jurídico. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 21, nº 84, p. 267-284, out/ dez de 2004.

³⁸⁵ Marcos Bernardes de Mello também chama essa característica de “incondicionalidade”. Cf.: MELLO, **Teoria do fato jurídico**: plano da existência, cit., p. 109.

³⁸⁶ PONTES DE MIRANDA, **Tratado de direito privado**, cit., tomo I, p. 95.

³⁸⁷ PONTES DE MIRANDA, **Tratado de direito privado...**, cit., tomo I, p. 70.

³⁸⁸ MELLO, **Teoria do fato jurídico**: plano da existência, cit., p. 113.

vigente e ocorrendo a concreção do suporte fático de maneira suficiente, haverá incidência; não importa quantas vezes se repitam os fatos, porque a eficácia da regra jurídica não falha e não cessa; a regra de direito vigente colore todos os fatos previstos que ocorrerem no mundo empírico.³⁸⁹

Apesar de não se poder confundir a incidência com o atendimento da regra jurídica, é preciso destacar que a vida em sociedade depende bastante da observância, pelos homens, das normas de direito que, infalivelmente, incidem. De fato, o grau de observância se mostra maior que a proporção de descumprimento das regras jurídicas, pois, se assim não fosse, a barbárie estaria instaurada.³⁹⁰ Aliás, para Pontes de Miranda, “o *atendimento* é em maior número, e melhor, na medida do grau de civilização”.³⁹¹ Assim, quando o sujeito respeita a regra que incidiu, dá-se a auto-aplicação do direito, ou seja, ocorre o pareamento entre incidência e atendimento da norma.

Todavia, como fato, a incidência nem sempre é respeitada pelos homens, sendo necessária, em muitas circunstâncias, a atuação estatal para que o direito seja aplicado tal como incidiu. Dessarte, segundo o ilustre autor, “a jurisdição não é mais, nos nossos dias, do que instrumento para que se respeite a incidência”.³⁹²

Dito isso, indica-se a aplicação do direito como um ato ocorrido em momento lógico posterior ao da eficácia da regra jurídica (incidência)³⁹³ e que não é nem automático nem infalível, já que dependente da intermediação (muitas vezes falha) do ser humano.

³⁸⁹ Pontes de Miranda lembra, fazendo a devida ressalva, que, excepcionalmente, é possível haver “regra jurídica para um só caso” (PONTES DE MIRANDA, **Tratado de direito privado...**, cit., tomo I, p. 100). Nesta hipótese, como explica Marcos Bernardes de Mello, a regra incide, faz nascer o fato jurídico, mas perde a vigência na sequência. (**Teoria do fato jurídico**: plano da existência, cit., p.114). É o caso, para dar um exemplo, da regra extraída do art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), que teve vigência até o dia 7 de setembro de 1993, quando foi escolhido a forma e o sistema de governo brasileiro, a saber, República Presidencialista.

³⁹⁰ Nas palavras de Pontes de Miranda, “[...] os homens mais respeitam do que desrespeitam as leis, [...] as sanções são menos frequentes que as observâncias.” (**Sistema de ciência**, cit., tomo II, p. 287).

³⁹¹ PONTES DE MIRANDA, **Tratado de direito privado...**, cit., tomo I, p. 74.

³⁹² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Sistema de ciência positiva do direito**. 2ª edição. Campinas: Bookseller, 2005, Tomo II, p. 320.

³⁹³ Torquato Castro, analisando o conceito da teoria ponteana, destaca que tudo o que vem depois, como a possível consciência do sujeito quanto à existência da situação jurídica surgida, ou do seu papel exato como sujeito, ou o exercício da atividade que a norma lhe reservou etc., “já não pertence ao momento da incidência da norma, mas ao de sua aplicação”. De maneira idêntica, toda atividade probatória que visa a reconstituir fatos passados, também é com vistas a aplicar o direito, tentando remontar a época em que a incidência se deu. Cf.: CASTRO, Torquato. **Teoria da situação jurídica em direito privado nacional**. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 67.

Adriano Soares da Costa³⁹⁴ cita o exemplo da pessoa que avança o sinal vermelho sem ser flagrado por nenhum agente de trânsito e sem ser fotografado pelo radar eletrônico. No caso, a norma jurídica incidiu infalível e automaticamente, fazendo surgir o fato jurídico; nada obstante essa realidade, é bem provável que a norma jurídica jamais seja aplicada diante da situação concreta narrada (desconhecimento do ocorrido pela autoridade competente).

Além da omissão estatal em não aplicar a regra jurídica que incidiu, como no caso acima mencionado, outra maneira de se falhar na aplicação seria o Estado, quando do exercício da atividade jurisdicional, não respeitar os contornos próprios da incidência, impondo regra jurídica não incidente. Um exemplo: o juiz condena o réu acusado de homicídio, mesmo sendo ele inocente.

Nota-se, portanto, que a incidência da regra jurídica tem, dentro dessa concepção, um viés de ideário de justiça. É como se o justo para o direito correspondesse ao arquétipo da incidência e, por isso, quando da aplicação, atingir-se-ia a esse ideal apenas se houvesse a correspondência desta (aplicação) com aquela (incidência).

Pontes de Miranda afirma que “a aplicação erra, exatamente porque a autoridade, ou alguém, que teve de aplicar a regra jurídica, não a aplicou tal como incidiu”³⁹⁵⁻³⁹⁶ Por isso, Adrualdo de Lima Catão³⁹⁷ identificou a teoria ponteana como que tendo uma postura “representacionista”, é dizer, assume a ideia de que (no plano do direito material) a verdade dos fatos não depende da decisão judicial, pois a apuração de tal “verdade” remonta à incidência, que é fenômeno infalível.³⁹⁸

O ponto que se coloca, nos limites deste trabalho, é saber se a ideia de incidência automática e infalível se mostra condizente ou não com a atual fase do processo civil, mormente porque a teoria dos fatos jurídicos processuais está situada

³⁹⁴ COSTA, Adriano Soares da. **Teoria da incidência da norma jurídica**: crítica ao realismo linguístico de Paulo de Barros Carvalho. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 47.

³⁹⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição Federal de 1967 (com a emenda nº 1 de 1969)**. Rio de Janeiro: Forense, 1987, tomo I. p. 106.

³⁹⁶ “[...] a aplicação mesma não pode ser arbitrária, posto que possa ser, de *iuri conditio*, errônea.” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Sistema de ciência**, tomo II, cit., p. 289).

³⁹⁷ CATÃO, Adrualdo de Lima. **Teoria do fato jurídico**: uma abordagem lógica da decisão judicial. Curitiba: Juruá, 2013. p. 31.

³⁹⁸ “Deve-se cuidar para não confundir *infalibilidade* da incidência com *respeitabilidade* da incidência. Uma vez realizada a hipótese de incidência, a incidência da regra jurídica é infalível e *independente da atuação de qualquer órgão executivo ou judiciário*; entretanto, o que falha é o *respeito* aos efeitos jurídicos resultantes daquela incidência. Para impor êste (sic) é que atuam os órgãos executivos e judiciários.” (BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário**, cit., p. 290, grifos do autor).

sobre o fundamento da noção de incidência pontesiana, conforme será destacado no tópico seguinte.

3.3. ATUALIZAÇÕES CONCEITUAIS EM TORNO DO FENÔMENO DA INCIDÊNCIA E A RELEVÂNCIA DO REFERIDO CONCEITO PARA A TEORIA DOS FATOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

Os ponteanos do processo, como não poderia ser diferente, encamparam o conceito básico de incidência, juntamente com as características próprias do fenômeno, como a infalibilidade e a inesgotabilidade. Todavia, promoveram alguns importantes ajustes no seu em torno, de modo a fazer o alinhamento devido com as recentes teorias da norma jurídica.

De início, é preciso chamar a atenção para o fato de que foi aproveitada a atualização feita por Marcos Bernardes de Mello, o qual passou a admitir a incidência tanto de regras jurídicas como de princípios jurídicos. Assim, o termo “norma jurídica” se desprende sensivelmente do sentido utilizado por Pontes de Miranda – este lançava mão do vocábulo “norma jurídica” como sinônimo de “regra jurídica”, ignorando, grosso modo, os “princípios jurídicos” –, passando, agora, a ser encarado como um gênero que se divide nas duas espécies acima indicadas (regras e princípios). Por isso, revela-se mais adequado, hoje, o uso da expressão “incidência da norma jurídica”, ao menos quando se for fazer alusão genérica ao fenômeno, até porque se reconhece atualmente que também os princípios têm força normativa e que podem ser aplicados direta e imediatamente.³⁹⁹

No que se refere ao processo, fala-se em “incidência da norma jurídica processual” para englobar a incidência de regras e princípios processuais. Não é à toa que Pedro Henrique Pedrosa Nogueira define o direito processual como sendo “o setor do ordenamento jurídico integrado por *normas (princípios e regras)* que disciplinam o exercício da jurisdição como função estatal”⁴⁰⁰ e, mais à frente, afirma que “o fato jurídico decorrerá da *incidência de uma norma jurídica processual*”.⁴⁰¹

³⁹⁹ Evidente que se pode falar, ainda, em “incidência da regra jurídica”, mas, aí, estar-se-á especificando que a espécie normativa que incidiu foi uma regra de direito, em contraposição à “incidência de um princípio jurídico”.

⁴⁰⁰ NOGUEIRA, **Negócios jurídicos processuais**, cit., p. 59-60

⁴⁰¹ Ibid. p. 66.

Essa atualização, acompanhada pelos demais processualistas ponteanos, não pode ser desprezada, principalmente diante da circunstância de que até mesmo o Código de Processo Civil de 2015, alinhado com os novos tempos, contempla, como livro inaugural de sua parte geral, o título “das normas processuais civis”, que abarca regras e princípios processuais.

Outra atualização importante feita por Marcos Bernardes de Mello que – muito embora não tenha sido referida diretamente nos textos dos doutrinadores de processo – está em ampla conexão com a ideia de “incidência da norma jurídica processual” é a substituição do termo “eficácia legal”, utilizada largamente por Pontes de Miranda, pela expressão “eficácia normativa”.⁴⁰²

Deveras, a eficácia normativa é o efeito de a norma jurídica incidir. Como é certo que não é apenas a lei que contempla normas jurídicas, mas todo o ordenamento jurídico – Constituição, atos administrativos, jurisprudência, contratos etc. –, fazer referência à “eficácia legal” parece ser incompatível com os dias atuais, em que a teoria das fontes do direito foi completamente alterada. Eis que essa mudança terminológica se revelou importante, até porque reforça a diferença que existe entre lei e norma jurídica. Ora, o que incide não pode ser a lei (o Código de Processo, por exemplo), que é mero conglomerado de enunciados prescritivos (texto); o que incide, evidentemente, é o sentido dado ao texto, ou seja, a norma jurídica (processual), conforme se verificará em tópico deste capítulo.

Especificamente na publicação de Paula Sarno Braga, observa-se, ainda, que a autora utiliza a expressão “incidência da hipótese normativa”.⁴⁰³ Bem provável que essa opção tenha se dado por motivo de influência do conhecido ensinamento de Lourival Vilanova, o qual, fazendo singela crítica à noção de “incidência da regra jurídica”, de Pontes de Miranda, diz que “o que tem incidência é a hipótese fática (o pressuposto)”.⁴⁰⁴ Porém, por não se tratar de um problema terminológico grave, a própria autora se utiliza em outras ocasiões da expressão “incidência da norma

⁴⁰² Em nota de rodapé, Marcos Bernardes explica a mudança: “Até a 11ª edição usávamos a expressão *eficácia legal*, criada e usada por Pontes de Miranda. A partir da 12ª edição passamos a empregar a expressão *eficácia normativa*, que nos parece mais adequada, considerando-se que todas as normas jurídicas, desde as constitucionais aos atos normativos, e não apenas a lei (a que nos remete, restritivamente, o adjetivo legal), têm por característica essencial incidir.” (**Teoria do fato jurídico**: plano de incidência, cit., p. 108).

⁴⁰³ Primeiras Reflexões sobre uma Teoria do Fato Jurídico Processual: Plano de Existência. In: **Revista de Processo**, São Paulo, nº 148, p. 293-320, junho de 2007.

⁴⁰⁴ VILANOVA, Lourival. A teoria do direito em Pontes de Miranda. In: _____. **Escritos jurídicos filosóficos**. São Paulo: Axis Mundi/ IBET, 2003. v.1. p. 407.

jurídica”, que é mais comum e que encontrou maior aceitação doutrinária. Neste trabalho, também se adotará o termo mais conhecido.

Feitas essas considerações, o ponto que deve ser observado é a centralidade do conceito de incidência automática e infalível dentro da teoria dos fatos jurídicos processuais, visto que:

(a) A incidência da norma jurídica processual é conceito indispensável para se conceituar fato jurídico processual;

(b) A incidência da norma jurídica processual faz com que o fato jurídico processual adentre ao mundo jurídico, tornando-se apto de produzir eficácia jurídica;

(c) A incidência da norma jurídica processual é pressuposto necessário para se apurar a suficiência do suporte fático e, portanto, o plano da existência do fato jurídico processual;

(d) A incidência da norma jurídica processual aponta os contornos do fato jurídico processual existente, servindo de ideário de justiça quando da aplicação do direito processual.

Em que pesem as atualizações e ajustes às teorias recentes da norma jurídica, tem-se colocado em xeque a subsistência da ideia de incidência automática e infalível no processo civil do Estado Democrático Constitucional. Sendo procedente a percepção dessa incompatibilidade, também vem à ruína a pretensão de se aplicar a teoria dos fatos jurídicos processuais inspirada em Pontes de Miranda ao processo civil contemporâneo.

Passa-se a analisar as principais críticas.

3.4. A CRÍTICA FORMULADA POR ANDREAS J. KRELL

3.4.1. Incompatibilidade da teoria dos fatos jurídicos ao Direito Constitucional

O conceito de incidência normativa faz parte da estrutura mesma da teoria do fato jurídico desenvolvida por Pontes de Miranda. Como não poderia ser diferente, o conceito de incidência da norma processual integra umbilicalmente a teoria dos fatos jurídicos processuais que vem sendo construída pelos “processualistas ponteanos”. Entretanto, é preciso questionar a viabilidade do uso da ideia de incidência na atual fase do direito processual civil, especialmente em razão de algumas ponderações feitas por Andreas J. Krell em seu artigo denominado “A relevância da teoria do fato jurídico no âmbito do moderno direito constitucional e administrativo”.⁴⁰⁵

Na supracitada publicação, o autor alemão põe em xeque a ideia de Marcos Bernardes de Mello segundo a qual a teoria do fato jurídico e seus conceitos podem ser aplicados em todo e qualquer ramo do direito. Isso, porque defende que o mencionado arcabouço teórico não encontra substrato para aplicação no âmbito do direito constitucional e do direito administrativo, principalmente porque a ideia de incidência automática e infalível se choca com o modo de ser desses ramos jurídicos.

Os referidos setores do direito apresentam uma gama muito extensa de “conceitos legais abertos e plurissignificativos”, e estes são dotados de alto teor político, exigindo quase sempre a intermediação de uma autoridade pública para construir a norma jurídica. Assim, “resta duvidoso ser possível falar de uma ‘incidência infalível’ anterior à interpretação-aplicação concreta dessas normas pelos órgãos estatais competentes”.⁴⁰⁶

Andreas J. Krell destaca que a teoria ponteana se enquadra no seguimento das “teorias pré-hermenêuticas”, aquelas que dão maior enfoque à estrutura do fenômeno jurídico, sem conferir aprofundamento ao conteúdo (que requer mais vagar na interpretação). Por isso, a proposta de Pontes seria muito limitada para enfrentar a maioria dos problemas, por exemplo, do direito constitucional moderno, em que o labor interpretativo é inevitável, exigindo do aplicador do direito o emprego de alta carga valorativa, com vistas a formular norma jurídica possível e justificável, bem como tornar eficazes direitos fundamentais.

Sustenta-se, assim, que a teoria do fato jurídico – com sua peça chave (o conceito de incidência automática e infalível) –, por funcionar “em um nível de

⁴⁰⁵ KRELL, Andreas J. A relevância da teoria do fato jurídico no âmbito do moderno direito constitucional administrativo. In: DIDIER JR., Fredie; EHRHARDT JR. Marcos. (Coord.). **Teoria do fato jurídico**: homenagem a Marcos Bernardes de Mello. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 75-95.

⁴⁰⁶ Ibid. p. 79.

refinada formalidade quanto ao tratamento de atos e fatos jurídicos”⁴⁰⁷, poderia ser utilizada apenas em setores do direito que apresentam maior carga de objetividade.

Um terreno fértil seria o direito privado, em que prepondera uma ordem normativa de coordenação entre particulares, não de subordinação destes diante do Estado. Nesse setor, portanto, a aplicação da norma jurídica pelo poder público nem sempre se mostra necessária, daí ser possível visualizar claramente a diferença lógica e temporal da incidência e da aplicação. Quando o Estado for chamado a se manifestar, buscará aplicar o direito reproduzindo o tempo da incidência.⁴⁰⁸

Segundo o autor, outros ambientes propícios, agora na seara pública, seriam os direitos processual, tributário e penal, porque são estruturados com alto grau de rigidez, justamente como forma de assegurar direitos individuais, protegendo os cidadãos de abusos do Estado. Assim, nesses ramos, os fatores da incidência seriam bem delimitados: ocorreu o fato, incidiu a norma; então, o Estado deve aplicar como incidiu.⁴⁰⁹

3.4.2. A crítica formulada por Andreas J. Krell não se estende ao campo do direito processual civil do Estado Democrático Constitucional?

O problema que se coloca – e que, ao que tudo indica, Andreas J. Krell não considerou – é que, ao menos o processo civil contemporâneo (sem fazer menção aos outros vários ramos do direito), em que pese ser marcadamente formal, não apresenta o tão elevado grau de rigidez verificado outrora.

Sabe-se – e já se tocou nesse assunto no capítulo pretérito – que o fenômeno da constitucionalização do processo tirou a clássica “aparência de objetividade” que marcava o processo civil. Afinal de contas, as normas processuais passaram a ter de sofrer interpretação em consonância com os ditames da Constituição Federal (art. 1º, CPC/15), é dizer, em alinhamento com as regras e os princípios constitucionais, bem como com os direitos e garantias fundamentais.⁴¹⁰ Com isso, as normas do direito processual civil, em certa medida, ficaram mais fluidas, carecendo de maior

⁴⁰⁷ Ibid. p.93

⁴⁰⁸ Ibid. p. 78.

⁴⁰⁹ Ibid. p. 78 e 93.

⁴¹⁰ Por todos, cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Introdução ao direito processual constitucional**. Porto Alegre: Síntese, 2009; CATONI, Marcelo. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

esforço interpretativo, com destaque porque, hoje, nas palavras de Zaneti Jr., “Todo processo judicial ou de direito é processo constitucional”.⁴¹¹

Ademais, a quebra da visão maniqueísta que deixavam equidistantes o direito processual civil e o direito material – conquista da fase instrumental e do formalismo-valorativo – levou ao olhar do processo civil como instrumento a serviço da efetivação da justiça substancial. Passou-se a compreender que o formalismo, quando em excesso, impede que o jurisdicionado receba a tutela jurídica garantida pelo direito material. Assim, a forma começou a ser encarada de uma maneira diferente, com vistas a fins mais nobres, que levam ao asseguramento dos direitos fundamentais dos cidadãos. Eis que, nesse contexto, a forma deve sucumbir diante de sua incongruência com os fins. O direito processual civil se desburocratizou sensivelmente.

Segundo Carlos Alvaro de Oliveira,

[...] se o processo, na sua condição de autêntica ferramenta de natureza pública indispensável para a realização da justiça e da pacificação social, não pode ser compreendido como mera técnica, mas, sim, como instrumento de realização de valores e especialmente de valores constitucionais, *impõe-se considerá-lo como **direito constitucional aplicado***.⁴¹²

Por oportuno, recorda-se que o atual Código de Processo Civil assumiu o estilo codificatório dos tempos contemporâneos. Com efeito, incorporaram-se mais amplamente as normas abertas, como cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados; abarcou-se o modelo normativo de regras e princípios, reconhecendo, inclusive, o papel criativo do julgador; contemplaram-se dispositivos que reforçam a ligação visceral com a Constituição.

Nesse cenário, ao que tudo indica, a crítica formulada por Andreas J. Krell passa a ser – se não integral, ao menos parcialmente – direcionada, também, ao direito processual civil. Ora, como seria possível colocar a incidência como *prius* em relação à aplicação, se, em diversas circunstâncias, o julgador é quem criará a norma jurídica processual?

⁴¹¹ ZANETI JÚNIOR., Hermes. **A constitucionalização do processo**: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e Constituição. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 162.

⁴¹² ALVARO DE OLIVEIRA, **Do formalismo no processo civil**, cit., p. 261, grifos nossos.

3.5. A CRÍTICA DA ESCOLA DE PAULO DE BARROS CARVALHO À IDEIA DE INCIDÊNCIA AUTOMÁTICA E INFALÍVEL

Se a crítica de Andreas J. Krell ao conceito de incidência automática e infalível e, por derivação, à teoria do fato jurídico de Pontes de Miranda, pode ser considerada dura, o que se dirá da reprimenda formulada por Paulo de Barros Carvalho e seus discípulos? Deveras, dentro dos pressupostos teóricos dessa escola do construtivismo lógico-semântico a ideia de incidência no sentido ponteano foi integralmente rejeitada, para todo e qualquer ramo do direito.

Na teoria carvalhiana, a linguagem constitui a realidade.⁴¹³ Daí Tárek Moysés Moussallem, seguidor de Paulo de Barros, dizer que “o mundo é uma construção de significações. Uma palavra só se explica por outra palavra.”⁴¹⁴ Especificamente quanto ao direito positivo, também é a linguagem que cria as normas jurídicas estruturantes do mundo jurídico.

O direito positivo, para os carvalhianos, perfaz-se num sistema sintaticamente fechado (autorreferente), o qual possui linguagem própria (prescritiva), inconfundível com a linguagem da realidade social. Com efeito, só ingressam no universo jurídico os fatos relatados no seu código; o sistema do direito positivo possui as “suas próprias regras de jogo (*modus operandi*).”⁴¹⁵

De maneira clara: para ser colorido de juridicidade, não basta que o fato previsto na hipótese de incidência (suporte fático abstrato da norma jurídica) ocorra no mundo fenomênico; é preciso que a autoridade competente relate o fato em linguagem prescritiva; só assim os efeitos jurídicos poderão ser irradiados. É o que ensina Aurora Tomazini de Carvalho: “Antes da ocorrência, verificada nos termos da hipótese, ser relatada em linguagem competente e transformar-se em fato jurídico,

⁴¹³ Segundo Paulo de Barros Carvalho, “o ‘mundo da vida’, com as alterações ocorridas no campo das experiências tangíveis, é submetido à nossa intuição sensível, naquele ‘caos de sensações’ a que se referiu Kant. O que sucede neste domínio e não é recolhido pela linguagem social não ingressa no plano por nós chamado de ‘realidade’ [...]”. (CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. São Paulo: Noeses, 2008. p. 7).

⁴¹⁴ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Fontes do direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2006. p. 4.

⁴¹⁵ *Ibid.* p. 58.

nada existe para o mundo do direito, nenhum efeito de ordem jurídica é constatado.”⁴¹⁶

Para Paulo de Barros, as normas gerais e abstratas não podem incidir por conta própria. Elas só se transmutam de normas gerais e abstratas em normas gerais e concretas, individuais e abstratas, e individuais e concretas por meio do “processo de positivação do direito”, que, impreterivelmente se dá com a intermediação do homem. Nesse sentido, as palavras do professor: “[...] *entre duas unidades estará sempre o ser humano praticando aqueles fatos conhecidos como fontes de produção normativa*. Vale repetir que é o homem que movimenta as estruturas do direito [...]”⁴¹⁷

É nesse contexto que o autor lança mão da diferenciação feita por Tércio Sampaio Ferraz Jr. entre “evento” e “fato”.⁴¹⁸ Aquele seria um puro acontecimento, não revestido de linguagem; este seria um acontecimento relatado em linguagem.⁴¹⁹ No caso do fato jurídico, a linguagem seria do tipo prescritiva e emitida por uma autoridade competente, no ato de positivação do direito. Assim,

Pensemos num exemplo singelo: nasce uma criança. Isto é um evento. Os pais, entretanto, relatam os pormenores aos amigos e escrevem aos parentes de fora para dar-lhes a notícia. Aquele evento, por força dessas manifestações de linguagem, adquiriu também as proporções de um fato, num de seus aspectos, *fato social*. Mas não houve o fato jurídico correspondente. A ordem jurídica, até agora ao menos, não registrou o aparecimento de uma nova pessoa, centro de imputação de direitos e deveres. A constituição jurídica desse fato vai ocorrer quando os pais ou responsáveis comparecerem ao cartório de registro civil e prestarem declarações. O oficial do cartório expedirá norma jurídica, em que o antecedente é o fato jurídico do nascimento, na conformidade das

⁴¹⁶ CARVALHO, Aurora Tomazini. **Teoria geral do direito** (o constructivismo lógico-semântico). 2009. 623 f. Tese. Doutorado em Filosofia do Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009. p. 320.

⁴¹⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 34.

⁴¹⁸ A distinção pode ser ilustrada com o seguinte exemplo: “A travessia do Rubicão por César é um evento. Todavia, ‘César atravessou o Rubicão’ é um fato. Quando, pois, dizemos que ‘é um fato que César atravessou o Rubicão’, conferimos realidade ao evento. ‘Fato’ não é, pois, algo concreto, sensível, mas um elemento linguístico (sic) capaz de organizar uma situação existencial como realidade.” (FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2008. p. 243).

⁴¹⁹ Essa diferenciação não é encontrada em Pontes de Miranda nem em Marcos Bernardes de Mello. Este último, aliás, coloca o “fato” como gênero, dentro do qual se inserem duas espécies, a saber, os “eventos” e as “condutas”. Nessa classificação, os “eventos” são puros fatos da natureza, aqueles que acontecem independentemente da atuação humana ou, em caso de presença dessa atuação do homem, se esta resultar exclusivamente de sua condição natural, biológica (como na morte ou no nascimento); já as “condutas” são atos humanos volitivos ou, quando avolitivos, se não forem decorrência exclusiva de sua natureza animal. Cf. MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**, cit., p. 38.

declarações prestadas, e o conseqüente é a prescrição de relações jurídicas em que o recém-nascido aparece como titular dos direitos subjetivos fundamentais (ao nome, à integridade física, à liberdade, etc.), oponíveis a todos os demais da sociedade.⁴²⁰

Percebe-se claramente que a teoria carvalhiana põe o ser humano como peça indispensável para a incidência normativa e isso se dá, também, porque se parte da premissa de que os enunciados prescritivos contidos nos textos normativos dependem da interpretação humana para ganharem estrutura significativa de norma jurídica. Assim, “a norma jurídica surge como fruto de um esquema de interpretação realizado pelo homem para construir sentido deôntico do texto do direito positivo”.⁴²¹

Por isso, dialogando com o exemplo antes dado, da ultrapassagem do sinal vermelho, diz-se, tendo as premissas da tese carvalhiana, que no ápice do acontecimento não ocorreu nenhum fato jurídico ilícito; “o evento só adquirirá relevância jurídica quando for criado por linguagem competente e ingressar no sistema do direito positivo por meio do antecedente de uma norma jurídica concreta.”⁴²² Isso, porque, dentro da teoria, “fato jurídico será tomado como um enunciado protocolar, denotativo, posto na posição sintática de antecedente de uma norma individual e concreta, num determinado ponto do processo de positivação do direito”.⁴²³

É possível dizer, com Eurico Marcos Diniz de Santi, que não é a norma jurídica que incide sobre um suporte fático fazendo surgir o fato jurídico, mas, diferentemente, a norma jurídica é “incidida” pela autoridade competente sobre o fato, do que nasce o fato jurídico, o qual, não é declarado, mas efetivamente constituído mediante linguagem do direito positivo.⁴²⁴

Portanto, dentro da teoria de Paulo de Barros Carvalho, não subsiste a diferença sustentada por Pontes de Miranda entre incidência (*prius*) e aplicação (*posterius*). Ora, a incidência da norma jurídica se dá no momento da aplicação, com o relato em linguagem competente.⁴²⁵ Só a partir daí ocorre a irradiação de efeitos jurídicos.

⁴²⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. **Fundamentos jurídicos da incidência**, cit., p. 90.

⁴²¹ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Fontes do direito tributário**, cit., p. 67.

⁴²² Ibid. p. 98

⁴²³ CARVALHO, **Fundamentos jurídicos da incidência**, cit., p. 105.

⁴²⁴ SANTI, Eurico Marco Diniz de. **Decadência e prescrição no Direito Tributário**. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 58.

⁴²⁵ Segundo Tácio Larceda Gama, só há que se falar em incidência no ápice da aplicação, porque: “I – não há operações lógicas fora da linguagem; II – a linguagem não atua per se, requer sujeitos

Transportando a ideia para o direito processual civil, poder-se-ia dizer que a morte de uma das partes do processo só se tornaria “fato jurídico processual” e teria a aptidão para gerar o efeito de suspender o processo quando aquele acontecimento for devidamente relatado pelo juiz nos autos processuais, criando norma concreta e individual. Eis que, com isso, nota-se que não se poderia falar em fatos jurídicos processuais *stricto sensu* no sentido empregado pelos “processualistas ponteanos”, uma vez que, para ser juridicizado efetivamente, o dito “fato” precisaria ser reconhecido pelo julgador mediante um ato processual e, frisa-se, no procedimento. Logo, apenas seria jurídico esse “ato processual” realizado pelo magistrado revestido de linguagem prescritiva.⁴²⁶

Ademais, careceria de sentido falar em “sentença (ou decisão) declarativa”, uma vez que tal espécime de ato decisório, na teoria ponteana, visa a declarar aquilo que já existia antes. Com efeito, para os carvalhianos, toda e qualquer decisão judicial é constitutiva, porque cria o fato jurídico (inclusive o processual) no ato da aplicação do direito.

No exemplo da morte de uma das partes, os seguidores de Paulo de Barros diriam que a decisão que determina a suspensão do processo, na verdade, constitui o falecimento no processo; não há nenhuma declaração no mencionado ato. Percebe-se, com isso, que a existência do “fato jurídico processual” (*rectius*: ato jurídico processual) dar-se-ia, também, com a aplicação do direito, ou seja, no momento da emissão da linguagem competente.

Impende ressaltar que, na visão carvalhiana, a linguagem (escrita) é de tão elevada importância para a conformação do mundo jurídico que Paulo de Barros Carvalho acabou por desafiar os seus leitores, no prefácio à 2ª edição de seu livro “Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência”, nos seguintes termos:

A título de salutar e respeitoso desafio científico, espero com vivo interesse que alguém, em qualquer dos múltiplos seguimentos dogmáticos do direito, aponte-me apenas um fato jurídico sem linguagem, o que serviria para comprovar a possibilidade de incidência jurídica sem os expedientes humanos da aplicação.⁴²⁷

emissores e receptores que a produzam; III – o Direito, em semelhança a todos os demais objetos culturais, existe pelo e para o homem, e só atua regulando os comportamentos sociais por meio de sua participação”. (GAMA, Tácio Lacerda. Obrigação e crédito tributário: anotações à margem da teoria de Paulo de Barros Carvalho. **Revista tributária e de finanças públicas**, 2003, vol. 11, nº 50, p. 103-104).

⁴²⁶ Cf. Capítulo 4, desta dissertação.

⁴²⁷ CARVALHO, **Fundamentos jurídicos da incidência**, cit., prefácio, p. XVIII.

3.6. ANÁLISE REFLEXIVA DAS CRÍTICAS

O debate a respeito de uma ou mais teorias sempre é salutar, porque é a partir de pontos de vistas diversos que, em muitas ocasiões, são identificados furos teóricos relevantes. Assim, o estudioso pode, conforme o caso, optar por abandonar uma teoria absurdamente defasada ante à ideia nova que foi apresentada ou, mesmo, ele pode seguir de modo a enrobustecer o arcabouço teórico posto em discussão, mediante novas e mais profundas reflexões, com acréscimos, reformas ou subtrações.

As críticas acima formuladas contra a noção de incidência automática e infalível da teoria ponteana revelam a necessidade de serem pensadas questões nem sempre consideradas no em torno do assunto – o que será feito em tópico vindouro.

Todavia, mesmo os insurgimentos bem fundamentados de Andreas J. Krell e da escola de Paulo de Barros Carvalho precisam ser observados com prudência.

3.6.1. Análise crítica das ponderações de Andreas J. Krell

Dada a aproximação do processo civil com o direito constitucional, se admitida integralmente a crítica de Andreas J. Krell, talvez seja o caso de não se aplicar a teoria dos fatos jurídicos processuais ao processo civil de hoje (constitucionalizado como ele está), sequer com adaptações. Por isso, é preciso refletir a respeito da análise feita pelo professor tedesco.

De início, mostra-se necessário firmar como premissa o fato de que o direito é uma criação humana que visa a ordenar condutas. Assim sendo, o conjunto de normas jurídicas que compõe um ordenamento jurídico se dirige à comunidade de modo a organizá-la, sendo que esse conglomerado normativo é a representação dos valores, dos anseios, dos desejos, das concepções de mundo, das noções de certo e errado que vigoram num dado momento histórico da sociedade, podendo variar de acordo com as mudanças pelas quais também passa o tecido social.

Esse ponto de partida é importante porque, com ele, nota-se que, se a comunidade a qual se dirigem as normas jurídicas não tiver a mínima concepção daquilo que a vincula, a vida social se tornará caótica.

Nesse sentido, afirmar que determinado ramo do direito está entregue à construção casuística de um representante do Estado porque esse dado setor jurídico é composto por normas abertas, significa sustentar que, ali, não há segurança jurídica, não há previsibilidade e, portanto, o direito sequer atinge a sua finalidade: ordenar condutas.

Deixar a criação do direito nas mãos aplicadoras de uma só autoridade estatal representa entregar os cidadãos à mercê da sorte interpretativa de alguém e, em se tratando de um jurisdicionado, significa deixá-lo entregue nas mãos de um tribunal de exceção, o qual cria a norma jurídica em momento posterior ao acontecimento dos fatos. Entrementes, essa ideia não se coaduna com a noção de Estado Democrático Constitucional.

Ao que tudo indica, Andreas J. Krell não teve a intenção direta de defender a discricionariedade (vista como arbítrio) na aplicação do direito. Tanto é assim que ele admite que em ramos jurídicos mais formalistas ou com maior grau de rigidez, ainda resta possível operar com a noção de incidência automática e infalível, bem como no campo privatista, em que há relação de coordenação entre particulares. Entretanto, ao negar o uso daquele conceito nos campos dos direitos constitucional e administrativo sob a justificativa de que lá existem muitas normas abertas, o jurista, grosso modo, emitiu o recado – ainda que indiretamente – de que nesses ramos “justo é o que o juiz diz”, abrindo margem para a arbitrariedade.

Por outro giro, mesmo no direito constitucional ou no direito administrativo, há gama considerável de normas rígidas, as quais não exigem vertical esforço interpretativo. Em muitos casos, a subsunção bem ao modelo clássico se mostra perfeitamente possível de ser feita.⁴²⁸ Logo, é preciso questionar a Andreas J. Krell,

⁴²⁸ Um exemplo pode ilustrar: o atual Presidente da Câmara dos Deputados (Rodrigo Maia) nasceu na cidade de Santiago, no Chile, o que, quando da candidatura do parlamentar ao posto que lhe garante figurar na linha sucessória presidencial, acabou despertando debate sobre a constitucionalidade de um nascido no estrangeiro ocupar o mencionado cargo privativo de brasileiro nato, nos termos do art. 12, §3º, inciso II da Constituição. Todavia, um dado precisava ser considerado no debate, a saber, o fato de que o mencionado deputado, quando do seu nascimento, foi registrado na embaixada do Brasil, lá no Chile, por seu pai brasileiro, o que culminou na incidência da regra do art. 12, inciso III, da Constituição, que considera como brasileiros natos “os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente”. Assim, caso a questão fosse colocada *sub iudice*,

tendo em conta as premissas por ele fixadas, a viabilidade de operar-se com a teoria do fato jurídico ponteasiana ao menos em relação à parcela normativa dotada de maior rigidez, no direito constitucional e no direito administrativo.

A discussão, tal como foi colocada pelo germânico, leva o leitor a identificar, no escrito, o que Riccardo Guastini denominou de “interpretação em sentido estrito” – consistente numa “decisão em torno do significado [...] de um texto obscuro numa situação de dúvida”. Deveras, esse tipo de interpretação parte da premissa de que “há formulações normativas cujo significado é claro e não controverso; por outro lado, há formulações normativas cujo significado é equívoco e causa perplexidade.” Só estas últimas formulações exigiram “interpretação” (sentido estrito).⁴²⁹

Esse entendimento, se levado a rigor, culmina na necessidade de ter-se de medir o grau de objetividade ou de subjetividade das normas de um ramo jurídico. Com efeito, de acordo com as premissas de Krell, quanto maior a objetividade, maiores seriam as possibilidades de se lançar mão da teoria ponteana; quanto menor, mais inviável seria.

Partindo das noções do autor alemão, duas situações precisam ser consideradas no processo civil. A primeira diz respeito àquela parte do direito processual civil composta por normas mais rígidas, sobre a qual a crítica de Andreas J. Krell sequer se dirigiria (aplica-se a teoria dos fatos jurídicos). A segunda diz respeito àquele trecho de normas processuais civis abertas, sobre o que poderia ser estendida a crítica do jurista alemão (não se aplica a teoria dos fatos jurídicos).

Esse “medidômetro do grau de subjetividade normativo”, porém, não existe, nem nunca vai existir. Além disso, tal aparelho tecnológico se revela totalmente despiciendo, porquanto é falaciosa a noção de que um texto com termos precisos e repleto de normas fechadas não precisa de interpretação. Qualquer conjunto linguístico, por mais cerrado que seja, requer ser interpretado, sempre havendo margem aberta à subjetividade.⁴³⁰

indubitavelmente, a aplicação do direito constitucional não demandaria enorme esforço hermenêutico, dada a clareza e rigidez da norma jurídica existente.

⁴²⁹ GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 132.

⁴³⁰ Segundo Tércio Sampaio Ferraz Jr.: “É hoje um postulado universal da ciência jurídica a tese de que não há norma sem interpretação, ou seja, toda norma, pelo simples fato de ser posta, é passível de interpretação. Houve, é verdade, na Antigüidade (sic), exemplos de rompimento desse postulado, como a conhecida proibição de Justiniano de que se interpretassem as normas de seu *Corpus Juris Civilis*.” (**Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2008. p. 31).

Aliás, não parece ser correta a concepção de que a incidência automática e infalível seja incompatível com um sistema de normas mais abertas. A aplicação do direito pressupõe a existência de algo anterior que vincule o aplicador, que dê previsibilidade e segurança jurídica aos jurisdicionados. Não à toa, mesmo o pragmático Adrualdo Catão, assim pontua, comentando o mesmo texto de Krell:

O processo de decisão, mesmo no ambiente constitucional, é um ambiente regrado. Fazem parte de tais regras não só os textos normativos dogmáticos, mas também as convenções linguísticas presentes no corpo social que interpreta os textos dogmáticos.⁴³¹

Em resumo, a negação da ideia de incidência automática e infalível poderia significar haver margem para arbitrariedades no processo civil (constitucionalizado), permitindo que o juiz decida, aplicando as normas de processo, tal como a sua imaginação apontar, visto não existir um *prius* normativo, havendo apenas uma aplicação posterior, que constrói, *post factum*, a norma jurídica processual. O problema é que essa maneira de pensar vai contra a própria Constituição, a qual contempla o princípio democrático, o princípio da segurança jurídica, o princípio da legalidade, dentre outros, que impedem o desenvolvimento daquele raciocínio.

3.6.2. Análise crítica das ponderações da escola de Paulo de Barros Carvalho

Percebe-se da argumentação da escola de Paulo de Barros Carvalho que os seus adeptos seguem visão mais radical, se comparada com a crítica de Andreas J. Krell, na medida em que, dentro dos pressupostos teóricos firmados, o fato jurídico, em qualquer ramo jurídico, só passaria a existir no ato de aplicação do direito pela autoridade competente, a qual criaria a norma jurídica do caso concreto, após atribuir sentido aos enunciados prescritivos contidos nos textos normativos. Em termos claros: só haveria fato jurídico com a emissão de um enunciado constitutivo da norma individual e concreta pela autoridade competente.

Adriano Soares da Costa denomina essa teoria de “realismo linguístico”, pois ela reduz “o Direito àquele produzido pelas repartições públicas (juiz, administrador

⁴³¹ CATÃO, Adrualdo de Lima. **Teoria do fato jurídico**: uma abordagem lógica da decisão judicial. Curitiba: Juruá, 2013. p. 179.

e legislador), em atos formais de ponência de normas. Aplicar o Direito, desse modo, seria reduzi-lo à linguagem escrita e documental dos tribunais e da burocracia estatal.”⁴³²

Dito isso, identifica-se como um primeiro grande inconveniente da teoria carvalhiana a circunstância de que, se adotada, um sem-número de acontecimentos – que, de longa data, são vistos como revestidos de juridicidade – seriam excluídos do que comumente se entendeu como sendo “mundo jurídico”.⁴³³ No caso da morte, alhures referida, ela só teria relevância jurídica, se relatada em linguagem competente, conforme acima se disse de maneira breve. No caso do nascimento com vida, de maneira idêntica, só haveria um fato jurídico quando do registro da criança no cartório civil, conforme se mostrou em excerto da obra do próprio Paulo de Barros Carvalho.

Analisadas bem as coisas, a teoria carvalhiana praticamente desconsidera a auto-aplicação das normas jurídicas pelos sujeitos, dado faltar, em muitas dessas situações, uma autoridade competente para emitir um ato protocolar linguisticamente constituído. Deve-se pensar nos casos em que os destinatários cumprem com os seus deveres⁴³⁴ ou fazem aquilo que lhe é permitido em situações corriqueiras, como, no processo civil, uma parte que age com boa-fé processual ao longo do

⁴³² COSTA, **Teoria incidência da norma jurídica...**, cit., p. 155.

⁴³³ “Observemos esses fatos cotidianos: um adolescente apanha um ônibus, dá ao cobrador um passe-estudantil, passa pela roleta e segue viagem até sua escola; um jovem bebe um refrigerante e paga o valor devido ao garçom; uma pessoa, em seu veículo, pára (sic) quando o sinal fica vermelho e segue seu percurso com a luz verde; uma loja de calçados anuncia uma promoção, pelos jornais, na venda de determinado modelo de sapato. [...] O realismo lingüístico (sic) de Paulo de Barros Carvalho exclui todos esses fatos do mundo jurídico.” (COSTA, **Teoria da incidência da norma jurídica**, cit., p. 55-56).

⁴³⁴ Para Paulo de Barros Carvalho, o cumprimento de deveres jurídicos de forma espontânea, se não revestido em linguagem competente, é mero evento, não adentrando no mundo jurídico. Exemplo que ele oferta é o pagamento de uma obrigação tributária. Eis as suas considerações: “Visto o pagamento pela óptica das possibilidades lógicas de extinção do liame obrigacional tributário, é fácil certificar que, por seu intermédio, cumpre o sujeito passivo o dever que lhe fora cometido, fazendo desaparecer, em contranota, o direito subjetivo de que esteve investido o sujeito credor. Anulando-se o dever jurídico, some-se o dever correlato, desfazendo-se a relação. É uma decorrência lógica incontornável. Quero chamar a atenção, todavia, para a circunstância de que não é o evento do pagamento que extingue a obrigação. *Esta desaparecerá tão-somente quando esse evento for passado em linguagem, surgindo aquilo que se chama de ‘documento de quitação’ ou ‘recibo de pagamento’*. Quem exercitar a ação físico-material do pagamento e não obtiver a linguagem competente que a comprove, sabe-se, não quitou juridicamente a dívida, cabendo-lhe o muitas vezes penoso trabalho de produzir a correspondente prova, que será forçosamente, reduzida à linguagem, mantendo-se a índole documental. [...] *O fato do pagamento aparece para o mundo do direito com a edição do competente ‘recibo’*.” (CARVALHO, **Fundamentos jurídicos da incidência**, cit., p. 223, grifos do autor).

procedimento (art. 5º, CPC⁴³⁵), ou uma parte que inicia a gravação da audiência de instrução e julgamento (art. 367, §6º, CPC⁴³⁶), ou um advogado que pede vista dos autos processuais no balcão da secretaria do juízo (art. 7º, inciso XV, lei nº 8.906/1994⁴³⁷). Situações como essas não seriam jurídicas, porque sequer relatadas em linguagem competente; seriam similares ao caso do motorista que avança o sinal vermelho sem ser flagrado por agente de trânsito, ou seja, seriam um “nada jurídico”.

Nota-se, assim, que essa linha de pensamento, de certa maneira, ignora o fim primordial do direito, a saber, a pacificação social. Quando alguém cumpre uma norma jurídica está, justamente, atuando no campo da licitude jurídica, é dizer, no espectro querido pelo corpo social, dada a relevância daquela conduta. Denominar esse agir de “nada jurídico” é desconsiderar a razão de ser do próprio direito, tornando-a desimportante.⁴³⁸

Afora isso, a teoria de Paulo de Barros Carvalho adota um olhar do direito extremamente formalista, ao ponto de criar um universo jurídico muito apartado da realidade. As normas jurídicas se colocam num plano tão abstrato que sequer tocam as condutas humanas, necessitando sempre da intermediação do homem com a emissão de um documento escrito. Os carvalhianos se esquecem da lição de Lourival Vilanova: “a cultura implica que o dever-ser, de algum modo, penetre na esfera do ser. Que o dever-ser, sem perder sua especial constituição normativa, se relacione com o ser.” Afinal, “se o Estado ou Direito é um fato da cultura, a essência do Direito não reside em ser um sistema de normas, mas em ser um sistema de normas em efetividade, em progressiva realização.”⁴³⁹

⁴³⁵ Art. 5º, CPC/15. “Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.”

⁴³⁶ Art. 367, §6º, CPC/15. “A gravação a que se refere o § 5º também pode ser realizada diretamente por qualquer das partes, independentemente de autorização judicial.”

⁴³⁷ Art. 7º, inciso XV, lei nº 8.906/1994. “São direitos do advogado: [...] XV - ter vista dos processos judiciais ou administrativos de qualquer natureza, em cartório ou na repartição competente, ou retirá-los pelos prazos legais.”

⁴³⁸ Pontes de Miranda tinha pensamento diametralmente oposto. Ele defendia que o direito se realizava no dia-a-dia e que as normas mais eram cumpridas do que descumpridas. Assim, vejamos: “[...] a continuidade da vida doméstica, com todos os incidentes diários e as mínimas ações e omissões, é série imensa de fenômenos de direito, realizados sem palavras e sem autoridade, - e se compararmos a soma de tais aplicações de normas com a imposição oficial de uma dezena de artigos de lei, com diminuta média de observância, à nossa perplexidade logo se imporá a seguinte proposição: há outro direito que se realiza na vida social e independe da ação e da coação”. (PONTES DE MIRANDA, **Sistema de Ciência**, cit., tomo II, p. 122-123).

⁴³⁹ VILANOVA, Lourival. Teoria jurídica da revolução: anotações à margem de Kelsen. **RDP**, 70, São Paulo, Ed. RT, s.d, p. 207.

Ao burocratizar tanto a entrada de um fato para o mundo jurídico, solenizando em excesso a operação, os carvalhianos deixam transparecer uma ideologia própria do Estado Liberal, marcadamente racionalista. Naquele período, acreditava-se ser possível a construção de uma ciência jurídica neutra, com conceitos bem articulados e construídos, bem ao modelo de um sistema geométrico-matemático. Como consequência, lembra Franz Wieacker, “tornou-se inevitável o alheamento da ciência jurídica em relação às realidades sociais, políticas e morais do direito, e foi conduzido à vitória do formalismo.”⁴⁴⁰

Ora, o excesso formalista, o apartamento do direito da realidade social e a ideia de separação do direito face a valores morais não são caminhos a serem percorridos pelo processo no Estado Democrático Constitucional. Essas diretrizes já estão defasadas; na verdade, eram o paradigma dos primórdios da ciência do processo, lá no distante século XIX, quando se travou a disputa entre Windscheid e Mürther, ou quando da publicação da clássica obra de Bülow.

Outro problema de uma teoria dita “realista do direito” é o rumo que geralmente toma para a discricionariedade judicial (arbítrio).

Ao negar completamente a incidência automática e infalível nos moldes ponteanos, os carvalhianos defendem que a criação da norma jurídica é tarefa própria da autoridade competente – que, no processo civil, é o juiz –, a qual dá sentido aos enunciados prescritivos contidos nos textos normativos e cria a norma reguladora da situação posta sob análise, constituindo o fato jurídico. Grosso modo, o direito seria criado depois da ocorrência do fato no mundo fenomênico; seria criado quando da aplicação; a faticidade jurídica seria *posterius* e sempre linguisticamente constituída.

Concorda-se com Paulo de Barros quando ele diz que o sentido dos signos não se encontra involucrado, escondido como uma joia dentro deles.⁴⁴¹ Todavia, isso não quer dizer que o processo hermenêutico, de atribuição de sentido aos textos, seja puramente arbitrário. Em termos simples: o intérprete não pode dar o sentido que quiser às palavras; há limites interpretativos firmados *a priori*.

Assim posto, o juiz, quando da aplicação do direito ao caso concreto, não poderá proceder atribuindo o sentido que bem entender aos textos prescritivos, criando as normas que o seu pensamento individual indicar. Há uma construção

⁴⁴⁰ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. (2ª ed. alemã). Lisboa, 1980. p. 458.

⁴⁴¹ CARVALHO, **Fundamentos jurídicos da incidência**, cit., p. 77.

semântica anterior que o vincula; há um conjunto de normas jurídicas (juízo dotado de sentido) previamente estruturadas que não pode ser desprezado pelo magistrado. Do contrário, torna-se desimportante, por exemplo, o papel do Poder Legislativo.

Afora essa questão, o destaque que a teoria carvalhiana dá na figura da autoridade competente (juiz) é incompatível com a ideia de processo simétrico, própria da fase contemporânea (formalismo-valorativo). Também é incompatível com a noção de processo como uma comunidade de trabalho, em que a decisão judicial é fruto de um intenso debate previamente estabelecido. Logo, tanto a discricionariedade judicial não é a trilha adotada pelo processo civil contemporâneo, que o princípio do contraditório e o princípio da colaboração dos sujeitos processuais (incluindo partes e juiz) vêm recebendo enorme expansão, numa evidência de que, ao aplicar o direito, há um ideal de justiça a ser buscado coletivamente (pretensão de correção). O juiz não está livre para decidir como bem queira.

No entanto, tudo o que acima foi colocado poderia ser refutado pela escola de Paulo de Barros Carvalho sob o argumento de que essas críticas partem de premissas teóricas diferentes daquelas da teoria carvalhiana, lastreada na linguagem. Como diria Tárek Moysés Moussallem, em interessante exemplo, “a teoria científica de Copérnico não pode ser refutada de acordo com juízos exteriores às regras de seu jogo”.⁴⁴² Assim, as considerações críticas aqui feitas seriam refutações meramente pragmáticas, sem o rigorismo científico necessário – pensamento do qual se discorda. Nesse contexto, para afastar a contrução teórica do realismo linguístico, dever-se-ia acatar o desafio de Paulo de Barros e indicar um fato jurídico sem linguagem (escrita).

Pois bem, não é cordial fugir do desafio e, ademais, “a própria teoria carvalhiana cuida de demonstrar suas aporias e contradições internas, apontando esses *atos jurídicos sem linguagem*.”⁴⁴³

Deveras, Adriano Soares da Costa identifica alguns desses “furos” teóricos, ao averiguar os escritos da escola do realismo linguístico. Destaca-se, aqui, um exemplo extraído do direito material, a saber, a polêmica em torno dos deveres instrumentais tributários. Depois, buscar-se-á identificar exemplo no processo civil.

⁴⁴² MOUSSALLEM, **Fontes do direito tributário**, cit., p. 10.

⁴⁴³ COSTA, Adriano Soares da. **Teoria da incidência da norma jurídica**, cit.

No direito tributário, ocupa enorme importância o ato de lançamento do tributo pela autoridade fiscal. Esse ato teria, na teoria carvalhiana, a aptidão de criar a norma individual e concreta, a qual insere o fato jurídico no mundo do direito. Ocorre que, hoje, por imposição legal, muitos dos tributos são quantificados por meio de procedimento realizado pelo próprio contribuinte, sem qualquer intervenção anterior do Fisco, o qual passa a ter o papel posterior fiscalizatório. Logo, o administrado substitui o Fisco no ato de lançamento e, nas próprias palavras de Paulo de Barros Carvalho, ele

Terá de, impreterivelmente, seguir comandos da lei, implementando os deveres instrumentais previstos, com o preenchimento de formulários e documentos específicos para, desse modo, estruturar a norma individual e concreta que lhe corresponde expedir.⁴⁴⁴

Observa-se, com isso, que o jurista reconhece que o contribuinte deverá seguir comandos da lei (norma geral e abstrata). Assim, a pergunta feita por Adriano Soares da Costa é fatal, para o realismo linguístico: “Afim, de onde proviria esse dever instrumental de produzir a norma individual e concreta que faz nascer o dever principal (tributário)?”⁴⁴⁵

Para esta questão, não há resposta clara na teoria carvalhiana, até porque se fosse dito que o sobredito dever instrumental adviria da incidência automática da norma geral e abstrata, a construção teórica viria à ruína com clareza solar. Todavia, também não é cristalina na obra de Paulo de Barros a circunstância de o tal dever instrumental advir de um enunciado protocolar e denotativo – que seria essencial para manter intacta a teoria –, até porque, se isso fosse afirmado, restaria o ônus de demonstrar o tal enunciado linguístico, que, sem margem para dúvida, não existe.⁴⁴⁶ “Essas afirmações, convenhamos, dão graves cuteladas na medula da teoria carvalhiana”.⁴⁴⁷

⁴⁴⁴ COSTA, **Teoria da incidência normativa...**, cit., p. 134.

⁴⁴⁵ Ibid. p. 134.

⁴⁴⁶ Tácio Lacerda Gama, numa tentativa de salvar a teoria carvalhiana, coloca a observância dos deveres instrumentais do contribuinte – como aqueles de manter à disposição do agente fiscal os livros contábeis – no campo do dever moral. É por isso que – argumenta ele – apenas no caso de descumprimento advirão consequências jurídicas, com a edição de uma norma individual e concreta pela Administração Pública. Com efeito, a licitude da conduta do contribuinte seria algo irrelevante, juridicamente falando. Nas palavras do referido autor: “Se as condutas lícitas são juridicamente irrelevantes, pelo fato de somente a conduta ilícita interessar ao Direito, é descabido falar em fatos jurídicos ou em relações nesses casos. Haveria, no máximo, subsunção psicológica e uma imputação de deveres morais, mas não a incidência normativa no sentido técnico estabelecido acima. Sem a norma individual e concreta não há incidência, pois não há subsunção, tampouco

É perceptível, portanto, trazendo para o processo civil, que seria bastante complexo – ou, mesmo, impossível – utilizar a teoria carvalhiana para explicar uma incidência que não seja automática e infalível no âmbito das normas gerais e abstratas que regulam a competência do juízo. Ora, na praxe forense, o que há de mais comum é um processo iniciar e terminar sem que nenhuma norma individual e concreta seja expedida expressamente sobre competência. De regra, não há nenhum enunciado protocolar que diz “dadas as circunstâncias x, deve ser que o juiz y é o competente para a causa w”. A petição inicial, comumente, é distribuída e o procedimento segue diante daquele juiz dito competente sem que nenhum enunciado protocolar denotativo seja emanado. Em termos claros: a competência se dá como consequência da incidência da norma geral e abstrata, sem haver nenhuma intermediação humana consistente na emissão de norma individual e concreta.

Em finalização, importante reproduzir excerto escrito por Pedro Henrique Pedrosa Nogueira, que se alinha ao que acima foi dito:

Ainda que se considerasse uma norma de estrutura estabelecendo o pleno arbítrio do juiz (somente como hipótese teórica), dando-lhe poderes para dar qualquer solução que entendesse adequada ou justa no caso concreto, a decisão não poderia constituir o poder jurisdicional sem a qual não se poderia cogitar de ato estatal decisório decorrente do exercício da jurisdição. O poder jurisdicional está necessariamente fora do âmbito da norma individual e concreta produzida pelo juiz; trata-se de um efeito jurídico previsto no conseqüente (sic) de uma norma de estrutura, que não precisa sequer ser ‘enunciada’ no documento judicial. Isso permite diferenciar uma autêntica sentença emanada de um magistrado de uma minuta de sentença feita ou até mesmo reproduzida literalmente e depois assinada por um acadêmico para fins didáticos, v.g. Essa ‘pseudossentença’ não é e nem veicula norma jurídica alguma (embora o texto possa até ser sugestivo e conter uma suposta invocação de um pseudo poder jurisdicional com assinatura de alguém no documento fazendo as vezes de juiz). A norma de estrutura que prevê a existência do poder jurisdicional do magistrado não está presente (enunciada) no documento normativo (caso contrário, o acadêmico de direito poderia

imputação em linguagem do direito positivo. Por isso, é equivocado falar que, em alguns deveres instrumentais, há fato jurídico sem linguagem. Nestes casos, o que há é uma certa incompreensão das estratégias normativas utilizadas para regradar as condutas sociais. Nada mais.” (GAMA, Tácio Lacerda. *Obrigações e crédito tributário...*, cit., p. 110). O problema é que, com essa tentativa, novos problemas surgem. Ora, se os deveres instrumentais são deveres morais, seria possível o descumprimento deles resultar em sanções jurídicas como consequência do ilícito? Nota-se, assim, que os carvalhianos acabam por perder-se dentro do labirinto linguístico construído por eles próprios. O solipsismo jurídico, muitas vezes, provoca isso.

⁴⁴⁷ COSTA, **Teoria da incidência da norma jurídica...**, cit., p. 139.

‘autoconstituir-se’ juiz); ela não é ‘criada’ pela decisão, mas, nem por isso, deixa de ser observada.⁴⁴⁸

3.7. O CONCEITO FUNDAMENTAL DE NORMA JURÍDICA E SUA ESTRUTURA. A NORMA JURÍDICA PROCESSUAL.

As alterações jurídico-filosóficas, acima sintetizadas, reavivam o debate sobre se a norma jurídica é uma construção dada ao aplicador do direito, ou se ela é construída pelo próprio aplicador. Com efeito, para que se avance na discussão sobre a pertinência do manejo da noção de incidência automática e infalível no processo civil contemporâneo, é preciso, antes, refletir sobre o que vem a ser uma norma jurídica (processual, inclusive).

É cediço que, por um tempo, predominou a confusão de que texto e norma eram expressões sinônimas. Não à toa, o estilo redacional dos códigos oitocentistas era baseado em linguagem cerrada e precisa, e o magistrado era visto como mera “boca da lei”, que deveria aplicar a norma (texto) formada previamente. Era como se da essência das palavras emergisse uma realidade (o verdadeiro direito).

Ocorre que, desde a primeira fase de Wittgenstein⁴⁴⁹ e a inauguração da filosofia da linguagem (virada linguística), tem-se consolidado o pensamento de que das palavras não emerge a essência das coisas. Operou-se o processo de racha entre linguagem e realidade.⁴⁵⁰

⁴⁴⁸ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Os limites lingüístico-legislativos da discricionariedade judicial. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 46, nº 181, p. 313-325, jan-mar de 2009. p. 323-324).

⁴⁴⁹ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus logico-philosophicus**. São Paulo: editora da Universidade de São Paulo, 1968.

⁴⁵⁰ Curioso é o relato de Thomas Moro Simpson, que lembra haver grupos indígenas americanos que acreditavam que o nome de alguém poderia determinar a sua personalidade. (Cf. **Linguagem, realidade e significado**. São Paulo: Edusp, 1976. p. 3). Na bíblia, interessante é o relato da luta entre Jacó e Deus. No episódio, Jacó, cujo nome significa “trapaceiro ou enganador”, clamou por uma bênção divina. Depois de uma longa noite, Deus acata o pedido: o nome de Jacó foi mudado para Israel, que significa “Príncipe”. (Cf. BÍBLIA. Português. **Bíblia da liderança cristã**. Tradução de João Ferreira de Almeida. Edição revista e atualizada. Barueri: Sociedade Bíblica do Brasil, 2007. p. 31). Nisso se observa que, no imaginário dos antigos, o significado dos nomes recebia não pouca importância, porque se acreditava que o mundo visível seria modificado como que por forças místicas advindas da essência das palavras. Na metáfora bíblica, inclusive, Deus cria o mundo por meio das palavras que ele emite. Essa crença – do poder interno das palavras – foi denominada por Ogden e Richards de “superstição verbal” (“verbal superstition”). (Cf. OGDEN, C.K; Richards, I. A. **The meaning of meaning: a study of the influence of language upon thought and of the science of symbolism**. New York: A Harvest Book, [s.d]. p. 36).

Percebeu-se que um texto não contempla em si a sua significação. Não há por trás das palavras um conteúdo a elas ínsito. Quem atribui sentido aos signos é o próprio homem (intérprete), consoante as suas necessidades e mediante escolhas. Por isso, exemplificando, o termo “lápiz” não é assim denominado por conta de uma essência obscura que o nomeia, mas porque o homem arbitrariamente o denominou desse jeito.⁴⁵¹

Esse é o raciocínio também empregado na diferenciação que hoje largamente é feita entre texto e norma jurídica. Os textos normativos (Constituição, leis, atos administrativos etc.) contêm uma série de enunciados prescritivos em seus vários artigos, parágrafos, alíneas etc. Esse conjunto, porém, não são normas jurídicas. Estas, na verdade, são, nos dizeres de Humberto Ávila, “os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos”. E segue o mesmo autor: “Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado”.⁴⁵²

Um mesmo enunciado pode expressar uma ou mais normas jurídicas, assim como pode não expressar norma jurídica nenhuma, a depender do sentido que pode ser atribuído a ele. Aliás, como lembra Robert Alexy, “normas podem ser também expressas sem a utilização de enunciados, como é o caso, por exemplo, das luzes

⁴⁵¹ Precisas são as palavras de Guibourg, Ghigliani e Guarinoni: “Cuando aprendemos el nombre de una cosa, entonces, no aprendemos algo *acerca de la cosa*, sino sobre las costumbres lingüísticas de cierto grupo o pueblo: el que habla el idioma donde ese nombre corresponde a esa cosa. Estas costumbres pueden cambiar, y de hecho cambian muy a menudo a través del tiempo. Decimos entonces que *las cosas cambian de nombre*, pero sería más riguroso decir que nosotros cambiamos *el modo de nombrar esa cosa*. [...] De aquí resulta una primera conclusión: no existen nombres *verdaderos* de las cosas. Apenas hay nombres comúnmente aceptados, nombres no aceptados e nombres menos aceptados que otros ” E seguem os autores: “En castellano, por ejemplo, cualquier aparato destinado a medir el tiempo se llama ‘reloj’. En inglés, en cambio, tiene una palabra (‘*clock*’) para el reloj de torre o de pared y otra (‘*watch*’) para el de bolsillo o de pulsera. Y el francés tiene tres vocablos: ‘*horloge*’ (reloj de torre o de pared), ‘*pendule*’ (de mesa o de pie) y ‘*montre*’ (de bolsito o de pulsera).” Tradução nossa: “Quando aprendemos o nome de uma coisa, então, não aprendemos algo acerca da coisa mesma, senão sobre os costumes linguísticos de certo grupo ou povo: o que fala o idioma de onde esse nome corresponde a essa coisa. Esses costumes podem se modificar, e de fato se modificam com frequência ao longo do tempo. Dizemos então que as coisas trocam de nome, mas seria mais rigoroso dizer que nós alteramos o modo de nomear essa coisa. [...] Disso resulta uma primeira conclusão: não existem nomes verdadeiros das coisas. Apenas existem nomes comumente aceitos, nomes não aceitos e nomes menos aceitos que outros. [...] Em castelhano, por exemplo, qualquer aparato destinado a medir o tempo se chama relógio. Em inglês, a seu turno, há uma palavra (‘*clock*’) para o relógio de torre ou de parede e outra (‘*watch*’) para o de bolso ou de pulso. No francês, há três vocábulos: ‘*horloge*’ (relógio de torre ou de parede), ‘*pendule*’ (de mesa ou de pé) e ‘*montre*’ (de bolso ou de pulso).” GUIBOURG, Ricardo A.; GHIGLIANI, Alejandro M.; GUARINONI, Ricardo. **Introducción al conocimiento científico**. 3ª edição. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 2000. p. 34-38.

⁴⁵² ÁVILA, Humberto B. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12ª edição ampliada. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 30.

de um semáforo”⁴⁵³, das quais se extrai a proibição de se seguir trafegando com o veículo, se a luz emitida for vermelha.⁴⁵⁴

Como significado de um enunciado linguístico, as normas jurídicas se apresentam como uma proposição. Todavia, não como qualquer proposição, mas como uma de tipo prescritivo.⁴⁵⁵⁻⁴⁵⁶ As proposições prescritivas se distinguem das denominadas proposições apofânticas porque só aquelas – estas últimas não – têm o operador intraproposicional *dever ser* como sincategorema (invariável) conectivo dos categoremas (variáveis), que pode se manifestar em um dos três modais deônticos possíveis: obrigatório (O), proibido (V) ou permitido (P).⁴⁵⁷

Enquanto as proposições descritivas dizem como *é* um estado de coisas (“o homem é mortal”); as proposições prescritivas evidenciam como *deve ser* o mundo dos homens (“é proibido matar”). Por isso, enquanto as proposições apofânticas podem ser verdadeiras ou falsas; as proposições prescritivas, dentre as quais as se destacam as normas jurídicas, podem ser avaliadas como sendo válidas ou inválidas.⁴⁵⁸⁻⁴⁵⁹

⁴⁵³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 54.

⁴⁵⁴ Cf. BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. O discurso do legislador de trânsito: uma análise semiótica da linguagem não-verbal normativa. **Revista de Informação Legislativa**, ano 37, nº145, p. 145-158, 2000.

⁴⁵⁵ VILANOVA, Lourival. **Estruturas lógicas e o sistema de direito positivo**. São Paulo: Noeses, 2005. p. 40-42.

⁴⁵⁶ O termo “proposição jurídica”, na doutrina kelseniana, tem outro sentido, se comparado com o uso da expressão na doutrina de Lourival Vilanova, utilizada neste trabalho. Para o autor austríaco, as proposições jurídicas “são juízos hipotéticos que enunciam ou traduzem que, de conformidade com o sentido de uma ordem jurídica - nacional ou internacional - dada ao conhecimento jurídico, sob certas condições ou pressupostos fixados por esse ordenamento, devem intervir certas conseqüências (sic) pelo mesmo ordenamento determinadas.” Para Kelsen, a expressão “proposição jurídica” se restringe aos enunciados emitidos pela ciência do direito. Já sobre o termo “norma jurídica”, o jurista da Áustria assim diz: “As *normas* jurídicas, por seu lado, não são juízos, isto é, enunciados sobre um objeto dado ao conhecimento. Elas são antes, de acordo com o seu sentido, mandamentos e, como tais, comandos, imperativos. Mas não são apenas comandos, pois também são permissões e atribuições de poder ou competência.” Com efeito, há na doutrina kelseniana este racha: “proposição jurídica” é conceito da ciência do direito e “norma jurídica” é comando vindo do direito positivo. (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**, cit., p. 51). De outro lado, muito embora Lourival Vilanova diferencie a linguagem do jurista da linguagem do direito positivo, ele utiliza a palavra “proposição” também para se referir ao direito positivo, daí ele dizer que “[o conceito] quer descritivo, quer normativo, em rigor são *formas proposicionais* [...]”. (VILANOVA, Lourival. **Estruturas lógicas...**, cit., p. 160, grifos do autor). Daí estas considerações: “A proposição jurídica não *descreve* como fisicamente, biologicamente, psicologicamente, um homem está engajado num ir-e-vir no espaço físico e social [...]. A proposição do direito positivo, integralmente explicitada, dirá: ‘dado o fato de ser pessoa, deve-ser o direito *erga omnes* de ir-e-vir’ correlativo (vê-se) do dever geral de não impedir.” (VILANOVA, Lourival. **Estruturas lógicas...**, cit., p. 68).

⁴⁵⁷ VILANOVA, Lourival. **Estruturas lógicas...**, cit., p. 68-71.

⁴⁵⁸ *Ibid.* p. 100-102.

⁴⁵⁹ É possível perceber que a ciência do direito tem como objeto o direito positivo. Este se apresenta como um sistema com linguagem prescritiva, enquanto a ciência se coloca descrevendo o direito

Ante a isso, a norma jurídica surge como uma proposição prescritiva a qual, em estrutura formalizada, pode ser apresentada como a expressão que, em seu antecedente (suporte fático, descritor ou hipótese de incidência) prevê um fato hipotético e, a ele, ligada por imputação, uma ou mais consequências jurídicas, as quais estão previstas no conseqüente normativo (preceito ou prescritor). Em representação simbólica: $D(H \rightarrow C)$, sendo “D” o operador “dever ser” (sincategorema, invariável), “H” é a proposição hipótese (categorema, variável), “C” é o conseqüente (categorema, variável) e “ \rightarrow ” é a implicação (se..., então...).⁴⁶⁰ Exemplo: “[se] dado o fato de nascer com vida, [então] *deve ser* sujeito de direito”.

Eis, portanto, a estrutura genérica de toda e qualquer norma jurídica, a qual é resultado da interpretação dos textos normativos.

3.7.1. Regras e princípios jurídicos

Diferenciado o texto normativo da norma jurídica, inclusive sendo indicada a estrutura lógica desta última, é salutar que se siga a tendência das teorias normativas contemporâneas, bem sintetizada por Canotilho: “(1) as regras e os princípios são duas espécies de normas; (2) a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre duas espécies de normas.”⁴⁶¹

Portanto, assentado que a norma jurídica é gênero que engloba duas espécies, uma ressalva deve, aqui, ser feita: não se busca enfrentar as variadas e divergentes definições doutrinárias de regras e princípios, por não ser este o objetivo central do presente trabalho. Por isso, mesmo reconhecendo a enorme importância, não se debruçará pormenorizadamente, por exemplo, sobre as ideias de Robert Alexy, de Ronald Dworkin, Canaris, Larenz, dentre outros expoentes. Quer-se, mais precisamente, indicar uma diretriz definitiva que sirva à pretensão de se evidenciar que ambas as espécies, dentro do Estado Democrático Constitucional, são dotadas

posto, isto é, com linguagem descritiva. Assim, as ciências jurídicas em geral são uma metalinguagem, na medida em que se constituem em uma linguagem de sobrenível, é dizer, linguagem descritiva sobre linguagem prescritiva. As normas jurídicas se colocam no plano do direito posto, mas são descritas pelos juristas em seu labor científico. Cf. VILANOVA, **Estruturas lógicas...**, cit., p. 158-161; CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 18ª edição revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 10-12.

⁴⁶⁰ VILANOVA, Lourival. **Estruturas lógicas...**, cit., p. 91-94.

⁴⁶¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1160.

de teor prescritivo-vinculante e, como normas que são, incidem fazendo surgir fatos jurídicos.

Humberto Ávila apresenta definições conceituais bastante elucidativas, motivo pelo qual serão utilizadas nesta dissertação.

Na doutrina do mencionado autor, as regras jurídicas se colocam como sendo:

normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente subjacentes entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.⁴⁶²

Já os princípios jurídicos se apresentam como:

normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.⁴⁶³

Destrinchando, é possível indicar três importantes pontos de distinção entre as regras e os princípios.

Primeiramente, quanto à natureza da descrição normativa, as regras descrevem objetos determináveis (sujeitos, condutas, matérias, fontes e efeitos jurídicos, conteúdos), enquanto que os princípios descrevem um estado ideal de coisas.⁴⁶⁴

É evidente que para se atingir ao fim estabelecido pelo princípio, comportamentos são necessários (meios para se atingir o estado ideal de coisas). Com motivo, Paula Sarno Braga diz que enquanto “o princípio prescreve comportamento de forma indireta, a regra o faz diretamente”.⁴⁶⁵ Exemplos: (i) a regra que obriga o pai a arcar com os alimentos dos filhos, a qual descreve diretamente um comportamento; (ii) o princípio da proteção integral do menor, que estabelece um estado ideal de coisas, o qual, para ser atingido, pressupõe a adoção de uma

⁴⁶² ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**, cit., p. 78.

⁴⁶³ Ibid. p. 78-79.

⁴⁶⁴ Ibid. p. 83.

⁴⁶⁵ BRAGA, Paula Sarno. **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**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 58.

série de comportamentos, como pode ser, no caso concreto, a averiguação cuidadosa do juiz se a família que quer adotar uma criança está apta (psicológica e financeiramente, por exemplo) de receber o menor.

Em segundo lugar, quanto à natureza da justificação exigida para se aplicar a espécie normativa, as regras requerem um exame de correspondência entre a descrição normativa e os atos praticados ou fatos ocorridos, enquanto que os princípios exigem uma análise da correlação positiva entre os efeitos da conduta adotada e o estado de coisas que deve ser promovido.⁴⁶⁶

Nesse ponto, é possível fazer correlação com o pensamento de Alexy, visto que para ele as regras são passíveis de subsunção, o que se assemelha com a ideia de enquadramento fático-normativo, já os princípios precisam ser sopesados (proporcionalidade em sentido estrito), mediante a análise prévia da adequação e da necessidade, numa averiguação de meios e fins.⁴⁶⁷ Exemplos: (i) a regra do homicídio, que é aplicada na hipótese de alguém matar outra pessoa dolosa ou culposamente (fato ocorrido); (ii) o princípio do acesso à justiça, que pode ser aplicado na hipótese de uma pessoa, mesmo não sendo claramente pobre, demonstrar que não pode arcar com as custas de um processo em razão de alguns gastos obrigatórios que possui (como com saúde e pensão alimentícia), resultando no efeito de se conceder a gratuidade da Justiça (que se alinha ao estado de coisas almejado: proporcionar acesso à Justiça a todos).

Em terceiro lugar, ambas as espécies normativas se diferenciam quanto ao critério da natureza da contribuição para a solução do problema, pois ao passo que as regras têm pretensão de decidibilidade, porquanto apresentam como objetivo proporcionar uma solução provisória para um problema conhecido ou previsível, os princípios, a seu turno, têm pretensão de complementariedade, haja vista que funcionam como razões a serem conjugadas com outras para a solução de um problema.⁴⁶⁸

Daí Paula Sarno Braga considerar que “se a regra, *ab initio*, traz um critério ou razão mais decisiva para a solução do caso, o princípio não o faz”.⁴⁶⁹ Em terminologia de Alexy, diz-se que as regras contêm um mandamento definitivo (que

⁴⁶⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**, cit., p. 83.

⁴⁶⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 117-118/ 139-144.

⁴⁶⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**, cit., p. 83-84.

⁴⁶⁹ BRAGA, Paula Sarno. **Norma de processo...**, cit., p. 62.

eventualmente pode ser afastado por alguma cláusula de exceção), por prescreverem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam, enquanto que os princípios têm caráter apenas *prima facie*, apresentando razões que podem ser afastadas por outras razões antagônicas.⁴⁷⁰

Pois bem, apresentada a distinção entre regras e princípios, algumas últimas considerações precisam ser feitas.

Não é correto o entendimento de que se uma regra se confrontar com um princípio, este necessariamente prevalecerá sobre aquela.⁴⁷¹ Na verdade, o afastamento de uma regra requer um grau de argumentação muito maior que o afastamento de um princípio, até porque as regras jurídicas são caracterizadas pela pretensão de decibilidade, enquanto que os princípios servem como razões para a solução de um problema.⁴⁷² “Por isso, uma regra não deve ceder somente porque existe um princípio contraposto. Se houvesse uma subordinação completa das regras aos princípios, isso significaria a eliminação do modelo de regras”.⁴⁷³

Outro ponto importante a se destacar é que, sendo normas jurídicas, tanto regras quanto princípios são frutos da interpretação. Assim, é possível formular, a partir do texto dado ao intérprete, tanto uns como os outros, “na medida em que essa distinção funciona como modelo ou hipótese provisória de trabalho para uma posterior reconstrução de conteúdos normativos” (dissociação heurística).⁴⁷⁴ A

⁴⁷⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, cit., p. 103-106.

⁴⁷¹ Esse entendimento, de que se discorda e que se reputa incorreto, é bem expresso na seguinte passagem: “Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas” – diz Celso Antônio Bandeira de Mello. Por isso, “Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais”. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. p. 230).

⁴⁷² Nas palavras de Humberto Ávila, “Como as regras têm caráter imediatamente descritivo de conduta ou de atribuição de poder para a adoção de conduta, cabendo ao intérprete aplicar a regra cujo conceito seja finalmente-correspondente ao conceito dos fatos, sua eficácia de resistência horizontal é superior à dos princípios. De fato, as regras têm uma eficácia decisiva que os princípios não têm, na medida em que elas estabelecem uma decisão para um conflito entre razões, não cabendo ao aplicador substituir pura e simplesmente a ponderação legislativa pela sua. As regras têm uma eficácia definitiva dos princípios, no sentido de que vários dos ideais cuja realização é por eles determinada já se encontram ‘regrados’, não cabendo ao intérprete concretizar o ideal constitucional de modo diferente daquele previsto pela Constituição. E as regras têm eficácia de trincheira, pois, embora geralmente superáveis, só o são por razões extraordinárias e mediante ônus de fundamentação maior.” (**Teoria dos princípios**, cit., p. 119).

⁴⁷³ ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante...**, cit., p. 282.

⁴⁷⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**, cit., p. 68.

interpretação é que determinará se o que se extrai do texto é uma regra ou se é um princípio.

Ainda, sobre as duas espécies, ressalta-se não ser possível diferenciá-las pelo critério do “caráter hipotético-condicional”. Isso, porque tanto as regras como os princípios podem ser estruturados na fórmula “se, *então*”. Ora, “a existência de uma hipótese de incidência é questão de formulação lingüística (sic)”.⁴⁷⁵ Com efeito, a estrutura normativa indicada no subtópico pretérito se aplica às regras e aos princípios igualmente, malgrado seja mais comum entre as regras.

No que é pertinente à confusão entre princípio e valor, Alexy é preciso: “Princípios e valores diferenciam-se [...] em virtude de seu caráter deontológico, no primeiro caso, e axiológico, no segundo caso.”⁴⁷⁶ Isso significa dizer que os princípios *devem ser*, enquanto que os valores apontam para uma direção entendida como a melhor, sob uma determinada ótica. É claro que os princípios contêm valores por trás deles, mas essa correlação entre um princípio e um valor nem sempre é necessária. No direito, o fim indicado pelo princípio é que deve prevalecer, porque é vinculante (obrigatório).

Em arremate a este subtópico, lembra-se que o modelo normativo apresentado por Humberto Ávila coloca os denominados “postulados” como autônomos face aos princípios e às regras. Um postulado seria uma metanorma que disciplina o método de aplicação de outras normas (regras e princípios), como o postulado da proporcionalidade ou da razoabilidade.⁴⁷⁷ Nesta dissertação, fez-se referência a essa categoria em algumas oportunidades, muito embora se reconheça que ela não é pacífica na doutrina, havendo quem enquadre os ditos postulados no gênero “regra”, no gênero “princípio” ou, mesmo, dê outro tratamento à espécie.⁴⁷⁸ Como não é objetivo do presente trabalho, deixa-se o mencionado debate para outra instância.

3.7.2. A norma jurídica processual

⁴⁷⁵ Ibid. 41.

⁴⁷⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direito fundamentais**, cit., p. 153.

⁴⁷⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**, cit., p. 134.

⁴⁷⁸ Por todos os que criticam, cf. NEVES, Marcelo. Entre Hidra e Hércules. **Princípios e regras constitucionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2003; BRAGA, Paula Sarno. **Norma de processo...**, cit.

Outra noção fundamental é a de norma jurídica processual, uma vez que é esse espécime normativo que, após incidir, dá origem a um fato jurídico processual. Em se tratando de norma de processo civil, dá origem a um fato jurídico processual civil.

Na doutrina de Hans Kelsen, a norma processual se coloca como a “norma sancionadora”, é dizer, aquela que autoriza um indivíduo a executar uma sanção, ocupando tamanha importância que o jurista austríaco a denomina de “norma primária”, em alusão à relevância maior que ele atribui a ela, se comparada com a norma de direito material, a qual recebe a pecha de “norma secundária”.⁴⁷⁹ Por isso, ele diz que: “Caso se admita que a primeira norma, que proíbe o roubo, é válida apenas se uma segunda norma vincular uma sanção ao roubo, então, numa exposição jurídica rigorosa, a primeira norma é, com certeza, supérflua”.⁴⁸⁰ Esse dado revela a relevância superior que a sanção ocupa na teoria do direito kelseniana.⁴⁸¹⁻⁴⁸²

Lourival Vilanova, por sua vez, inverte a terminologia, por entender que não existe grau de importância entre uma ou outra norma e, também, por compreender que, logicamente, há que se falar na norma de direito material primeiro, pois, no processo, o que se invoca é justamente um direito material anterior. Com efeito, a norma jurídica completa, segundo o autor pernambucano, é composta por uma estrutura bimembre, sendo que: “a primária sem a secundária desjuridiciza-se; a secundária sem a primária reduz-se a instrumento, meio, sem fim material, a adjetivo

⁴⁷⁹ KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986. p. 68-70.

⁴⁸⁰ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 86.

⁴⁸¹ Na edição publicada pela editora Sergio Antonio Fabris do “Teoria geral das normas”, o tradutor José Florentino Duarte chama a atenção para a seguinte curiosidade: “O muito que se divulgou no mundo com referência à norma primária e à secundária também não mais corresponde à última opinião de Kelsen. Ele modificou, radicalmente, o seu entendimento sobre a qualificação de duas normas que se interligam no núcleo de um preceito: uma descrevendo a conduta devida e a outra fixando a consequência (sic) jurídica da infringência. A segunda norma, Kelsen qualificaria primária e a primeira, secundária. No presente tratado retificou o seu antigo modo de pensar: a primeira, hoje, em terminologia kelseniana, é a norma primária e a segunda, a norma secundária.” (Ibid. p. IX). Essa compreensão, porém, não é unânime. Há quem diga que Kelsen não alterou a terminologia, razão pela qual voltou a utilizar-se dos termos “norma primária” e “norma secundária” na acepção original das expressões, inclusive na mesma obra, do “Teoria geral das normas”. (MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência, cit., p. 65-66, nota de rodapé 35-A).

⁴⁸² A respeito do enquadramento da norma processual na doutrina de Kelsen, cf. PRIETO, Eugenio; QUINTERO, Beatriz. **Teoría general del proceso**. Tomo I. Bogotá: Editorial Temi S.A., 1995. p. 26-28.

sem suporte substantivo”.⁴⁸³ No caso da primeira norma, ocorrida a hipótese fática no mundo fenomênico, sobrevém, por causalidade jurídica, o efeito, isto é, a relação jurídica com os sujeitos em posições ativa e passiva, com pretensões e deveres. Já no caso da norma secundária, a hipótese fática, o pressuposto, é o não-cumprimento, a inobservância do dever de prestar, positivo ou negativo, que funciona como fato jurídico (ilícito, antijurídico) fundante de outra pretensão, a de exigir coativamente perante o órgão estatal a efetivação do dever constituído na norma primária, daí a relação processual formada ser triádica, incluindo o Estado-Juiz e as partes (autor e réu).⁴⁸⁴

Entrementes, é discutível na doutrina se, de fato, a norma jurídica completa possui estrutura bimembre (norma primária e norma secundária). Marcos Bernardes de Mello, por exemplo, entende que a norma completa é tão somente aquela que expressa um antecedente e um conseqüente ligados pelo *dever ser*, até porque, em muitas situações, a norma jurídica de direito material se realiza sem precisar sequer de se instaurar um processo judicial ou de se levar a cabo uma sanção.⁴⁸⁵ Afora isso, lembra-se que mesmo o processo pode ser instaurado sem que direito material anterior efetivamente exista, pois o direito de ação é abstrato, ou seja, pode ser que a norma de direito material apenas seja alegada no procedimento, existindo realmente só a norma de processo.

Por aqui, não se deseja tomar rumo na polêmica, para não se incorrer em fuga ao tema principal do trabalho. Quer-se, antes, identificar a seguinte realidade: ao longo do caminhar de um processo, com a sucessão frenética de atos, com a mudança constante de situações e posições jurídicas, muitas normas jurídicas obrigam os múltiplos participantes do procedimento (sujeitos processuais). Objetiva-se distinguir essas normas daquelas outras que não disciplinam a marcha procedimental. Em termos simples: quer-se diferenciar as normas processuais das normas materiais, considerando o teor do que umas e outras disciplinam.

Para tanto, a proposta de Paula Sarno Braga⁴⁸⁶ soa bastante esclarecedora.

⁴⁸³ VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 190.

⁴⁸⁴ Ibid. p. 188-190.

⁴⁸⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência, cit., p. 50-54.

⁴⁸⁶ BRAGA, Paula Sarno. **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. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 169-175.

Segundo a autora da Bahia, especificando quanto aos processos jurisdicionais, a “natureza jurídica” da norma pode ser analisada sob dois aspectos: estático e dinâmico.

Estaticamente, “a norma processual é aquela que estabelece critério de proceder, disciplinando a forma de produção das decisões judiciais”, enquanto que a norma material “é aquela que determina o conteúdo da decisão produzida, fornecendo um critério de decisão ou julgamento”.⁴⁸⁷ Nesse sentir, as normas que firmam competência, que disciplinam sobre prazo de atos processuais, que regulamentam o andamento de uma audiência etc. são normas processuais, porque estabelecem “critérios de proceder”. Já as normas que firmam o prazo de usucapião, que regulam o viver em vizinhança, os requisitos para a adoção etc. são normas substanciais, porque estabelecem “critérios de julgamento”.

Dinamicamente, a norma que define um “critério de proceder” (isto é, que do ponto de vista estático, seria uma norma processual) pode desempenhar a função como “critério de julgar”. É o exemplo da ação rescisória que tenha como fundamento principal para a rescisão da sentença a incompetência absoluta do juízo. No caso, a norma de competência transmutou-se em norma material, por funcionar como “critério de julgamento”. Por isso, Fredie Didier Jr. assim se pronunciou sobre o viés dinâmico: “uma situação processual que foi processualizada se materializa”.⁴⁸⁸

É em razão dessa imprecisão gerada pelo aspecto dinâmico que Paula Sarno Braga prefere trabalhar com o olhar estático da norma processual. Na presente instância, seguindo a orientação da autora, sempre que se fizer referência a uma “norma processual”, estar-se-á a promover uma classificação abstrata, é dizer, com base no que os textos normativos apresentam sob a ótica estática.

Isso, contudo, é uma opção meramente metodológica para não causar confusões na utilização da expressão. Não quer isso dizer que se excluirá a dinamicidade do processo civil contemporâneo. Bem pelo contrário, este trabalho se põe a valorizar os atos de aplicação normativa. Assim, mesmo na dinâmica de criação do direito, dir-se-á que o Estado-Juiz está a aplicar uma norma processual (e não uma norma de direito material) quando, por exemplo, estiver a impor uma norma

⁴⁸⁷ Ibid. p. 172.

⁴⁸⁸ Segundo Paula Sarno Braga, a afirmação foi proferida por Fredie Didier Jr. quando da banca de avaliação do trabalho da processualista. Cf. BRAGA, Paula Sarno. **Norma de processo e norma de procedimento**..., cit., p. 168.

de competência. Ou seja, na dinamicidade do processo, usou-se, por opção científica, o critério estático para a categorização da norma, a fim de não embaralhar os sentidos (de norma processual e de norma de direito material).

Ante a isso, deve-se considerar: nos textos normativos processuais, há incontáveis enunciados prescritivos. A partir deles, o intérprete pode formular variados juízos hipotéticos-condicionais, atribuindo sentido ao texto em estrutura normativa. Se a proposição prescritiva resultante contiver um “critério de proceder”, a norma construída será do tipo processual, como no caso desta, que enuncia: “Se o recurso for interposto fora do prazo, deve ser inadmitido”.

Firmada a noção de norma processual – a qual também deve englobar as espécies: regras e princípios processuais –, resta, ainda, saber se ela incide ou não infalível e automaticamente, com destaque para aquelas normas do direito processual civil.

3.8. O USO DA NOÇÃO DE INCIDÊNCIA AUTOMÁTICA E INFALÍVEL NO PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO

Nas palavras de Kelsen, “A norma funciona como esquema de interpretação”.⁴⁸⁹ Por isso, ele argumenta, que a ideia de que a determinação do ato jurídico “poderia ser obtida através de qualquer espécie de conhecimento do Direito preexistente” se constitui em uma “auto-ilusão contraditória, pois vai contra o pressuposto da possibilidade de uma interpretação.”⁴⁹⁰

Interpretar, no sentido kelseniano, é um ato de vontade, mediante o qual se escolhe algum dos sentidos para o texto, dentre as possibilidades reveladas na moldura do direito, mas com um detalhe: no que se refere à interpretação denominada “autêntica”, que é aquela realizada pelos órgãos aplicadores do direito (criadores do direito), “também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa.”⁴⁹¹

⁴⁸⁹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª edição. São Paulo: editora Martins Fontes, 1999. p. 3.

⁴⁹⁰ Ibid. p. 248-249.

⁴⁹¹ Ibid. p. 250.

É preciso ponderar a respeito dessa liberdade criativa atribuída ao juiz, bem como é necessário repensar a ideia de incidência automática e infalível de Pontes de Miranda.

Sendo inegável na atual fase do processo o papel criativo do Poder Judiciário, poder-se-ia imaginar, num primeiro e superficial contato, que a teoria ponteana dos fatos jurídicos – e, conseqüentemente, a teoria dos fatos jurídicos processuais – ignora a atividade criativa do ato de aplicação e, por isso, estaria em desconformidade com os tempos presentes.

Entretanto, esse não é um entendimento maduro, haja vista que Pontes de Miranda não fechou os olhos para os desafios da aplicação do direito, nem elevou o silogismo dedutivista ao pedestal imaginado e, destaca-se, os “ponteanos do processo” também não o fizeram.

O que é inquestionável é o dado de que a teoria dos fatos jurídicos ponteana, com a sua noção complexa de incidência automática e infalível, não dá margem para a livre interpretação do direito, nem mesmo da parte do “intérprete autêntico” kelseniano, fator importante para um tempo de relevo do princípio democrático.

Por isso, Aldrovandi, Simioni e Engelmann asseveram:

Contrariando Kelsen, Pontes de Miranda entendia que não deveria existir discricionariedade do intérprete-juiz na fixação da norma individual para o caso concreto. Pois a norma, se não dada logicamente pela regra jurídica positivada, deveria ser encontrada na realidade objetiva dos fatos, no seu elemento histórico, no seu sentido sociológico.⁴⁹²

Este tópico objetiva desfazer a ideia de que a noção de incidência automática e infalível seja contraditória com a atividade criativa do juiz, porém, diferente das teorias relativistas radicais, sem que se atribua a tal figura “poderes ilimitados” e arbitrários.

⁴⁹² ALDROVANDI, Andréa; SIMIONI, Rafael; ENGELMANN, Wilson. Traços positivistas das teorias de Pontes de Miranda: influências do positivismo sobre Sistema de Ciência Positiva do Direito e Tratado de Direito Privado – um percurso com várias matizes teóricas. In: **civilistica.com**, ano 4, nº 2, 2015.

3.8.1. O reconhecimento, em Pontes de Miranda, de que a aplicação do direito não se limita a um mero processo silogístico

Uma abordagem séria da visão ponteana de “incidência automática e infalível” não pode reduzir essa noção à incauta ideia de que aplicar o direito é apenas e tão-somente declarar mecanicamente ao caso concreto a norma jurídica que estava pronta e acabada aprioristicamente nos textos de lei.

É bem verdade que, em sua vasta obra, o autor alagoano não demonstra a preocupação em distinguir a “lei” da “regra jurídica”. Com razão, em algumas passagens, ele faz referência à “incidência da lei”.

Isso, porém, não significa que o jurista desprezava a diferenciação existente entre “texto” e “norma”, como se poderia supor. A falta de rigorismo no uso dos signos se justifica porque, diferente da escola carvalhiana (que vê o direito como linguagem), Pontes via o direito como “processo de adaptação social”, com vistas a submeter dado grupo à ordem e conferir certo grau de previsibilidade aos integrantes da comunidade.⁴⁹³

Dessarte, em diversas passagens, o insigne jurista realça o arguto desafio no ato de aplicação do direito, vindo, inclusive, a destacar o papel criativo do julgador: “não há duvidar de ação criadora (ou menos reveladora) do juiz: ele não subsume apenas, também pronuncia julgamentos de valor (*werturteile*).”⁴⁹⁴ Aliás, na concepção ponteana, marcada pelo seu sociologismo jurídico, direito e legislação não são equivalentes, sendo que aquele é bastante apreendido pelo método indutivo⁴⁹⁵, até porque a exegese dedutiva dos textos, em muitas situações, é vista como pernicioso.⁴⁹⁶

Tal maneira de pensar está em consonância com a ideia de que a norma jurídica é fato do mundo social, o que impede que ela esteja restrita aos textos de lei, emolduradas e trancafiadas neles. Por isso, “deve o intérprete (jurisconsulto, juiz) procurar, na aplicação da regra, não o conteúdo dos sinais ópticos ou sonoros (ordens verbais), mas, com o auxílio deles, o que se neles contém [...]”.⁴⁹⁷ Afinal,

⁴⁹³ COSTA, **Teoria da incidência normativa...**, p. 44.

⁴⁹⁴ PONTES DE MIRANDA, **Sistema de ciência positiva do direito**, cit., tomo II, p. 221.

⁴⁹⁵ Ipsi literis: “[...] o que existe é o direito concreto, efetivo, que às vezes excede, outras é menor e outras coincide com a legislação, de modo que tem de ser pesquisado indutivamente, como a moral, os costumes etc.” Ibid. p. 123.

⁴⁹⁶ Ibid. p. 142.

⁴⁹⁷ Ibid. p. 103.

ensina Pontes, “o legislador cria a forma das normas jurídicas, raramente a substância delas”⁴⁹⁸, já o juiz “em vez de se limitar a induzir da lei, o que não satisfaria, induzirá das realidades, e a regra escrita apenas lhe serve de guia”.⁴⁹⁹

Ante a isso, concorda-se com Adriano Soares da Costa quando ele diz que “não era Pontes de Miranda um ingênuo ao formular o conceito operacional de *incidência*, como se imaginasse ele que as normas jurídicas não precisassem ser interpretadas”.⁵⁰⁰

3.8.2. O processo civil contemporâneo: o seu modo paradoxal de ser

Firmado que Pontes de Miranda não defendeu um silogismo ao estilo do “juiz boca da lei”⁵⁰¹, sob outra ótica, também não há base na doutrina ponteana – cabe aqui o acréscimo – para a sustentação da discricionariedade judicial. Daí ele ter vislumbrado na ciência jurídica o instrumento da libertação dos autoritarismos, o meio para a democratização da criação do direito, com a progressiva diminuição do elemento despótico.⁵⁰²

Utilizando-se, com adaptação, das ideias ponteanas, é possível afirmar a coexistência, no processo civil contemporâneo, de duas realidades aparentemente paradoxais: o juiz aplica o direito pré-existente, mas, também, ele cria o direito em seu ato de aplicação. Há diversos dispositivos legais que evidenciam isso, merecendo ser sacados alguns, por aqui.

Talvez os mais interessantes sejam os arts. 926⁵⁰³ e 927⁵⁰⁴ do CPC/15 conjugados, porque, com eles, as duas situações aparentemente contraditórias

⁴⁹⁸ Ibid. p. 208.

⁴⁹⁹ Ibid. p. 103.

⁵⁰⁰ Ibid. p. 45.

⁵⁰¹ Interessantes são as críticas de Pontes de Miranda às noções de interpretação como identificação da “vontade da lei” ou da “vontade do legislador”. Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Sistema de ciência positiva do direito**, tomo I, cit., p.215-219.

⁵⁰² Ibid. p. 213 e 220.

⁵⁰³ Art. 926, CPC/15. “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. § 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.”

⁵⁰⁴ Art. 927, CPC/15. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas

indicadas acima saltam aos olhos de uma só vez. Ora, a partir de tais enunciados, podem ser formuladas duas normas jurídicas: uma, que autoriza os tribunais a reinterpretarem o direito, de modo a fazer justiça ao caso concreto, num evidente ato criativo; outra, que limita a atuação dos julgadores, pois se estes se depararem com situações fáticas ou jurídicas semelhantes àquelas que já foram decididas e se tornaram vinculantes em relação a eles, deverão aplicar a norma anteriormente formulada, numa evidente limitação com lastro em prescrição pré-existente (a *ratio decidendi* do precedente judicial vinculante).

Afora esses dispositivos, mais dois merecem ser referenciados, em rol exemplificativo.

Quanto à criatividade do Poder Judiciário, o art. 139, inciso VI, do CPC/15⁵⁰⁵ confere ao julgador poderes para a gestão processual, ou seja, concede a autorização genérica para que o magistrado crie normas processuais concretas aptas de adequar o procedimento a uma dada realidade, seja dilatando prazos ou alterando a ordem de produção de provas.

Quanto à limitação do Poder Judiciário, o art. 966, inciso V, do CPC/15⁵⁰⁶, ao autorizar ação rescisória em caso de violação manifesta de norma jurídica (de direito material ou de direito processual), evidencia que o juiz não está livre para decidir como bem entender ou conforme a orientação de seu pensamento individual. O julgador cria o direito, é verdade, mas, também, está vinculado a algo que lhe é anterior. Ele não pode criar qualquer espécie de norma, ao seu bel-prazer.

do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. § 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo. § 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese. § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. § 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

⁵⁰⁵ Art. 136, inciso VI, CPC/15. “O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...] VI - dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito.”

⁵⁰⁶ Art. 966, inciso V, CPC/15. “A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: [...] V - violar manifestamente norma jurídica.”

Ante a isso, a questão que se coloca é: como duas ideias aparentemente tão contraditórias podem subsistir simultaneamente? Para responder a essa questão, fundamental perceber que a incidência da norma jurídica processual ocorre no mundo dos pensamentos.

3.8.3. A incidência que ocorre no mundo dos pensamentos: a vinculação necessária do julgador a um *prius* normativo no momento de aplicar o direito

A norma jurídica processual, assim como qualquer outra, é um juízo hipotético-condicional (Kelsen)⁵⁰⁷, uma proposição prescritiva (Lourival Vilanova)⁵⁰⁸ que surge da interpretação do direito. Assim, não se pode confundi-la com o texto normativo, o qual contempla diversos enunciados prescritivos que funcionam como objeto da interpretação (Paulo de Barros Carvalho).⁵⁰⁹

No entanto, não há mais espaço na fase contemporânea do processo, marcada pelo norte filosófico do “pós-positivismo”, para se encarar o processo hermenêutico como uma mera atribuição de significado aos textos, como se estes nada tivessem de apresentar para o intérprete. Se é verdade que a norma jurídica não pode ser sacada da fonte do direito (Constituição, lei, atos administrativos, costume etc.) passivamente pelo aplicador, também não deixa de ser verdadeiro que o intérprete não pode atribuir qualquer sentido que quiser ao conjunto textual.

O texto do direito está mergulhado numa dimensão cultural repleta de significados prévios. Nenhum texto normativo é aleatoriamente produzido, como que em desconexão absoluta em relação ao estágio de desenvolvimento de um povo, ou aos valores dele, ou aos influxos ideológicos da nação. Todo enunciado prescritivo é emitido dentro de um determinado contexto, fazendo com que uma série de valores o acompanhe.

Por isso, a interpretação do direito se dá considerando não uma compreensão individualizada do fenômeno, mas as interações de compreensão significativa da coletividade. O intérprete não pode construir a norma que bem entender no caso

⁵⁰⁷ KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**, cit., p. 25-28.

⁵⁰⁸ VILANOVA, Lourival. **Estruturas lógicas...**, cit., p. 68.

⁵⁰⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributários: fundamentos jurídicos da incidência**, cit., p. 67-70.

concreto, porque a norma jurídica, pode-se dizer, já se mostra significativamente esboçada, dada a historicidade que tem o texto, dados os influxos culturais do tempo que se vive, dada a teia relacional do objeto (texto) com as pessoas que ele afeta. Daí as palavras de Eros Roberto Grau:

O “objeto” do conceito jurídico não existe “em si”, dele não há representação concreta, nem mesmo gráfica. Tal objeto só existe “para mim”, de modo tal, porém, que sua existência abstrata apenas tem validade, no mundo jurídico, quando a este “para mim”, por força da convenção normativa, corresponde um – seja-me permitida a expressão – “para nós”.⁵¹⁰

O direito, como processo de adaptação social que é, precisa ser apreendido pelas pessoas, sob pena de perder a finalidade a ele ínsita: reger a vida em sociedade. Se a norma jurídica for vista apenas como a construção do denominado “intérprete autêntico” e, pior, se for assegurado o poder absoluto de discricionariedade (arbitrariedade) a esse “criador do direito”, perde-se a segurança jurídica, esvai-se a previsibilidade tão cara ao mundo jurídico.⁵¹¹

Por conseguinte, Lênio Streck⁵¹² acerta ao dizer que “*o texto não subsiste separadamente da norma*, d’onde é necessário não confundir a equiparação entre

⁵¹⁰ GRAU, Eros Roberto. **Direito, conceitos e normas jurídicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 62.

⁵¹¹ Alinhado a isso, extrai-se o seguinte excerto de Guibourg, Ghigliani e Guarinoni, que trata a respeito do problema de se atribuir significado incomum às palavras: “Esta posibilidad de inventar nombres a nuestro gusto suele llevar, a su vez, un nombre: *libertad de estipulación*. Pero, como todas las libertades, esta trae consigo una responsabilidad o, si lo preferimos, un riesgo. Si estipulamos libremente un nombre, nadie comprenderá nuestros mensajes que lo contengan a menos que lo comuniquemos previamente esa estipulación. Si, en cambio, seguimos la *regla del uso común* (es decir, usamos las palabras con el mismo significado que comúnmente se les asigna en nuestro medio lingüístico), nuestros interlocutores no tendrán dificultad en entender lo que decimos. En otras palabras, podemos usar cualquier nombre que se nos ocurra para cada cosa; pero cuanto menor sea la aceptación común de ese significado en el medio en que nos movemos, tanto mayor será la dificultad de comunicación y tanto más necesaria alguna aclaración sobre nuestra lenguaje personal”. Tradução nossa: “Esta possibilidade de inventar nomes a nosso gosto pode ser denominada de *liberdade de estipulação*. Porém, como todas as liberdades, esta traz consigo uma responsabilidade ou, se for preferido, um risco. Se estipulamos livremente um nome, ninguém compreenderá as nossas mensagens emitidas, a menos que comuniquemos previamente a estipulação (sentido fixado). Se, por outro lado, seguimos a *regra de uso comum* (é dizer, usamos as palavras com o mesmo significado que comumente se emprega no nosso meio lingüístico), nossos interlocutores não terão dificuldade em entender o que dizemos. Em outras palavras, podemos usar qualquer nome que nos ocorra para qualquer coisa; todavia, quanto menor for a aceitação comum desse significado no meio em que nos movemos, maior será a dificuldade de comunicação e tanto mais necessária será algum esclarecimento sobre nossa linguagem pessoal.” (GUIBOURG, Ricardo A.; GHIGLIANI, Alejandro M.; GUARINONI, Ricardo. **Introducción al conocimiento científico**, cit., p. 35).

⁵¹² STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10ª edição revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 279.

texto e norma com a necessária *diferença* (que é ontológica) entre ambos.” E prossegue o autor:

Eu não vislumbro primeiramente o texto para depois ‘acoplar’ a respectiva norma. A norma não é uma ‘capa de sentido’, que existiria apartada do texto. Ao contrário disso, *quando me deparo com o texto, ele já ex-surge (sic) normado*, a partir de minha condição de ser-no-mundo.

Haja vista que “a vivência da comunidade do discurso cria sentidos que impregnam os significantes, numa relação *inter-retro-ativa*”⁵¹³, é importante lembrar, por aqui, que Pontes de Miranda, quando aludia à incidência automática e infalível, sempre se referia a esse fenômeno como que ocorrido no denominado “mundo dos pensamentos”⁵¹⁴ – e este conceito não é de menor importância, mormente para as pretensões que este trabalho tem (averiguar a compatibilidade da teoria dos fatos jurídicos processuais com o processo civil no Estado Democrático Constitucional).

Adriano Soares da Costa foi o autor brasileiro que melhor apreendeu o intrincado sentido do conceito ponteano de “mundo dos pensamentos”. Ele explica que “o pensamento é algo comunicável e vivido de modo público, através do processo social, que vai além de uma idéia (sic) privada do sujeito cognoscente.”⁵¹⁵ Tal noção se dá a partir da diferença que Frege fixa entre “idéias (sic) privadas” e “pensamentos”: aquelas dizem respeito à psique, isto é, ao que se passa na mente individual de uma pessoa; este, a seu turno, é algo abstrato, com vida autônoma em relação ao sujeito, cuja apreensão se dá de maneira intersubjetiva. Logo, “esse terceiro domínio platônico-fregiano é justamente o mundo do pensamento, que não é o meu ou o seu mundo, mas o nosso mundo formado pela relação *eu-tu*.”⁵¹⁶

Nesse sentir, “Pontes de Miranda chama de ‘mundo do pensamento’ uma realidade que ultrapassa a subjetividade, situada nessa dimensão simbólica do

⁵¹³ COSTA, Adriano Soares da. **Teoria da incidência da norma jurídica...**, cit., p. 38.

⁵¹⁴ Como nas seguintes passagens: “A *incidência* da lei, pois que se passa no mundo dos pensamentos e nele tem de ser atendida, opera-se no lugar, tempo e outros “pontos” do mundo, em que tenha de ocorrer, segundo as regras jurídicas.” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**, tomo I, cit., p. 74). E ainda: “Tudo isso se desenrola mediante o pensamento, que está na regra jurídica (pensar vem de *pesar*), e incide nos fatos, ainda em queda (*incidere, cadere*) que só se passa no mundo dos nossos pensamentos, porém que nós *vemos* em suas consequências: a entrada dos herdeiros na casa, a retirada dos objetos, o alojamento deles, a venda em leilão e a distribuição, entre eles, da quantia apurada; e que *ouvimos* nas conversações do escrivão do cartório, nas defesas dos advogados e nos julgamentos dos juízes.” PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**, tomo I, cit., p. 66).

⁵¹⁵ COSTA, Adriano Soares da. **Teoria da incidência da norma jurídica...**, cit., p. 48-49.

⁵¹⁶ *Ibid.* p. 49.

homem, que o transcende e tem realidade própria, metapessoal.”⁵¹⁷ Prova disso, demonstra Adriano Soares da Costa com lastro na doutrina de Gaetano Carcaterra, é a intrincada relação da teoria ponteana dos “jetos”⁵¹⁸ com o denominado terceiro mundo de Karl Popper (mundo das ideias no sentido objetivo). De fato, o “jeto” seria “a realidade para além do sujeito que quer conhecer e do objeto que se deixa conhecer”, ou, em termos mais precisos, “seria uma terceira realidade, além do objeto (mundo material) e do sujeito (mundo mental)”, bem semelhante às ideias no sentido objetivo de Popper.⁵¹⁹

Ante ao exposto, quando se fala que a norma jurídica processual incide automática e infalivelmente no mundo dos pensamentos, indica-se a existência de um dado normativo objetivável anterior à aplicação, que se verifica na convivência social, nos dados culturais, na historicidade do texto normativo, nos valores ínsitos aos membros da comunidade, nas compreensões firmadas pela doutrina e pelos grupos sociais.⁵²⁰⁻⁵²¹ A norma jurídica não é uma construção individual realizada num tribunal *ad hoc*. Daí as palavras, mais uma vez precisas, de Lênio Streck: “De que modo é possível controlar o intérprete, para que ele não ‘diga qualquer coisa sobre qualquer coisa’? Ele é controlado pela tradição, pelos ‘constrangimentos linguísticos-epistemológicos’ que conforma a sua condição de ser no mundo.”⁵²²

⁵¹⁷ Ibid. p. 50.

⁵¹⁸ Sobre a dita teoria, cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **O problema fundamental do conhecimento**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. p. 134-171.

⁵¹⁹ COSTA, Adriano Soares. **Teoria da incidência da norma jurídica...**, cit., p. 52.

⁵²⁰ Cabe o destaque de que Pedro Henrique Nogueira adota o sentido de “mundo dos pensamentos” elucidado por Adriano Soares da Costa. Dessarte, eis as palavras do autor de Alagoas: “A expressão ‘pensamento’ na teoria ponteana não quer significar algo acontecido no âmbito do pensar individual do sujeito destinatário, ou do sujeito aplicador da norma jurídica.” (NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios jurídicos processuais**, cit., p. 35).

⁵²¹ Marcos Bernardes de Mello vê o termo “mundo dos pensamentos” em outro sentido – não adotado por aqui, mas que deve ser lembrado. Para ele, o “mundo do pensamento” está situado no plano da psique, como que numa atividade mental de um sujeito psicologizado, daí o seguinte trecho: “A incidência, no entanto, não se nos dá no mundo sensível, porque suas consequências se passam no mundo da psique.” (**Teoria dos fatos jurídicos: plano da existência**, cit., p. 110). Essa ideia implica no entendimento de que “Somente fato cuja ocorrência seja da ciência de alguém, apenas, ou que seja passível de prova pode ser considerado concretizado para os fins de incidência das normas jurídicas.” (Ibid. p. 120-121). Todavia, como bem destaca Adriano Soares da Costa “A questão do conhecimento do fato por alguém, ou, ainda, a potencialidade de prova do fato ocorrido, não diz respeito propriamente ao problema da incidência (a não ser que o conhecimento mesmo, como fato psicológico, seja elemento do suporte fático da norma), mas sim da aplicação. Quando se fala em prova de um determinado fato se está a tratar do plano da aplicação, e não mais da incidência, que ocorre no mundo do pensamento”. (COSTA, Adriano Soares da. **Teoria da incidência da norma jurídica...**, cit., p. 47).

⁵²² STRECK, Lênio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise...**, cit., p. 278.

3.8.4. Incidência como ideário de justiça intersubjetivamente construído

Firmada a noção exata do que vem a significar o fato de a incidência ocorrer no mundo dos pensamentos, percebe-se facilmente que o manuseio da noção de incidência automática e infalível representa assumir, na perspectiva da teoria do fato jurídico processual, um arquétipo de justiça – intersubjetivamente construído – a ser buscado na aplicação do direito.

O juiz, ao aplicar a norma jurídica processual, não está autorizado a criar a norma que bem entender. Nesse sentido, é possível afirmar que o julgador está, sim, sujeito a erro. Sempre que ele aplicar uma norma não incidente no mundo dos pensamentos, ou seja, sempre que construir uma norma jurídica processual sem considerar os elementos anteriores que o vinculam, dir-se-á que ele incorreu em desvio de direito.

Abandona-se com isso aquele princípio de que “the king can do no wrong” (o rei, ou o Estado, não pode errar).⁵²³ O juiz, agente do Estado, está sujeito (no sentido de que é possível) a cometer injustiças. Isso, porém, representa uma violação ao *dever ser*, devendo haver correção.

Caso recente e emblemático que pode ilustrar o que aqui se diz é a discussão a respeito de qual regra de contagem de prazos deve ser seguida no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis (JEC's).

É cediço que na lei nº 9.099/95 não há nenhuma regra sobre o tema, motivo pelo qual nos JEC's sempre se seguiu a normativa presente no CPC/73, que dispunha que a contagem de prazos processuais era em dias corridos. Havia, inclusive, um enunciado do FONAJE (Fórum Nacional de Juizados Especiais) nesse sentido:

Os prazos processuais nos Juizados Especiais Cíveis, contam-se da data da intimação ou ciência do ato respectivo, e não da juntada do comprovante da intimação, *observando-se as regras de contagem do CPC ou do Código Civil, conforme o caso.*⁵²⁴ (grifos nossos)

Com a entrada em vigor do CPC/15, revogou-se a regra anterior e se inseriu no ordenamento jurídico a contagem de prazos em dias úteis. Por isso, remansosa

⁵²³ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Tradução de Carlos Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1989. p. 25-26.

⁵²⁴ Redação dada ao enunciado nº 13 no XXI Encontro do FONAJE– Vitória/ES.

parcela dos juristas passou a defender a ideia de que, nos Juizados Especiais Cíveis, dever-se-ia aplicar, também, a regra do art. 219, *caput*, do CPC/15,⁵²⁵ sendo, inclusive, editado o enunciado 415 pelo Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC), que assim dispõe: “Os prazos processuais no Sistema dos Juizados Especiais são contados em dias úteis”.

Todavia, insatisfeitos com a mudança da regra processual, juízes passaram a se apegar ao princípio da celeridade processual, tão caro aos JEC's, e promoveram interpretação equivocada⁵²⁶ no sentido de aplicar a regra (revogada) da contagem dos prazos, isto é, em dias corridos. Daí o enunciado 165 do FONAJE, que assim dispõe: “Nos Juizados Especiais Cíveis, todos os prazos serão contados de forma contínua” (XXXIX Encontro - Maceió-AL).⁵²⁷

O problema é tentar identificar no ordenamento jurídico a existência de tal regra. Ora, se ela foi revogada, não pode incidir; se não pode incidir, não pode ser aplicada. Com isso, pertinentes são as palavras de Marcelo Pacheco Machado: “não há direito vigente que permita a contagem de prazos em dias corridos, o artigo 181 do CPC [de 1973] foi revogado”.⁵²⁸

Logo, se confirmada a tendência no sentido de serem contados os prazos em dias corridos (que, justamente, é o que se tem observado), gritante erro judiciário na aplicação do direito estar-se-á a cometer. A incidência automática e infalível ocorrida no mundo dos pensamentos estará a ser desrespeitada. O Judiciário, como perda, vê cair a sua credibilidade e, em vez de pacificar, proporciona insatisfação generalizada, principalmente entre os operadores do direito.

Nessa esteira, lembra-se da célebre crítica formulada por Flávio Cheim Jorge à denominada “jurisprudência defensiva”: “Esta consiste, em última análise, na

⁵²⁵ Art. 219, *caput*, CPC/15. “Na contagem de prazo em dias, estabelecido por lei ou pelo juiz, computar-se-ão somente os dias úteis.”

⁵²⁶ Como ensina Humberto Ávila, ao contrário do que às vezes se diz na doutrina, afastar uma regra pressupõe uma carga argumentativa bastante relevante, não sendo correto dizer que um princípio, por si só, tem a aptidão de afastá-la. Cf. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**, cit., p. 112-120. Em sentido semelhante, cf. BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3ª ed. revista. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 69-70.

⁵²⁷ O enunciado nº 13, citado na página anterior, foi alterado, passando a ter a seguinte redação: “Nos Juizados Especiais Cíveis, os prazos processuais contam-se da data da intimação ou da ciência do ato respectivo, e não da juntada do comprovante da intimação (nova redação – XXXIX Encontro - Maceió-AL).” Logo, foi suprimida a parte final da redação, a qual fazia menção ao CPC.

⁵²⁸ MACHADO, Marcelo Pacheco. Prazos nos juizados especiais em dias corridos: não esperávamos por essa do FONAJE. **JOTA**, Brasil, 21 de junho de 2016. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/novo-cpc/prazos-nos-juizados-especiais-em-dias-corridos-nao-esperavamos-por-esta-fonaje-21062016>>. Acesso em 15 de fevereiro de 2017.

interpretação inadequada dos requisitos de admissibilidade, por intermédio da imposição de restrições ilegítimas, indevidas e ilegais ao conhecimento dos recursos.”⁵²⁹

Evidente que, no contexto de sua fala, o ilustre professor da UFES se ateve aos erros judiciais quanto ao juízo de admissibilidade dos recursos – também lamentáveis –, mas, por óbvio, a consideração pode ser estendida a qualquer outro segmento do direito processual civil em que os julgadores tentam se “proteger” dando interpretação infundada ao direito. O juiz ou tribunal que fecha os olhos para a norma jurídica processual que incide no mundo dos pensamentos, criando norma processual a seu bel-prazer, incorre em erro, comete injustiça.

Como dito alhures, o mundo dos pensamentos se situa num plano metapessoal, em que a intersubjetividade impera, em que o pronome “nós” afasta a idiosincrasia solipsista da visão focada no “eu”. Como diz Recasens Siches, “el Derecho nos aparece determinado, al menos ante todo, por las dimensiones de lo *normativo* y de lo *colectivo*”.⁵³⁰ O direito não está posto para satisfazer os interesses de uma classe de profissionais (os juizes) que se mostra preocupada em ter de reorganizar as repartições públicas onde labora, caso uma norma de processo seja alterada. É por isso que o modelo almejado de justiça na aplicação do direito tem como ponto de partida um entendimento plural sobre o conteúdo normativo. O direito não pode ser visto como o que o Poder Judiciário diz que ele é. Os textos normativos possuem carga significativa que não pode ser desconsiderada. Não fosse assim, a melhor recomendação seria o fechamento das Casas Legislativas.

3.8.5. Repercussões jurídico-políticas da “fragilização não virtuosa” (desrespeito à incidência normativa): a reforma de decisões e o descrédito do Poder Judiciário

Interpretar o direito posto não é tarefa das mais simples, até porque qualquer texto normativo, mesmo aquele que preza pela técnica redacional de normas

⁵²⁹ CHEIM JORGE, Flávio. Requisitos de admissibilidade dos recursos: entre a relativização e as restrições indevidas (jurisprudência defensiva). In: **Revista de Processo**, volume 217, p. 19-39, março de 2013.

⁵³⁰ Tradução nossa: “o Direito nos aparece determinado, ao menos, pelas dimensões do normativo e do coletivo”. (SICHES, Luís Recasens. **Introducción al estudio del derecho**. 12ª edição. México: Porrúa, 1997. p. 28.)

fechadas, possui certo grau de vagueza, de ambiguidade, de polissemia. Nos dizeres de Hart, o direito possui textura aberta.⁵³¹

No Estado Democrático Constitucional, a linguagem do direito ganhou maior abertura semântica. Dada a marca da fluidez das relações sociais, própria da contemporaneidade, o sistema fechado e codificado do racionalismo de tradição romano-germânica se fragilizou, vindo as leis mais recentes a adotarem “estilo legislativo” lastreado na técnica de normas abertas, as quais são dotadas da maleabilidade necessária para perdurar ao longo dos tempos, mesmo com as mudanças sociais. Zaneti Jr.⁵³² denomina essa alteração de “fragilização virtuosa”; o direito positivo, sendo mais flexível, adéqua-se ao corpo social com suas alterações, o que é algo positivo.

Entretanto, a circunstância de haver no ordenamento jurídico contemporâneo brasileiro maior gama de cláusulas gerais, de conceitos jurídicos indeterminados, de postulados normativos e de princípios não significa conferir ao Judiciário o poder de decidir com arbitrariedade (arbítrio, autoritarismo). Deveras, os juízes possuem um leque de opções maior para efetuar a escolha decisória (há certa margem discricionária), porém, ainda precisam ater-se à incidência que ocorre no mundo dos pensamentos, não podendo impor um entendimento particularizado não admissível pela comunidade do discurso.

Zaneti Jr. chama de “fragilização não virtuosa” a esse movimento destrutivo do direito positivo, o qual “é ultrapassado, sem limites, pelos juízes e pelas partes”. No caso, o “poder criativo” dos julgadores se degenera e “acaba se tornando uma arma perigosa a serviço do arbítrio”. E segue o autor: “Os exemplos recentes das chamadas ‘peças necessárias’ no recurso de agravo de instrumento e da polissemia aplicada ao conceito de ‘jurisprudência dominante’ são eloquentes a esse respeito.”⁵³³

A norma processual que incide no mundo dos pensamentos precisa ser identificada não apenas pelo juiz – aliás, é justamente a intersubjetividade que marca a incidência no mundo dos pensamentos. É por conta disso que o novo Código de Processo brasileiro dá maior enfoque ao princípio do contraditório,

⁵³¹ HART, H. L. A. **O conceito de direito**. 3ª edição. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 137-148.

⁵³² Cf. ZANETI JR., Hermes. **A constitucionalização do processo...**, cit., p. 230-233; ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes...**, cit., p. 99-106.

⁵³³ ZANETI JR., Hermes. **A constitucionalização do processo...**, cit., p. 233.

exigindo que o magistrado trave intenso diálogo com aqueles que figuram nos polos processuais. De outro lado, a abertura que o ordenamento jurídico dá para a intervenção do *amicus curiae* (art. 138, CPC/15⁵³⁴) revela a preocupação de que a sociedade participe ativamente da construção dos entendimentos judiciais. A decisão, que passa a ser encarada como uma construção de vários sujeitos, deve ser a síntese do diálogo travado ao longo do procedimento. Assim, impõe-se ao julgador a motivação de suas decisões, até como maneira de se apurar se foi ou não respeitada a incidência da norma, objeto de discussão no processo.

Juiz que não atende a esses pressupostos incorre em erro, como bem lembra Zaneti Jr., ao tratar dos precedentes: “[...] um julgamento que não respeita um precedente vinculante com relevância institucional, ou seja, com relevância constituída e regulada por normas jurídicas, não pode ser considerado juridicamente correto”. E o processualista prossegue, lembrando a repercussão do desvio: “Nesse caso, a decisão será contrária ao direito (*not lawful; illegítimo*) e, portanto, poderá/deverá ser objeto de reversão pelos meios de impugnação disponíveis no ordenamento jurídico.”⁵³⁵

Vê-se, com isso, que o desrespeito à incidência normativa (aqui tomado como “fragilização não virtuosa”) pode ensejar, sob a ótica jurídica, reformas ou anulações das decisões judiciais, o que, por si só, já representa, sob um viés político, déficit de poder, de autoridade ou de legitimidade dos julgados de um juiz. Evidentemente, nenhum magistrado quer ver os seus entendimentos sendo modificados, até porque as mudanças advindas de um órgão de hierarquia superior funcionam como um constrangimento, geralmente público, sobretudo se ocorrer repetidas vezes e em larga quantidade. Portanto, o efeito de um erro judicial não se limita ao espectro jurídico, irradiando repercussões mais amplas. Nesse sentido, as perfeitas palavras de Paula Costa e Silva:

⁵³⁴ Art. 138, CPC/15. “O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação. § 1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º. § 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*. § 3º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.”

⁵³⁵ ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes...**, cit., p. 323.

A decisão, cujo conteúdo se afasta das representações e das expectativas dos litigantes, é uma decisão à qual as partes oferecerão resistência. Esta resistência minará a confiança que depositam no sistema de justiça. E vai minando a representação que a comunidade tem desse mesmo sistema. Inicialmente, o risco é de descrédito institucional, por último o risco é de resistência social. Esta não se instala apenas quando há uma desobediência generalizada às decisões dos tribunais. Vai-se infiltrando sibilinamente.⁵³⁶

Mesmo nos tribunais de última instância, como é o caso do STF, no Brasil, decisões precipitadas, não debatidas devidamente e que pouco consideram o *prius* vinculante do direito, descambando para o ativismo *ad hoc*, podem causar efeitos políticos deletérios ao Poder Judiciário, consistente no desprestígio coletivo, na perda de credibilidade.

Um exemplo ilustra bem isso. Recentemente, o plenário do STF relativizou o texto constitucional que diz que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, ignorando, inclusive, o art. 283, *caput*, do CPP, que assim preceitua:

Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

Deveras, a Corte autorizou, em resultado final apertado (6 votos favoráveis e 4 contrários), que o condenado em segunda instância já passe a cumprir pena, mesmo na pendência de recurso aos tribunais superiores, isto é, mesmo sem haver trânsito em julgado.⁵³⁷ O problema foi que o entendimento se mostrou tão destoante da carga semântica presente no texto da Constituição garantista brasileira e do

⁵³⁶ COSTA E SILVA, Paula. **Acto e processo...**, cit., p. 105-106.

⁵³⁷ No dia 17 de fevereiro de 2016, o STF julgou o HC nº 126.292, que discutia a legitimidade do ato do Tribunal de Justiça de São Paulo, o qual determinou o início da execução da pena de um réu condenado em segunda instância. O entendimento foi chancelado pelo STJ, razão pela qual o STF foi acionado. Na oportunidade, o STF, com sete votos favoráveis e quatro contrários, modificou o entendimento da Corte e autorizou o cumprimento da pena, mesmo sem o trânsito em julgado da sentença condenatória. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 126.292 – São Paulo. Impetrante: Maria Claudia de Seixas. Paciente: Márcio Rodrigues Dantas. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 17 de fevereiro de 2016). Depois disso, no dia 5 de outubro de 2016, nos julgamentos do ADC nº 43 e do ADC nº 44, que tinham como objetivo a declaração de constitucionalidade do art. 283 do CPP, o STF manteve o entendimento exarado no HC nº 126.292, de modo a autorizar a prisão após a condenação em segunda instância, mesmo sem o trânsito em julgado da sentença, como forma de cumprimento de pena. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC nº 43 – Distrito Federal. Requerente: Partido Ecológico Nacional (PEN). Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Brasília, 5 de outubro de 2016; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC nº 44 – Distrito Federal. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB). Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Brasília, 5 de outubro de 2016).

Código Processual Penal que não foram poucas as críticas doutrinárias dirigidas à Corte.⁵³⁸ Segundo Roberto Soares Garcia,

relewa dizer que em 05 de outubro de 2016 fez-se noite para as garantias fundamentais. A Constituição foi seviciada por aqueles que a deveriam proteger. Mas, noite escura sempre termina em alvorada – “Dilegua, o notte !/ Tramontate, stelle! Tramontate, stelle!/ All'alba vincerò!/ Vincerò! Vincerò!” [“Parta, oh noite!/ Esvaneçam, estrelas! Esvaneçam, estrelas!/ Ao amanhecer eu vencerei!/ Vencerei! Vencerei!”] –; que não demore o canto do galo para despertar o Supremo Tribunal Federal do sono profundo dormido desde aquele 05 de outubro de 2016!⁵³⁹

Ademais, houve até ministro do STF (ministro Marco Aurélio) que se negou a seguir o precedente, sob a seguinte e embaraçosa justificativa:

Ao tomar posse neste tribunal, há 26 anos, jurei cumprir a Constituição Federal, observar as leis do país, e não a me curvar a pronunciamento que, diga-se, não tem efeito vinculante. De qualquer forma, está-se no Supremo, última trincheira da Cidadania, se é que continua sendo.⁵⁴⁰

3.8.6. Incidência automática e infalível e ‘reconstrução’ do direito no ato de aplicar: a dinamicidade semântica da norma jurídica e a pretensão de correção

A incidência automática e infalível da norma jurídica processual (no mundo dos pensamentos) representa, como se tem mostrado, que o aplicador do direito não está livre para decidir como bem quiser, haja vista que o direito posto, representado aqui pelo conjunto de documentos normativos colocados à disposição do intérprete (textos), apresenta teor significativo prévio, que não pode ser ignorado no ato de aplicar.

Ocorre que também a carga semântica dos textos do ordenamento jurídico não é estática, alterando-se de tempos em tempos, conforme as mudanças sociais

⁵³⁸ Por todos, cf. SOARES, Leonardo Oliveira de. O CPC/2015, a presunção constitucional de inocência e a interpretação jurídica em tempos de crise. In: **Revista de processo**, vol. 972, p. 299-312, outubro de 2016; LOPES JR., Aury. Fim da presunção de inocência pelo STF é o nosso 7 a 1 jurídico. **Conjur**, Brasil, 4 de março de 2016. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nosso-juridico>>. Acesso em 10 de março de 2017.

⁵³⁹ GARCIA, Roberto Soares. Cumprimento de pena depois do julgamento de apelação. In: **Revista de processo**, volume 3, p. 75-85, out-dez de 2016.

⁵⁴⁰ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 141.342 MC/Distrito Federal. Impetrante: Alexandre Lima Wunderlich. Paciente: Carlos Alberto Soares. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Brasília, 5 de outubro de 2016.

que se verificam. Como seria impossível ao Poder Legislativo atualizar todos os textos normativos na mesma velocidade dos fluxos sociais, o Judiciário se põe a desempenhar o importante papel de “atualizar” o direito, tendo em conta as interrelações entre fato, valor e norma.

Consoante Miguel Reale, a norma jurídica, em sua estrutura lógica, “é inseparável de sua *base fática* e de seus *objetivos axiológicos*”. Por isso, “*fato, valor e forma lógica* compõem-se, em suma, de maneira complementar, dando-nos, em sua plenitude, a estrutura lógico-fático-axiológica da norma de direito.” Diz-se que “a norma jurídica, não obstante a sua estrutura lógica [apresentada neste trabalho no tópico 3.7], assinala o ‘momento de integração de uma classe de *atos* segundo uma ordem de *valores*’” e, assim, “não pode ser compreendida sem referência a esses dois fatores, que ela dialeticamente integra em si e supera.”⁵⁴¹

Reale destaca que dentro de uma teoria tridimensional, a jurisprudência não pode ser vista como fonte secundária do direito, como que se fosse de menor importância. Deveras, não é só o signo verbal do texto de lei que compõe a significação da norma jurídica, até porque o conteúdo significativo se modifica consoante as alterações do tecido social, é dizer, de acordo com as nuances variáveis operadas nos fatos e nos valores.

Logo, as normas jurídicas não se colocam ao intérprete com sentido estático, consistente naquele do tempo da inserção do texto no ordenamento jurídico, elas, ao contrário, “possuem uma certa *elasticidade semântica*, comportando sua progressiva ou dinâmica aplicação a fatos sociais nem sequer suspeitados pelo legislador.”⁵⁴² Deveras, “Graficamente um texto legal pode permanecer o mesmo, por longo tempo, mas que dizer de seu significado?”⁵⁴³

Recaséns Siches destaca que o direito está na região das objetivações da vida humana, que é o reino da cultura. Assim, o homem cria textos que visam à controlar o agir em comunidade, mas, na medida em que as normas jurídicas são cumpridas pelos indivíduos da sociedade ou, mesmo, aplicadas pelos funcionários da Justiça, o direito se apresenta como “un *vivir de nuevo* como un *revivir*, como un *re-actualizar* esas normas en nuevas conductas reales, conductas que muchas

⁵⁴¹ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25ª edição. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 95-96 (grifos do autor).

⁵⁴² Ibid. p. 160.

⁵⁴³ Ibid. p. 161.

veces van aportando novedades, modificaciones, supresiones, incrementos, correcciones, etc.”⁵⁴⁴

Deveras, as leis, as Constituições, os atos administrativos são criados com a base cultural de seu tempo. Essa base se impõe ao aplicador futuro do direito, mas a norma jurídica a ser aplicada se reconstitui com novas notas que, antes, não se mostravam presentes. O que era ontem, muito embora se projete no hoje, não é mais a mesma coisa, e o amanhã também terá traços diferentes do agora. A remodelagem da norma jurídica se dá tendo em conta os textos normativos, os quais não podem jamais ser desconsiderados pelo julgador, e também levando em consideração os dados fáticos e valorativos, que se apresentam em constante dinamicidade. Em síntese, o juiz vai aos textos, observa os fatos, apura os valores e remodela a norma jurídica aplicável.

Até aqui se sublinhou que o Estado-Juiz cria norma jurídica no ato de aplicação, inclusive as de direito processual. O sentido mais preciso para essa atuação criativa, porém, não é exatamente o de que o julgador inventa algo novo que não existia antes; juiz não é legislador.⁵⁴⁵ Na verdade, o intérprete-juiz, tendo em conta a Constituição, as leis e os demais textos normativos, analisa os fatos que lhe são postos e, tendo em conta os valores de seu tempo, devolve uma norma jurídica nova, ou melhor, “reconstruída” em colaboração com os demais sujeitos do processo.

Eis a observação de Cláudio Madureira,

A expressão “criação” vai aqui grafada entre aspas, porque, em rigor, os intérpretes, quando aplicam o direito, partem dos textos normativos, procurando adaptá-los às especificidades do ambiente fático que emoldura a contenda e, por vezes, temperando-os com os valores juridicizados pelo legislador no corpo dos princípios jurídicos. Opera-se, pois, mais propriamente um processo de reconstrução do direito positivo, sob a mediação dos fatos e dos direitos fundamentais (usualmente reproduzidos sob a forma de princípios jurídicos), com vistas à efetiva realização dos direitos e da justiça.⁵⁴⁶

⁵⁴⁴ Tradução nossa: “[...] um viver de novo como um reviver, como um reatualizar essas normas em novas condutas reais, condutas que muitas vezes vão acrescentando novidades, modificações, supressões, incrementos, correções etc.” (SICHES, Recaséns. **Introducción ao estudio del derecho**, cit., p. 26).

⁵⁴⁵ Nem mesmo a tomada da teoria dos precedentes pelo CPC/15 representa igualar o Judiciário ao Poder Legislativo. Cf. ZANETI JR., Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Por que o Poder Judiciário não legisla no modelo de precedentes do Código de Processo Civil de 2015. In: **Revista de processo**, volume 257, p. 371-388, julho de 2016.

⁵⁴⁶ MADUREIRA, Cláudio Penedo. **Fundamentos do novo processo civil brasileiro...**, cit., p. 35.

Essas ideias estão de acordo com a percepção de Robert Alexy, no sentido de identificar a denominada “pretensão de correção” nos ordenamentos jurídicos – mormente no caso brasileiro, em que vigora o Estado Democrático Constitucional. De fato, os aplicadores do direito têm um autêntico dever jurídico de decidir corretamente (justiça do caso concreto) e, nos dizeres de Alexy, “este deber jurídico se refiere también a la aplicación correcta de normas morales correctas”.⁵⁴⁷ É assim que o autor alemão identifica uma conexão necessária entre direito e moral, posto entender que o aplicador do direito deve utilizar-se de argumentos alinhados com o que se entende como justo, no ato de decidir. Por aqui, sustenta-se que a pretensão de correção faz parte do ato reconstrutivo do juiz.

Tal ideia de que o direito, no ato de aplicar, é “reconstruído” não anula a noção de incidência automática e infalível. Pelo contrário, reforça a ideia da coexistência, no ato de aplicação, de dois aspectos vistos como (aparentemente) paradoxais: o juiz “cria” o direito, mas sem plena liberdade, haja vista que algo que lhe é anterior o vincula. Ora, se a atividade aplicativa é uma reconstrução, pressupõe-se que uma construção anterior havia. Esta, impreterivelmente, deve ser observada; não se admite a elevação de um edifício nas pilastras do arbítrio judicial. Norma jurídica não incidente não pode ser aplicada.

3.8.7. A incidência na dinamicidade do processo civil contemporâneo: nem sempre uma norma incidente deve ser aplicada

Segundo Marcos Bernardes de Mello, com fundamento na teoria ponteana, “A errada aplicação da norma não altera a veracidade da incidência. Por isso, se a aplicação foi de norma que não incidiu, é necessário restabelecer-se a verdade aplicando-se a norma realmente incidente, corrigindo-se o erro.”⁵⁴⁸

Esse ensinamento, importado para o direito processual civil, revela a concepção de que, se o julgador aplicar ao caso concreto norma processual que não incidiu no mundo dos pensamentos, ele está a incorrer em erro, deixando de executar a justiça, provavelmente por uma falha interpretativa. Todavia, é preciso

⁵⁴⁷ Tradução nossa: “Esse dever jurídico se refere também à aplicação correta de normas morais corretas”. (ALEXY, Robert; BULYGIN, Eugenio. **La pretensión de corrección del derecho**..., cit., p. 59).

⁵⁴⁸ MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência, cit., p. 113.

que se acrescente: muito embora a aplicação de norma não incidente seja um erro, por outro lado, nem sempre que uma norma processual incidir, ela deverá necessariamente ser aplicada pelo magistrado.

Explica-se o sentido dessa afirmação.

O processo civil contemporâneo é marcado pela enorme dinamicidade. Uma visão puramente estática do procedimento – com fases demarcadas, com posições previamente bem delimitadas – só é cabível sob um ponto de vista didático. Malgrado o processo civil seja ordenado legalmente (“mundo abstrato”) com vistas à previsibilidade no caminhar procedimental, sendo previstos inclusive ritos específicos, tal certeza, própria desse ideal normativo, resta superada, quando da verificação do “mundo concreto”.

Iniciada uma demanda, a sequência de atos que dali se segue poderá levar a uma dança persistente de posições jurídicas. Não se pode surpreender se até o juiz passar a figurar no polo passivo, como ocorre em eventual incidente de impedimento. Não se pode ficar perplexo se o réu virar demandante, como ocorre no caso de uma reconvenção ou numa impugnação à gratuidade da justiça concedida ao autor. Não se pode ficar assustado, se um processo que se inicia com um autor e com um réu, receber a intervenção de vários outros sujeitos processuais, terminando com, até mesmo, dezenas de partes nos dois polos. É sinal dos tempos a possibilidade de alguém poder escolher ser réu, autor ou, mesmo, ficar inerte, como nos casos de intervenção móvel.⁵⁴⁹ Todas essas flutuações, nota-se, ocorre com

⁵⁴⁹ Segundo Mazzei, o art. 6º, §3º, da Lei nº 4.717/1965 contempla uma situação peculiar, a se aplicar às ações populares e às ações de improbidade administrativa, denominada “intervenção móvel”. Esta consiste numa técnica processual que permite que a pessoa jurídica de direito público ou de direito privado que tenha ato seu impugnado nas demandas referidas possa adotar três posturas possíveis, alternativamente: “1ª Possibilidade: apresentar contestação, sustentando que não há mácula no ato impugnado judicialmente pelo autor da ação popular; 2ª Possibilidade: abster-se de contestar, sem qualquer manifestação, ou seja, sem pronunciamento algum sobre o ato impugnado pelo autor da ação popular; 3ª Possibilidade: não contestar e, verificando que a ação popular ajuizada é útil ao interesse público, deslocar-se da sua posição original do polo passivo, para o polo ativo da demanda, vindo a atuar ao lado do autor”. Mazzei demonstra que essa variabilidade de posições jurídicas leva à impossibilidade de se enquadrar a espécie aos modelos tradicionais de litisconsórcio necessário e facultativo. Destaca-se, ainda, que a intervenção móvel também se mostra aplicável a demandas individuais. Após debates em sala de aula com o professor Mazzei, chegou-se à conclusão de que na demanda de indignidade movida por um herdeiro contra outro dos herdeiros necessários do falecido, os demais herdeiros devem ser citados para se manifestar no processo. No caso, estes últimos poderão optar por se abster, ou por ficarem no polo ativo ou, ainda, por apoiarem o réu, situando-se no polo passivo. Com isso, fica caracterizada a mobilidade nos polos da demanda. Cf. MAZZEI, Rodrigo Reis. A intervenção móvel da pessoa jurídica na ação popular e a ação de improbidade administrativa (artigos 6º, 3º, da LAP, e 17, §3º, da LIA). In: **Revista jurídica**: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária. Ano nº 61, nº 425, p. 9-44, março de 2013.

uma frenética alteração de situações jurídicas, conferindo a uns e a outros ônus, poderes, direitos, faculdades, deveres processuais.

Essa dinamicidade é própria de um mundo “pós-moderno”. A vida agitada do dia-a-dia – em que muito se trabalha, em que rapidamente se comunica, em que num átimo se movimenta, em que num impulso tudo se altera⁵⁵⁰ – também pode ser observada no palco do processo.⁵⁵¹ No caso, o desafio de aplicar o direito acaba se tornando ainda maior, em especial porque ao longo do procedimento também opera, com enorme dinamismo e numa constância frenética, a múltipla incidência de normas jurídicas. Sobre um mesmo suporte fático, mostra-se comum que um sem-número de normas processuais incida, sejam elas regras ou princípios.

Com o tal conglomerado normativo incidente, o juiz deverá, não aplicar todas as normas, mas, dentre as possibilidades que lhe são postas, poderá escolher a solução que entende, após debate, mais alinhada com a justiça para aquele caso concreto. Deveras, não se defende aqui a existência de uma única solução correta para cada situação posta em julgamento.⁵⁵² A justificativa é bem simples: o juiz não pode aplicar norma que não incidiu, mas, tendo em conta a incidência múltipla de normas, poderá fazer escolhas legitimadas pelo direito (dentre as opções que se apresentam), com pretensão de correção.

É preciso lembrar que, no processo civil contemporâneo, o procedimento se mostra muito mais “suave”, até porque o instrumento se destina à boa realização do

⁵⁵⁰ Essa ideia se alinha com a noção de “sociedade líquido-moderna”, de Bauman: “Numa sociedade líquido-moderna, as realizações individuais não podem solidificar-se em posses permanentes porque, em um piscar de olhos, os ativos se tornam passivos, e as capacidades em incapacidades. As condições de ação e as estratégias de reação envelhecem rapidamente e se tornam obsoletas antes de os atores terem uma chance de aprendê-las efetivamente. Por essa razão, aprender com a experiência a fim de se basear em estratégias e movimentos fáticos empregados com sucesso no passado é pouco recomendável: testes anteriores não podem dar conta das rápidas e quase sempre imprevistas (talvez imprevisíveis) mudanças de circunstâncias. Prever tendências futuras a partir de eventos passados torna-se cada dia mais arriscado e, frequentemente, enganoso. É cada vez mais difícil fazer cálculos exatos, uma vez que os prognósticos seguros são inimagináveis: a maioria das variáveis das equações (se não todas) é desconhecida, e nenhuma estimativa de suas possíveis tendências pode ser considerada plena e verdadeiramente confiável.” (BAUMAN, Zygmunt. **Vida líquida**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007. p. 7-8.)

⁵⁵¹ A respeito da influência da “pós-modernidade” no direito: “A sociedade ocidental parece ter sido um mundo estável até mais ou menos o século dezenove, sendo hoje caracterizadamente instável. Isso tem reflexos diretos na ‘função do direito’, que se vê obrigado a assumir novas formas, para atender a necessidades distintas, que as mudanças sociais criam. [...] Fala-se, então, em ‘pós-modernidade’, ‘pós-história’, ‘desaparecimento do mundo’. São, evidentemente, exageros céticos, mas que dizem alguma coisa sobre a complexidade de nossa época, e da perplexidade do homem diante dela.” (BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Teoria dos ilícitos civis**. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 40).

⁵⁵² Em sentido diverso, cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Ogni caso comporta un’unica soluzione corretta? In: **Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Dicembre, anno LXVIII, nº4, p. 1351-1367, 2014.

direito material. Com efeito, em muitas ocasiões, a incidência de uma norma processual, grosso modo, poderá ser juridicamente “contornada” mediante a utilização ponderada e racional do princípio da fungibilidade ou de institutos processuais que levam à flexibilização do procedimento, como, por exemplo, os negócios jurídicos processuais, os quais, inclusive, podem envolver o juiz e as partes. Em situações como essas, cria-se uma norma jurídica para aquele caso específico, e de maneira legítima, uma vez que democraticamente e em respeito ao princípio do autorregramento da vontade das partes (cf. capítulo 4).⁵⁵³

3.9. BREVE FECHAMENTO

As considerações que foram feitas neste capítulo permitem que seja firmada uma premissa estruturante: a ideia de incidência automática e infalível das normas jurídicas, peça-chave da teoria dos fatos jurídicos processuais, é compatível com o processo civil contemporâneo, na medida em que concilia duas exigências próprias do Estado Democrático Constitucional, a saber, o reconhecimento do importante papel reconstutivo do direito pelo Poder Judiciário e a imposição de limites previamente firmados para essa atividade criativa.

A junção dessas duas realidades, vistas por muitos como inconciliáveis, pode causar certa perplexidade, inclusive pode gerar a crítica de que os tais limites impostos ao juiz, dada a incidência normativa no mundo dos pensamentos, seja algo bastante fluido e indeterminado. Para esse tipo de reprimenda, é que se reproduz a fala de Cappelletti, aqui pertinente:

Não hesito em admitir que há qualquer coisa de vago, e também um elemento de esperança e talvez de idealismo, nesta conclusão. Mesmo vaga, trata-se, nada obstante, de conclusão sugerida e confortada por

⁵⁵³ O processo civil, constitucionalizado como está, sofre a marca da ductibilidade, referida por Zagrebelsky. Não à toa, possui uma dogmática não tão cerrada e inflexível, como vista no passado, mas “fluida” ou “líquida”. Eis as breves considerações do autor: “Si, mediante una palabra lo más aproximada posible, quisiéramos indicar el sentido de este carácter esencial del derecho de los Estados constitucionales actuales, quizás podríamos usar la imagen de la ductibilidad.” Tradução nossa: “Se, mediante uma precisa palavra, quisermos indicar o sentido deste caractere essencial do direito dos Estados Constitucionais atuais, talvez poderíamos usar a imagem da ductibilidade”. (ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil...**, cit., p. 14).

muitos exemplos e ilustrações concretas [...]. Não julgo, portanto, se encontre esta esperança privada de sólido fundamento.⁵⁵⁴

⁵⁵⁴ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Tradução de Carlos Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1989. p. 91-92.

CAPÍTULO 4:

AS ESPÉCIES DE FATOS JURÍDICOS PROCESSUAIS NO PROCESSO CIVIL DO ESTADO DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL

4.1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

Classificar significa agrupar determinados objetos em classes, de acordo com critérios arbitrários estabelecidos pelo cientista, com vista a facilitar a compreensão de um dado conjunto objetal. Conforme destacam Guibourg, Ghigliani e Guarinoni, “hay clasificaciones aceptadas o poco conocidas, útiles o inútiles (para algún fin determinado), fructíferas o estériles (en alguna dirección determinada).”⁵⁵⁵

No caso dos fatos jurídicos processuais, não é diferente. Há uma enormidade de classificações na doutrina, muitas delas bastante úteis e interessantes, outras nem tão aproveitáveis, e os critérios firmados para proceder com a divisão em classes são dos mais variados tipos.⁵⁵⁶

No que tange à classificação dos fatos jurídicos em geral, foi Pontes de Miranda quem deu uma das contribuições mais relevantes registradas em sede doutrinária. Isso, porque – “a partir de revisão dos processos lógicos e metodológicos empregados para se classificarem os fatos jurídicos”⁵⁵⁷ – o autor alagoano logrou êxito em abarcar todas as espécies (em tese) possíveis, coisa que os estudiosos da época até então não haviam conseguido.⁵⁵⁸

Por isso, os “ponteanos do processo” não titubearam e encamparam a proposta classificatória original de Pontes de Miranda, trazendo-a para a seara processual. Por aqui, resta apresentar a “nova” classificação dos fatos jurídicos processuais, a fim de se investigar se as tipologias sugeridas estão ou não em conformidade com o processo civil contemporâneo.

⁵⁵⁵ Tradução nossa: “há classificações aceitáveis ou pouco conhecidas, úteis ou inúteis (para algum fim determinado), frutíferas ou estériles (em alguma direção determinada).” GUIBOURG, Ricardo A.; GHIGLIANI, Alejandro M.; GUARINONI, Ricardo. **Introducción al conocimiento científico**, cit., p. 40.

⁵⁵⁶ Conhecidas são as classificações dos atos processuais de: CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. 2. ed. - São Paulo: Lemos & Cruz, 2004. v.4; GOLDSCHMIDT, James. **Direito processual civil**. Traduzido por Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller, 2003, tomo I.

⁵⁵⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo I. 3ª edição. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, tomo II.

⁵⁵⁸ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência, cit., p. 148-150.

4.2. PROPOSTA CLASSIFICATÓRIA DOS “FATOS JURÍDICOS PROCESSUAIS”

Observa-se entre os processualistas seguidores da proposta ponteana que a classificação dos fatos jurídicos processuais (*lato sensu*) se dá de acordo com o suporte fático (abstrato) da norma jurídica processual. Deveras, podem-se identificar, no elemento cerne da referida norma, fatos humanos e não humanos, voluntários ou não voluntários, lícitos ou ilícitos.

Assim, como ensinam Fredie Didier Jr. e Pedro Henrique Pedrosa Nogueira, no direito processual, é possível falar em fatos em sentido amplo, os quais contemplam as seguintes espécies: “(a) lícitos, dentro dos quais se inserem (a.1.) fatos jurídicos *stricto sensu* processuais, (a.2) atos-fatos jurídicos processuais, (a.3) atos jurídicos *stricto sensu* processuais e (a.4) negócios jurídicos processuais, e (b) ilícitos processuais.”⁵⁵⁹

Trocando em miúdos, os fatos processuais lícitos são aqueles que se constituem sem qualquer violação ao direito, é dizer, o suporte fático da norma processual prevê um acontecimento autorizado (permitido).

Dentre os lícitos, os fatos *stricto sensu* processuais são aqueles que entram no mundo jurídico sem que haja um ato humano na composição do suporte fático da norma jurídica processual. Portanto, na referida hipótese de incidência há a previsão de eventos naturais (a exemplo de uma catástrofe ambiental) ou biológicos (a exemplo da morte).⁵⁶⁰ É por isso, por exemplo, que quando uma parte do processo morre, deve-se proceder com a habilitação dos herdeiros, como efeito irradiado daquele fato *stricto sensu* processual.

Pertinente, por aqui, uma observação. Para facilitar a compreensão dos termos utilizados neste trabalho, sempre que se fizer menção ao “fato jurídico processual” estar-se-á a referir ao gênero “fato jurídico processual *lato sensu*”. Quando se quiser fazer menção à espécie, será especificado dizendo tratar-se de “fato jurídico *stricto sensu* processual”.

⁵⁵⁹ DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**, cit., p. 40.

⁵⁶⁰ *Ibid.* p. 41.

Os atos-fatos processuais lícitos, a seu turno, são uma espécie muito própria de uma proposta classificatória ponteana e, conforme se verá, a adoção dessa tipologia acarreta importantes repercussões na interpretação do direito processual. Um ato-fato processual é um fato jurídico marcado por ter sido produzido por ação humana, mas com o detalhe de que o direito despreza a vontade (ou a encara como irrelevante) na prática do ato e, por isso, a ordem jurídica o toma como fato. O suporte fático da norma processual prevê ato humano, mas sem dar importância à vontade.⁵⁶¹ Bons exemplos seriam: o adiantamento das custas processuais, a revelia, a execução provisória de sentença posteriormente reformada etc. – casos em que se mostra indispensável a ação (ou omissão) humana, mas em que a norma não especula sobre a vontade na realização do ato, razão pela qual os efeitos independem do querer. Aliás, a espécie (ato-fato processual) é tão interessante que, mesmo processualistas que não têm Pontes de Miranda como marco teórico, chegaram a admitir os atos-fatos processuais, a exemplo de Daniel Mitidiero, Luiz Guilherme Marinoni⁵⁶² e Calmon de Passos. Este último, diga-se de passagem, em clássica obra, já ofertava importante exemplo: o preparo, “se feito, será eficaz, pouco importando quem o fez e com que intenção praticou esse ato”.⁵⁶³

Ainda no campo da licitude, os atos processuais *lato sensu* se bipartem em atos jurídicos *stricto sensu* processuais e negócios jurídicos processuais. Estes dois últimos têm em comum a circunstância de, no suporte fático da norma processual que os prevê, haver um ato humano volitivo. O que os diferencia, porém, é a possibilidade de escolha da categoria eficaz.⁵⁶⁴

Os atos jurídicos processuais *stricto sensu* se caracterizam por não darem margem de escolha da categoria eficaz. Por isso, aquele que pratica o ato deve se submeter à categoria de eficácia previamente estipulada pela norma jurídica processual, não havendo liberdade para modificá-la, como se dá no caso da citação, da intimação, da penhora etc. Tal espécie é a mais abundante dentre os atos que integram o procedimento.⁵⁶⁵

⁵⁶¹ Ibid. p. 45.

⁵⁶² MITIDIERO, Daniel Francisco; MARINONI, Luiz Guilherme. **Código de processo civil comentado artigo por artigo**. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 191.

⁵⁶³ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Esboço de uma teoria...**, cit., p. 68.

⁵⁶⁴ Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**, cit., §227.

⁵⁶⁵ DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**, cit., p. 54-55.

Por outro lado, os negócios jurídicos processuais são marcados por abrirem margem de escolha da categoria eficaz. Em termos claros: o suporte fático da norma jurídica processual confere poder ao sujeito de escolher a categoria jurídica ou de firmar determinadas situações jurídicas, sempre se obedecendo aos limites fixados pelo ordenamento jurídico.⁵⁶⁶

Entre os fatos jurídicos processuais, também há aqueles que surgem da prática de um ilícito. No caso, frisa-se que os “ponteanos do processo” ainda não desenvolveram grandes estudos a respeito dos fatos jurídicos processuais ilícitos, mas, como aparente tendência, eles admitem, de regra, os “atos ilícitos processuais”, não mencionando a eventual existência de fatos jurídicos *stricto sensu* processuais ilícitos ou os atos-fatos processuais ilícitos.⁵⁶⁷

Outra marca que se tem observado é a adoção da subclassificação dos ilícitos processuais com base nos efeitos que eles produzem, aproveitando-se tanto dos ensinamentos ponteanos⁵⁶⁸ e de Marcos Bernardes de Mello⁵⁶⁹, quanto dos estudos de Felipe Braga Netto, sobre os ilícitos civis.⁵⁷⁰

Daí ser feita menção aos: (i) ilícitos indenizativos, consistentes em atos processuais contrários ao direito que fazem surgir o efeito de indenizar, como é o caso da litigância de má-fé (art. 81, CPC/15⁵⁷¹); (ii) ilícitos invalidantes, consistentes em condutas contrárias ao direito cujo efeito é a invalidação de um ato jurídico, como a prática de ato processual sem a intervenção do Ministério Público, quando a lei impõe a participação deste (art. 279, CPC/15⁵⁷²); (iii) ilícitos autorizantes⁵⁷³, que

⁵⁶⁶ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios jurídicos processuais**, cit., p. 133-136.

⁵⁶⁷ Assim é em: DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**, cit., p. 66-67; BRAGA, Paula Sarno. Primeiras Reflexões sobre uma Teoria do Fato Jurídico Processual: Plano de Existência. In: **Revista de Processo**, São Paulo, nº 148, p. 293-320, junho de 2007; TRIGUEIRO, Victor Guedes. Teoria dos ilícitos processuais civis – plano da existência. In: DIDIER JR., Fredie; EHRHARDT JR. Marcos. (Coord.). **Teoria do fato jurídico: homenagem a Marcos Bernardes de Mello**. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁵⁶⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**, tomo II, cit., passim.

⁵⁶⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**, cit., p. 288-293.

⁵⁷⁰ NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Teoria dos ilícitos civis**. 2ª edição revista, ampliada e atualizada. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 124-134.

⁵⁷¹ Art. 81, *caput*, CPC/15. “De ofício ou a requerimento, o juiz condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou.”

⁵⁷² Art. 279, *caput*, CPC/15. “É nulo o processo quando o membro do Ministério Público não for intimado a acompanhar o feito em que deva intervir.”

⁵⁷³ Segundo Didier Jr., Felipe Peixoto Braga Netto avança na classificação dos ilícitos, “[...] propondo a criação do conceito jurídico fundamental de ilícito autorizativo, que, ao lado dos ilícitos caducificante, indenizativo e invalidante, compõe a tipologia dos ilícitos civis.” (Comentário inserido na contracapa do livro: NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Teoria dos ilícitos civis**, cit.)

têm como efeito o surgimento de uma situação jurídica ativa autorizativa para a prática de outro ato, como o direito que surge para o oficial de justiça de (com autorização judicial) arrombar a porta daquele que tenta obstar a penhora (art. 846, §1º, CPC/15⁵⁷⁴), e (iv) ilícitos caducificantes, que têm como efeito a perda de uma situação jurídica ativa, como é nos casos de preclusão (art. 218, CPC/15⁵⁷⁵).

4.3. A NOVA PROPOSTA CLASSIFICATÓRIA DOS FATOS JURÍDICOS PROCESSUAIS E A TEORIA CIRCULAR DOS PLANOS: UMA APROXIMAÇÃO TEORÉTICA DO DIREITO MATERIAL COM O DIREITO PROCESSUAL

Uma crítica que poderia recair sobre a tomada da classificação sob os critérios indicados na teoria do fato jurídico de Pontes de Miranda é que, como a teoria ponteana foi desenvolvida com vistas ao direito privado, trazer para o direito processual civil as espécies de fato jurídico no mesmo arquétipo sugerido na proposta original representaria retornar ao sincretismo processual, é dizer, à fase em que o processo era subserviente ao direito substancial. Todavia, as coisas não são bem assim.

Consoante se demonstrou no capítulo 2 deste trabalho, o processo civil contemporâneo contempla as marcas do formalismo-valorativo, o qual, muito embora parta da diferenciação entre direito material e direito processual, não torna os dois planos estanques, bem pelo contrário, um e outro se imbricam numa relação circular.

Esse relacionamento dos dois planos também se dá no que tange ao compartilhamento de teorias, não havendo mais que se falar em busca por autonomia científica ou em singularidade teórica dos campos jurídicos. Já se sabe que os planos são diferentes, não mais sendo necessário engajar-se pela separação de ambos.

⁵⁷⁴ Art. 846, CPC/15. “Se o executado fechar as portas da casa a fim de obstar a penhora dos bens, o oficial de justiça comunicará o fato ao juiz, solicitando-lhe ordem de arrombamento. § 1º Deferido o pedido, 2 (dois) oficiais de justiça cumprirão o mandado, arrombando cômodos e móveis em que se presume estarem os bens, e lavrarão de tudo auto circunstanciado, que será assinado por 2 (duas) testemunhas presentes à diligência.”

⁵⁷⁵ Art. 218, *caput*, CPC/15. “Os atos processuais serão realizados nos prazos prescritos em lei.”

Assim sendo, é próprio deste momento do estudo do processo civil um olhar mais próximo do direito material (e vice-versa)⁵⁷⁶, inclusive com a tomada de ideias que, há muito, eram utilizadas somente pelos doutrinadores dos ramos do direito substancial. Tal movimento pendular, diga-se de passagem, não quer significar retorno ao praxismo, visto que o processualista, hoje, consegue entender as diferenças dos planos com nitidez.

Esse fenômeno vai ao encontro da percepção de que o direito, em que pese poder ser didaticamente picotado em diversos ramos, apresenta aspectos que são ínsitos à própria juridicidade considerada no todo, cabendo à teoria geral do direito operar com os conceitos fundamentais aplicáveis a toda e qualquer fragmentação do jurídico.⁵⁷⁷ Compreende-se que essas partes fragmentadas não se isolam, mas se interrelacionam constantemente como que unidas pelos conceitos-base.⁵⁷⁸

Diante disso, cai por terra a ideia de que as espécies de fatos jurídicos elencadas na teoria de Pontes de Miranda, por terem sido utilizadas largamente pelos civilistas, não podem ser utilizadas no processo civil. Primeiro, porque a ciência do processo não busca mais autonomia didático-científica, conquistada faz tempo; segundo, porque a proposta classificatória pertence à teoria geral do direito, do que se depreende que, ao menos em tese, pode ser transportada para os variados ramos jurídicos, com os seus conceitos fundamentais (= lógico-jurídicos), feitos os devidos ajustes; terceiro, porque, mesmo que a proposta tenha recebido influxos de visões do direito material, com a relação circular do processo com o direito substancial, resta comum que um e outro plano (inclusive em sede doutrinária) se aproveite de ideias mútuas.

Afora isso, é preciso lembrar que, no processo civil contemporâneo, dado o fenômeno da constitucionalização dos diversos ramos jurídicos, não mais há que se falar em leis estanques que regulamentam áreas díspares e afastadas, é dizer, em desconexão com outros diplomas normativos. Agora, todo o ordenamento jurídico,

⁵⁷⁶ Cf. JEVEAUX, Geovany Cardoso. As Relações Entre o Direito Material e o Direito Processual. In: MAZZEI, Rodrigo. (Org.). **Questões Processuais no Novo Código Civil**. 1ª ed. Barueri: Manole, 2006, v. 01, p. 01-22.

⁵⁷⁷ Critica-se, portanto, aquela parcela da doutrina que insiste em fazer defesas de seus ramos jurídicos como absurdamente separados dos outros, como no caso do embate sobre a pertinência de uma teoria geral do processo, que englobe processo civil e processo penal.

⁵⁷⁸ O termo “conceito base”, aqui, é utilizado na obra de Carlos Santiago Nino e corresponde ao mesmo utilizado por Fredie Didier no signo “conceito lógico-jurídico” e por Lourival Vilanova no termo “conceito jurídico fundamental”. Cf. NINO, Carlos Santiago. **Introducción al análisis del derecho**. 2ª edición ampliada y revisada. Buenos Aires: Astrea, 2003. p. 165-168.

incluindo códigos dos mais variados tipos e microssistemas de toda e qualquer espécie, se encontra unido por uma superpotente “cola jurídica”, que é a Constituição. Nesse contexto, aquele dualismo clássico entre direito material e direito processual perde força, ao menos no sentido de que os dois praticamente não se tocam.

Com efeito, não há incongruência em se falar em (i) fatos jurídicos *stricto sensu* (de direito material e de direito processual), (ii) atos-fatos jurídicos (de direito material e de direito processual), (iii) atos jurídicos *stricto sensu* (de direito material e de direito processual), (iv) negócios jurídicos (de direito material e de direito processual) e (v) ilícitos (de direito material e de direito processual). Antes, pelo contrário, a adoção dos mesmos critérios classificatórios é uma aproximação sadia entre os dois planos (sem negar a diferença entre ambos), por conferir maior sistematicidade ao estudo, permitindo ao jurista identificar semelhanças e diferenças entre os institutos do direito material e do direito processual, bem como conferir a eles maior aplicabilidade, sempre partindo dos ditames constitucionais.

Frisa-se, todavia, que haverá ocasiões nas quais os planos estarão em zona tão cinzenta que, a depender do caso, será melhor desapegar-se ao rigorismo classificatório que biparte o direito substancial e o processo (nem sempre será possível dizer com convicção o que é processo e o que é direito material), preferindo-se vislumbrar a que se destina o fato jurídico resultante da incidência normativa.⁵⁷⁹

A unificação classificatória das espécies de fatos jurídicos – isto é, que considera uma categoria amplíssima de fatos jurídicos, englobando aqueles de direito material e de direito processual – facilita que o intérprete tenha um olhar mais teleológico quanto às normas jurídicas que incidem, de modo a verificar para quê elas se prestam num dado caso concreto, ciente de que os fins que elas têm podem variar. Daí Rodrigo Mazzei, para dar um exemplo, chamar a atenção para a

⁵⁷⁹ Há institutos que provocam verdadeira celeuma na doutrina, vindo uns a dizerem revestir-se de processualidade, outros a afirmarem que o instituto é de direito substancial e, ainda, comumente há aqueles que sustentam a natureza mista. A título de exemplo, muito se discute sobre a natureza jurídica da prova. Entre aqueles que dizem ser norma processual, cita-se por todos: REGO, Hermegildo de Souza. **Natureza das normas sobre prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 15 e 16, nota 32. Entre aqueles que dizem que a prova é instituto de direito material, cita-se por todos: CHIOVENDA, Giuseppe. La natura processuale delle norme sulla prova e l'efficacia della legge processuale nel tempo. In: **Saggi di Diritto Processuale Civile**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1993, v. 1. p. 242-243. Entre aqueles que defendem a natureza mista, cita-se por todos: CAPPELLETTI, Mauro. La “natura” delle norme sulle prove. **Revista di Diritto Processuale Civile**, Padova, v. 24, 1969. p. 97-98.

existência de normas jurídicas bifrontes (aquelas que apresentam perfil misto, de direito material e de direito processual)⁵⁸⁰, como uma norma presente no Código de Processo Civil, mas que tem reflexos simultâneos sobre o processo e sobre o direito material, e normas jurídicas heterotrópicas (aquelas que apresentam um perfil diverso da finalidade primeira de um diploma normativo específico), como, por exemplo, uma norma de processo encontrada no Código Civil.⁵⁸¹⁻⁵⁸²

Com efeito, esvai-se o entendimento simplista de se conferir uma “natureza jurídica” apriorística e estática aos institutos jurídicos, como se deles emergisse uma essência impregnada. Atitude como essa evidencia o esquecimento de que sobre um mesmo suporte fático podem incidir normas jurídicas das mais variadas espécies e que irradiam múltiplos efeitos sobre um e outro plano. Aliás, a mesma norma jurídica pode regular casos diferentes, evidentemente, de maneiras diferentes.

Por ora, o que aqui se demonstra é que a proposta classificatória dos ponteiros do processo confere maior sistematicidade ao estudo dos fatos jurídicos em geral, o que se permite o desenvolvimento de um discurso jurídico mais coerente e racional, porque alinhado aos conceitos fundamentais da teoria geral do direito e do norte direcionador advindo da Constituição da República.

4.4. OS TIPOS DE FATOS JURÍDICOS PROCESSUAIS CIVIS LÍCITOS À LUZ DO PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO: ANÁLISE REFLEXIVA

⁵⁸⁰ Tiago Figueiredo Gonçalves, em interessante artigo, analisa as repercussões que a alteração legislativa do Código de Processo Penal, por meio da lei nº 11.719/2008, produziu no processo penal, no processo civil e no direito civil. Cf. GONÇALVES, Tiago Figueiredo. Sobre o dever imposto ao juiz do crime de fixar valor mínimo de reparação dos danos civis causados pela infração quando da prolação da sentença penal condenatória: implicações da lei 11.719/2008 no âmbito do processo civil e do processo penal. In: **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, v. 36, p. 63-77, 2010.

⁵⁸¹ Cf. MAZZEI, Rodrigo Reis. Enfoque processual do art. 928 do Código Civil (responsabilidade civil do incapaz). **RBDPro**, Belo Horizonte, ano 15, nº 51, p. 45-70, jan-març de 2008. p. 48-51.

⁵⁸² Em estudo bastante interessante, Tiago Figueiredo Gonçalves saca do CPC repercussões processuais e de direito material na “ação de consignação em pagamento”. Cf. GONÇALVES, Tiago Figueiredo. **Consignação em pagamento**: aspectos de direito processual e material (com notas e remissões ao projeto de Novo Código de Processo Civil). 1. ed. Curitiba: Juruá, 2013. Igualmente, Didier Jr. saca diversas regras processuais de dentro do Código Civil, lei que, em tese, deveria ser o campo do direito substancial. Cf. DIDIER JR., Fredie. **Regras processuais no Código Civil**. 4ª edição revista, atualizada e ampliada de acordo com as leis n. 12.004 e 12.016, de 2009. Saraiva: São Paulo, 2009, passim.

Como visto, não há empecilho teórico para que se adote a proposta classificatória dos processualistas ponteanos no âmbito do processo civil contemporâneo.

Todavia, ainda se mostra necessário investigar a pertinência de todas as espécies de fatos jurídicos processuais à fase atual do processo civil. É o que se fará neste tópico.

4.4.1. O fato jurídico *stricto sensu* processual civil

Seguindo a doutrina dos ponteanos do processo, o fato jurídico *stricto sensu* processual civil⁵⁸³⁻⁵⁸⁴ é aquele evento natural juridicizado pela incidência de uma norma jurídica processual civil e que se refere a um procedimento em curso. No caso, o suporte fático da norma em questão prevê um fato natural ou biológico (sem necessidade de atuação do homem) que, quando ocorre, na pendência de um processo a ele relacionado, juridiciza-se, pela incidência normativa que se dá no mundo dos pensamentos, e ingressa no mundo jurídico.⁵⁸⁵

Seriam alguns exemplos de fatos jurídicos *stricto sensu* processuais civis: (i) a morte de uma das partes, que gera o direito à suspensão do procedimento (art. 313, I, CPC/15⁵⁸⁶), bem como o direito de os herdeiros do falecido se habilitarem nos autos (art. 687, CPC/15⁵⁸⁷); (ii) a força maior, que gera o direito à suspensão do

⁵⁸³ Adverte-se que o vocábulo “fato jurídico processual” é polissêmico na doutrina. Liebman, por exemplo, usa essa expressão para designar qualquer acontecimento (inclusive ações humanas) com alguma relevância para o processo que não se encaixe na definição de ato processual que ele fixa, baseada em três critérios: pertencimento ao procedimento, eficácia sobre a relação processual e ter sido praticado por sujeito do processo (partes e órgão jurisdicional). Assim, o depoimento de uma testemunha, não sendo ato processual, para ele, é “simple fato processual”. Cf. Capítulo 1 desta dissertação.

⁵⁸⁴ Há tempo, há autores que aceitam a categoria dos fatos jurídicos *stricto sensu* processuais. Por todos, cf. COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 3ª edição (póstuma). Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1958. p. 202-203; CINTRA, DINAMARCO, GRINOVER. **Teoria geral do processo**, cit., p. 357-358; CÂMARA, Alexandre. **Lições Preliminares...**, cit., p. 272-273; REDENTI, Enrico. **Diritto processuale Civile**. Vol. I. Milano: Giuffrè, 1957. p. 198; ROCCO, Ugo. **Derecho procesal civil**. Tradução de Felipe de J. Tena. 2ª edição. Mexico: Porrúa Hnos e Cia, 1944. p. 235.

⁵⁸⁵ DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**, cit., p. 41.

⁵⁸⁶ Art. 313, CPC/15. “Suspende-se o processo: I - pela morte ou pela perda da capacidade processual de qualquer das partes, de seu representante legal ou de seu procurador.”

⁵⁸⁷ Art. 687, CPC/15. “A habilitação ocorre quando, por falecimento de qualquer das partes, os interessados houverem de suceder-lhe no processo.”

andar procedimental (art. 313, VI, CPC/15⁵⁸⁸); (iii) o parentesco, que gera uma proibição ao juiz para julgar uma demanda (art. 144, IV, CPC/15⁵⁸⁹); (iv) o decurso do tempo, que faz gerar o direito à tramitação prioritária, em caso de idoso (art. 1.048, I, CPC/15⁵⁹⁰); (v) a calamidade pública, que resulta no direito à prorrogação de prazos processuais (art. 222, §2º, CPC/15⁵⁹¹); (vi) a justa causa, como no caso de doença grave do advogado, que pode gerar o direito à restituição do prazo para a prática de um ato (art. 223, §2º, CPC/15⁵⁹²), dentre outros exemplos.

Nota-se, portanto, que os referidos eventos juridicizados, muito embora se refiram a um procedimento em curso, ocorrem fora do rito. Por isso, cumpre lembrar que, para parcela da doutrina, não poderiam receber o qualificativo da “processualidade”. Satta, por exemplo, diz que os “fatos” (ocorridos fora do procedimento, portanto) relevantes para o processo são “impropriamente” denominados “processuais”.⁵⁹³

Esse entendimento se funda na ideia de que o processo é um conjunto de atos e que os acontecimentos ocorridos fora da sede do procedimento só repercutem na seara processual de maneira “mediata”, é dizer, após serem “processualizados” por intermédio de um ato processual que relata o evento na sede do processo.⁵⁹⁴ Exemplificando: a morte da parte não seria um fato jurídico processual em sentido estrito, mas, se relatada por um sujeito do processo na sede do procedimento, seria processualizada pelo ato que a descreveu.

Lembra-se, porém, que não constitui característica da fase atual do processo civil uma visão doutrinária introspectiva do fenômeno. Atribuir “processualidade” apenas ao que ocorrer na sede do procedimento parece ser resquício de uma visão interna própria da fase autonomista. Esse pensamento também sugere, bem

⁵⁸⁸ Art. 313, CPC/15. “Suspende-se o processo: [...] VI - por motivo de força maior.”

⁵⁸⁹ Art. 144, CPC/15. “Há impedimento do juiz, sendo-lhe vedado exercer suas funções no processo: [...] IV - quando for parte no processo ele próprio, seu cônjuge ou companheiro, ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive.”

⁵⁹⁰ Art. 1.048, CPC/15. “Terão prioridade de tramitação, em qualquer juízo ou tribunal, os procedimentos judiciais: I - em que figure como parte ou interessado pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos ou portadora de doença grave, assim compreendida qualquer das enumeradas no art. 6º, inciso XIV, da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988”.

⁵⁹¹ Art. 222, §2º, CPC/15. “Havendo calamidade pública, o limite previsto no caput para prorrogação de prazos poderá ser excedido.”

⁵⁹² Art. 223, § 2º, CPC/15. “Verificada a justa causa, o juiz permitirá à parte a prática do ato no prazo que lhe assinar.”

⁵⁹³ SATTÀ, Salvatore. **Direito processual civil**. 7ª edição. Tradução e notas de Luiz Autuori. Rio de Janeiro, 1973. p. 228-229.

⁵⁹⁴ Nesse sentido, por todos, cf. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Curso de processo civil**: teoria geral do direito processual civil e parte geral do direito processual civil. São Paulo: Atlas S/A, 2012, v.1. p. 284-285.

alinhado à processualística, um entendimento que torna rigorosamente delimitados os planos do direito processual e do direito material, ou seja, algo bem simplista do tipo: “tudo o que ocorre fora do procedimento pertence ao direito substancial”. Parece ser uma sombra da ideologia da busca cega por autonomia didático-científica do processo, a qual ignora a tomada de fatos extraprocessuais como hipótese de incidência de normas claramente processuais.

Deveras, vê-se que há uma infinidade de acontecimentos ocorridos fora da sede do procedimento que possuem evidentes e manifestas repercussões sobre o processo. Com efeito, não parece útil – e as classificações se sustentam pelo critério da utilidade – o desprezo a esse sem-número de ocorrências, deixando de atribuir a elas o caractere da “processualidade”.⁵⁹⁵

Ademais, compreende-se que a noção de incidência automática e infalível da norma processual, que se dá no mundo dos pensamentos, não torna necessária a emissão de um enunciado protocolar denotativo escrito para constituir a “processualidade” do fato jurídico. Não se exige a emissão de uma norma concreta e individual por uma autoridade competente para a norma incidir e fazer surgir o fato jurídico processual. Essa dispensa está em consonância com a ideia contemporânea de simplificação, desburocratização do processo. O formalismo-valorativo anda nessa diretriz.

É por isso que, se um serventário da Justiça perceber que dada demanda de um idoso foi distribuída para a sua vara sem que o pedido de tramitação prioritária tenha sido formulado, ele, por conta própria, pode tomar as medidas necessárias para agilizar a chegada dos autos até o juiz, a fim de que este proceda com a decisão, inclusive reconhecendo o direito à tramitação prioritária. Neste caso, percebe-se que o fato jurídico *stricto sensu* processual ocorre sem sequer haver ato processual (em sentido estrito) que relate o acontecimento biológico, levando o serventário a agilizar o caminhar do procedimento. Com motivo, o CPC/15 garante, no §4º do art. 1.048, que “A tramitação prioritária independe de deferimento pelo órgão jurisdicional e deverá ser imediatamente concedida diante da prova da condição de beneficiário.”

⁵⁹⁵ Cf. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios jurídicos processuais**, cit., p. 96.

Ainda nesse exemplo, lembra-se que o efeito jurídico processual advém do fato jurídico processual,⁵⁹⁶ e não da alegação da parte dentro do procedimento. Por isso, se o juiz verificar a ocorrência do fato jurídico em sentido estrito, mesmo sem pedido da parte, ele deverá fazer-se cumprir o direito. Não é autorizado ao juiz escolher por conferir ou não a tramitação prioritária ao idoso; é dever do magistrado diligenciar para satisfazer o direito processual da parte. Nos dizeres de Fredie Didier Jr. e Pedro Nogueira, “não se trata aí de provimento discricionário, mas sim de provimento vinculado”.⁵⁹⁷ Logo, se um processo tramitar numa vara por cinco anos, vindo o litigante a chegar à terceira idade ao longo do procedimento, a prioridade deverá ser observada de pronto, por qualquer funcionário da Justiça, sem nem haver pedido nesse sentido.

Entrementes, urge ressaltar que o direito positivo pode, perfeitamente, condicionar a irradiação dos efeitos jurídicos do fato jurídico processual em sentido estrito à alegação escrita na sede do procedimento. Nesta hipótese, no suporte fático da norma processual seria inserido um elemento complementar consistente na exigência da solenidade. Veja-se, portanto, que “a questão de se saber se os efeitos processuais do fato jurídico natural são imediatos ou se dependem da alegação é um problema do direito positivo”⁵⁹⁸, podendo variar de ordenamento jurídico para ordenamento jurídico. No estágio atual do processo civil brasileiro, tende-se a simplificar os ritos, daí a existência de fatos jurídicos processuais que irradiam seus efeitos imediatamente (sem maiores formalidades).

Sob outra ótica, é preciso lembrar que, no direito positivo contemporâneo, há normas jurídicas processuais dotadas de tamanho grau de abertura que, em razão dessa condição que apresentam, faz-se necessária a emissão de um enunciado que especifique o teor semântico a ser aplicado no caso concreto. Um exemplo é o conceito jurídico indeterminado presente no art. 223 do CPC/15 citado acima, a saber, “a justa causa”. Em verdade, se uma parte do processo deixar de recorrer dentro do prazo firmado na lei em razão de “justa causa”, o prazo poderá ser restituído a ela. Percebe-se, nitidamente, que a norma contempla a previsão do que pode ser um fato jurídico *stricto sensu* processual, porém, o grande problema é

⁵⁹⁶ Conforme se verá no capítulo 5, o fato jurídico processual em sentido estrito não passa pelo plano da validade. Ao adentrar no mundo jurídico, passa direto para o plano da eficácia jurídica.

⁵⁹⁷ DIDIER JR., Fredie. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**, cit., p. 44.

⁵⁹⁸ Ibid. p. 44.

definir o que de concreto se encaixa no conceito aberto. O impasse requer, por óbvio, a emissão de um enunciado linguístico pelo juiz.

É preciso destacar, entretanto, que a circunstância de haver um conceito jurídico indeterminado compondo a norma jurídica processual não significa negar a incidência automática e infalível. De fato, dar margem ao aplicador do direito para que ele escolha uma dentre as opções possíveis não significa autorizá-lo a decidir como bem entender (ou arbitrariamente, num sentido negativo). Como lembra, Pedro Henrique Pedrosa Nogueira: “Ainda quando se trate de textos vagos ou ambíguos, há, indiscutivelmente, limites linguísticos para a atuação discricionária de aplicação judicial do direito, pelo menos que possibilitem pré-excluir determinadas possibilidades de eleição.”⁵⁹⁹

O julgador, quando da interpretação, precisará ater-se aos constrangimentos doutrinários que se lhe impõem, à cultura de seu tempo, às peculiaridades do local onde vive, à jurisprudência vinculante etc. Logo, nem tudo se encaixa no termo “*justa causa*”, havendo um *prius* semântico mesmo que mínimo, ante ao que, muito embora com discricionariedade (vista como possibilidade de escolha entre opções possíveis), o juiz não pode agir com arbitrariedade, no sentido de arbítrio ou autoritarismo (em desrespeito à incidência no mundo dos pensamentos).

Para ilustrar, Flávio Cheim cita um exemplo de situação fática que pode perfeitamente se encaixar na expressão “justo impedimento” ou “*justa causa*”: “Realmente, se existir apenas um advogado constituído pela parte e, se durante o prazo recursal, ele for acometido por uma doença grave, que o impeça de praticar qualquer ato, não há como negar que haverá justo impedimento”.⁶⁰⁰ Incidente a norma jurídica processual sobre semelhante suporte fático, no mundo dos pensamentos, reputa-se nascido o fato jurídico processual; logo, o juiz *deve* emitir o enunciado linguístico apto de fazer irradiar o efeito: assinar novo prazo para a interposição do recurso.

Ante a tudo isso, torna-se evidente que a espécie “fato jurídico processual em sentido estrito” encontra perfeito espaço na atual fase do processo civil, mormente por ser fonte que irradia vastos direitos e deveres processuais. Não se concorda com Alexandre Câmara quando ele diz tratar-se de “categoria de pequena

⁵⁹⁹ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Os limites linguísticos..., cit., p. 321.

⁶⁰⁰ CHEIM JORGE, Flávio. **Teoria geral dos recursos cíveis**. 7ª Ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 192.

relevância prática”,⁶⁰¹ prefere-se assumir a importância da espécie, apesar de em grau diminuído, se feita a comparação com as demais tipologias, que têm maior âmbito de aplicabilidade, consoante se perceberá.

4.4.2. O ato-fato jurídico processual civil

Com lastro na doutrina dos ponteanos do processo, o ato-fato jurídico processual civil pode ser definido como sendo um ato humano que se refere a um procedimento em curso, mas que entra no mundo jurídico como fato, porque a norma jurídica processual civil incidente sobre ele não contempla no núcleo do suporte fático a vontade do sujeito na prática do ato, isto é, a vontade é desprezada pelo direito.⁶⁰² Como lembra Marcos Bernardes de Mello, o ato (atuação humana) é núcleo do suporte fático, mas “a norma jurídica o recebe como avolitivo, abstraindo dele qualquer elemento volitivo que, porventura, possa existir em sua origem”.⁶⁰³

Como nota histórica, o pioneirismo na identificação do ato-fato jurídico, bem provavelmente, deve-se ao brilhante brasileiro Teixeira de Freitas, muito embora não tenha ele utilizado aquela terminologia. O jurista, em seu “Esboço de Código Civil”, procedeu com uma interessante classificação dos fatos jurídicos em geral que enquadrava as ações ou omissões involuntárias na classe dos denominados “fatos humanos involuntários”.⁶⁰⁴⁻⁶⁰⁵ Mais tarde, Pontes de Miranda, em sede de teoria geral do direito, tendo por base as propostas taxonômicas da ciência jurídica alemã e também de Teixeira de Freitas, reelaborou a classificação dos fatos jurídicos em geral e batizou, por assim dizer, de “ato-fato jurídico” essa espécie tão peculiar que encara como irrelevante a vontade na prática do ato (ingressa como fato no mundo jurídico).

⁶⁰¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 24ª edição. São Paulo: Atlas, 2013. p. 272.

⁶⁰² DIDIER JR., NOGUEIRA. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**, cit., p. 45.

⁶⁰³ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência, cit., p. 168.

⁶⁰⁴ FREITAS, Augusto Teixeira de. **Código Civil**: Esboço. Ministério da Justiça e Negócios Interiores, serviço de documentação. 1952. p. 231-237 (arts. 432-437).

⁶⁰⁵ Comentando a proposta classificatória de Teixeira de Freitas, cf. RÁO, Vicente. **Ato jurídico**: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais. O problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração. 4ª edição anotada, revista e atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 26-27.

Deveras, nem todos na doutrina reconhecem tal tipologia. Alguns tratam o ato-fato jurídico como sinônimo de um ato jurídico qualquer.⁶⁰⁶ Outros, conhecendo a proposta ponteana, a rechaçam, como é o caso de Antônio do Passo Cabral, processualista brasileiro de escol que nega a utilidade dos denominados “atos-fatos jurídicos”, conforme se verá em tópico vindouro.

Por outro lado, observa-se haver, em sede doutrinária, muitos juristas que fazem menção aos atos-fatos processuais. Calmon de Passos⁶⁰⁷, Daniel Mitidiero⁶⁰⁸ e Marinoni⁶⁰⁹ são bons exemplos, mas há outros que se referenciam ao mesmo fenômeno, usando, contudo, signos linguísticos diferentes. Goldschmidt⁶¹⁰, José Frederico Marques⁶¹¹ e Alexandre Câmara⁶¹², para mencionar alguns, usam o vocábulo “atos reais”.⁶¹³ Já Calamandrei⁶¹⁴ e Carreira Alvim⁶¹⁵, sem usar a terminologia “atos-fatos processuais”, dão exemplos de atos jurídicos processuais que, em dadas circunstâncias, podem funcionar como “fatos jurídicos em sentido estrito” (termo que, por aqui, mais correto seria falar em “ato-fato jurídico processual”).

A particularidade dos ponteanos do processo é que eles identificam esses casos como sendo previsões de condutas humanas que o direito considera a vontade como sendo irrelevante (tomam-nos como fatos). Daí o enquadramento na

⁶⁰⁶ Lembra Marcos Bernardes de Mello que “nem a doutrina germânica, [...] nem os doutrinadores italianos fazem, ainda, hoje, essa distinção, pois tratam como ato jurídico o ato-fato, que não tem a mesma natureza.” (MELLO, **Teoria do fato jurídico**: plano da existência, cit., p. 148).

⁶⁰⁷ CALMON DE PASSOS, Esboço de uma teoria das nulidades..., cit, p. 68.

⁶⁰⁸ MITIDIERO, Daniel Francisco. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Memória Jurídica, 2005, t. 2. p. 14.

⁶⁰⁹ MITIDIERO, Daniel Francisco; MARINONI, Luiz Guilherme. **Código de processo civil comentado artigo por artigo**. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 191.

⁶¹⁰ O autor trata os “atos reais” como espécie de “atos do juiz”, a exemplo do fornecimento de documentos e da devolução de documentos exibidos. GOLDSCHMIDT, James. **Direito processual civil**. Traduzido por Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller, 2003, tomo I. p. 346.

⁶¹¹ O autor trata dos “atos reais” das partes, que se caracterizam por se manifestarem *re, non verbis*. Ele lembra que Carnelutti os denomina de “operações ou atos jurídicos de evento físico” e Rosenberg de “atos materiais”, como são: o oferecimento de documentos, a prestação de caução, o pagamento de custas etc. (MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**, cit., p. 418).

⁶¹² No mesmo sentido de José Frederico Marques: CÂMARA, Alexandre. **Lições preliminares...**, v.1, cit., p. 276.

⁶¹³ Os “atos reais” mencionados por esses autores, porém, são uma espécie de atos processuais. Logo, não estão em alinhamento com a classificação de inspiração em Pontes de Miranda, que coloca os atos-fatos como categoria à parte.

⁶¹⁴ CALAMANDREI, Piero. Appunti sulla sentenza come fatto giuridico. In: **Opere Giuridiche a cura di Mauro Cappelletti**. Napoli: Morano, 1965, v. 1, p. 271.

⁶¹⁵ ALVIM, J. E. Carreira. **Teoria geral do processo**. 15ª revista e ampliada. Forense: Rio de Janeiro, 2012. p. 240

categoria do que denominam de “atos-fatos processuais”, que não se confundem com os atos processuais.

Para melhor identificar os casos, comumente se leva em conta a subclassificação dos atos-fatos processuais com base no critério dos efeitos.⁶¹⁶ Por isso, no processo civil podem haver: (a) *atos-fatos processuais civis reais*, como o caso do adiantamento de custas e de preparo (art. 1.007, *caput*, CPC/15⁶¹⁷); b) *atos-fatos processuais civis caducificantes*, como a preempção (art. 486, §3º, CPC/15⁶¹⁸), a revelia (art. 344, CPC/15⁶¹⁹), a admissão (art. 341, *caput*, CPC/15⁶²⁰) e as perdas de prazo em geral; c) *atos-fatos processuais indenizativos*, como a execução provisória que prejudicou o executado e cujo título veio a ser reformado ou anulado posteriormente (art. 520, I, CPC/15⁶²¹), a antecipação da tutela ou a medida cautelar que tenha causado prejuízo àquele que sofreu os efeitos dos provimentos e que foi revogada depois (art. 519⁶²² e art. 302, I, CPC/15⁶²³).

Além dessas espécies, bem citadas pela doutrina, ainda se faz pertinente incluir, os (d) *atos-fatos processuais civis autorizantes*, como é a decisão que condena o réu à prestação em dinheiro, dando ao autor (efeito anexo) o direito de constituir hipoteca judiciária (art. 495, *caput*, CPC/15⁶²⁴), e (e) os *atos-fatos processuais civis invalidantes*, como é a decisão do STF que declara a inconstitucionalidade de lei a qual fora aplicada em sentença judicial de órgão

⁶¹⁶ Cf. tópico 4.2.

⁶¹⁷ Art. 1.007, CPC/15. “No ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção.”

⁶¹⁸ Art. 486, §3º, CPC/15. “Se o autor der causa, por 3 (três) vezes, a sentença fundada em abandono da causa, não poderá propor nova ação contra o réu com o mesmo objeto, ficando-lhe ressalvada, entretanto, a possibilidade de alegar em defesa o seu direito.”

⁶¹⁹ Art. 344, CPC/15. “Se o réu não contestar a ação, será considerado revel e presumir-se-ão verdadeiras as alegações de fato formuladas pelo autor.”

⁶²⁰ Art. 341, *caput*, CPC/15. “Incumbe também ao réu manifestar-se precisamente sobre as alegações de fato constantes da petição inicial, presumindo-se verdadeiras as não impugnadas, salvo se: [...]”

⁶²¹ Art. 520, inciso I, CPC/15. “Art. 520. O cumprimento provisório da sentença impugnada por recurso desprovido de efeito suspensivo será realizado da mesma forma que o cumprimento definitivo, sujeitando-se ao seguinte regime: I - corre por iniciativa e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido;

⁶²² Art. 519, CPC/15. “Art. 519. Aplicam-se as disposições relativas ao cumprimento da sentença, provisório ou definitivo, e à liquidação, no que couber, às decisões que concederem tutela provisória.”

⁶²³ Art. 302, inciso I, CPC/15. “Art. 302. Independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa, se: I - a sentença lhe for desfavorável [...]”

⁶²⁴ Art. 495, *caput*, CPC/15. “A decisão que condenar o réu ao pagamento de prestação consistente em dinheiro e a que determinar a conversão de prestação de fazer, de não fazer ou de dar coisa em prestação pecuniária valerão como título constitutivo de hipoteca judiciária.”

jurisdicional inferior, vindo esta a perder o caráter de título executivo judicial, por ficar sem exigibilidade (art. 525, §12º, CPC/15⁶²⁵).

Deveras, um dos grandes problemas em se classificar um fato jurídico processual (*lato sensu*) pelos efeitos que ele produz é a dificuldade de catalogar a multiplicidade eficaz que pode ser irradiada. Assim, entende-se que os efeitos acima indicados são meramente exemplificativos, sendo perfeitamente possível que o legislador preveja outras modalidades eficazes, com o uso de sua criatividade.

Aqueles que identificam a categoria dos atos-fatos jurídicos processuais, diferenciando-a dos atos jurídicos processuais, deixam transparecer alguns motivos para adotarem tal opção. Cabe, por aqui, sistematizar essas razões.

4.4.2.1. *O ato-fato processual civil não ingressa no plano da validade*

Conforme se verá com maiores detalhes no próximo capítulo desta dissertação, nem todos os tipos de fatos jurídicos processuais civis ingressam no plano da validade. O ato-fato processual civil é, justamente, uma dessas categorias, razão pela qual Leonardo Carneiro da Cunha lembra que não se aplica a tal espécie o regime jurídico das invalidades processuais.⁶²⁶

Esse dado não é de pouca importância, na medida em que se sobressai a impossibilidade, por exemplo, de se anular uma revelia com base no fundamento de que a vontade em omitir-se estava viciada. Ora, sendo tal espécie de contumácia um ato-fato processual civil, a vontade em não apresentar a contestação é irrelevante. Não se discute a validade da omissão.⁶²⁷

4.4.2.2. *O ato-fato processual civil possibilita o enfrentamento mais coerente com as omissões no processo*

⁶²⁵ Art. 525, §12º, CPC/15. “§ 12. Para efeito do disposto no inciso III do § 1º deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.”

⁶²⁶ CUNHA, Leonardo Carneiro da. A contumácia das partes como ato-fato processual. In: DIDIER JR., Fredie; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Org.). **Pontes de Miranda e o direito processual**. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 642.

⁶²⁷ DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**, cit., p. 47.

Várias são as omissões que podem ocorrer no processo civil. Tanto o autor como o réu, em dada fase do procedimento, estão sujeitos a se encontrar numa situação de inércia, vindo a sofrer diversos efeitos jurídicos dentro do processo. O modo como o intérprete categoriza tais omissões, certamente leva a resultados diversos no plano da eficácia.

Seabra Fagundes chama a atenção para o fato de que, na vigência do Código de Processo Civil de 1939 (CPC/39), havia quem entendesse que o recorrido, se não houvesse apresentado contrarrazões, estaria impedido de produzir sustentação oral⁶²⁸ – ideia que, desde o CPC/73, está superada. Nota-se, portanto, que aquele distorcido entendimento se funda na compreensão de que a omissão representa a exteriorização de uma vontade, a saber, a renúncia a um direito (de proceder com sustentação oral).

Esse desvirtuamento, segundo a teoria dos fatos jurídicos processuais aqui analisada, dá-se em razão de não se conhecer analiticamente o ato-fato processual. Encarar as contumácias dos sujeitos processuais como atos-fatos processuais pode contribuir para que se dê uma interpretação mais coerente ao direito posto. Ainda hoje, erros podem ser cometidos simplesmente por não se aperceber que o legislador considerou a vontade como irrelevante em dado ato, isto é, tratou-o como fato. Alguns exemplos são esclarecedores.

Ao analisar a revelia do réu, Chiovenda formulou a teoria da inatividade, segundo a qual “a lei não considera, efetivamente, na revelia, o elemento subjetivo da voluntariedade, senão só o elemento objetivo do não comparecimento”.⁶²⁹ Como, em solo brasileiro, prevalece a noção chiovendiana de revelia, os ponteanos do processo a colocam como ato-fato processual civil. Daí, não ser possível inferir dessa específica contumácia a renúncia ao direito de, após o trânsito em julgado, propor ação rescisória, por exemplo. Não há contradição entre a revelia e a propositura de ação rescisória, justamente porque o direito não considera a vontade quando da omissão.

Interessante, também, é o exemplo da interposição de recurso única e exclusivamente pelo assistente simples, havendo omissão da parte do assistido. Na hipótese, há jurisprudência que entende que o recurso deve ser inadmitido, sob o

⁶²⁸ FAGUNDES, M. Seabra. **Dos recursos ordinários em matéria civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1946. p. 275.

⁶²⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Bookseller, 2002, v.3. p. 172

fundamento de que o prosseguimento na análise do mérito recursal representa contrariar a vontade do assistido.⁶³⁰

Didier afirma que essa maneira de pensar dos tribunais evidencia a “incompreensão sobre os conceitos fundamentais de ato-fato e negócio jurídico processuais”⁶³¹, o que redundava num equívoco, numa decisão injusta. Ora, quando o assistido deixa de recorrer, ele não está emitindo declaração de vontade no sentido de que está satisfeito com a decisão que contra ele foi proferida. A omissão é ato-fato processual, não havendo vontade manifesta. Aliás, o assistido pode ter deixado de recorrer, por exemplo, por ter perdido o prazo (não foi porque ele quis), razão pela qual o recurso do assistente simples pode ajudar aquele que se omitiu por displicência (falta de zelo do advogado).

Ao desconsiderar a inércia como ato-fato processual civil, os tribunais também ignoram que o assistente, ao recorrer, evita a preclusão, numa ajuda concreta que deixa claro que o recurso do assistente simples foi utilizado em consonância com o seu papel no processo: auxiliar a parte principal (art. 121, *caput*, CPC/15⁶³²). No caso, os julgadores apenas poderiam negar o seguimento do recurso do assistente simples, lembra Didier, se houver manifestação expressa do assistido no sentido de querer não recorrer, como na hipótese de renúncia ou desistência. Então, a vontade estará externada e não mais será o caso de ato-fato processual civil, mas de negócio jurídico processual civil unilateral.

Outro bom exemplo é trazido por Leonardo Carneiro da Cunha. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) vinha exarando entendimento no sentido de que era inadmissível recurso especial interposto pelo ente público em reexame necessário, isto é, que tenha se aproveitado da remessa obrigatória sem ter apelado.⁶³³ O fundamento era de causar perplexidade: sustentava-se haver preclusão lógica. Em termos claros, compreendia-se que a ausência de recurso representava a exteriorização de vontade no sentido de renunciar ao direito de recorrer. Nada mais incorreto. Ora, a omissão referida se compara à revelia, sendo ato-fato processual

⁶³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2ª turma. Resp nº 535.937/ SP. Recorrete: União (assistente). Recorrido: Gonçalo Jacobs. Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília, julgado no dia 26 de setembro de 2006, publicado no DJ no dia 10 de outubro de 2006, p. 293.

⁶³¹ DIDIER JR., Fredie. **Teoria geral do processo, essa...**, cit., p. 130.

⁶³² Art. 121, *caput*, CPC/15. “O assistente simples atuará como auxiliar da parte principal, exercerá os mesmos poderes e sujeitar-se-á aos mesmos ônus processuais que o assistido.”

⁶³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª seção. EREsp nº 103.632-9/SP 2008/0160961-6. Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília. Data de Julgamento: 14 de outubro de 2009. Data de Publicação no DJ: 29 de setembro de 2010.

igualmente. Tal como o revel não renuncia o direito de recorrer apenas por ser revel, a Fazenda não perde o direito de recorrer apenas porque deixou de apelar se aproveitando da remessa necessária. Face à incoerência, o STJ recuou e passou a admitir os recursos especiais nessas condições.⁶³⁴ Um acerto.⁶³⁵

Ante ao exposto, percebe-se que o manuseio da categoria dos atos-fatos processuais civis possibilita uma visão mais coerente das omissões no processo civil, evitando o casuísmo.

Com efeito, a menos que o direito positivo firme uma presunção legal de maneira expressa⁶³⁶, ou haja alguma manifestação negocial também solene, como visto alhures, é salutar que a vontade seja vista como irrelevante nas inércias processuais (ou seja, como ausência de declaração volitiva), também porque é regra de direito (não apenas de direito civil) que as renúncias devem ser interpretadas restritivamente (art. 114, CCB⁶³⁷).

4.4.2.3. *Os atos-fatos processuais civis evidenciam o contorno novo do modelo executivo do processo civil contemporâneo*

A classe dos atos-fatos processuais também pode contribuir para uma melhor compreensão do sistema executivo que se constrói na contemporaneidade, posto ser possível identificar alguns títulos executivos formados de maneira não tão convencional. Sobre a nova tendência, é importante contextualizar.

É cediço que, por influência das filosofias racionalistas dos séculos XVII e XVIII, a ciência do direito se forjou mediante a criação de um “mundo jurídico” paralelo dos juristas, no qual havia uma secção rigorosa entre *ser* e *dever ser*, entre o jurídico e o fático. O típico conceitualismo e a busca por certeza levaram, mormente na fase autonomista do processo, a uma supervalorização do processo de conhecimento. Ovídio A. Baptista da Silva, atento à ideologia vigente à época, diz ser compreensível

⁶³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. REsp nº 905771 CE 2006/0261991-4, Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. Brasília. Data de Julgamento: 29 de junho de 2010. Data de Publicação no DJ: 19 de agosto de 2010.

⁶³⁵ Detalhes da polêmica, cf. CUNHA, Leonardo Carneiro. A contumácia das partes..., cit., p. 644-646.

⁶³⁶ A revelia, por exemplo, importa no reconhecimento da veracidade dos fatos alegados pelo autor.

⁶³⁷ Art. 114, CCB. “Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente.”

a tenaz resistência oposta pelos processualistas às ações executivas, posto que elas [...] possuem, em seu interior, a eficácia de fato, capaz de transformar a realidade empírica, que, para nossa ciência, não seria mais um fenômeno *jurídico*, mas *fato puro*.⁶³⁸

Ademais, a execução, encarada como uma espécie de *ultima ratio*, também estava associada com a típica supervalorização do valor da segurança jurídica, pedra angular do Estado Liberal protetor irrestrito do patrimônio. “Nesse passo, a tutela executiva talvez fosse – e sem dúvida era – a modalidade de tutela que mais amedrontava a sociedade existente”, diz Marcelo Abelha Rorigues, “pois representava um permissivo legal de invasão da propriedade privada e cerceamento da liberdade, ou seja, um intervencionismo estatal direto [...]”.⁶³⁹

Essa visão, porém, não mais persiste no processo civil contemporâneo. O que se deve buscar, mais do que nunca, é a satisfação justa do direito da parte, mediante atos concretos. Não há mais a preocupação de se separar rigorosamente *ser* e *dever ser*, malgrado essa divisão ainda subsista. Como diz Lourival Vilanova, “as normas jurídicas não são postas para permanecer como estruturas de linguagem, ou estruturas de enunciados, bastantes em si mesmas, mas reingressam-se nos fatos, de onde provieram”.⁶⁴⁰ Entende-se que o jurídico e o plano fático se interpenetram, assim como se compreende que o valor segurança jurídica, mesmo que importante, não é mais supremo no ordenamento jurídico.

Por isso, fica para traz a ideia de que a execução deve ser, impreterivelmente, medida excepcional (colocada apenas como ponto de chegada). Ora, não basta dizer que alguém tem o direito sem garantir a ele a fruição dessa posição de vantagem no tempo adequado. Há situações que, mesmo em meio a uma cognição sumária, abre-se a possibilidade de invadir o patrimônio alheio, como no caso da execução da tutela antecipada satisfativa ou cautelar.

Foi com essa nova diretriz que o CPC/15 ampliou o rol de títulos executivos extrajudiciais (art. 784⁶⁴¹), assim como foi com esse farol iluminador que o art. 771

⁶³⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 3ª edição revista. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 142-143.

⁶³⁹ ABELHA RODRIGUES, Marcelo. **Manual de execução civil**. 5ª edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 46.

⁶⁴⁰ VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 141.

⁶⁴¹ Art. 784, CPC/15. “São títulos executivos extrajudiciais: I - a letra de câmbio, a nota promissória, a duplicata, a debênture e o cheque; II - a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor; III - o documento particular assinado pelo devedor e por 2 (duas) testemunhas; IV - o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela

do CPC/15⁶⁴² consignou haver “atos ou fatos processuais a que a lei atribuir força executiva”. Eis que a execução restou calibrada pela onda da efetividade, marca do formalismo-valorativo.

O problema é saber a extensão semântica dos conceitos jurídicos indeterminados que receberam a rubrica de “atos processuais” e “fatos processuais” (“a que a lei atribuir força executiva”). Sobre essa imprecisão, internalizar a categoria do ato-fato processual civil pode contribuir bastante para que se desvende o sentido do dispositivo. É o que sustentam Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha e Paula Sarno Braga.⁶⁴³

Pois bem, um procedimento executivo, para ser instaurado, precisa de lastro em documento certificador do dever de prestar, conforme se extrai dos arts. 783⁶⁴⁴ e 786⁶⁴⁵ do CPC/15. Diz-se que o título deve ser certo, líquido e exigível, bem como deve ser previsto em lei (ou em negócio jurídico processual, conforme sugerem alguns⁶⁴⁶).

Assentada essas premissas, impossível interpretar o art. 771 do CPC/15 como que abrindo margem para se instaurar procedimento de execução sem a posse de um título executivo. Até porque, “só se admite que se aplique a normatização do processo de execução aos efeitos de atos e fatos aos quais se

Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado por tribunal; V - o contrato garantido por hipoteca, penhor, anticrese ou outro direito real de garantia e aquele garantido por caução; VI - o contrato de seguro de vida em caso de morte; VII - o crédito decorrente de foro e laudêmio; VIII - o crédito, documentalmente comprovado, decorrente de aluguel de imóvel, bem como de encargos acessórios, tais como taxas e despesas de condomínio; IX - a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei; X - o crédito referente às contribuições ordinárias ou extraordinárias de condomínio edilício, previstas na respectiva convenção ou aprovadas em assembleia geral, desde que documentalmente comprovadas; XI - a certidão expedida por serventia notarial ou de registro relativa a valores de emolumentos e demais despesas devidas pelos atos por ela praticados, fixados nas tabelas estabelecidas em lei; XII - todos os demais títulos aos quais, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva.”

⁶⁴² Art. 771, *caput*, CPC/15. “Este Livro regula o procedimento da execução fundada em título extrajudicial, e suas disposições aplicam-se, também, no que couber, aos procedimentos especiais de execução, aos atos executivos realizados no procedimento de cumprimento de sentença, bem como aos efeitos de atos ou fatos processuais a que a lei atribuir força executiva.”

⁶⁴³ Cf. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: Execução**. 7ª edição revista e atualizada. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 92-95.

⁶⁴⁴ Art. 783, CPC/15. “A execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título de obrigação certa, líquida e exigível.”

⁶⁴⁵ Art. 786, CPC/15. “A execução pode ser instaurada caso o devedor não satisfaça a obrigação certa, líquida e exigível consubstanciada em título executivo.”

⁶⁴⁶ Por todos, cf. CARVALHO, Fabiano. Comentários ao art. 771. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; TALAMANI, Eduardo; DIDIER JR., Fredie; DANTAS, Bruno (coord.). **Breves comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2015. p. 1772.

tenha conferido eficácia executiva, admitindo-os, pois, substancialmente como títulos executivos”.⁶⁴⁷ Nos dizeres de Rodrigo Mazzei,

em qualquer dos casos há de estar contida obrigação certa, líquida e exigível, sendo o título e os atos ou fatos processuais simplesmente as plataformas em que se deita a obrigação (com a tríade de predicados – certeza, liquidez e exigibilidade).⁶⁴⁸

Assim sendo, ainda que o texto normativo diga “fato processual”, fica difícil imaginar um fato jurídico *stricto sensu* processual civil que possa se enquadrar nessas condições. Ora, conforme foi visto, é bem próprio dessa categoria o ingresso no mundo jurídico sem que sequer seja emitida linguagem escrita. Mostra-se bem complexo para a imaginação humana pensar em um fato processual civil em sentido estrito que se constitua em título executivo e, assim, detenha força executiva. Logo, os signos “ato” e “fato” utilizados pelo legislador não fazem referência aos acontecimentos não humanos juridicizados.

Contudo, as expressões referidas podem, perfeitamente, enquadrar-se na categoria dos atos jurídicos processuais *lato sensu* (englobando atos jurídicos *stricto sensu* processuais e negócios jurídicos) e dos atos-fatos processuais, mormente porque a partir dessas espécies é possível a formação de um documento escrito, sendo admissível que o direito atribua a elas força executiva.

Na hipótese, tratar-se-á de “ato jurídico processual (*lato sensu*)” com força executiva, se o direito tomar a vontade como relevante. Por outro lado, quando a lei utiliza o vocábulo “atos processuais”, mais precisamente se encaixam nessa expressão os denominados atos-fatos processuais, isto é, atos humanos que entram no mundo jurídico como se fatos fossem, visto que o direito encara a vontade como irrelevante.

Precisados os sentidos dos conceitos, é possível pensar em alguns exemplos de “atos e fatos processuais com força executiva”. Por ora, restringe-se, por pertinência temática, à análise dos atos-fatos processuais civis com força executiva, deixando-se para tópico futuro a abordagem dos atos jurídicos processuais *lato sensu* com força executiva.

Passa-se, então, a comentar os ditos atos-fatos processuais com força executiva.

⁶⁴⁷ DIDIER JR., Fredie et. al. **Curso de direito processual civil**: Execução, cit., p. 93.

⁶⁴⁸ MAZZEI, Rodrigo Reis. Comentário ao art. 771 do CPC/15. No prelo.

Proferida uma decisão, esta irradia efeitos. O comum é que tal eficácia advenha do próprio teor do *decisum*, mas isso nem sempre ocorre. Há situações em que uma norma jurídica estranha ao ato judicial atribui a ele efeitos ditos secundários ou anexos. Nesses casos, segundo Calamandrei, a decisão é tomada como fato processual;⁶⁴⁹ por aqui, diz-se que a decisão é tomada como ato-fato jurídico processual. Assim, se os efeitos anexos da decisão possuírem, por exemplo, teor patrimonial (ou, mesmo, se for uma obrigação de fazer), não haverá margem para dúvida quanto à circunstância de que o ato-fato terá força executiva (art. 515, inciso I, do CPC/15⁶⁵⁰).

São situações em que decisões judiciais ingressam no mundo jurídico como ato-fato processual civil: (i) uma vez revogada a tutela de urgência concedida em caráter liminar quando da oportunidade da sentença definitiva, esta (ato-fato) ganha força executiva quanto aos danos causados para a parte que sofrera com a tutela (art. 302, inciso I, CPC/15⁶⁵¹); (ii) no caso da revogação de uma execução provisória por motivo de sobrevir posterior decisão (ato-fato) que modifique ou anule a sentença objeto da execução, na medida em que a lei impõe o retorno ao *status quo ante* (art. 520, inciso II, CPC/15⁶⁵²); (iii) o art. 495, §5º, do CPC/15⁶⁵³ prevê que, se revogada ou invalidada a decisão que impôs o pagamento de quantia que serviu de título constitutivo para a hipoteca judiciária, a parte beneficiada deverá reparar os danos sofridos pela outra parte (o ato revogador ou anulatório será tido como ato-fato processual).

Em todos esses casos, o procedimento executivo lastreado em ato-fato processual civil tido como título executivo será instaurado em mera fase de

⁶⁴⁹ CALAMANDREI, Piero. Appunti sulla sentenza come fatto giuridico. In: **Opere Giuridiche a cura di Mauro Cappelletti**. Napoli: Morano, 1965, v. 1, p. 271.

⁶⁵⁰ Art. 515, CPC/15. “São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: I - as decisões proferidas no processo civil que reconheçam a exigibilidade de obrigação de pagar quantia, de fazer, de não fazer ou de entregar coisa”.

⁶⁵¹ Art. 302, CPC/15. “Independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa, se: I - a sentença lhe for desfavorável”.

⁶⁵² Art. 520, CPC/15. “O cumprimento provisório da sentença impugnada por recurso desprovido de efeito suspensivo será realizado da mesma forma que o cumprimento definitivo, sujeitando-se ao seguinte regime: [...] II - fica sem efeito, sobrevivendo decisão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidando-se eventuais prejuízos nos mesmos autos.”

⁶⁵³ Art. 495, §5º, CPC/15. “Sobrevindo a reforma ou a invalidação da decisão que impôs o pagamento de quantia, a parte responderá, independentemente de culpa, pelos danos que a outra parte tiver sofrido em razão da constituição da garantia, devendo o valor da indenização ser liquidado e executado nos próprios autos.”

cumprimento de sentença, sendo os valores liquidados e executados nos próprios autos.

Em arremate, recorda-se de interessante exemplo ofertado por Didier Jr., Carneiro da Cunha, Paula Braga e Rafael de Oliveira:

Imagine-se a aplicação subsidiária das regras relativas ao processo de execução ao cumprimento de decisões constitutivas, que, ao reconhecerem e efetivarem direito potestativo processual, criem situação nova consistente em direito a uma prestação. Seriam, nesse particular, ato-fato que tem como efeito decorrente de lei (independentemente da vontade das partes ou do juiz) a criação dessa prestação exigível e passível de execução, como tem sido reconhecido pelos tribunais. Seria o caso, por ex., da decisão que invalida um negócio processual de rateio de despesas e que tem como efeito o retorno das partes ao estado anterior.⁶⁵⁴

Ante a tudo o que aqui se demonstrou, a categoria dos atos-fatos processuais civis, como figura autônoma, também se presta para carregar de sentido o conceito indeterminado “fato processual” previsto no art. 771 do CPC/15, até porque se vê como tendência do processo civil contemporâneo a ampliação dos meios concretos de se garantir a efetivação de direitos, sendo a expansão do rol do que se entende como “título executivo” uma solução bem alinhada com o tempo presente.

4.4.2.4. *Os atos-fatos processuais civis servem de auxílio para a compreensão da “dinâmica dos precedentes judiciais”*

Consoante se percebeu alhures, uma decisão judicial pode ser encarada como ato-fato processual civil (muito embora também possa ser vista como ato jurídico em sentido estrito e até como negócio jurídico, conforme se verá). Ao se estudar a teoria dos precedentes judiciais, nota-se que a noção de ato-fato se reveste de enorme utilidade.

Lembra Zaneti Jr. que os precedentes judiciais “consistem no resultado da densificação de normas estabelecidas a partir da compreensão de um caso e suas circunstâncias fáticas e jurídicas”.⁶⁵⁵ Deveras, os órgãos jurisdicionais, julgando os casos que lhes são apresentados, inserem no ordenamento jurídico

⁶⁵⁴ **Curso de direito processual civil:** Execução, cit., p. 94-95.

⁶⁵⁵ ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes:** teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2ª edição revista e ampliada. Salvador: editora Juspodivm, 2016. p. 304.

pronunciamentos judiciais cujo cerne funciona como precedente, ou seja, servem como parâmetro para julgamento de casos futuros.

Todo e qualquer precedente é composto por dois elementos: as circunstâncias fáticas que embasaram o caso julgado e a tese jurídica extraída da motivação do *decisum*.⁶⁵⁶ Desse conjunto, extrai-se a *ratio decidendi*, a qual funciona como regra geral e concreta⁶⁵⁷ a ser aplicada em casos posteriores semelhantes. Os juízes que julgarão no porvir é que extrairão do julgado anterior a razão de decidir que os vincula.

Assim, o precedente pode ser encarado como um fato, pois irradia efeitos sobre o modo de julgar de casos futuros independentemente de manifestação nesse sentido do órgão prolator da decisão. Na hipótese, trata-se de eficácia anexa advinda de lei. É dizer, o precedente pode ser visto como ato-fato jurídico processual: ato, porque proferido pelo homem, porém tomado como fato pelo legislador, haja vista ter sido desconsiderada a vontade.

Bons exemplos de precedentes obrigatórios tomados como atos-fatos processuais *autorizantes* são: a) a “tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante”, que funciona como permissão ao juiz para conceder tutela de evidência, se preenchidos os requisitos do art. 311, inciso II, do CPC/15⁶⁵⁸; b) “entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência”, que autoriza ao juiz julgar liminarmente improcedentes os pedidos do autor nas causas que dispensem fase instrutória (art. 332, inciso III, CPC/15⁶⁵⁹); c) súmula ou jurisprudência dominante do STF, que, se contrariadas, entende-se como atribuída a repercussão geral ao recurso extraordinário, autorizando a admissão deste (art. 1.035, §3º, CPC/15⁶⁶⁰) etc.

⁶⁵⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 11-12.

⁶⁵⁷ É geral, porque aplicável a número indefinido de pessoas, em visão prospectiva; é concreta, porém, porque lastreada em situação fática já delimitada. Esse entendimento, muito interessante, é fruto dos debates em sala de aula com o professor Hermes Zaneti Jr.

⁶⁵⁸ Art. 311, CPC/15. “A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: [...] II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante”.

⁶⁵⁹ Art. 332, CPC/15. “Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar: [...] III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência”.

⁶⁶⁰ Art. 1.035, CPC/15. “O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo. [...] § 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar acórdão que: I - contrarie súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal”.

Interessante, ainda, é o caso dos precedentes tomados como atos-fatos processuais civis *invalidantes* previstos nos artigos 525, §12⁶⁶¹, e 535, §5^{o662} do CPC/15. Nessas hipóteses, em havendo decisão do STF que declare a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo que tenham sido aplicados antes por algum órgão julgador, o título judicial que havia se formado poderá ser desconstituído para fins executivos, por perder a exigibilidade.

4.4.2.5. *A crítica de Antônio do Passo Cabral à categoria dos “atos-fatos processuais civis”*

Se é verdadeiro que o termo “ato-fato jurídico” não é de uso comum na doutrina estrangeira, que comumente se utiliza de outros signos linguísticos para aludir ao mesmo fenômeno, também é verdade que, no Brasil, o mencionado conceito já foi incorporado largamente ao jargão jurídico da doutrina, tanto dos civilistas, como vem sendo crescentemente pelos processualistas. Com efeito, não se pode dizer que o sobredito conceito é desconhecido. Não à toa, já preceituava Clóvis do Couto e Silva, em 1983, que “se o ordenamento jurídico não valorizar nem mesmo a vontade de praticar o ato, e considerar como juridicamente relevante somente o resultado da atividade volitiva, tem-se o ato-fato”.⁶⁶³

De qualquer forma, é preciso fazer menção às reprimendas doutrinárias à categoria dos atos-fatos processuais. Antônio do Passo Cabral, por exemplo, formulou severa crítica.

Para o referido jurista, professor no Rio de Janeiro, o ato-fato jurídico é “uma categoria doutrinária estranha, com nomenclatura confusa, e que parte de premissas, com a devida vênia, antiquadas.”⁶⁶⁴

⁶⁶¹ Art. 525, §12, CPC/15. “Para efeito do disposto no inciso III do § 1º deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.”

⁶⁶² Mesma redação do artigo anterior, mas aplicado ao cumprimento de sentença da Fazenda Pública.

⁶⁶³ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. Para uma história dos conceitos no direito civil e no direito processual civil. In: **Estudos em homenagem aos profs. Manuel Paulo Merêa e Guilherme Braga da Cruz**. Coimbra, 1983. p. 18.

⁶⁶⁴ CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções processuais**, cit., p. 45

As considerações críticas de Cabral se estruturam em três pilares: (i) considerar a mencionada espécie significa esquecer que a vontade é um elemento presente nos atos jurídicos em geral e também nos atos processuais, (ii) o conceito de ato-fato confunde vontade e intenção, sendo que o legislador não poderia, em pleno século XXI, momento em que se privilegia a intersubjetividade humana, desconsiderar a vontade de um sujeito de direitos e (iii) a evidência de que o legislador reputa a vontade sempre como relevante está na circunstância de que nos casos de perda de prazo (vistos geralmente como “atos-fatos jurídicos processuais”), a preclusão temporal pode ser superada, se demonstrado que a parte intencionava realizar o ato, mas não o fez por motivo justo, como na hipótese de encerramento, no último dia do prazo, do expediente bancário em horário não convencional.

Entretanto, bem pensadas as coisas, é possível refutar as investidas críticas, uma por uma.

A primeira não se sustenta porque, de maneira muito clara, o autor, inadvertidamente, fixa a premissa implícita de que o ato-fato processual é uma espécie de ato jurídico processual, sendo impossível, por isso, desconsiderar a vontade, presente em todo e qualquer ato jurídico. O problema é que a premissa fixada é, data vênia, equivocada, na medida em que a proposta dos que seguem Pontes de Miranda coloca o ato-fato processual fora da categoria dos atos processuais em geral, destes se distinguindo sensivelmente. Tanto é assim que aos atos-fatos processuais sequer se aplica o regime jurídico das invalidades do processo, aplicável aos atos jurídicos processuais; são, na verdade, categoria autônoma.

A segunda crítica também não merece prosperar. Ao dizer que os doutrinadores seguidores de Pontes de Miranda confundem vontade com intenção, Cabral desconsidera que a classe dos atos-fatos jurídicos é largamente utilizada para explicar, no direito civil e no direito penal, por exemplo, a eficácia jurídica decorrente de atos praticados por incapazes, como é o caso da aquisição de propriedade pela pesca ou pelo achado do tesouro, bem como a cominação de medida sócio-educativa para os menores infratores. Nota-se, nesses exemplos do direito material, que a doutrina se apegava claramente à ausência de vontade (juridicamente considerada), e não na famigerada intenção (vontade psicologizada), até porque incapaz não tem vontade, para o direito. Por isso, no caso de uma criança pescar um peixe, ainda que ela o faça com intenção (vontade psicologizada,

discernimento), para o direito, o ato é sem vontade (jurídica); mesmo assim, porém, o menor adquire a propriedade (efeito jurídico), porque a pesca é ato-fato jurídico, não sendo cabível a discussão sobre a validade ou invalidade do ato, já que tomado como fato, no mundo jurídico.

Igualmente, na seara do direito processual, não há nenhum óbice de o legislador considerar atos como fatos, ou seja, desprezar a vontade humana e, mesmo assim, imputar a eles efeitos jurídicos. Tal técnica não representa diminuir o ser humano ou desconsiderá-lo como sujeito de direito, trata-se de opção legislativa legítima. Há vezes em que fixar a irrelevância da vontade se apresenta como a melhor alternativa. No caso das omissões, como se exemplificou alhures, se a lei não dispuser sobre qual sentido elas devem receber ou sobre os seus efeitos, melhor vê-las como avolitivas, sob pena de se autorizar ao aplicador do direito que escolha arbitrariamente o sentido que quiser para aquela inércia, bem como que inove no plano da eficácia, sem conferir previsibilidade aos sujeitos processuais.

No que tange à terceira crítica, percebe-se que o jurista tenta sustentar que o afastamento da preclusão temporal se dá porque o legislador sempre considera a vontade como relevante, inclusive nos casos de revelia, de perda de prazo recursal e situações afins. Todavia, Cabral parece fazer vista grossa em relação à fonte da eficácia jurídica – é dizer, de onde advém a eficácia jurídica – consistente no afastamento da preclusão temporal no caso que ele cita. Deveras, a causa irradiadora da devolução do prazo para a prática do ato é a ocorrência de outro fato jurídico processual que se encaixa no conceito do art. 223, §2º, do CPC/15 de “justo impedimento”. No caso, a vontade e o justo impedimento foram considerados por outra norma jurídica que, com a incidência, fez surgir outro fato jurídico que impediu a preclusão temporal. Logo, a superação da preclusão temporal nada tem a ver com a tomada pelo legislador da vontade como elemento cerne do suporte fático das normas processuais que incidem sobre circunstâncias de omissão processual com perda de prazo. O que ocorreu foi: outra norma, com outro suporte fático, impediu a incidência da regra da revelia. Vê-se, com isso, que o ilustre professor carioca caiu em uma falácia, a saber, tomar a exceção, encarando-a como regra.

4.4.3. O ato jurídico *stricto sensu* processual civil

A categoria dos atos jurídicos processuais em sentido estrito não gera na doutrina o mesmo grau de polêmica que as outras espécies indicadas. O que pode despertar maior ou menor debate é a extensão da definição conceitual, porque para uns se mostra relevante limitar o sentido empregado para se definir tal espécie, por exemplo, quanto ao local em que são praticados (sede) ou quanto aos sujeitos que o praticam.⁶⁶⁵

Dentro da teoria dos fatos jurídicos processuais à Pontes de Miranda, essas limitações perdem razão de ser, sendo possível que vários sujeitos (não apenas as partes e o juiz) pratiquem os tais atos ou que eles sejam praticados no procedimento ou fora dele, até porque tais notas não compõem o núcleo do suporte fático da norma jurídica processual que incide fazendo surgir o dito ato jurídico processual em sentido estrito. Deveras, este pode ser definido como sendo a espécie de fato processual que nasce da incidência de uma norma jurídica processual em cujo núcleo do suporte fático há uma conduta humana volitiva, mas que não confere o poder ao sujeito de escolher a categoria jurídica que ele bem queira, estando a eficácia jurídica rigorosamente delimitada em lei.⁶⁶⁶

Nesse sentido, nota-se que a maioria das ocorrências no processo pode ser classificada como sendo um ato jurídico processual em sentido estrito, como é o caso da citação, da sentença, da penhora de um bem pelo oficial de justiça, do oferecimento de contestação, da produção de prova testemunhal etc. Em todos esses casos, o suporte fático abstrato da norma jurídica exige uma conduta humana volitiva, já fixando a categoria eficaz deles decorrente (sem poder de autorregramento da vontade às partes).

Todavia, como se tem observado, e ainda se falará um pouco mais em momento futuro, o enquadramento de um fato processual na categoria de ato jurídico processual em sentido estrito só é possível desde uma ótica bem específica da interpretação jurídica. Dentro da dinamicidade do processo civil contemporâneo, haverá situações que se apresentam, em que uma mesmo fato jurídico processual pode ser encarado como sendo de outra categoria jurídica, como um negócio jurídico processual, ou um ato-fato processual.

⁶⁶⁵ Cf. capítulo 1.

⁶⁶⁶ DIDIER JR.; NOGUEIRA. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**, cit., p. 55.

4.4.4. O negócio jurídico processual civil⁶⁶⁷

Por longa data, a figura dos negócios jurídicos processuais se mostrou controversa.

Como lembra Vittorio Denti⁶⁶⁸, foi a doutrina alemã, no século XIX, que desenvolveu o conceito.⁶⁶⁹ Antônio do Passo Cabral destaca que, em 1887, a noção de acordo ou contrato processual foi tratada pioneiramente, com profundidade, por Josef Kohler, o qual sustentou que o contrato seria uma categoria da teoria geral do direito, e não apenas do direito privado.⁶⁷⁰ Essa tese, porém, não foi a que ecoou, vindo a prevalecer as ideias de outro jurista da Alemanha.

Deveras, Oscar von Bülow sustentava a premissa de que a relação jurídica processual, por apresentar em um dos polos o Estado-Juiz, detinha natureza pública. Assim, não havia que se falar em convenção das partes sobre poderes de outro ente, que seria justamente o Estado, representado pelo magistrado. Nesse contexto, o alemão passou a defender que as normas de processo são cogentes, não podendo sofrer mudanças por atos de vontade das partes. Eis que seria inválido ou ineficaz qualquer tipo de negócio processual, dado haver, na hipótese, uma “*krasse Gesetzesverletzung*” (“violação crassa à lei”).⁶⁷¹

O pensamento de Bülow, com ênfase no publicismo, irradiou-se pela Europa. Por isso, muito embora alguns autores como Chiovenda⁶⁷² e Carnelutti⁶⁷³ ainda admitissem a categoria dos negócios processuais, eles não empreendiam relevante labor em discorrer a respeito do tema, dado o ambiente não atrativo para tanto, limitando-se a pequenas referências em tópicos de suas obras, e ainda assim opunham sérias restrições ao instituto, como a ideia do cabimento apenas em caso

⁶⁶⁷ Este tópico bem como os outros que tratem dos negócios jurídicos processuais são uma adaptação de um texto publicado por este mestrando, cf. ÁVILA, Raniel Fernandes. Breves reflexões sobre a descoberta dos limites de validade do negócio jurídico processual no Estado Democrático de Direito. In: DIAS, Luciano Souto. **Temas controvertidos no novo Código de Processo Civil**. Curitiba: editora Juruá, 2016. p. 117-148.

⁶⁶⁸ DENTI, Vittorio. *Negoziio processuale*. In: **Enciclopedia del Diritto**. Milano: Giuffrè, 1978, v. XXVIII. p. 138.

⁶⁶⁹ Sobre a discussão, na doutrina alemã, da existência ou não dos negócios processuais (ou “convenções processuais”, em terminologia de Barbosa Moreira), cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Convenções das partes sobre matéria processual**. Temas de direito processual civil: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984. p.91.

⁶⁷⁰ CABRAL, **Convenções processuais**, cit., p. 97.

⁶⁷¹ *Ibid.* p. 99-100.

⁶⁷² CHIOVENDA, Giuseppe. **Principios de derecho procesal civil**. Tradução espanhola da terceira edição em italiano. Madrid: Editora Reus S.A., 1925, tomo II. p. 240-241.

⁶⁷³ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. 2. ed. - São Paulo: Lemos & Cruz, 2004, v. 2. p. 403-404.

de previsão específica em lei (negócios processuais típicos). De outro lado, havia quem rejeitasse a categoria com maior ênfase (Satta, por exemplo⁶⁷⁴) e, em grau minoritário, havia quem desenvolvesse um ou outro trabalho mais pormenorizado.⁶⁷⁵

Em síntese, Remo Caponi destaca que a relação de tensão entre acordos das partes e processo encontra justificativa em dois fatores historicamente postos: (i) quando do surgimento do Estado Moderno, este se colocou no sentido de apropriar-se do papel de fazer justiça e de legislar em matéria processual como maneira de remediar a degeneração do processo romano-canônico, o que marginalizou a dimensão de uma justiça não estatal e (ii) o movimento autonomista do processo do século XIX situou o direito processual no ramo do direito público, afastando-o do espectro da autonomia da vontade.⁶⁷⁶

Em terras brasileiras, muita controvérsia se formou, na doutrina, durante a vigência do Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73), a respeito da existência ou não de negócios jurídicos processuais. Houve muitos processualistas que, ainda aprisionados pela clássica divisão do direito em público e privado⁶⁷⁷, mantiveram-se mais ou menos convictos de que o instituo dos “negócios jurídicos” só poderia existir no âmbito do direito privado, já que no ramo do direito público – como é o caso do processo civil – não haveria margem para a atuação da autonomia da vontade, sendo as regras jurídicas de direito processual cogentes e não flexibilizáveis por uma convenção privada.⁶⁷⁸ Lembra-se que Liebman, processualista italiano com enorme influência no Brasil, era ferrenhamente contrário aos negócios processuais.⁶⁷⁹

⁶⁷⁴ Salvatore Satta se mostrou um grande opositor aos negócios processuais, mas depois flexibilizou o seu pensamento e passou a admitir a figura, mas desde que com os contornos fixados em lei. Cf. SATTÀ, Salvatore. *Contributo Allá dottrina dell'arbitrato*. Milano: Vita e Pensiero, 1931. p. 43 e seg.; SATTÀ, Salvatore. **Accordo (diritto processuale civile)**. *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1958. p. 300-301;

⁶⁷⁵ COSTA, Antonio, 1921, apud CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**, cit., p. 104.

⁶⁷⁶ CAPONI, Remo. *Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali*. In: **Civil Procedure Review**, v.1, n.2, p. 42-57, jul./set., 2010. p. 42-43.

⁶⁷⁷ Desde uma perspectiva da teoria geral do direito, Hans Kelsen já havia formulado severa crítica à dicotomia entre “direito público e direito privado”. Sobre a crítica, cf. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

⁶⁷⁸ Dentre os que negavam a existência da categoria “negócios jurídicos processuais”, citam-se: DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, v. II. 6ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 484; CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**, v. I. 16ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 248. Adotando posição intermediária, cita-se: PASSOS, J. J. Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 69-70.

⁶⁷⁹ Cf. **Manual de direito processual civil**. 3ª edição. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005, v. 1. p. 291-293

Sabe-se que o CPC/73 foi elaborado tendo como farol de iluminação os princípios da codificação própria do Estado Liberal. Por isso, assumia como premissa básica a ideia de que o Código Processual Civil era dotado de completude e que as suas regras, majoritariamente fechadas, deveriam ser aplicadas pelo magistrado silogisticamente, ou seja, os procedimentos dispostos na lei deveriam ser seguidos à risca, sem grandes questionamentos oriundos das partes ou do juiz.⁶⁸⁰

Entretanto, em algumas ocasiões, o próprio CPC/73 já previa regras que autorizavam às partes, usando de sua vontade, a convencionarem sobre algumas mudanças no procedimento, como, por exemplo, o adiamento acordado da audiência (art. 453, I⁶⁸¹), a convenção sobre a dilação de prazo não-peremptório (art. 182⁶⁸²), o acordo para a suspensão do processo (art. 265, II⁶⁸³), a cláusula de eleição de foro (art. 111⁶⁸⁴), a convenção de arbitragem (art. 301, X⁶⁸⁵), entre outros.

O argumento que se utilizava largamente para não classificar esses atos como “negócios jurídicos processuais” era o de que, em todos eles, os efeitos já estavam disciplinados na lei. Aliás, em um de seus livros, o ilustre professor Cândido Rangel Dinamarco, um dos defensores do instrumentalismo, ratifica o pensamento acima, nos seguintes termos:

É forte a doutrina na negativa da existência de negócios jurídicos processuais. (...) porque o processo em si mesmo não é um contrato ou um negócio jurídico e em seu âmbito inexistente o primado da autonomia da vontade: a lei permite a alteração de certos comandos jurídicos por ato voluntário das partes, mas não lhes deixa margem para o autorregramento que é inerente aos negócios jurídicos. A escolha voluntária não vai além de se direcionar em um sentido ou em outro, sem liberdade para construir o conteúdo específico de cada um dos atos realizados. Ou seja, podem os sujeitos optar pelo processo arbitral, mas não podem regular eles próprios esse processo, seu cabimento, eficácia da sentença arbitral, sua exequibilidade etc.; podem inverter convencionalmente o ônus probatório

⁶⁸⁰ “No paradigma do Estado Liberal, se poderia afirmar que a atividade do magistrado seria mecânica e motivada apenas por uma construção lógica, sem qualquer outro elemento condutor.” (THEODORO JÚNIOR, et al. **Novo CPC**..., cit., versão eletrônica).

⁶⁸¹ Art. 453, CPC/73. “A audiência poderá ser adiada: I - por convenção das partes, caso em que só será admissível uma vez; (...).”

⁶⁸² Art. 182. *Caput*, CPC/73. “É defeso às partes, ainda que todas estejam de acordo, reduzir ou prorrogar os prazos peremptórios. O juiz poderá, nas comarcas onde for difícil o transporte, prorrogar quaisquer prazos, mas nunca por mais de 60 (sessenta) dias.”

⁶⁸³ Art. 265, II, CPC/73. “Suspende-se o processo: (...) II - pela convenção das partes; (...).”

⁶⁸⁴ Art. 111, CPC/73. “A competência em razão da matéria e da hierarquia é inderrogável por convenção das partes; mas estas podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde serão propostas as ações oriundas de direitos e obrigações.”

⁶⁸⁵ Art. 301, CPC/73. “Compete-lhe, porém, antes de discutir o mérito, alegar: (...) IX - convenção de arbitragem; (...)”

mas não lhes é lícito ir além dos limites postos pela lei nem estabelecer por si próprios as consequências de seu descumprimento, agravando-as ou minorando-as em contraste com a lei; podem escolher o foro, mas não podem ditar regras sobre o regime do foro escolhido (se de competência absoluta ou relativa) etc.⁶⁸⁶

Entrementes, apesar da robustez da insurgência doutrinária contra o instituto dos negócios processuais, alguns estudiosos já rebatiam as críticas, como é o caso de Didier e Pedro Nogueira⁶⁸⁷, que, claramente, criticam Dinamarco, ao afirmarem que

O conceito de negócio jurídico não preconiza a ligação direta e unívoca de todos os efeitos decorrentes do ato à vontade manifestada pela parte, como se para ter configurado o negócio o figurante precisasse estipular livremente o conteúdo de todos os efeitos. (...) – nem mesmo no plano do direito material sempre se verificaria, daí porque a rejeição ao negócio jurídico processual, por tal argumento, não nos parece decisiva.

Ademais, o art. 158 do CPC/73 inflamava o debate, por dizer que “Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais.” Não à toa, veio Calmon de Passos expressar a sua perplexidade: “No tocante ao nosso sistema processual, tenho dúvidas quanto à existência de lídimos negócios jurídicos processuais. Em face da literalidade do art. 158 do Código de Processo Civil somos tentados a admiti-los.”⁶⁸⁸

De qualquer maneira, o que se nota é que, tanto na fase autonomista como na fase instrumentalista do processo, a metodologia de enfrentamento com o direito processual, bastante pautada na secção entre público e privado, culminou numa visão isolacionista. Institutos associados classicamente com o princípio da autonomia privada eram refutados como instrumentos de enfrentamento com o direito processual, por mais que dispositivos do próprio código revelassem outro cenário.

Esse olhar retrancado, extremamente cuidadoso e receoso, sobre a categoria dos negócios processuais era um dos indícios de vigorar no Brasil o que Antônio do Passo Cabral chamou de “hiperpublicismo”.⁶⁸⁹

⁶⁸⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, 4ª edição, v. 2, cit., p. 472.

⁶⁸⁷ DIDIER JR.; NOGUEIRA. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**, cit., p. 64-65.

⁶⁸⁸ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Esboço...**, cit., p. 69.

⁶⁸⁹ CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções processuais**, cit., p. 104-114.

Se durante a vigência do CPC/73 já se exigia relevante esforço argumentativo para promover a defesa da tese de inexistência de negócios jurídicos processuais, agora, com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, a sustentação de tal ideia se torna praticamente impossível, por mais conservador que seja o processualista.⁶⁹⁰

Isso se dá, porque a redação do novo art. 190⁶⁹¹ deixou expressamente consignada a possibilidade de as partes processuais celebrarem “convenções” sobre procedimento ou sobre ônus, poderes, faculdades ou deveres processuais. Em termos claros, o legislador admitiu a possibilidade de as partes disporem sobre o conteúdo dos efeitos do ato processual praticado. Eis que ficou clarividente a intenção de pôr uma pá de cal em toda dúvida sobre a existência do instituto no sistema processual civil brasileiro.

A expressão “convenções processuais”, utilizada pelo legislador, é a mesma usada por Barbosa Moreira, que desde a década de 1980, já fazia menção a tal figura.⁶⁹² A opção por esse termo provavelmente se deu pelo fato de a grande maioria dos negócios jurídicos processuais se tratar de acordos ou convenções, que se caracterizam pela união de vontades com objetivos comuns.

Chama-se a atenção, porém, para a circunstância de que as convenções ou acordos são espécies do gênero “negócios jurídicos bilaterais” (caracterizados por haver duas manifestações de vontade), podendo-se indicar como outra espécie possível o contrato.⁶⁹³ No que se refere a este último, ele se diferencia das

⁶⁹⁰ Já se referem aos “negócios jurídicos processuais”, as seguintes obras sobre o Novo Código de Processo Civil, dentre outras: DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17ª edição. Revista, ampliada e atualizada. Salvador: editora JusPodivm, 2015; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo CPC. Código de Processo Civil (lei nº 13.105/2015): inovações, alterações e supressões comentadas**. São Paulo: editora Método, 2015; THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Versão eletrônica. Rio de Janeiro: editora Forense, 2015; CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: editora Atlas, 2015; ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil**. Volume 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Frisa-se que, neste último livro, o termo mais usado é “acordo processual”.

⁶⁹¹ Art. 190, *caput*, CPC/15. “Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.”

⁶⁹² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Convenções das partes sobre matéria processual. In: **Temas de direito processual civil: terceira série**. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 87-98.

⁶⁹³ Marinoni, Arenhart e Mitidiero usam indistintamente os termos “acordos processuais” e “contratos processuais”. Cf. **Novo curso de processo civil: teoria de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 1. p. 528. Não é esta a opção aqui adotada, até porque, além da questão de

convenções ou acordos por nele haver vontades contrapostas (nos acordos, as vontades são convergentes).⁶⁹⁴ No presente trabalho, apesar de ser usado, aqui e acolá, o termo “convenções processuais”, prefere-se o termo “negócio jurídico processual”, haja vista este ser um gênero que engloba todas as espécies acima indicadas (acordos e contratos processuais), além dos negócios processuais unilaterais (caracterizados por possuírem uma única manifestação de vontade), como é a renúncia a um prazo e a desistência recursal.

A amplitude da previsão legislativa foi tão relevante que acabou por ser criada uma hipótese de negócio processual que envolve o próprio magistrado – o calendário processual (art. 191 do CPC/15⁶⁹⁵). Deu-se a permissão, portanto, para a celebração de negócios processuais plurilaterais, envolvendo pessoa que difere das partes do processo. Lembra-se, também, do saneamento compartilhado, que também é negócio jurídico processual plurilateral (art. 357, §, CPC/15⁶⁹⁶).⁶⁹⁷

Por oportuno, é preciso advertir que, muito embora o negócio jurídico tenha ganhado enorme sistematização e aplicação no âmbito dos estudos do direito civil com as conhecidas teorias do fato jurídico, o instituto, na verdade, pertence à teoria geral do direito e, portanto, a sua aplicação não está limitada à seara do direito privado, podendo perfeitamente ser utilizado em outros ramos do estudo jurídico, ainda que publicistas. Joseph Kohler estava correto.

Deveras, no ramo do direito público a autonomia da vontade é bem mais restrita que na seara do direito privado, mas isso não significa a inexistência de liberdade para dispor sobre a eficácia de algum fato jurídico processual; logo, a figura dos negócios jurídicos também pode inserir-se no âmbito do direito processual civil, apesar de que com restrições maiores.

haver convergência de vontades naqueles e haver vontades contrapostas nestes últimos, também se observa que os contratos têm feição marcadamente patrimonialista, firmando sempre direitos e obrigações, aspecto nem sempre presente nos acordos e convenções.

⁶⁹⁴ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**, cit., p. 55-56.

⁶⁹⁵ Art. 191, *caput*, CPC/15. “De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso.”

⁶⁹⁶ Art. 357, §3º, CPC/15. “Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações.”

⁶⁹⁷ Para Antonio do Passo Cabral, partindo de outras premissas para desenvolver o seu estudo, as convenções processuais se distinguem dos “atos processuais conjuntos”. Estes últimos, diferente daquelas, dependem do deferimento do juiz para produzirem efeitos. Nesse sentido, o calendário processual e figuras afins, que dependem da participação do juiz, não seriam atos negociais. Cf. **Convenções processuais**, cit., p. 68-71.

Não sem razão, Didier Jr., em seu Curso, defende a existência de um interessante princípio do processo: o do respeito ao autorregramento da vontade das partes. Daí considerar que:

O direito de a parte, ora sozinha, ora com a outra, ora com a outra e com o órgão jurisdicional, disciplinar juridicamente as suas condutas processuais é garantido por um conjunto de normas, subprincípios ou regras, espalhadas ao longo de todo o Código de Processo Civil. A vontade das partes é relevante e merece respeito. Há um verdadeiro microssistema de proteção do exercício livre da vontade no processo.⁶⁹⁸

Feitas essas colocações, entende-se que o processo civil contemporâneo comporta, sim, a categoria do negócio jurídico processual, que pode ser definido da seguinte maneira: trata-se de uma espécie de ato jurídico processual (*lato sensu*), o qual se refere a um procedimento existente, e que atribui, em seu suporte fático, o poder de o(s) celebrante(s) escolher(em) determinada categoria jurídica ou de fixar(em) situações jurídicas processuais de seu interesse, respeitados os limites fixados no ordenamento jurídico.⁶⁹⁹

4.4.4.1. *Os negócios jurídicos processuais civis típicos e a cláusula geral de negociação no novo Código de Processo Civil*

Diz-se que é “típico” todo negócio jurídico processual que tem os seus contornos característicos delineados pela lei, de forma expressa. Tal espécie – ressalvadas as controvérsias doutrinárias apontadas no tópico anterior – já podia ser identificada no Código de Processo Civil de 1973 e, obviamente, foi mantida no Novo Código de Processo Civil. Este, porém, ampliou o rol de negócios jurídicos processuais típicos, sendo possível mencionar como bons exemplos de novidades o calendário processual (art. 191, *caput*, CPC/15), o acordo de organização do processo, na fase de saneamento (art. 357, §2º, CPC/15⁷⁰⁰), o acordo para que os

⁶⁹⁸ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**, cit., v. 1, p. 134.

⁶⁹⁹ NOGUEIRA JR., Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios jurídicos processuais**, cit., p. 153.

⁷⁰⁰ Art. 357, §2º, CPC/15. “As partes podem apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV, a qual, se homologada, vincula as partes e o juiz.”

herdeiros sigam o rito do arrolamento comum, mesmo com incapaz interessado (art. 665, CPC/15⁷⁰¹), dentre outros.

Para além disso, o ponto realmente inovador do Novo Código de Processo Civil foi a inserção, em seu art. 190, de uma cláusula geral de negociação, a qual autorizou a celebração de negócios processuais atípicos (aqueles cujos contornos não estão previstos expressamente na lei).

Nesse contexto, é preciso lembrar que o CPC/15 externou a tendência contemporânea do legislador no que tange à técnica redacional utilizada. Hodiernamente se sabe que para uma lei perpetuar-se ao longo dos anos e para que ela se adéque às mudanças que a sociedade frequentemente passa, mostra-se indispensável o abandono do uso de redação fechada e rígida nos textos legais, preferindo que se assuma um modo redacional com textura mais aberta e maleável. Não sem razão, as cláusulas gerais foram um recurso bastante utilizado na recodificação do processo civil.

No art. 190 do CPC/15, identifica-se uma norma vaga que precisa ser preenchida. No caso específico, quem promoverá o preenchimento serão, comumente, as partes, as quais deverão atentar-se para a delimitação mínima (traços gerais) prevista na lei. Elas poderão negociar sobre mudanças procedimentais ou sobre outros assuntos afeitos ao processo civil (ônus, poderes, faculdades e deveres) e o juiz fará o controle de validade do negócio (art. 190, parágrafo único⁷⁰²).

Dessarte, devido à enorme abrangência da permissão, exsurge enorme dificuldade em serem fixados limites para o preenchimento do antecedente e do conseqüente da referida cláusula geral, configurando-se em árduo trabalho cognitivo a “descoberta” de tais limitações. Deixa-se este assunto para tópico futuro, quando se abordará o plano da validade (capítulo 5).

4.4.4.2. A importância da cláusula geral de negociação para a legitimidade do procedimento

⁷⁰¹ Art. 665, CPC/15. “O inventário processar-se-á também na forma do art. 664, ainda que haja interessado incapaz, desde que concordem todas as partes e o Ministério Público.”

⁷⁰² Art. 190, parágrafo único, CPC/15. “De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.”

Falou-se no capítulo 2 a respeito da importância do formalismo, o qual empresta previsibilidade a toda a marcha processual e dá aos jurisdicionados a tão necessária segurança jurídica.

Ocorre que de nada adianta o juiz, as partes e os demais interessados seguirem por um rito que lhes dá certeza, por ser previsível, se aquele procedimento específico, em vez de ajudar, causar embaraços para a persecução do direito ou para a efetiva pacificação social. Seria o formalismo excessivo.

Um procedimento que mais funciona como um empecilho do que como um caminho carece de legitimidade, porque fere o direito fundamental do jurisdicionado de receber a tutela justa e efetiva (art. 4º, CPC/15⁷⁰³).

Um procedimento como esse coloca em xeque, também, a legitimidade das decisões judiciais; afinal, se a estrada trilhada para chegar ao provimento do juiz está seriamente defeituosa, a decisão judicial proferida, pela causalidade, também poderá resultar ilegítima, por ser ineficiente, por exemplo.⁷⁰⁴

Deveras, difícil vislumbrar rito mais inadequado dentro de um sistema processual que aquele que não se conforma às necessidades do direito material. Todavia, haja vista a impossibilidade de o legislador criar uma vastidão de ritos, todos eles justapostos às peculiaridades de cada direito substancial específico, adotou-se técnica legislativa mais plausível: estabelece-se um procedimento básico, o qual seja hábil de contemplar os mais variados casos (procedimento comum), e, subsidiariamente, na medida das exigências do direito material (ou por motivações outras⁷⁰⁵), fixam-se procedimentos especiais, os quais são complementados, nas omissões, por regras previstas para o “procedimento modelo”.⁷⁰⁶

⁷⁰³ Art. 4º, CPC/15. “As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.”

⁷⁰⁴ “Ao se aludir à adequação do procedimento às situações substanciais carentes de tutela e aos direitos fundamentais materiais, certamente também se sabe que não haverá uma decisão legítima fora dessas condições.” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO. **Novo curso de direito processual civil**, cit., v. 1. p. 522).

⁷⁰⁵ Para além da adequação do processo ao direito material, Adroaldo Furtado Fabrício dá outras justificativas para a criação dos diversos procedimentos especiais: “A verdade, entretanto, é que os legisladores não se orientam somente por essa diretriz. O peso da tradição histórica, com as complicações e incongruências decorrentes de múltiplas fontes de influência, nem sempre coevas e entre si coe rentes; a eventual interpenetração, em um mesmo processo, de elementos de diversas modalidades de tutela jurisdicional (de cognição, de execução e de cautela); razões de conveniência momentânea e local, com caráter meramente emergencial; até mesmo a simples impaciência do legislador frente à morosidade do aparelhamento judiciário em contraste com a pressão da demanda social - tudo influi no sentido de retirar da vala comum do rito ordinário um número crescente de ‘ações’, em antagonismo com a recomendação da doutrina, esta cada vez mais inclinada à redução numérica dos tipos procedimentais como imperativo da simplificação e da

Entretanto, em que pese a sapiência do legislador ao criar diversos procedimentos, devido às inúmeras peculiaridades que os casos concretos podem revelar, situações comumente surgem que mesmo o procedimento comum ou qualquer dos procedimentos especiais previstos na lei não se mostram hábeis de garantir ao jurisdicionado a tutela justa e efetiva de seu direito. Também podem aparecer situações em que, mesmo sendo adequado o procedimento previsto na lei, em razão de algumas peculiaridades que o caso eventualmente revele, se forem feitas alterações pontuais, o rito pode mostrar-se mais satisfatório que aquele abstratamente previsto.

Para hipóteses como essas é que hoje se fala amplamente sobre flexibilização procedimental.⁷⁰⁷ “Caso o rito predisposto pelo legislador seja insuficiente (ineficiente, inefetivo ou inadequado) para um caso concreto” – destaca Bruno Garcia Redondo – “o devido processo de direito passa a exigir o contrário do que usualmente orienta: a inobservância do rito geral e a criação de um procedimento especial, flexibilizado *in concreto*.”⁷⁰⁸

Com efeito, os negócios jurídicos processuais se perfazem num poderoso método para ajustes nos procedimentos. Eis que a cláusula geral de negociação do art. 190 do CPC/15 tem enorme aptidão para funcionar como um *plus* de legitimação das decisões judiciais, na medida em que pode servir como instrumento de melhora do procedimento.

Essa “melhora”, diga-se de passagem, advirá de uma atuação participativa das partes, o que se revela como um importante mecanismo de democratização do procedimento, em tom evidente de alinhamento com o processo civil do Estado Democrático Constitucional. Os negócios processuais, frisa-se, calibram o tão importante princípio da cooperação entre os sujeitos processuais.⁷⁰⁹ Daí as precisas palavras de Flávio Luiz Yarshell:

racionalização.” (FURTADO FABRÍCIO, Adroaldo. Justificação teórica dos procedimentos especiais. In: **Revista forense comemorativa** – 100 anos. Rio de Janeiro: Forense, p. 591-614, 2005).

⁷⁰⁶ Cf. COUTO E SILVA, Clóvis do. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol. XI – tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 1-16.

⁷⁰⁷ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental**: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual de acordo com as recentes reformas do CPC. São Paulo: Atlas, 2008.

⁷⁰⁸ REDONDO, Bruno Garcia. A eficiência da prestação jurisdicional e flexibilização do procedimento pelo juiz e pelas partes. In: **Revista Jurídica UNIGRAN**, Dourados, MS, v. 15, nº 30, p. 97-110, Jul./Dez. 2013. p. 106.

⁷⁰⁹ Recordar-se das lições de Mazzei e Bárbara Chagas: “Pensamos, pois, que o princípio da cooperação faz superar a noção estática de *ação e reação* do princípio do contraditório, fixando-se

Os acordos de procedimento valorizam o diálogo entre o juiz e as parte, conferindo-lhes, quando necessário e nos limites traçados pelo próprio sistema, a condição de adaptar o procedimento para adequá-lo às exigências específicas do litígio; trata-se de instrumento valioso para a construção de um processo civil democrático.⁷¹⁰

4.4.5. Desvendando os “atos jurídicos a que a lei atribuir força executiva”

Páginas atrás, discorreu-se a respeito do art. 771 do CPC/15 e se demonstrou que o termo “fatos processuais a que a lei atribuir força executiva” pode ser interpretado como “atos-fatos processuais com efeitos executivos por imposição legal”.

Por agora, cumpre carregar de sentido a expressão “atos processuais a que a lei atribuir força executiva”, que também está presente no referido dispositivo.

Deveras, a mencionada locução pode ser interpretada como dizendo respeito aos “atos processuais *lato sensu*”, é dizer, aos atos processuais em sentido estrito e aos negócios jurídicos processuais com efeitos executivos por imposição de lei.

Sobre os atos jurídicos processuais em sentido estrito com força executiva, recorda-se de dois bons exemplos: (i) o art. 455, §5º, do CPC/15⁷¹¹ dispõe a respeito da decisão que condena, pelas despesas do retardamento, a testemunha que intencionalmente (ou seja, sem motivo justificado) não comparece à audiência; tal decisão, incomum (por não constituir mérito do processo originário), perfaz-se em título executivo judicial; (ii) o art. 462 do CPC/15⁷¹² autoriza que o juiz arbitre pagamento à testemunha, se requerido por esta, a fim de que ela seja indenizada

no gabarito em que o contraditório deve ser exercido como suporte de decisão final democrática, que somente poderá assim ocorrer se houver participação efetiva das partes, inclusive de forma *preventiva*, dialogando entre si e com o julgador.” (MAZZEI, Rodrigo Reis; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Breve diálogo entre os negócios processuais e a arbitragem. In: **Revista de Processo**, vol. 237, 2014, Nov. de 2014).

⁷¹⁰ YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.). **Negócios processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 91-92.

⁷¹¹ Art. 455, §5º, CPC/15. “A testemunha que, intimada na forma do § 1º ou do § 4º, deixar de comparecer sem motivo justificado será conduzida e responderá pelas despesas do adiamento.”

⁷¹² Art. 462, CPC/15. “A testemunha pode requerer ao juiz o pagamento da despesa que efetuou para comparecimento à audiência, devendo a parte pagá-la logo que arbitrada ou depositá-la em cartório dentro de 3 (três) dias.”

pelos gastos que teve para comparecer à audiência; tal decisão, também incomum, constitui título executivo em favor da testemunha.

Sobre os negócios jurídicos processuais com força executiva, recorda-se do exemplo trazido por Bruno Garcia Redondo, em que as partes, com os seus advogados, podem negociar o valor dos honorários advocatícios de sucumbência⁷¹³, desincumbindo o juiz de fixá-los, mas tão somente de observar o estipulado na convenção quando de eventual execução. Lembra-se, ainda, do negócio processual firmado entre as partes para rateio de despesas processuais⁷¹⁴, que pode ser título executivo tanto por ter sido assinado por duas testemunhas (art. 784, inciso III, CPC/15) quanto por constar no documento uma cláusula que atribui força executiva à convenção, nos termos do art. 190 do CPC/15.

Afora esses exemplos, Didier Jr., Leonardo da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira sustentam que uma lei estadual pode conferir força executiva ao acordo ou negócio processual referendado pelo juiz de paz (art. 98, inciso II, CF⁷¹⁵), em determinadas circunstâncias de menor complexidade.⁷¹⁶

De tudo isso, conclui-se que a parte final do art. 771 do CPC/15 pode receber uma interpretação no seguinte sentido: o termo “fato processual” poder ser entendido como “ato-fato processual”; já a locução “ato processual” pode ser vista como “ato processual em sentido amplo”, englobando os atos jurídicos em sentido estrito e os negócios jurídicos processuais. Todos eles, frisa-se, podendo ter força executiva, se houver imposição firmada na lei.

4.4.6. A categorização dinâmica das espécies de fatos processuais

O processo se apresenta como um procedimento que avança em contraditório. No decorrer desse desenrolar, ou mesmo antes dele, muitos são os

⁷¹³ Cf. REDONDO, Bruno Garcia. Negócios processuais relativos a honorários advocatícios. In: **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Volume 16, p. 58-76, Julho a dezembro de 2015.

⁷¹⁴ CARVALHO, Fabiano. **Comentário ao art. 771**, cit., p. 1772.

⁷¹⁵ Art. 98, inciso II, CPC/15. “A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: [...] II - justiça de paz, remunerada, composta de cidadãos eleitos pelo voto direto, universal e secreto, com mandato de quatro anos e competência para, na forma da lei, celebrar casamentos, verificar, de ofício ou em face de impugnação apresentada, o processo de habilitação e exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas na legislação.”

⁷¹⁶ **Curso de direito processual civil: Execução**, cit., p. 93-94.

fatos jurídicos que ocorrem e que se referem ao procedimento – os fatos jurídicos processuais. A classificação aqui indicada dos fatos jurídicos processuais permite categorizar cada um deles, de modo a extrair repercussões jurídicas diferentes, levando em conta as diversas situações que se apresentam.

Entretanto, por ser extremamente dinâmico, o processo civil contemporâneo dificulta que o intérprete atribua uma natureza jurídica única ao fato processual. Sob uma ótica, o acontecimento pode ser enquadrado como ato-fato jurídico processual; sob outro viés, pode ser situado como negócio jurídico processual, e assim sucessivamente.

Alguns exemplos podem ilustrar bem isso.

Uma decisão judicial, geralmente, é categorizada como um ato jurídico processual em sentido estrito. E essa colocação não se mostra equivocada, porque, efetivamente, de regra, as decisões judiciais surgem a partir da incidência de uma norma jurídica processual que tem como núcleo do suporte fático uma conduta humana volitiva, cujos efeitos jurídicos estão bem delimitados em lei, sem abrir margem para a escolha da categoria jurídica eficaz ao julgador. Não à toa, se uma sentença transitar em julgado, servirá como título executivo, a ser executado. É a lei que impõe isso. É ato jurídico em sentido estrito, portanto.

Todavia, uma decisão judicial pode ser, sob outro olhar, um negócio jurídico processual, haja vista haver “normas processuais que atribuem ao juiz o poder de escolha de situações jurídicas processuais que vincularão, no procedimento, as partes e até mesmo o órgão jurisdicional”.⁷¹⁷ Nogueira cita o exemplo das decisões condicionantes, como o provimento judicial que estipula cronograma de redução de astreintes nas execuções para entrega de coisa (por exemplo, o juiz fixa a multa de cinco salários mínimos, a ser reduzida para um salário mínimo, se a coisa for entregue num prazo exíguo).⁷¹⁸

Ainda, uma decisão de um tribunal pode ser tomada como ato-fato processual, quando da utilização de sua *ratio decidendi* como paradigma, numa decisão futura. No caso, a norma processual considera como sendo irrelevante a vontade do órgão prolator da decisão modelo, tomando o *decisum* como fato, consoante foi visto.

⁷¹⁷ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios processuais**, cit., p. 212.

⁷¹⁸ *Ibid.* 215.

Essas nuances demonstram que o processo civil do Estado Democrático Constitucional se abre para a interpretação de cada caso concreto, sendo que as abordagens puramente estáticas e apriorísticas podem não revelar a complexidade deste atual momento. O que, numa ótica estática, pode ter uma “natureza jurídica” preliminar; sob um viés dinâmico, pode revelar constantes alterações de “categoria jurídica”.

O que, em qualquer caso concreto, não se poderá desconsiderar é a incidência da norma jurídica no mundo dos pensamentos. Toda categorização jurídica que se fizer (para fins de aplicação do direito) deve pautar-se numa construção interpretativa firmada de maneira conjunta, coletiva, atendo-se aos limites do texto normativo, aos constrangimentos doutrinários, à cultura da comunidade em que se vive etc., jamais se desviando das possibilidades interpretativas (dos limites pré-fixados).

Com efeito, o julgador deve fundamentar a categorização *in concreto* com lastro no *prius* que vincula a todos e que faz de todos serem um “corpo social”. Não se admitem visões particularizadas, individualistas, não aptas de convencer a comunidade do discurso.

4.5. OS ILÍCITOS PROCESSUAIS NO PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO

4.5.1. A doutrina tradicional e o estado de estagnação no enfrentamento com os ilícitos processuais civis

Por incrível que possa parecer, as investigações sobre os ilícitos, por longo tempo, não despertaram na doutrina grande atratividade. Com razão, Marinoni⁷¹⁹ chegou a reclamar da necessidade de maior desenvolvimento do conceito de ilícito civil, vindo Felipe Peixoto Braga Netto a sentenciar: “Os ilícitos sempre se mantiveram à margem, como questão menor, relegados a um plano secundário, quando muito”.⁷²⁰

⁷¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 112.

⁷²⁰ NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Teoria dos ilícitos civis**, cit., p. 27.

No que tange aos ilícitos processuais, o cenário não se modifica. É possível observar que a doutrina clássica pouco produziu a respeito do assunto. Tal omissão, porém, não é sem motivo de ser; há influxos ideológicos como pano de fundo.

De início, a ânsia própria da processualística por autonomia científica levou à construção de uma dogmática processual muito ensimesmada, alheia aos estudos de outras ciências, como do direito penal (em que muito se estuda a categoria da ilicitude), para citar um exemplo.

Ademais, a segmentação científica, de certa maneira, afastou os estudiosos especializados em suas respectivas áreas jurídicas dos conceitos fundamentais da teoria geral do direito, fazendo com que se perdesse profundidade em alguns estudos, como dos ilícitos.

Outra razão, ainda mais consistente, é a visão marcadamente individualista do processo, que perdurou por décadas, sendo um traço típico de uma filosofia própria do Estado Liberal, e que ainda ressoa. Como bem lembra Marcelo Abelha Rodrigues, “o processo era visto como uma arena de guerra, onde os direitos travavam uma batalha quase dualística” – e ele segue – “Nessa ‘guerra’, a interferência do Estado-Juiz deveria ser mínima ou quase nenhuma, justamente para se manter na posição de frio e neutro espectador e assim não cometer nenhuma restrição à liberdade individual das pessoas.”⁷²¹

Em rumo assemelhado, Rodrigo Reis Mazzei chama a atenção para o perfil belicoso, eminentemente contencioso que o processo civil assumiu ao longo dos tempos, sendo que o advogado das partes, representando-as, acabava por adotar um autêntico papel de “guerreiro”, que evitava os acordos e que buscava, a todo e qualquer custo, em constante “luta”, por decisões favoráveis. Obviamente, não se hesitava em apegar-se a algum formalismo processual, com vistas à decretação de nulidades e ao atraso máximo da sequência do procedimento, se isso fosse interessante ao litigante – ao réu, por exemplo.⁷²²

Num modelo como esse, as partes poderiam agir praticamente como bem entendessem que não teriam maiores reprovações, dada a equidistância mantida pelo juiz. Compreendia-se que as restrições ao agir no processo deveriam ser

⁷²¹ ABELHA RODRIGUES, Marcelo. **Manual de direito processual civil**: teoria geral: premissas e institutos fundamentais. 5ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 302.

⁷²² MAZZEI, Rodrigo Reis. Breve olhar sobre temas de processo civil a partir das linhas mestras de Rene Girard. In: **Revista Brasileira de Direito Processual**, v. 83, p. 14-30, 2013.

mínimas e, portanto, os ilícitos processuais acabaram recebendo um olhar de desimportância. Eis as precisas palavras de Barbosa Moreira:

Uma falsa concepção "liberal", de marca individualística, em certa fase - talvez não de todo superada - da evolução histórica do direito processual, ofereceu resistência à consagração normativa de imposições que contenham os litigantes nas raias da lealdade e da probidade, bem como à adoção de expedientes idôneos a assegurar, tanto quanto possível, a efetividade do cumprimento desses deveres.⁷²³

No período instrumentalista, com a ideia de que o processo possui fins públicos, passou-se a entender que a atuação das partes devia ser mais bem controlada. “Correlatamente se reforçam e ampliam os poderes do órgão judicial na respectiva condução. Já não se pretende do juiz que assista, como espectador frio e distante, ao ‘duelo’ das partes [...]”.⁷²⁴ É assim que se justifica a modificação do texto do CPC/73, o qual, originalmente, só autorizava a condenação por litigância de má-fé, a pedido de uma das partes; depois, passou-se a permitir que o juiz agisse e condenasse a parte ímproba de ofício.⁷²⁵

Todavia, dada a posição assimétrica do julgador face aos demais sujeitos do processo, o estudo dos ilícitos processuais, na fase instrumental, ganhou percepção limitada, vindo a ficar muito restrito aos atos reprovados das partes, esquecendo-se de englobar o juiz, seus auxiliares etc.

Frisa-se que, nem mesmo essa classe – dos “ilícitos processuais” – se mostrou muito comum de ser observada na doutrina. Produziu-se, mais, um conjunto de comentários a respeito dos artigos de lei que abordavam a litigância de má-fé, o ato atentatório à dignidade da Justiça e um ou outro ilícito processual civil identificado no código, mas sem relevante sistematicidade.

⁷²³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Responsabilidade das partes por dano processual. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 10/1978, p. 15-31, Abr - Jun de 1978.

⁷²⁴ Ibid. p. 15.

⁷²⁵ Na versão original, o art. 18 do CPC/73 assim dispunha: “O litigante de má-fé indenizará à parte contrária os prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou.” Depois da lei nº 8.952/1994, o mesmo dispositivo passou a ter a seguinte redação: “O juiz, *de ofício ou a requerimento*, condenará o litigante de má-fé a indenizar à parte contrária os prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e as despesas que efetuou” (grifos nossos). Impende destacar que outra alteração foi realizada, pois, com a lei nº 9.668/1998, o art. 18 passou a ter esta redação: “O juiz *ou tribunal*, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a *pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa* e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou” (grifos nossos). Esta última mudança foi no sentido de realçar que a autorização legal para condenar de ofício a parte por litigância de má fé se estende também aos julgadores de órgãos colegiados e, ainda, aproveitou para enrijecer a sanção, que passou a ter contorno, não apenas indenizatório, mas também punitivo.

Victor Guedes Trigueiro, em raro artigo dedicado ao tema, chega a expressar a sua inquietude: “Em que pese a importância que reputamos ao tema, não foram encontrados na doutrina trabalhos que versassem exclusivamente sobre a teoria dos ilícitos processuais civis, quer seja a brasileira ou a estrangeira.”⁷²⁶

Por aqui, entende-se que o processo civil contemporâneo apresenta o ambiente adequado para o desenvolvimento dos estudos dos ilícitos processuais civis, inclusive com a formulação de uma teoria robusta.

Não sendo esta instância o espaço mais adequado para se construir um conjunto teórico denso sobre o tema – talvez uma tese de doutorado seja o *locus* apropriado –, atém-se a perscrutar o que os ponteanos do processo têm escrito, aproveitando-se, ainda, para sugerir caminhos a serem futuramente trilhados, em reflexão.

4.5.2. Os ilícitos processuais segundo os ponteanos do processo

Mesmo os estudiosos da teoria dos fatos jurídicos processuais não desenvolveram até o presente momento trabalhos mais profundos sobre os ilícitos processuais. Tal circunstância só vem a reforçar uma constatação feita desde o capítulo primeiro: a teoria dos fatos jurídicos processuais é algo em construção; não está pronta e acabada.

Paula Sarno Braga escreveu, em um de seus artigos, apenas um curto tópico sobre a temática. Ali, a autora destaca a possibilidade de haver negócios jurídicos processuais ilícitos, citando o exemplo do conluio entre as partes para a condução de um processo simulado em fraude a credores (atual art. 142, CPC/15⁷²⁷). Afora isso, a jurista baiana apenas faz menção aos atos processuais ilícitos, não se pronunciando a respeito da possibilidade ou não de existirem fatos processuais em sentido estrito ilícitos ou atos-fatos processuais ilícitos.⁷²⁸

⁷²⁶ TRIGUEIRO, Victor Guedes. Teoria dos ilícitos processuais civis – plano da existência. In: DIDIER JR., Fredie; EHRHARDT JR. Marcos. (Coord.). **Teoria do fato jurídico**: homenagem a Marcos Bernardes de Mello. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 656.

⁷²⁷ Art. 142, CPC/15. “Convencendo-se, pelas circunstâncias, de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim vedado por lei, o juiz proferirá decisão que impeça os objetivos das partes, aplicando, de ofício, as penalidades da litigância de má-fé.”

⁷²⁸ BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria dos fatos..., cit.

Em referência aos atos ilícitos, ela os classifica com base no critério do efeito que podem produzir: a) *indenizativos*, cujo efeito é o dever de indenizar os danos causados, como é o caso da litigância de má-fé (artigos 79 e 80, CPC/15) e do ato atentatório à dignidade da justiça (art. 774, inciso I, CPC/15⁷²⁹); b) *caducificantes*, que em essência é ato que leva à perda de um direito, como a remoção do inventariante (art. 622, inciso I, do CPC/15⁷³⁰) ou a inabilitação do perito para atuar em outras perícias, pelo prazo de dois a cinco anos (art. 158, CPC/15⁷³¹); c) *invalidantes*, que é ato relativo (sempre relativo) de violação ao direito e cuja consequência é a invalidade, como é o caso da não-intervenção do Ministério Público, mesmo havendo interesse público envolvido na causa (art. 279, *caput*, CPC/15⁷³²), ou da decisão proferida por juiz absolutamente incompetente ou impedido (art. Art. 966, inciso II, CPC/15⁷³³) etc.; d) *autorizantes*, cujo efeito é autorizar o ofendido a praticar ou não determinado ato (fica ao seu livre-arbítrio), como é a conduta do devedor executado de impedir a entrada do oficial de justiça, tentando obstar a penhora, o que autoriza o oficial de justiça, mediante ordem judicial, a arrombar portas, móveis e gavetas (art. 846, *caput*, do CPC/15⁷³⁴).

Percebe-se que a classificação indicada vai um pouco além àquela de Pontes de Miranda, porque inclui os ilícitos com efeitos autorizantes. Essa inovação advém da absorção da proposta de Felipe Peixoto Braga Netto, em seu livro sobre os ilícitos civis, a qual, diga-se de passagem, é seguida também por Pedro Henrique Pedrosa Nogueira e por Fredie Didier Jr.⁷³⁵

Estes dois últimos autores também não dedicam muitas páginas para tratar especificamente sobre os ilícitos processuais, mas eles lembram que, sobre os ilícitos invalidantes (denominados nulificantes, por Pontes de Miranda⁷³⁶), a

⁷²⁹ Art. 774, CPC/15. “Considera-se atentatória à dignidade da justiça a conduta comissiva ou omissiva do executado que: I - frauda a execução [...]”.

⁷³⁰ Art. 622, CPC/15. “O inventariante será removido de ofício ou a requerimento: I - se não prestar, no prazo legal, as primeiras ou as últimas declarações [...]”.

⁷³¹ Art. 158, CPC/15. “O perito que, por dolo ou culpa, prestar informações inverídicas responderá pelos prejuízos que causar à parte e ficará inabilitado para atuar em outras perícias no prazo de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, independentemente das demais sanções previstas em lei, devendo o juiz comunicar o fato ao respectivo órgão de classe para adoção das medidas que entender cabíveis.”

⁷³² Art. 279, *caput*, CPC/15. “É nulo o processo quando o membro do Ministério Público não for intimado a acompanhar o feito em que deva intervir.”

⁷³³ Art. 966, CPC/15. “A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: [...] II - for proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente [...]”.

⁷³⁴ Art. 846, *caput*, CPC/15. “Se o executado fechar as portas da casa a fim de obstar a penhora dos bens, o oficial de justiça comunicará o fato ao juiz, solicitando-lhe ordem de arrombamento.”

⁷³⁵ DIDIER JR.; NOGUEIRA, **Teoria dos fatos jurídicos processuais**, cit., p. 66-67.

⁷³⁶ PONTES DE MIRANDA, Tratado de direito privado, cit., tomo II.

abordagem é feita quando da averiguação do plano da validade⁷³⁷ (ou das invalidades processuais), e sobre os ilícitos caducificantes, eles são enfrentados no lidar com o plano da eficácia, mormente quando da investigação das preclusões.⁷³⁸

Ainda sobre as “condutas que estão [no processo] em desconformidade com o Direito” (atos ilícitos processuais), Fredie Didier Jr., em seu Curso de Direito Processual Civil⁷³⁹, acrescenta alguns importantes dados que, muito embora não estejam destrinchados na obra do jurista, já podem servir de diretriz para futuros estudos. O autor classifica os ilícitos processuais em culposos e não-culposos, sendo aqueles (culposos) caracterizados por exigirem a presença de um elemento subjetivo (culpa ou dolo), e estes últimos (não-culposos) caracterizados por dispensarem o elemento subjetivo, necessitando apenas de conduta contrária ao direito para se perfazerem. Por fim, o jurista da Bahia lembra poder haver ilícitos típicos, como são as hipóteses de litigância de má-fé (art. 80, CPC/15⁷⁴⁰) e atípicos, que decorrem da violação a normas extraídas de cláusulas gerais, como a cláusula da boa-fé processual, gerando, a exemplo, o abuso de direito processual.⁷⁴¹

Outro trabalho publicado foi o de Victor Guedes Trigueiro. Trata-se de um artigo com pouco mais de duas dezenas de páginas, em que o autor situa a categoria ilícita na teoria de Pontes de Miranda aplicada ao direito processual, bem como – ao tratar com maior vagar os pontos referenciados pela doutrina acima – enfatiza alguns aspectos, de suma relevância para uma teoria dos ilícitos processuais civis, que se mostram desmistificadores: (i) a culpa não integra o núcleo

⁷³⁷ Ibid. §164.

⁷³⁸ DIDIER JR.; NOGUEIRA, **Teoria dos fatos jurídicos processuais**, cit., p. 67.

⁷³⁹ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**, cit., v. 1, 2015, p. 394-395.

⁷⁴⁰ Art. 80, CPC/15. “Considera-se litigante de má-fé aquele que: I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; II - alterar a verdade dos fatos; III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal; IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo; V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; VI - provocar incidente manifestamente infundado; VII - interpor recurso com intuito manifestamente protelatório.”

⁷⁴¹ Lembra-se das lições de Michele Taruffo: “[...] há de ser notado que algumas cláusulas gerais ou princípios gerais concernentes ao abuso de instrumentos processuais são utilizados quase em todos os lugares. A cláusula geral mais comum que é referida nos sistemas de *civil law* é a ‘cláusula de boa-fé’ sob seus vários nomes: bona fides, buona fede, Treu und Glaube, e assim por diante). A referência a tal cláusula é digna de atenção por diversas razões. De um lado, ela torna claro que o problema do ADP [abuso de direito processual] não é sempre uma discussão independente e conceitual ou historicamente autônoma. Pelo contrário, ele está profundamente arraigado nas idéias absolutamente gerais do direito. É bem sabido, em verdade, que o conceito básico de ‘abuso’ tem sua origem na área do direito substantivo (especialmente do direito de propriedade), e que o conceito de ADP deriva de valores gerais de lealdade e correção supostamente existentes nos níveis mais profundos do sistema legal como tal [...]”. TARUFFO, Michele. Abuso de direitos processuais: padrões comparativos de lealdade processual (relatório geral). In: **Revista de Processo**, vol. 177, Nov / 2009.

do suporte fático dos ilícitos processuais, sendo perfeitamente possível haver fatos jurídicos processuais (*lato sensu*) contrários ao direito não-culposos; (ii) o dano, em relação ao Estado sempre estará presente, mas nem sempre se pode cogitar de dano aos sujeitos processuais, razão pela qual é possível falar em ilícitos processuais danosos e não danosos; (iii) a abusividade não é marca necessária dos ilícitos processuais, podendo haver aqueles que são abusivos e outros que não são⁷⁴²; (iv) além dos efeitos elencados por Paula Sarno Braga (indenizativos, invalidantes, caducificantes e autorizantes), ainda há que se lembrar do efeito eminentemente processual de penalização com multa, que Trigueiro retira dos ensinamentos de Marcelo Abelha Rodrigues.⁷⁴³

Esse conjunto doutrinário, em que pese ainda ser incipiente, abre os caminhos para que se desenvolvam estudos pormenorizados dos ilícitos processuais numa amplitude mais vasta. O desafio está posto.

4.5.3. Reflexões derradeiras sobre os ilícitos processuais no processo civil contemporâneo

Há aqueles que enquadram o ilícito como categoria necessária para a atribuição de juridicidade aos acontecimentos do mundo fenomênico. Nessa linha, coloca-se Hans Kelsen, para quem a sanção é elemento indispensável à norma jurídica e, portanto, sem ilicitude não haveria que se falar em mundo jurídico. Nas palavras do autor, “as ordens sociais a que chamamos Direito são ordens coativas da conduta humana”.⁷⁴⁴ É por pensar assim que Kelsen denominou a norma sancionadora de norma “primária”, como que dando maior importância a ela.⁷⁴⁵

Outros, a seu turno, destoam para o extremo oposto. Acreditam que os ilícitos representam acontecimentos que se chocam com o direito; logo, eles não podem ser vistos como inseridos no denominado “mundo jurídico”, justamente por serem

⁷⁴² Em interessante texto, Lúcio Grassi de Gouveia demonstra que a visão tradicional da doutrina em enquadrar a litigância de má-fé na categoria do abuso de direito processual é equivocada. Ele a situa na categoria mais ampla da ilicitude, demonstrando, com isso, haver ilícitos não abusivos. Cf. GOUVEIA, Lúcio Grassi. Litigância de má-fé: abuso de direito ou ilicitude? In: In: DIDIER JR., Fredie; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Org.). **Pontes de Miranda e o direito processual**. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 719-738.

⁷⁴³ TRIGUEIRO, Victor Guedes. Teoria dos ilícitos processuais civis, cit., p. 669.

⁷⁴⁴ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**, cit., p. 23.

⁷⁴⁵ KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**, cit.

contrários a este. O contorcionismo linguístico chega ao ponto de Vicente Ráo dizer que um “ato jurídico” jamais poderia ser qualificado como “ilícito”, muito embora possa ser ilegal.⁷⁴⁶ Essa ideia, no processo, levaria ao problema de ter de recolocar a litigância de má-fé, hoje vista como modalidade de ilícito. Todavia, “tal modo de pensar confunde *antijuridicidade*, que é a negação da possibilidade de juridicidade, com *contrariedade ao direito*, que é o juízo de desvalor que o ordenamento faz a respeito de um fato”.⁷⁴⁷

A teoria dos fatos jurídicos processuais, com lastro em Pontes de Miranda, adota posição intermediária, admitindo a possibilidade de haverem lícitos e ilícitos processuais. Estes últimos se referem a acontecimentos que o direito repele, reprova.

Os ilícitos processuais no processo civil contemporâneo, porém, precisam ser analisados sob uma ótica mais ampla do que comumente se tem observado. Por isso, o estudo dos ilícitos no processo precisa ir além da análise comentada dos artigos sobre a litigância de má-fé e os atos atentatórios à dignidade da justiça. Deveras, há um sem-número de ilicitudes possíveis de serem cometidas e, diga-se de passagem, não apenas pelas partes processuais.

Haja vista que o processo de hoje é paritário, deve-se deixar para traz aquele entendimento inconsciente de que só as partes podem violar deveres processuais. Todos os que, de alguma maneira, participam do processo, podem cometer ilícitos, tanto as partes, como os intervenientes, ou os representantes do Ministério Público, ou os auxiliares da Justiça e, inclusive, o juiz.

Quanto a este último, algumas considerações mais detidas são importantes.

O processo é público, é verdade, mas isso não significa que o Estado, representado pelo julgador, esteja em posto de imunidade absoluta. Fica para traz a visão metafísica de que o juiz é um ser superior e praticamente infalível. O brocardo *lura novit curia* (o juiz conhece o direito) aplicado nos dias de hoje não quer dizer que o magistrado seja inerrante. A ideia de incidência automática e infalível das normas processuais, que ocorre no mundo dos pensamentos, reforça isso. Se o magistrado não se atentar para a incidência, estará a cometer erro de direito.

Com efeito, mostra-se impertinente averiguar fatos jurídicos processuais ilícitos (*lato sensu*) sem incluir uma visão da possibilidade de o magistrado violar

⁷⁴⁶ RÁO, Vicente. **Ato jurídico**..., cit., p. 33-35.

⁷⁴⁷ NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Teoria dos ilícitos civis**, cit., p. 84.

direitos alheios e infringir deveres processuais. O próprio CPC/15 deixa clara essa possibilidade, em diversos de seus dispositivos. O art. 139⁷⁴⁸, por exemplo, elenca uma série de deveres do órgão julgador, os quais, se violados, representarão o cometimento de ilícitos processuais civis, devendo, conforme as circunstâncias, serem aplicadas as devidas sanções (invalidade, indenização etc.).

Frisa-se, ademais, ser possível identificar um dever geral de os magistrados zelarem com afinco pela duração razoável do processo. Isso se extrai não apenas do art. 139, inciso II, e do art. 4º⁷⁴⁹, ambos do CPC/15, mas de um conjunto normativo mais amplo que fixa, inclusive, sanções pecuniárias ao juiz que violar desmedidamente a regra (art. 143, inciso II, CPC/15⁷⁵⁰), bem como uma espécie de perda de competência (efeito de uma omissão caducificante) para atuar em dado processo (art. 235, §3º, CPC/15⁷⁵¹).

Os ilícitos processuais podem ser cometidos por quem participa do processo judicial. Ora, em cada situação jurídica processual que vai se constituindo, em cada movimento ritmado do processo que coloque os vários participantes em posições variadas, normas jurídicas processuais incidem, impondo deveres a todos.

A respeito do dever geral de que se adote conduta em prol da celeridade processual, acima referido, também as partes têm de cumprir com tal imposição

⁷⁴⁸ Art. 139, CPC/15. “O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: I - assegurar às partes igualdade de tratamento; II - velar pela duração razoável do processo; III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias; IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária; V - promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais; VI - dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito; VII - exercer o poder de polícia, requisitando, quando necessário, força policial, além da segurança interna dos fóruns e tribunais; VIII - determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las sobre os fatos da causa, hipótese em que não incidirá a pena de confesso; IX - determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais; X - quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficiar o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem o art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e o art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva.”

⁷⁴⁹ Art. 4º, CPC/15. “As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.”

⁷⁵⁰ Art. 143. O juiz responderá, civil e regressivamente, por perdas e danos quando: [...] II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte.

⁷⁵¹ Art. 235, §3º, CPC/15. “Mantida a inércia, os autos serão remetidos ao substituto legal do juiz ou do relator contra o qual se representou para decisão em 10 (dez) dias.”

legal, não se limitando ao julgador. Com motivo, o art. 311, inciso I, do CPC/15⁷⁵² prevê um ilícito processual autorizante: caso o réu se porte fazendo chicana, atrasando o andar procedimental, o Estado-Juiz estará autorizado a conceder ao autor a tutela de evidência.

Por oportuno, ressalta-se que o dever de cooperação (art. 6º, CPC/15⁷⁵³) e o dever de se comportar com boa-fé processual (art. 5º, CPC/15⁷⁵⁴) recaem sobre todo e qualquer partícipe do procedimento. Ante ao que o processo se mostra oxigenado duplamente pelo princípio democrático: de um lado, muitos podem participar do debate e interferir no andar procedimental; de outro, todos os que participarem estão sujeitos às repreensões jurídicas cabíveis em caso de cometimento de ilícitos processuais, não importando quem os cometa, nem o cargo que ocupe. Essa ideia também defluiu do princípio republicano, presente na Constituição.⁷⁵⁵

Outra questão importante sobre o tema dos ilícitos no processo é relacionada à possibilidade de as espécies de fatos jurídicos processuais (*lato sensu*) entrarem no mundo jurídico com o predicado da ilicitude.

Como se anotou anteriormente, a doutrina concentra a sua análise sobre os atos processuais ilícitos, vindo Paula Sarno Braga ainda a lembrar da existência de negócios processuais ilícitos, como no caso do conluio entre as partes para usar o processo a fim de prejudicar terceiros.

Pontes de Miranda, porém, ressalta que há fatos jurídicos em sentido estrito e atos-fatos jurídicos que ingressam ao mundo jurídico como ilícitos.⁷⁵⁶ Deve-se especular, por isso, a existências dessas modalidades de ilícitos na seara do direito processual civil.

⁷⁵² Art. 311, CPC/15. “A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte”.

⁷⁵³ Art. 6º, CPC/15. “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”

⁷⁵⁴ Art. 5º, CPC/15. “Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.”

⁷⁵⁵ “Em linhas gerais, a República se caracteriza pela sua absoluta incompatibilidade com a forma monárquica de governo (como governo exercido monocraticamente) e pelos correspondentes privilégios de cunho nobiliárquico e hereditário [...]”, dizem Sarlet, Marinoni e Mitidiero, acrescentando as três principais características da República: “[...] a eletividade, a temporariedade dos mandados e a *responsabilidade dos governantes*”. (**Curso de direito constitucional**, cit., p. 286, grifos nossos). Num modelo republicano como é o brasileiro, juízes também cometem ilícitos e, nos limites da lei, devem ser responsabilizados.

⁷⁵⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**, cit., tomo II, §162

Segundo Pontes, “sempre que alguém responde pela força maior, ou pelo caso fortuito, responde pelo fato ilícito”.⁷⁵⁷ Assim, é possível ver, no art. 718 do CPC/15⁷⁵⁸, uma interessante hipótese de fato jurídico processual em sentido estrito ilícito. Imagine que um advogado faça a carga dos autos físicos de um processo judicial e fique na posse dos autos por longo período, extrapolando o prazo de 10 dias permitido pela lei (art. 7º, inciso XVI, da lei nº 8.906/1994⁷⁵⁹). Sobrevindo uma enchente (força maior) que carregue o carro do causídico junto com os autos processuais, dar-se-á a juridicização do fato com a responsabilidade pelo pagamento das custas em processo de restauração dos autos.⁷⁶⁰ Evidente que tal exemplo é meramente especulativo, cabendo uma análise mais pormenorizada em sede de um trabalho que desenvolva uma teoria dos ilícitos processuais civis.

No que tange aos atos-fatos processuais ilícitos, essa categoria, mais que qualquer outra precisa ser averiguada com esmero. Isso, porque se levanta a possibilidade de haver ilícitos não-culposos, é dizer, que dispensam o elemento vontade/ intenção. Alhures se falou que a execução provisória pode ser tomada como ato-fato processual, caso a decisão posterior desconstitua o título judicial que havia se formado. Observa-se que, no caso, o ingresso do exequente provisório no patrimônio alheio, passa a sofrer a reprovação do direito, posteriormente. Tanto é assim que o art. 520, inciso I, do CPC/15⁷⁶¹ impõe o dever de reparar os danos. O detalhe é que o direito torna irrelevante a vontade, simplesmente impondo a obrigação indenizatória como decorrência do ato, que é tomado como fato. Logo,

⁷⁵⁷ Ibid. §162

⁷⁵⁸ Art. 718, CPC/15. “Quem houver dado causa ao desaparecimento dos autos responderá pelas custas da restauração e pelos honorários de advogado, sem prejuízo da responsabilidade civil ou penal em que incorrer.”

⁷⁵⁹ Art. 7º, inciso XVI, lei nº 8.906/94. “São direitos do advogado: [...] XVI - retirar autos de processos findos, mesmo sem procuração, pelo prazo de dez dias”.

⁷⁶⁰ Esse exemplo se assemelha ao da responsabilidade do devedor em mora pelo caso fortuito ou força maior que o impeça de prestar o que deve, conforme art. 399 do CCB: “O devedor em mora responde pela impossibilidade da prestação, embora essa impossibilidade resulte de caso fortuito ou de força maior, se estes ocorrerem durante o atraso; salvo se provar isenção de culpa, ou que o dano sobreviria ainda quando a obrigação fosse oportunamente desempenhada.” Para Marcos Bernardes de Mello, “embora essas situações estejam relacionadas à inadimplência de obrigações ou a condutas irregulares ou temerárias no cumprimento de obrigações, a contrariedade a direito não se deve a esses fatores voluntários, mas se caracteriza pela consequência danosa a terceiro resultante do evento natural, em relação ao qual a vontade humana não tem relação”. (**Teoria do fato jurídico**: plano da existência, cit., p. 278).

⁷⁶¹ Art. 520, inciso I, CPC/15. “Art. 520. O cumprimento provisório da sentença impugnada por recurso desprovido de efeito suspensivo será realizado da mesma forma que o cumprimento definitivo, sujeitando-se ao seguinte regime: I - corre por iniciativa e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido”.

dentro dos pressupostos da teoria dos fatos processuais, vê-se aí um exemplo de ato-fato processual ilícito.

Do art. 51, §2º, da lei nº 9.099/1995⁷⁶², é possível extrair outro possível ato-fato processual civil ilícito. Sabe-se que, nos Juizados Especiais Cíveis, não há a cobrança de custas processuais no primeiro grau de jurisdição (fase não recursal). Todavia, se a parte autora faltar a uma das audiências do procedimento sumaríssimo, será aplicada ao contumaz a sanção do pagamento de custas processuais. No caso, a omissão é um ato-fato, porque o legislador não cogita da vontade em faltar ao ato processual (a mera ausência do autor faz incidir a norma), e é ilícita, porque a contumácia é reprovada pelo direito, sendo, inclusive, punida.

Ainda interligando o ato-fato processual com a ilicitude, é possível trazer uma reflexão sobre a revelia, quando for intencional. É preciso assinalar que tal contumácia, em dadas situações, pode ser utilizada em abuso de direito processual, de modo a mascarar uma vontade (faticamente) existente, mas não revelada (juridicamente inexistente, já que o direito toma a omissão como avolitiva). Explicase: as omissões, em geral, geram prejuízos processuais à parte contumaz, porém, em alguns casos, o que pode haver é benefício, motivo pelo qual, alguém pode deliberadamente optar pela inércia, a fim de auferir ganho. O art. 503, §1º, inciso II, do CPC/15⁷⁶³, por exemplo, prevê que não ocorre a incidência de coisa julgada material sobre questão prejudicial, em caso de não haver contraditório prévio e efetivo, como na hipótese de revelia. Evidente que quando o réu não apresenta contestação, o contraditório se mostra prejudicado, porque a parte pouco participou do debate, não vindo a contribuir para a formação do *decisum* final. Por isso, o legislador, sem considerar qual a vontade da parte em omitir-se (ato-fato processual civil), optou por beneficiar o revel, afinal, este pode ter se mantido inerte involuntariamente (por falta de zelo do advogado, por exemplo). Todavia, pode ser que uma parte mais ardilosa, já ciente das grandes possibilidades de ser derrotada, prefira manter-se inerte de maneira intencional, a fim de obter o benefício da não imutabilidade da questão prejudicial, já visando a alguma chicana, com a propositura

⁷⁶² Art. 51, §2º, lei nº 9.099/95. “No caso do inciso I deste artigo, quando comprovar que a ausência decorre de força maior, a parte poderá ser isentada, pelo Juiz, do pagamento das custas.”

⁷⁶³ Art. 503, CPC/15. “A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida. § 1º O disposto no caput aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentemente no processo, se: [...] II - a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia.”

de uma demanda em processo civil futuro que discuta exatamente o assunto da questão prejudicial.

Nota-se, com esse exemplo, ser recomendável que o Estado-Juiz zele, de maneira ativa, pelo caminhar probo do procedimento. Se a revelia é ato-fato processual civil, não se podendo dela apurar a vontade da parte contumaz, nada impede que o magistrado, com o intuito de fazer incidir a coisa julgada sobre uma questão prejudicial, preservando a função social e de pacificação que tem o processo, descubra, por assim dizer, a vontade da parte. Para tanto, pode perfeitamente, antes de proferir sentença, intimar pessoalmente a parte omissa, bem como seu advogado (caso haja), fazendo constar na referida intimação mais uma oportunidade para que haja manifestação sobre a questão prejudicial, incluindo o aviso de que, em subsistindo a inércia, entender-se-á que a omissão é intencional. Neste caso, deverá ser compreendido que o contraditório prévio e efetivo ocorreu, entendido este como ampla oportunização para a influência na decisão. Eis que deverá a coisa julgada recair também sobre a questão prejudicial, de modo a não beneficiar atitude omissa ímproba.

Em arremate, sobre a análise dos ilícitos processuais nos três planos do mundo jurídico, é preciso dizer que eles podem passar pelos planos da existência e da eficácia, impreterivelmente, mas no que se refere ao plano da validade, nenhum ilícito processual pode ser tido como válido, sob pena de contradição. Por outro lado, os atos jurídicos que nascem com defeitos invalidantes são uma espécie de ilícito bem específica (já entram no mundo jurídico inválidos), cuja sanção prevista pelo ordenamento jurídico é a invalidade; são ilícitos, por isso, averiguados no âmbito da teoria da nulidades processuais.⁷⁶⁴

⁷⁶⁴ MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência, cit., p. 136.

CAPÍTULO 5: EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA: CONSIDERAÇÕES EM TORNO DO PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO

5.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Não seria recomendável fechar esta dissertação sem fazer uma análise da aplicabilidade ao processo civil contemporâneo da ideia ponteana de divisão do mundo jurídico em três planos (existência, validade e eficácia). Uma ausência como essa deixaria este trabalho com um – não recomendado – vácuo, o qual seria perceptível por qualquer iniciante no estudo dos fatos jurídicos.

De qualquer maneira, uma ressalva precisa ser feita: o presente capítulo não tem como objetivo esgotar a análise dos três planos do mundo jurídico na seara do direito processual civil. Aliás, para se enfrentar com detalhe essa temática, seria necessário um novo trabalho que tivesse como foco principal apenas e tão-somente os três planos, tamanha a vastidão de abordagens que precisariam ser feitas.

Por ora, o corte metodológico se impõe e segue na direção da seguinte finalidade: demonstrar que o manuseio dessa importante parcela da teoria dos fatos jurídicos processuais funciona como poderoso utensílio ao jurista e ao aplicador do direito para se conferir logicidade (coerência) ao discurso jurídico, sem se excluir a condição dinâmica do processo na atualidade. As considerações teóricas e os exemplos a seguir expostos servirão como meios de se evidenciar isso.

Ademais, este capítulo também objetiva abordar as noções de pressupostos processuais e de condições de ação, tão caras à concepção clássica do processo civil, bem como a polêmica a respeito da visão do processo como relação jurídica. Ver-se-á até que ponto esses esquemas tradicionais se adéquam ao processo civil do Estado Democrático Constitucional e como a teoria dos fatos jurídicos pode trabalhar com eles.

5.2. O USO CONFUSO DOS SIGNOS “EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA” EM SEDE DE DOCTRINA. A PROPOSTA PONTEANA COMO UMA OPÇÃO SATISFATÓRIA.

Lembra-se que o estudo da existência, da validade e da eficácia dos fatos jurídicos é tema que, há muito, desperta interesse na doutrina, especialmente porque tal abordagem se faz necessária para averiguar as invalidades dos atos jurídicos em geral, ou seja, para se elaborar uma teoria das nulidades.

Entretanto, ao ser feita uma pesquisa singela entre doutrinadores do direito material ou do direito processual, percebe-se que, por longa data, impera entre eles o dissenso, a desarmonia quanto ao enfrentamento do que aqui se denomina de “planos do mundo jurídico”.

Aliás, o que há de mais comum nas várias abordagens, especialmente as mais antigas, é a presença de confusões entre cada um dos planos. Ora a inexistência é equiparada à invalidade, ora a inexistência é confundida com a ineficácia, ora a invalidade é tratada como ineficácia.

O autor do projeto do Código Civil de 1916, Clóvis Beviláqua, por exemplo, dizia que “*são atos nulos (de pleno direito) os que, inquinados por algum vício essencial, não podem ter eficácia jurídica*”, já “*os atos anuláveis (dependentes de rescisão) denominam-se os que se acham inquinados de um vício capaz de lhes determinar a ineficácia, mas que poderá ser eliminado, restabelecendo-se, assim, a normalidade do ato*”.⁷⁶⁵

Com esses excertos, verifica-se a mistura que o autor fazia entre validade e eficácia. Grosso modo, ele estava a dizer que ato inválido é o ato ineficaz, noção que, diga-se de passagem, foi reproduzida no próprio Código Civil daquela época, em cujo art. 145, inciso V, preceituava-se ser “nulo o ato jurídico quando a lei lhe negar efeito”.

Caio Mário da Silva Pereira também misturava os planos, ao situar a inexistência, a nulidade e a anulabilidade na mesma instância. Para ele, aquelas três modalidades são, na verdade, graus diferentes de invalidades.⁷⁶⁶

⁷⁶⁵ BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito civil**. Campinas: Servanda editora, 2007. p. 364-365.

⁷⁶⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 19ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. 1. p. 403-404.

Orlando Gomes até chega a diferenciar negócio jurídico nulo de negócio jurídico inexistente, porém, conclui dizendo que essa distinção é de menor importância sob o ponto de vista da prática, porque até mesmo no caso de um negócio existente no mundo dos fatos, mas sem existência no mundo jurídico, a mera aparência de existência jurídica ensejará a decretação judicial, evidenciando uma equiparação com o nulo.⁷⁶⁷

Carnelutti apresenta um quadro também nebuloso. Primeiro, ele diz que “ineficácia do ato material e inexistência do ato jurídico são designações equivalentes”.⁷⁶⁸ Depois, ele equipara a inexistência à nulidade absoluta, contrapondo esta última com a nulidade relativa: enquanto a nulidade absoluta (inexistência) é irreparável ou insanável e, por isso, não produz efeitos, a nulidade relativa pode ser reparada ou sanada, vindo a ser eficaz.⁷⁶⁹

Toda essa miscelânea na doutrina foi amenizada com o passar dos tempos, é bem verdade. Não à toa, pode-se fazer menção a alguns autores do direito processual que delimitam com maior rigorismo os planos da existência, da validade e da eficácia, como é o caso de Calmon de Passos⁷⁷⁰ e de Roque Komatsu⁷⁷¹, para citar alguns.

Porém, mesmo após décadas de sistematização, como destaca Barbosa Moreira, a doutrina não ficou imune “a ocasionais impropriedades, até em obras de geral aceitação”.⁷⁷²

O problema é que o processo civil do Estado Democrático Constitucional impõe que os atos decisórios emanados do Estado-Juiz sejam coerentes, isto é, que se apresentem à comunidade do discurso de modo a convencê-la, com racionalidade evidente.

Essa imposição está subentendida no dever de fundamentação das decisões judiciais (art. 93, inciso IX, CF⁷⁷³; art. 11, CPC/15⁷⁷⁴), uma vez que motivar o

⁷⁶⁷ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 16ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 470.

⁷⁶⁸ CARNELUTTI, Francesco. **Teoria geral do direito**. Trad. Antonio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus, 2000. p. 484.

⁷⁶⁹ Ibid. 489.

⁷⁷⁰ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Esboço de uma teoria...**, cit., p. 25-33.

⁷⁷¹ KOMATSU, Roque. **Da invalidade no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.p. 31-40.

⁷⁷² MOREIRA, José Carlos Barbosa. Invalidade e ineficácia do negócio jurídico. In: **Revista de direito privado**, nº 15, p. 217-229, julho-setembro de 2003. p. 218.

⁷⁷³ Art. 93, inciso IX, CF. “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos

decisum não é acostar no papel um texto com qualquer espécie de conteúdo, mas é, sim, formular um conjunto significativo que se apresente cognitivamente robusto, apto de convencer. Lembra-se que também as decisões judiciais precisam ser interpretadas (art. 489, §3º, CPC/15⁷⁷⁵) e, por segurança jurídica, precisam ser coesas.

Quando o art. 926, *caput*, do CPC/15 assevera que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”, está a reforçar a vinculatividade dos precedentes, é dizer, está a buscar o ideal de que o Judiciário como um todo decida de maneira semelhante casos semelhantes. Esse dever de coerência, porém, não se restringe às decisões consideradas entre si. O ato decisório também deve guardar uma logicidade interna e é por isso que o legislador coíbe a incoerência, admitindo a oposição de embargos declaratórios, aptos a sanar os vícios de contradição (art. 1.022, inciso I, CPC/15⁷⁷⁶).

Por oportuno, frisa-se que o dever de coerência não se limita ao Poder Judiciário, até porque – mais uma vez se lembra – as decisões judiciais são fruto de uma construção conjunta de todos os sujeitos processuais. Como diz Paula Costa e Silva, “o processo é uma comunidade de comunicação”.⁷⁷⁷ Com motivo, as manifestações das partes devem, também, guardar uma logicidade interna, sob pena de sofrerem as sanções previstas no ordenamento jurídico, a exemplo da inépcia da inicial (art. 330, §1º, inciso III, CPC/15⁷⁷⁸), ou mesmo sob consequência de não se lograr êxito em convencer o julgador das razões defendidas, por um ou por outro interessado, o que pode acarretar o insucesso no pleito.

Por tudo isso, a proposta ponteana se coloca como uma boa opção para que se desenvolva raciocínios inteligíveis, coesos e convincentes, quando da aplicação do direito. É o que se verá.

quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

⁷⁷⁴ Art. 11, *caput*, CPC/15. “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.”

⁷⁷⁵ Art. 489, §3º, CPC/15. “A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.”

⁷⁷⁶ Art. 1.022, inciso I, CPC/15. “Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para: I - esclarecer obscuridade ou eliminar contradição”.

⁷⁷⁷ **Acto e processo...**, cit., p. 109.

⁷⁷⁸ Art. 330, §1º, inciso III. “Considera-se inepta a petição inicial quando: III - da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão.”

5.3. OS TRÊS PLANOS DO MUNDO JURÍDICO NA TEORIA DOS FATOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

Uma norma jurídica, quando incide (no mundo dos pensamentos), faz surgir o fato jurídico. Este, então, ingressa no denominado mundo jurídico, devendo ser analisado sob a lógica interna desse sistema normativo específico.

Segundo a doutrina de Pontes de Miranda, o mundo jurídico se triparte em “existência, validade e eficácia”, motivo pelo qual os fatos jurídicos podem ser analisados sob a ótica desses três planos.⁷⁷⁹ Situação idêntica se passa com os fatos jurídicos processuais, conforme ensinam os ponteanos do processo.⁷⁸⁰

Um fato jurídico é visto como existente, se e somente se houver o preenchimento *suficiente* do suporte fático normativo, quando da ocorrência do fato no mundo fenomênico. Segundo Marcos Bernardes de Mello, “ao sofrer a incidência de norma jurídica juridicizante, a parte relevante do suporte fático é transportada para o mundo jurídico, ingressando no plano da existência”.⁷⁸¹

Assim, se o suporte fático da norma abstrata, em seu núcleo, exigir a conjugação dos elementos *a*, *b* e *c* para que um fato seja juridicizado, na hipótese de ocorrer um evento que contemple apenas os elementos *a* e *b*, tal não receberá o colorir da juridicidade; não adentrará, portanto, na existência do mundo jurídico, pela circunstância de não se ter preenchido suficientemente o suporte fático no plano concreto.

No que é pertinente ao direito processual, é possível identificar dentro do mundo jurídico um segmento que, por aqui, pode ser denominado de “mundo jurídico processual”. Com efeito, um fato pode ser juridicizado e adentrar no mundo jurídico sem que seja revestido de processualidade, ou seja, é jurídico, mas não é processual.

Um exemplo pode ilustrar.

Como se frisou, para Fredie Didier Jr. e Pedro Henrique Pedrosa Nogueira, “não há fato jurídico processual que não se possa relacionar a algum processo

⁷⁷⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**: validade, nulidade, anulabilidade. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Editoraa Revista dos Tribunais, 2012, tomo IV. p. 66-67.

⁷⁸⁰ Por todos, cf. DIDIER JR., Fredie. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**, cit.

⁷⁸¹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência, cit., p. 134.

(procedimento) existente”.⁷⁸² Assim, a existência de um procedimento a que o fato processual (*lato sensu*) se referira é elemento (completante) do núcleo do suporte fático. Faltando *in concreto* tal nota do suporte fático abstrato, inexistirá fato processual, malgrado possa haver fato jurídico (não processual). Dessarte, a outorga de procuração, enquanto não iniciado um procedimento a que ela se refira, não será “processualizada”. É como se ela adentrasse no mundo jurídico, por sofrer a incidência de norma de direito material (cria-se um negócio jurídico, com a outorga de poderes), mas não no segmento denominado “mundo jurídico processual”.

Saber se um determinado fato é ou não jurídico, ou seja, se passou ou não pelo plano da existência, é de superior importância, na medida em que não se poderá cogitar de eficácia jurídica daquilo que não existe para o direito. Pode-se até especular sobre eficácia social, mas jamais jurídica. Igualmente, a eficácia jurídica processual requer que o fato seja revestido de processualidade, é dizer, adentre naquele compartimento denominado “mundo jurídico processual”.

Aliás, o plano da existência é caminho necessário para se averiguar, também, posteriormente, a validade de um fato jurídico processual (*lato sensu*), afinal, o que não existe não pode ser sequer perquirido como válido – e esse dado, muitas vezes ignorado, não é de menor importância para um discurso jurídico coerente. Nas palavras de Pontes de Miranda, “Para que algo valha é preciso que exista. Não tem sentido falar-se de validade ou de invalidade a respeito do que não existe.”⁷⁸³

Uma vez existente o fato jurídico processual (*lato sensu*) – e todas as espécies devem passar pelo plano da existência –, necessário se mostra identificar qual exatamente a tipologia que adentrou no mundo jurídico. Isso, porque, a depender do espécime, será possível analisá-lo ou não no plano da validade.

Percebe-se, com isso, que nem todos os tipos de fatos processuais (*lato sensu*) passam pelo plano da validade, mas apenas aqueles que são lícitos e que têm a vontade como elemento cerne do núcleo do suporte fático abstrato normativo, isto é, os atos jurídicos processuais em sentido estrito e os negócios jurídicos processuais.⁷⁸⁴

⁷⁸² DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**, cit., p. 33.

⁷⁸³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**, tomo IV, cit., p. 66.

⁷⁸⁴ Nesse sentido, Pontes de Miranda: “Nem tudo que existe é suscetível de a seu respeito discutir-se se vale, ou se não vale. Não se há de afirmar nem de negar que o nascimento, ou a morte, ou a avulsão, ou o pagamento valha. Não tem sentido. Tampouco, a respeito do que não existe: se não houve ato jurídico, nada há que possa ser válido ou inválido. Os conceitos de validade ou de

Não haveria lógica analisar um fato jurídico processual em sentido estrito ou um ato-fato processual sob a ótica do plano da validade, justamente porque essas espécies de fato jurídico processual (*lato sensu*) adentram no mundo jurídico sem que haja vontade humana; o fato jurídico processual *stricto sensu* dispensa, inclusive, a ação do homem. Como falar, por exemplo, da invalidade da morte de uma das partes do processo? Ou como dizer que a revelia (vista como omissão em contestar) do réu foi inválida?⁷⁸⁵ A resposta negativa a essas perguntas evidencia a falta de sentido na análise dessas espécies no plano da validade.

O ilícito processual (*lato sensu*), a seu turno, também não passa pelo plano da validade porque, sendo contrário ao direito, não se pode cogitar a validade como sendo uma qualidade atribuída a ele; por óbvio, o que é ilícito não pode ser válido.⁷⁸⁶ Por outro lado, – excetuando-se os ilícitos invalidantes (que equivalem aos atos inválidos) cuja sanção é a decretação da invalidade –, se a invalidação fosse consequência aplicada aos ilícitos em geral, deixar-se-ia de impor punição efetiva ao infrator. Imagine-se um litigante de má-fé que, como sanção, recebesse a invalidação de seus atos de má-fé. Algo completamente sem sentido.

No plano da validade, investiga-se se o suporte fático normativo foi preenchido com *perfeição*, ou seja, sem nenhuma *deficiência*. O núcleo do suporte fático contém os elementos de existência do fato jurídico, mas pode ser que o direito exija um *plus* qualificativo para que o fato jurídico seja perfeito. Esse algo a mais diz respeito aos elementos complementares do suporte fático, os quais se acoplam qualificando o sujeito, a vontade, o objeto ou a forma do ato jurídico. É, por exemplo, a exigência da capacidade postulatória para a parte praticar atos em juízo, ou a necessidade da licitude do objeto de um negócio jurídico, ou da observância da forma solene prevista em lei etc. Analisa-se se os elementos complementares do suporte fático foram perfeitamente preenchidos. Se não tiverem sido, pode ser que a (sanção de) invalidação seja aplicada.⁷⁸⁷

invalidade só se referem a atos jurídicos, isto é, a atos humanos que entraram (plano da existência) no mundo jurídico e se tornaram, assim, atos jurídicos.” (Ibid. Tomo IV, p. 66).

⁷⁸⁵ A omissão do réu jamais pode ser inválida. O que pode ser inválido é o ato judicial que reconheceu a revelia e aplicou os seus efeitos, se, por exemplo, verificar-se que a citação estava maculada de vício.

⁷⁸⁶ MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade. 8ª edição revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 17-18.

⁷⁸⁷ MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade. 8ª edição revista e atualização. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 4-6.

Já a eficácia é o plano a que visam como ponto de chegada todos os fatos jurídicos, inclusive todos os processuais. Trata-se do plano que se apura a produção de efeitos no mundo jurídico, ou seja, criação, modificação ou extinção de situações jurídicas e relações jurídicas, com todo o seu conteúdo eficaz, representado pelos direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções.⁷⁸⁸

Como se viu no capítulo 1, a eficácia é vista como de tamanha importância pelos doutrinadores que muitos deles chegam a definir o conceito de fato jurídico tendo em conta os seus efeitos, caindo, pois, em erro, por não perceberem que nem todo fato jurídico (inclusive o processual) passa efetivamente pelo plano da eficácia.⁷⁸⁹ Todas as espécies de fatos jurídicos podem chegar à irradiação de efeitos, mas não necessariamente chegam. A cláusula de eleição de foro que não é invocada em momento oportuno é um bom exemplo: o negócio processual existiu, foi válido, mas não produziu seus efeitos jurídicos próprios. Pode ser que a norma jurídica processual contenha algum elemento complementar em seu suporte fático que condicione a produção dos efeitos jurídicos próprios do ato, ou preveja algum elemento integrativo que condicione a irradiação de efeitos específicos. Por isso, sem homologação, a desistência do processo não produz efeitos jurídicos; tal condição é elemento complementar exigido em lei.

Destaca-se que os três planos do mundo jurídico devem ser analisados de maneira separada (eles são autônomos), sendo que o único plano que se mostra pressuposto aos demais é o da existência. Assim, bem lembra Pedro Henrique Pedrosa Nogueira, “Um fato jurídico (portanto, já no plano da existência) pode ser válido e eficaz, válido e ineficaz, inválido e eficaz, inválido e ineficaz.”⁷⁹⁰

Em conhecido estudo sobre os negócios jurídicos, Antonio Junqueira sugere o que ele denomina de “técnica de eliminação progressiva”, a qual consiste no seguinte: primeiramente, há de se examinar o fato jurídico no plano da existência e, aí, ou ele existe, ou não existe; não existindo, morre (a análise) no plano da existência; existindo, passa-se para o plano seguinte. Em segundo lugar, no plano

⁷⁸⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**, cit., tomo V, p. 69.

⁷⁸⁹ Francisco Pereira de Bulhões Carvalho traz uma nota histórica de bastante importância: “Coube a Windscheid a glória de fazer surgir, perante a ciência jurídica, a existência, dum *tertium genus* diferente da nulidade e da anulabilidade, há muito estudadas, ou seja, a chamada ‘ineficácia simples’. Pode, com efeito, um ato conter todas as condições de validade e, entretanto, não possuir eficácia em virtude da falta de um elemento extrínseco ao ato, como ocorre, por exemplo, no caso dum ato sob condição suspensiva.” (CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. **Ineficácia do ato jurídico e a reforma do Código Civil**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966. p. 1).

⁷⁹⁰ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios jurídicos processuais**, cit., p. 37.

da validade, só são examinados os negócios jurídicos; neste plano, os negócios jurídicos existentes serão válidos ou inválidos; se forem inválidos não passam para o plano da eficácia; se forem válidos, continuam e seguem para o plano da eficácia. Por fim, no plano da eficácia, averigua-se a eficácia ou não do negócio jurídico existente e válido.⁷⁹¹

A proposta de Junqueira⁷⁹², em que pese ser bem lógica, pode ser criticada à luz da teoria ponteana com a constatação de que existem atos jurídicos (*lato sensu*) que, embora inválidos, adentram no plano da eficácia. Por isso, o autor paulista reconheceu que a objeção tem “seu fundo de verdade”, mas destacou que os efeitos do nulo são exceções no sistema de nulidades e, quanto aos atos anuláveis, eles se encontram em situação indefinida: “após certo tempo, tais atos estarão definitivamente entre os nulos (foram anulados), ou se equipararão aos válidos como se nunca tivessem tido qualquer efeito.”⁷⁹³ Junqueira, ao comentar o caso do casamento putativo, exemplo clássico de eficácia do nulo, diz que se identifica aí um “furo” na técnica de eliminação progressiva, mas arremata afirmando tratar-se de uma “exceção que confirma a regra”.⁷⁹⁴

Por aqui, entende-se que nenhuma regra se confirma pela exceção. Tudo o que foge à regra serve tão somente para enfraquecê-la. Com efeito, a técnica da eliminação progressiva, fugindo da proposta de Pontes de Miranda, não deve ser adotada no âmbito da teoria dos fatos jurídicos processuais. Em verdade, a existência é pressuposto para analisar os demais planos, porém é possível haver ato jurídico processual (*lato sensu*) inválido e eficaz simultaneamente, sobretudo porque no processo civil toda invalidade requer decretação (logo, o ato produz efeitos jurídicos até que seja invalidado).

De tudo isso, nota-se que em cada plano averiguam-se, em síntese, duas realidades ambivalentes: (i) no plano da existência, analisa-se se o fato jurídico processual (*lato sensu*), lícito ou ilícito, é existente ou inexistente; (ii) no plano da validade, analisa-se se o ato jurídico processual *stricto sensu* e o negócio jurídico processual, todos lícitos, são válidos ou inválidos; (iii) no plano da eficácia, analisa-se se o fato jurídico processual (*lato sensu*), lícito ou ilícito, é eficaz ou ineficaz.

⁷⁹¹ Cf. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4ª edição, atualizada de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 62-71 passim.

⁷⁹² Seguida, por exemplo, por José de Abreu Filho. Cf. **O negócio jurídico e a sua teoria geral**: de acordo com o novo Código Civil. 5ª edição atualizada. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 355.

⁷⁹³ Ibid. p. 64.

⁷⁹⁴ Ibid. p. 64.

Em se tratando do estudo do processo civil, cada um dos fatos jurídicos processuais civis (*lato sensu*) verificáveis ao longo do procedimento (ou ocorridos antes, mas a ele relacionado) pode ser analisado sob a ótica dos três planos do mundo jurídico, mas também a perquirição deve dar-se sob outro aspecto mais amplo, é dizer, tem-se de investigar a existência ou inexistência, a validade ou a invalidade, a eficácia ou ineficácia do processo considerado no todo, tendo em conta que o processo é “tipo jurídico complexo de formação sucessiva”⁷⁹⁵ e se perfaz num conjunto de “fatos processuais” que se desenrolam ao longo do caminhar procedimental.

5.4. A ABSTRAÇÃO DO “MUNDO JURÍDICO” E O PROCESSO CIVIL NO ESTADO DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL: EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA COMO INSTRUMENTOS PARA CONFERIR RACIONALIDADE AO DISCURSO

5.4.1. A crítica de Tesheiner à abstração do mundo jurídico ponteano

Como se notou nas considerações pretéritas a respeito da funcionalidade dos três planos do mundo jurídico, a teoria dos fatos jurídicos processuais, por ser inspirada em Pontes de Miranda, apresenta claros traços formalistas, e a própria concepção de “mundo jurídico” se apresenta exageradamente abstrata, do que parece haver um rigoroso racha com o mundo real (dos fatos). Portanto, o mundo jurídico, numa primeira aproximação, seria uma realidade artificial, desapegada ao mundo da vida.

Essa percepção levou José Maria Tesheiner⁷⁹⁶ a formular severa crítica à concepção ponteana de “mundo jurídico”. Para o autor gaúcho, não se pode cogitar a existência paralela de um mundo jurídico e de um mundo dos fatos. O mundo jurídico, pois, seria uma versão própria do direito para o mundo das ideias, de Platão.

⁷⁹⁵ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Esboço de uma teoria...**, cit., p. 83.

⁷⁹⁶ O teor inteiro da crítica, cf. TESHEINER, José Maria. **Não existe “mundo jurídico” paralelo ao mundo fático**. Disponível em: < <http://www.tex.pro.br/home/artigos/108-artigos-out-2004/5205-nao-existe-mundo-juridico-paralelo-ao-mundo-fatico>>. Acesso em: 4 de maio de 2017.

Falar em um mundo jurídico apartado do mundo dos fatos seria promover abstração ilusória e desprendida da realidade, o que impede ou dificulta a resolução de problemas da vida com a satisfação necessária. “Por essa via”, afirma Tesheiner, “o bacharel em Direito vive no mundo da lua, digo, no mundo jurídico, não raro propondo soluções que seriam cômicas, não fosse o trágico de sua real aplicação no mundo dos fatos.”

Com essa diretriz, o jurista também nega a noção de incidência automática e infalível da norma, bem como refuta a concepção de tripartição do mundo jurídico, sobretudo porque nega a ideia de inexistência jurídica.

Ao que parece, esse pensamento um tanto quanto “rebelde” do autor – que não é o mesmo manifesto em sua obra “pressupostos processuais e nulidades no processo civil”, em que ele trabalha com a noção de “mundo jurídico”⁷⁹⁷ – se guia na direção da busca por praticidade, por operabilidade dos conceitos jurídicos no mundo da vida.

É dizer, o processualista se norteia por um objetivo de realização do direito, com vistas à pacificação social *in concreto*, fora do plano abstrato. “[...] os problemas que o jurista (sic) são chamados a resolver” – diz Tesheiner – “são problemas do mundo fático, com toda a variedade e complexidade com que se apresentam na vida real. Não são problemas matemáticos, nem de lógica, nem mesmo de lógica jurídica.”

Sob essa perspectiva, cairia em ruínas a teoria dos fatos jurídicos processuais, uma vez que o processo civil do Estado Democrático Constitucional tem como objetivo basilar a efetividade (o que a ideia de mundo jurídico, em tese, repele).

Todavia, é preciso refletir com maior cuidado, para não se olhar os pilares da teoria dos fatos jurídicos de Pontes de Miranda de maneira tão simplista.

5.4.2. Pontes de Miranda: um positivista indutivista ou dedutivista? A mistura de métodos no conjunto da obra ponteana

⁷⁹⁷ TESHEINER, José Maria. **Pressupostos processuais e nulidades no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2000.

Comumente, a doutrina verifica certa descontinuidade na obra de Pontes de Miranda. Trata-se de uma “descontinuidade temática e uma quebra da unidade lógica (metodológica)” – afirma Lourival Vilanova – “entre o *Systema...* de 1922 e o *Tratado...*, entre o positivismo filosófico de 1922 e trabalhos de dogmática jurídica, que os publicou com rigor de linguagem técnica, e consciência do campo específico do conhecimento dogmático.”⁷⁹⁸

O sistema de ciência positiva do direito foi, nas palavras de Justino Silva, “um verdadeiro monumento da cultura jurídico-filosófica”.⁷⁹⁹ Em tal obra, Pontes de Miranda ergue as pilastras da ciência do direito no Brasil, tendo por base o positivismo, que não era o de cunho legalista, mas um positivismo “pós-comteano”.⁸⁰⁰ Com tom inovador, o jurista de Alagoas relaciona o direito com outras áreas do saber, como a sociologia, a biologia, a matemática e a física.

Bem na linha do positivismo clássico, Pontes de Miranda adota o método indutivo-experimental, até porque no seu entendimento o direito deve ser extraído da vida, do real, mediante a observação empírica. É assim que se explica a crítica do autor ao método dedutivo (inclusive à teoria pura do direito de Kelsen), no seguinte trecho:

Chegou-se a pretender, no delírio lógico e racionalista, que o jurista ‘conta’ com os conceitos como o matemático ‘conta’ com os sinais, com os algarismos. ¿Que respeito poderia merecer preocupação que consiste em procurar entender textos mais ou menos arbitrariamente escritos e votados? Nenhum.⁸⁰¹

Por isso que Antônio Maria Iserhard diz que em Pontes de Miranda a dedução e a intuição são encaradas como métodos “impotentes para abarcar o fenômeno jurídico de forma integral, interdisciplinar e interdependente”.⁸⁰² Dizia o jurista no *Sistema*, “Não cabe à ciência o problema das causas primeiras; o que incumbe é o estudo dos fatos e das relações”⁸⁰³, até porque se compreende que os fatos estão

⁷⁹⁸ VILANOVA, Lourival. A teoria do direito em Pontes..., cit., p. 405-406.

⁷⁹⁹ SILVA, Justino Adriano F. da. **Pequeno opúsculo sobre a vida e obra de Pontes de Miranda**. Porto Alegre: EST, 1981. p. 19.

⁸⁰⁰ VILANOVA, Lourival. A teoria do direito em Pontes..., cit., p. 400.

⁸⁰¹ PONTES DE MIRANDA. **Sistema de ciência...**, cit., tomo I, p. 108, tomo I.

⁸⁰² ISERHARD, Antônio Maria. Sistema Jurídico, política jurídica e hermenêutica jurídica: uma incursão nos caminhos abertos por Pontes de Miranda. ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org). In: **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito**: mestrado e doutorado. São Leopoldo: Unisinos, 2002. p. 55.

⁸⁰³ PONTES DE MIRANDA. **Sistema de ciência...**, cit., tomo II, p. 140.

em constante mudança – o direito, como processo de adaptação social, reflete e acompanha o fluxo da sociedade, diria Pontes de Miranda.

Observa-se, com isso, que essa fase de Pontes de Miranda reflete bem uma visão contemporânea de processo, o qual visa à realização da justiça no caso concreto, tendo em conta as peculiaridades de cada circunstância que se apresenta.

Por outro giro, no Tratado de Direito Privado, discorrendo sobre dogmática jurídica, Pontes adota, aparentemente, outra postura. Com uma abordagem mais técnico-jurídica, desenvolve a teoria do fato jurídico sem adentrar muito em elementos políticos ou sociológicos da regra jurídica, atendo-se bastante ao aspecto normativista.

Segundo Aldrovandi, Simioni e Engelman, “Parece que a proposta de estudar o fenômeno jurídico e desenvolvê-lo na dimensão normativa aproximou o pensamento de Pontes ao da Teoria de Kelsen, em especial na divisão entre ser e dever ser.”⁸⁰⁴ Não à toa, a ambivalência ponteana entre “mundo jurídico” e “mundo dos fatos”.

Com efeito, verifica-se o método subsuntivo mais presente na obra dogmática de Pontes de Miranda, a qual também é marcada pela visão logicista do sistema do direito, estampada no prefácio do Tratado de Direito Privado: “Os sistemas jurídicos são sistemas lógicos compostos de proposições que se referem às situações da vida, criadas pelos interesses mais diversos”.⁸⁰⁵

Pode-se dizer, então, que “[...] verifica-se a mudança no método – o método indutivo que buscava a revelação do Direito na observação da sociedade dá lugar a (sic) prevalência do método subsuntivo-dedutivo.”⁸⁰⁶ Com razão, Vilanova diz que Pontes de Miranda “Às vezes exacerba-se em logicismo quando enfatiza que o sistema jurídico é um cálculo lógico”.⁸⁰⁷

O problema é que um arquétipo exclusivamente formalista do direito se choca com o processo civil contemporâneo, até porque o mundo dos fatos não comporta a estabilidade das fórmulas matemáticas e das visões jurídicas exclusivamente apriorísticas.

⁸⁰⁴ ALDROVANDI, Andréa; SIMIONI, Rafael; ENGELMANN, Wilson. Traços positivistas das teorias de Pontes de Miranda: influências do positivismo sobre Sistema de Ciência Positiva do Direito e Tratado de Direito Privado – um percurso com várias matizes teóricas. In: **civilistica.com**, ano 4, nº 2, 2015. p. 19.

⁸⁰⁵ PONTES DE MIRANDA. **Tratado de direito privado...**, cit., prefácio.

⁸⁰⁶ ALDROVANDI; SIMIONI; ENGELMANN. Traços positivistas..., cit., p. 21.

⁸⁰⁷ VILANOVA, Lourival. A teoria do direito em Pontes..., cit., p. 402.

Não é assim, porém, que se quer tratar a teoria dos fatos jurídicos processuais. Nem parece que esse era o intuito de Pontes de Miranda com a sua teoria do fato jurídico.

5.4.3. Abstração e concretude na teoria dos fatos jurídicos processuais

Um detalhe na sequência de publicações de Pontes de Miranda é relevante por aqui.

Em 1972, a coleção do sistema de ciência positiva do direito foi republicada, e Pontes de Miranda manteve intacto o texto original de 1922, apenas fazendo alguns adendos num capítulo final que inseriu e intitulou “De 1922 a 1972”. Não apenas isso, o autor ainda fez a seguinte observação: “O que escrevêramos em 1922 e repetimos na 2ª edição continua sendo o que pensamos e consta de toda a obra. Não encontramos trabalhos posteriores que pudessem afastar as nossas convicções.”⁸⁰⁸

Com efeito, mesmo após terminar o Tratado de Direito Privado, Pontes de Miranda ratifica as suas ideias originárias, baseadas no método indutivo, constante no “Sistema de Ciência Positiva do Direito”.

Como isso seria possível? Indução e dedução não são métodos que se repelem?

A resposta a essas perguntas retóricas é a senha para que se admita uma pitada de formalismo e abstração numa teoria aplicável ao processo civil do Estado Democrático Constitucional.

Clóvis do Couto e Silva destaca que a coexistência do raciocínio dedutivo com o casuístico “não é nova na história do pensamento ocidental”.⁸⁰⁹ Ante ao que, entende-se que Pontes de Miranda, se de fato tiver tido a pretensão de utilizar ambos os métodos, não caiu no mais absurdo dos paradoxos.

Dedução é o método mediante o qual se constroem raciocínios partindo-se do geral para o particular, bem ao modelo do seguinte esquema silogístico: “a lei diz que ‘se matar, deve ser preso’, como João matou, então, ele deve ser preso”. Já a

⁸⁰⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Sistema de ciência positiva do direito**. Campinas: Bookseller, 2005, Tomo III. p. 333.

⁸⁰⁹ COUTO E SILVA, Clóvis. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p. 69.

indução é o método inverso, isto é, mediante o que se constroem raciocínios tendo em conta o particular e partindo para o geral.

Percebe-se, com isso, que o método dedutivista resguarda com afinco o valor “previsibilidade”, uma vez que são identificados conceitos gerais prévios que se impõem à realidade; enquanto que a indução resguarda o valor “adaptabilidade”, já que parte da averiguação do problema, do caso concreto, com suas peculiaridades não imaginadas antes.

Arthur Kaufmann, ao abordar sobre os dois diferentes métodos, apresenta sinteticamente o quadro dos prós e contras de cada um, quando inseridos nas teorias jurídicas:

As teorias do direito de procedimento dedutivo acentuam, com razão, o carácter de dever-ser do direito, os factos jurídicos. Com as teorias do procedimento indutivo sucede exatamente o contrário: elas centram-se nos ser, na realidade, não conseguindo, contudo, justificar como, partindo daí, sem referência a valores, se alcança um dever ser. Com a mera dedução isto não será possível [...]; mas tão-pouco o será com a mera indução, *porque a verdade é que não é possível rejeitar a referência aos valores.*⁸¹⁰

No que tange ao momento atual do processo civil, em que se busca o melhor de dois mundos (previsibilidade e adaptabilidade), faz-se necessário oxigenar as teorias com um toque simultâneo de método silogístico e de abertura ao casuísmo; dedução e indução precisam conviver com o máximo de equilíbrio, pois, enquanto aquele método garante a segurança tão desejada pelas sociedades, este último método possibilita que o direito acompanhe o fluxo das mudanças sociais, sem ser anacrônico. Essa combinação possibilita chegar-se a uma decisão justa, porque previsível e adequada ao caso concreto.

Ainda de acordo com Clóvis Couto e Silva, “o pensamento lógico-formal é necessário à compreensão do sistema jurídico”.⁸¹¹ Todavia, por se ter ciência de que o direito agora se centra no sentido e no valor do sistema, “torna-se claro que a lógica formal fundada no princípio da não contradição, possui valor bem menor” do que já se supôs na ciência jurídica.

Não mais cabe, portanto, a visão de que o mencionado sistema é fechado. Já dizia Lourival Vilanova, “o sistema jurídico é sistema empírico, sistema aberto às

⁸¹⁰ KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito..., cit., p. 183.

⁸¹¹ COUTO E SILVA, Clóvis. A obrigação como processo, cit., p. 68.

outras espécies de normas e aos fatos que se apresentam desprovidos de previsão normativa”.⁸¹²

O que aqui se sustenta é que a teoria dos fatos jurídicos processuais contém dados próprios do logicismo ponteano, mas também possui elementos bem característicos do pensamento do autor alagoano exposto no Sistema da Ciência Positiva do Direito, marcado pelo método indutivo-experimental. Ambas as facetas internas à teoria não a esfacela, mas calibra o seu potencial de aplicação no processo civil contemporâneo. Afinal, nos dizeres de Kaufmann, “é tão impossível chegar a decisões jurídicas concretas através da mera indução como pela simples dedução”.⁸¹³

Com efeito, no mundo jurídico, é possível estruturar raciocínios formalistas, é possível criar complexas abstrações e imaginar situações até irrealizáveis – muito embora o que se recomende seja a abstração concretizável. Ao mesmo tempo, dada a abertura que a aplicação do direito oferece, com a imposição ao intérprete-aplicador de que adote o método tópico⁸¹⁴ de estudo do problema apresentado, diz-se que o mundo jurídico também se abre para o concreto.

5.4.4. O mundo do jurídico, a sua tripartição e o aparato oferecido para um discurso jurídico racional e convincente

Voltando-se à crítica de José Maria Tesheiner, percebe-se que o autor, ao refutar a ideia de mundo jurídico, acaba por rumar na direção do casuismo extremado. Ao negar a formalidade, os métodos lógicos e dedutivistas, praticamente os demonizando, ele acaba por promover a defesa do uso exclusivo da indução.

Não parece ser tal postura um acerto, sobretudo porque o conceito de previsibilidade ainda se faz presente e necessário no Estado Democrático Constitucional. Logo, por querer muito a resolução prática dos problemas, Tesheiner assume uma postura que tende ao caos.

⁸¹² VILANOVA, Lourival. A teoria do direito em Pontes..., cit., p. 402.

⁸¹³ KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito..., cit., p. 186.

⁸¹⁴ Segundo Theodor Viehweg, “O aspecto mais importante na análise da tópica constitui a constatação de que se trata de uma técnica do pensamento que está orientada para o problema.” (**Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico científicos.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008. p. 33).

Já dizia Kaufmann, em mais uma lição insuperável, “Não atingimos o direito nem através da mera indução, nem através da mera dedução. Precisamos de uma fórmula final composta de dedução e de indução”.⁸¹⁵

A concepção de mundo jurídico possibilita que se desenvolvam conceitos e raciocínios muito úteis para a aplicação do direito. Evidentemente, que a adequação do conjunto teórico ao mundo da vida será pressuposto básico para o manejo das concepções abstratas, cabendo ao intérprete-aplicador, em diálogo, fazer a seleção daquilo que melhor se adéqua para a realização da justiça do caso concreto.

Como bem lembram Aldrovandi, Simioni e Engelmann,

Sem a dogmática, não haveria estabilidade conceitual no direito e a práxis forense precisaria discutir, além dos fatos, também o direito aplicável ao caso e as diversas interpretações possíveis sobre esse direito. A dogmática então condensa e confirma historicamente conceitos conectados a institutos jurídicos de modo a formar uma rede conceitual, sistemática e histórica [...].⁸¹⁶

Quando a teoria dos fatos jurídicos adota a ideia de mundo jurídico, pretende oferecer material ao operador do direito para que ele desenvolva um discurso jurídico coeso e convincente. Não se quer, com isso, reduzir o direito a abstrações, mas apenas servir o intérprete de equipamentos para que o seu discurso seja satisfatório, apto de levar ao consenso.

Em verdade, o mundo jurídico, com o seu logicismo, apresenta-se como contendo um catálogo argumentativo que se impõe ao intérprete-aplicador. Isso, porém, não exclui as contingências que se apresentam na aplicação do direito, até porque, no mundo da vida, ocorrem fatos antes sequer imaginados.

Lembra-se, com François Ost, que o processo é “a troca regulamentada dos argumentos com vistas à produção do justo”.⁸¹⁷ Nesse palco, os sujeitos travam intenso diálogo a fim de dar a mais adequada solução para cada circunstância que se apresenta ao longo da marcha procedimental.

Assim, a proposta ponteana de dividir o mundo jurídico em existência, validade e eficácia apresenta-se como sendo mais um catálogo de argumentos para o solucionamento de problemas concretos. Cabem aos sujeitos processuais fazer

⁸¹⁵ KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito..., cit., p. 186.

⁸¹⁶ ALDROVANDI; SIMIONI; ENGELMANN. Traços positivistas..., cit., p. 23.

⁸¹⁷ OST, François. **O Tempo do Direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

bom uso dele, mesclando a dedução com a indução, incidência com aplicação do direito.

5.5. O MUNDO JURÍDICO, A SUA TRIPARTIÇÃO E A TEORIA DOS FATOS JURÍDICOS PROCESSUAIS NO PROCESSO CIVIL DO ESTADO DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL

Após a norma jurídica processual incidir e preencher suficientemente o suporte fático, o fato jurídico processual (*lato sensu*) adentra no mundo jurídico, podendo ser analisado no plano da existência, da validade e da eficácia, a depender da espécie.

Esse esquema lógico do mundo jurídico se constitui em parte estruturante da teoria dos fatos jurídicos processuais e, junto com a ideia de incidência automática e infalível, compõe o *prius* vinculante que impõe limitações ao aplicador do direito. Sob esse aspecto, a noção de mundo jurídico à Pontes de Miranda representa uma inibição ao arbítrio judicial.⁸¹⁸

O mundo jurídico, estando situado no mundo dos pensamentos, também reforça a ideia de que o direito é uma construção metapessoal, e não uma obra de um só sujeito, motivo pelo qual a identificação da norma processual incidente deve se dar de maneira dialogal, em colaboração entre todos os sujeitos do processo.

O conceito de mundo jurídico também possibilita o desenvolvimento de um catálogo argumentativo prévio dotado de racionalidade e com aptidão de convencer, já que o intérprete pode operar com as noções de existência, validade e eficácia e construir raciocínios com aptidão de serem aplicados na prática. Ao julgador, em caso de recusa da aplicação, caberá o ônus de argumentar os motivos da não adoção das ideias levantadas. Vê-se, com efeito, a funcionalidade argumentativa da teoria dos fatos jurídicos processuais.

Sob outro viés, ratifica-se que a noção de aplicação do direito é uma porta aberta que a teoria dos fatos jurídicos dá para o método indutivo (tópico), para a

⁸¹⁸ Recorda-se que, sendo a teoria dos fatos jurídicos processuais situada na teoria geral do processo, ela é dotada da denominada “função bloqueadora”: “a Teoria Geral do Processo tem uma função bloqueadora: a solução jurídica que se der a um problema de direito processual somente será aceitável se estiver em conformidade com a pauta conceitual por ela fornecida”. (DIDIER JR., Fredie. **Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida**, cit, p. 127-128.)

resolução de problemas práticos. Logo, a noção de mundo jurídico não se fecha no abstrato, mas também se abre para o novo da juridicidade encontrada na experiência, com o empreendimento da racionalidade prática procedimental.

Todos esses elementos fazem da ideia de mundo jurídico e dos conceitos de existência, validade e eficácia serem compatíveis com o processo civil do Estado Democrático Constitucional. Todavia, algumas ressalvas precisam ser feitas.

A teoria dos fatos jurídicos processuais, em que pese a sua enorme potencialidade de aplicação nos diversos meandros do processo civil, não tem a aptidão de resolver todos os problemas práticos que se apresentarem. É necessário ter a humildade para reconhecer isso.

Por isso, é necessário deixar assentado que a teoria dos fatos jurídicos processuais não deve se apresentar com a pretensão de completude; ela deve ser vista como mais um dos instrumentos à disposição dos operadores do direito. Estes, porém, podem (e devem) lançar mão de outros utensílios teóricos que se mostrarem mais adequados a cada caso concreto, sobretudo para a aplicação justa do direito, a exemplo de dados estatísticos, pesquisas médicas, dados sócio-ambientais etc.

Aliás, a teoria dos fatos jurídicos processuais mesma, dada a enorme dinamicidade da sociedade e do direito processual contemporâneo (que muda freneticamente), precisa se reinventar e se atualizar, captando as novas tendências, como fez, por exemplo, com a incorporação das novas “descobertas” no âmbito das recentes teorias da norma jurídica. Também por isso se afirma que a citada teoria se mostra em construção permanente e contínua.

5.6. EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA NO PROCESSO CIVIL DO ESTADO DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO: UMA ANÁLISE CRÍTICO-REFLEXIVA

Este tópico é o mais extenso do trabalho. Nele se objetiva averiguar os fatos jurídicos processuais em cada um dos planos do mundo jurídico, tendo em conta as peculiaridades do direito processual civil brasileiro.

Antes, porém, é preciso fazer algumas advertências.

As considerações que a seguir serão feitas não têm a pretensão de serem peremptórias ou “inquestionáveis”. Tratam-se de raciocínios desenvolvidos com vista à aplicação prática, mas não sem diálogo.

Cada subtópico apresentado objetiva integrar o que a coletividade entende como sendo justo, compondo a noção de “mundo dos pensamentos”, mas se admite a possibilidade de que, no caso concreto, outras soluções mais úteis e operacionalizáveis sejam empreendidas.

Em qualquer caso, são oferecidos aqui alguns catálogos argumentativos importantes para a utilização no ato aplicador do direito. Eles poderão, certamente, integrar as razões de decidir de um juiz.

5.6.1. Existência e inexistência jurídica

Quando se alude ao plano da existência, está-se a referir especificamente à existência ou inexistência jurídica. Esse dado, em que pese seja óbvio, é preciso ser dito, a fim de se lembrar que nem tudo o que tem existência fática possui existência para o direito.

Consoante ensinamento de José Abreu Filho, a teoria da inexistência foi concebida no século XIX, na França, como solução encontrada para resolver problemas a respeito do direito familiar, mais especificamente sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo. À época, a doutrina se firmava na interpretação textualista do *pas de nullité sans texte*, que consistia na adoção do princípio segundo o qual *inexiste nulidade sem que haja um texto legal que o consagre*. Assim, não havendo previsão legal de nulidade para o casamento homoafetivo, instaurou-se o imbróglio. Zachariae, então, ao estudar o assunto, procedeu com a diferença entre “condições de existência” e “condições de validade” e concluiu que o casamento entre pessoas do mesmo sexo estava maculado com o problema da inexistência jurídica.⁸¹⁹

Evidente que os estudos da existência e da inexistência jurídica sofreram reveses variados. Alguns criticaram, outros adaptaram e muitos aperfeiçoaram.

⁸¹⁹ ABREU FILHO, José. **O negócio jurídico e sua teoria geral**, cit., p. 359-362.

Dentre os que aperfeiçoaram, coloca-se Pontes de Miranda, o qual fora seguido pelos ponteanos do processo.

Por aqui, entende-se que trabalhar com o plano da existência pode ajudar bastante na resolução de problemas jurídicos que se apresentam no âmbito do direito processual civil. Os tópicos que se seguem evidenciarão isso.

5.6.1.1. *Existir faticamente e existir juridicamente*

Calmon de Passos diz que “fato” é “tudo quanto importa mudança ocorrida entre dois momentos delimitadores”.⁸²⁰ Deveras, há muitos fatos que não sofrem a juridicização do direito, é dizer, existem no mundo concreto, mas não existem no mundo jurídico. Pontes de Miranda dá alguns exemplos:

A nuvem que está a passar, a estrêla (sic) cadente, o eclipse do sol ou da lua, o que ocorre no fundo dos mares, ou na atmosfera, mesmo fatos que são de grande importância para o nosso corpo e para a vida dos animais, a cachoeira que está a murmurar há milênios, tudo isso é fático e não é jurídico.⁸²¹

Assim, observa-se que para um determinado fato ser juridicizado, ele precisa ser colorido por uma norma jurídica. Se o suporte fático de uma norma jurídica abstrata contiver a previsão de um fato “x”, vindo este a ocorrer no mundo fenomênico, haverá a incidência normativa e “x” se tornará fato jurídico, existindo no mundo do direito.

É evidente que, de regra, o suporte fático da norma jurídica não se apresenta tão simples quanto o que se indicou. Comumente, o suporte fático abstrato é complexo, sendo cheio de notas em seu núcleo. Só haverá fato jurídico se o suporte fático concreto for preenchido suficientemente, ou seja, se todos os fatos previstos no suporte fático abstrato ocorrerem no mundo fenomênico.⁸²²

⁸²⁰ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Esboço de uma teoria...**, cit., p. 20.

⁸²¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de ações**, cit., tomo I, p. 3.

⁸²² MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**, cit., p. 123.

5.6.1.2. *O plano da existência e as espécies de fatos jurídicos processuais (lato sensu): o núcleo dos respectivos suportes fáticos*

Viu-se que, no processo civil do Estado Democrático Constitucional, mostra-se possível trabalhar com a classificação ponteana dos fatos jurídicos. Com efeito, é importante analisar – apesar de que de certa forma o tema já foi tratado quando da abordagem das espécies, no capítulo 4 – cada um daquelas tipologias sob a ótica do plano da existência.

No que tange aos fatos jurídicos processuais (*lato sensu*), observa-se que eles, impreterivelmente, surgem da incidência de uma norma processual com suporte fático complexo. Isso, porque, como se firmou desde o primeiro capítulo, a processualidade só será atribuída ao fato jurídico (*lato sensu*) se ele se referir a um procedimento existente, sendo esta exigência uma nota obrigatória (elemento completante) – acoplada às outras – que constitui o núcleo do suporte fático da norma processual.⁸²³ A seguir, são identificados os outros elementos cernes do núcleo de cada espécie de fato jurídico processual (*lato sensu*).

No gênero fato jurídico processual *lato sensu*, os elementos cerne do suporte fático servem para identificar as duas categorias mais gerais: (a) fatos jurídicos processuais conforme ao direito e (b) fatos jurídicos processuais contrários ao direito. No primeiro caso, o elemento cerne do suporte fático abstrato é a conformidade com os preceitos jurídicos, que, se for verificada no mundo fenomênico, dir-se-á que um fato processual lícito existe. No segundo caso, o elemento cerne do suporte fático abstrato é a contrariedade ao direito, que, se for verificada no procedimento, dir-se-á que um fato processual ilícito existe.

Tendo em conta o outro critério classificatório, é possível identificar mais três espécies de fatos jurídicos processuais (*lato sensu*): (a) o fato jurídico processual em sentido estrito, (b) o ato-fato jurídico processual e (c) o ato jurídico processual em sentido amplo. Na primeira espécie, o elemento cerne do suporte fático abstrato da norma processual contém um acontecimento natural ou biológico, é dizer, sem conduta humana; na segunda espécie, o elemento cerne do suporte fático abstrato da norma processual é uma conduta humana, mas sem vontade ou com vontade

⁸²³ NOGUEIRA, Pedro Nogueira. **Negócios processuais**, cit., p. 64-66.

irrelevante; na terceira espécie, o elemento cerne do suporte fático abstrato da norma processual é uma conduta humana volitiva.

No que tange ao ato jurídico processual em sentido amplo, ele pode ser bipartido em dois tipos: (a) ato jurídico processual em sentido estrito e (b) negócio jurídico processual. Aquele passa a existir com a incidência de uma norma processual em cujo suporte fático abstrato haja como elemento cerne uma conduta humana com manifestação consciente de vontade não revestida do poder de autorregramento (não se pode escolher a categoria jurídica, porque esta já está em lei determinada). Já o negócio jurídico processual passa a existir com a incidência de uma norma processual em cujo suporte fático abstrato haja como elemento cerne uma conduta humana com manifestação consciente de vontade revestida do poder de autorregramento (poder de escolha da categoria jurídica e de estruturação do conteúdo da relação jurídica correspondente, desde que respeitados os limites do ordenamento jurídico).

É evidente que o direito pode firmar novos pressupostos de existência para determinados fatos jurídicos processuais (*lato sensu*). Nessas hipóteses, a suficiência do suporte fático demandará a conjugação de outros elementos (completantes do núcleo) para que o espécime adentre no mundo jurídico. Por aqui, exemplifica-se com a sentença judicial, ressaltando-se, porém, que os outros fatos jurídicos processuais, igualmente, possuem os seus pressupostos específicos.

A sentença, comumente, é vista como ato jurídico processual em sentido estrito, porque ela só existirá no mundo jurídico mediante uma conduta humana volitiva e cujo teor eficaz é delimitado por lei (sem poder de autorregramento). Para ser sentença, porém, não basta a conjugação desses elementos; outros se fazem necessários.

De início, o ato denominado “sentença” precisa ser proferido por uma pessoa investida de jurisdição.⁸²⁴ Por isso, não se pode qualificar dessa maneira um ato realizado por oficial de justiça, ou por um promotor, ou por um delegado, ou até mesmo por um juiz aposentado. O ato praticado por qualquer um que não tenha jurisdição não preenche suficientemente o suporte fático concreto da norma jurídica; não há que se falar em existência de sentença. Por outro lado, mesmo de férias ou nos feriados, um juiz pode proferir “sentença”, haja vista que não perde a investidura

⁸²⁴ ASSIS, Araken de. Eficácia da coisa julgada inconstitucional. **Revista dialética de direito processual civil**, nº 4, São Paulo, Dialética, 2003. p. 15.

no referido período, tanto é assim que o CPC/15 permite a prática de atos urgentes durante tal lapso temporal (art. 214, inciso II, CPC/15⁸²⁵).⁸²⁶

Muito associado com o pressuposto acima é a necessidade de a sentença ser assinada. Sem assinatura, não se mostra possível identificar quem manifestou vontade. Logo, impossível saber se o assinante está ou não investido de jurisdição. Portanto, ato sem assinatura não pode ser qualificado como sentença; eis mais um elemento que compõe o núcleo do suporte fático da norma processual.⁸²⁷

Outro elemento completante do suporte fático do ato “sentença” é a existência de dispositivo. Este é a parte da decisão que contém o desfecho, uma resposta sobre se o pedido formulado pelo autor foi ou não acolhido.⁸²⁸ Segundo Alexandre Câmara, “Não havendo dispositivo, a sentença não contém nenhuma decisão e, assim, não poderá ser reconhecida como uma sentença. Sentença sem decisão, passe o truísmo, é sentença que não sentencia.”⁸²⁹ Com motivo, o dispositivo é visto por Barbosa Moreira como o “coração da decisão”.⁸³⁰⁻⁸³¹

Além disso, outra exigência é que o ato seja publicado.⁸³² Antes de tornar-se pública, a sentença pode até ter sido elaborado como documento pelo juiz, sendo inclusive assinada por ele, mas ainda não estará inserida no mundo jurídico. É por isso que, antes de ser dada publicidade ao documento assinado pelo juiz, mostra-se possível corrigir todo o teor ali contido; depois, porém, que se dá publicidade ao

⁸²⁵ Art. 214, CPC/15. “Durante as férias forenses e nos feriados, não se praticarão atos processuais, excetuando-se: [...] II - a tutela de urgência.”

⁸²⁶ Interessante é a questão colocada por Danilo Heber Gomes. O autor questiona a existência da sentença proferida por um juiz que, algum tempo depois, foi descoberto como alguém que adentrou na magistratura mediante fraude de concurso público. A resposta a que o jurista chega é que o ato é existente, porque ao tempo em que foi proferido o agente estava investido de jurisdição. Cf. GOMES, Danilo Heber. **Ato processual (in)existente**. Curitiba: Juruá, 2013. p. 99.

⁸²⁷ Ibid. p. 102.

⁸²⁸ Cf. MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil**. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2006, v. 1. p. 591.

⁸²⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições preliminares...**, volume I, cit., p. 288.

⁸³⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O que deve e o que não deve figurar na sentença. In: **Temas de direito processual** – 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 123.

⁸³¹ Também colocam o dispositivo como pressuposto de existência da sentença, por todos: SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 3. p. 20. DEMARCHI, Juliana. Ato processual juridicamente inexistente – mecanismos predispostos pelo sistema para a declaração da inexistência jurídica. In: **Revista dialética de direito processual**, nº 13, São Paulo: Dialética, p. 43-59, abril/ 2004. p. 51; OLIVEIRA, Vallisney de Souza. Nulidade da sentença e o princípio da congruência. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 213; CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Esboço de uma teoria...**, cit., p. 102

⁸³² Cf. GOMES, Danilo Heber. **Ato processual (in)existente**, cit., p. 100.

documento e se confere a ele o qualificativo de “sentença”, não mais se admitem alterações, salvo aquelas bem restritas previstas no art. 494 do CPC/15⁸³³.

Por fim, no direito brasileiro, é elemento completante do núcleo do suporte fático da “sentença” a finalidade do ato consistente em finalizar a fase cognitiva ou executiva do procedimento de primeira instância. Com efeito, as decisões proferidas em órgãos colegiados, quando da fase recursal, por exemplo, não são atos sentençiais; também não são as decisões liminares proferidas em um processo judicial.⁸³⁴

Ante ao exposto, nota-se que aquela classificação geral dos fatos jurídicos processuais (*lato sensu*) se situa em um plano elevado de abstração, funcionando como ponto de partida para a abordagem de outros fatos processuais bem específicos que se observam no processo civil. Quanto mais se diminui o grau de abstração, mais são os elementos que comporão o núcleo do suporte fático da norma processual; mais elementos serão necessários para haver existência jurídica (sob a rubrica de uma dada categoria).

5.6.1.3. A existência do processo

Uma coisa é a existência de cada um dos fatos jurídicos processuais relacionados ao procedimento, cuja abordagem foi realizada no tópico passado; outra coisa é a existência do processo como um todo, cuja análise será feita por agora.

O processo judicial pode ser visto como sendo um “procedimento animado pela existência de uma relação jurídica que vincula os sujeitos que dele fazem parte – relação jurídica essa que se desenvolve em contraditório”.⁸³⁵ Nesse sentido, concorda-se com Calmon de Passos quando o autor baiano situa o processo entre os tipos complexos de formação sucessiva. Por aqui, sustenta-se que ele se apresenta com uma estrutura que se compõe de atos e fatos jurídicos necessários

⁸³³ Art. 494, CPC/15. “Publicada a sentença, o juiz só poderá alterá-la: I - para corrigir-lhe, de ofício ou a requerimento da parte, inexatidões materiais ou erros de cálculo; II - por meio de embargos de declaração.”

⁸³⁴ Por todos, cf. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil...**, cit., p. 305-306.

⁸³⁵ DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação**: o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 19.

para a obtenção do fim específico e, isso tudo, em uma sucessão com ordem necessária e [mais ou menos] pré-estabelecida.⁸³⁶⁻⁸³⁷

O que se questiona, por ora, é o que faz o processo adentrar no mundo jurídico, é dizer, existir juridicamente.

Mais ou menos a mesma indagação se fez Oscar von Bülow, quando da confecção de sua teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias. É cediço – e sobre tal assunto já se falou no primeiro capítulo deste trabalho –, que Bülow via o processo como uma relação jurídica processual diferente da relação jurídica de direito material. Uma das evidências dessa distinção é que o réu poderia denunciar vícios referentes ao processo, as chamadas “exceções dilatórias”, sem que tais alegações atingissem o vínculo de direito material, o qual se manteria intacto. O autor alemão procurou demonstrar que a relação jurídica de direito material só poderia ser julgada após a constatação dos denominados “pressupostos processuais” que constituiriam a relação jurídica processual.

Com efeito, percebe-se que os denominados “pressupostos processuais”, na teoria de Bülow, eram encarados como elementos que constituem o processo, isto é, como introdutores do processo no mundo jurídico (existência jurídica). Como destaca Marinoni,

Para ele só existe relação jurídica processual ou processo quando os seus pressupostos estão presentes, de modo que não haveria como ter uma fase processual ou um processo destinado ao julgamento do mérito na ausência de pressuposto processual, pois nesse caso o processo não teria sido constituído.⁸³⁸

Esse raciocínio, porém, não encontra eco no processo civil contemporâneo. Malgrado se reconheça a importância dos estudos iniciais de Bülow, não se pode mais dizer que a existência do processo possa ser reconhecida ou não depois de – veja a contradição – iniciado o processo. É paradoxal dizer que um processo deve

⁸³⁶ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Esboço de uma teoria...**, cit., p. 83.

⁸³⁷ É possível situar o processo judicial na categoria dos “atos complexos”, a qual foi referida por Marcos Bernardes de Mello. Trata-se tal modalidade de “atos jurídicos cujos suportes fáticos são integrados por vários atos jurídicos [...]. No ato complexo [...], há um ato final, que o caracteriza, define a sua natureza e lhe dá a denominação, e há o ato ou os atos condicionantes desse ato final, todos relacionados entre si, ordenadamente no tempo, de modo que constituem partes integrantes de um processo, definido este como um conjunto ordenado de atos destinados a certo fim (exercício de uma competência, de um poder ou prestação de um dever).” (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência, cit., p. 195-196.

⁸³⁸ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: teoria de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 1. p. 545.

ser extinto por falta de elementos constitutivos de sua existência. Ora, se ele não possui os elementos que o fazem processo, como pode ser extinto? De fato, não pode.

Com isso, é preciso firmar novos e mais precisos conceitos, aptos de extirpar tal confusão. “Pressuposto” é tudo o que deve anteceder um fato jurídico para que se possa falar da existência dele; “requisito” é tudo o que se põe entre o momento inicial e final do fato jurídico, integrando a sua estrutura executiva, ou seja, é termo que diz respeito ao plano da validade; “condição” é tudo quanto se sucede ao fato jurídico, para que se produza determinado efeito jurídico, ou seja, é vocábulo próprio do plano da eficácia.⁸³⁹

É verdade que essa terminologia não é própria de Pontes de Miranda, que indistintamente usa os vocábulos para se referir aos diversos planos, como na seguinte passagem: “se falta algum dos *pressupostos de existência ou de validade*, como se, tratando-se de aquisição de bem imóvel, a transmissão, pelo registro no registro de imóveis, foi à mulher, ou ao amigo”.⁸⁴⁰ Também Marcos Bernardes de Mello fala em “pressupostos de validade”: “a definição dos *pressupostos de validade* do ato jurídico se põe no campo da Dogmática Jurídica.”⁸⁴¹

Entretanto, por uma questão de precisar os conceitos, diferenciando-se com maior rigor os planos do mundo jurídico, lança-se mão da distinção feita por Calmon de Passos – o que contribui para se diminuir confusões e se elevar o grau de coerência no discurso.

Assim sendo, os “pressupostos processuais” se põem antes mesmo do início do processo, pois dizem respeito à existência deste. Tudo o que se sucede ao início do procedimento processual será ou requisito de validade ou condição de eficácia. Portanto, não há que se falar em extinção do processo por falta de “pressupostos processuais”. Aquilo que não existe não pode ser extinto. A incompetência do juiz, a falta de capacidade postulatória, a litispendência etc. não são pressupostos processuais, mas requisitos de validade do procedimento, conforme se anotará em tópico futuro.

O que faria um processo existir, então? Quais seriam os seus pressupostos ou elementos constitutivos?

⁸³⁹ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Esboço de uma teoria...**, cit., p. 84-85.

⁸⁴⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**, cit., tomo IV, p. 506 (destaques nossos).

⁸⁴¹ MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**, cit., p. 19. (grifos nossos).

Em verdade, a doutrina é quase unânime⁸⁴² – pelo menos entre aqueles que adotam a noção de “pressupostos processuais” – em dizer que a existência de órgão investido de jurisdição é pressuposto básico para a existência de um processo.⁸⁴³

Aqui, cabe uma ressalva: não se pode confundir competência com jurisdição. Aquela é medida desta, ou seja, é o âmbito em que o juiz pode atuar em sua atividade jurisdicional. Por isso, Leonardo Carneiro da Cunha diz que “O exercício da jurisdição é legítimo, quando realizado dentro dos limites da competência própria do órgão, sendo arbitrário e ilegítimo, se desborda de tais limites”.⁸⁴⁴ Essa observação é importante porque mesmo a competência dita constitucional não se constitui pressuposto de existência do processo.

Segundo Calmon de Passos, os juízes que agem fora dos limites jurisdicionais fixados pela Constituição não produzem decisões juridicamente existentes, “O que façam ou realizem fora dos limites constitucionais é, em tudo e por tudo, semelhante à atividade do não juiz, conseqüentemente, ato inexistente juridicamente, do ponto de vista processual.”⁸⁴⁵ Tal entendimento se dá, porque o autor da Bahia entendia que, nesses casos, o magistrado age em “defeito de jurisdição”, e não em “defeito de competência”. A tese não merece prosperar, porém, porque, tanto essas situações se tratam de problemas relacionados à falta de competência que, até um juiz incompetente constitucionalmente guarda um resquício de competência, consistente no poder de reconhecer a sua própria incompetência (regra da *kompetenzkompetenz*), o que evidencia existir jurisdição.

Todavia, sendo a inércia um dos princípios da jurisdição, esta existindo por si só não constitui processo. Faz-se indispensável que a jurisdição seja provocada. Daí ser fundamental incluir o “ato de demandar” entre os pressupostos processuais.

⁸⁴² Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Sobre pressupostos processuais. In: **Temas de direito processual civil**: segunda série. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 90; CARVALHO, José Orlando Rocha de. **Teoria dos pressupostos e dos requisitos processuais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005; KOMATSU, Roque. **Da invalidade no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 234; DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação**, cit., p. 131.

⁸⁴³ Já que o Estado tomou para si a função de julgar, não há que se falar em processo sem existir jurisdição – ainda que esta não se concentre apenas e tão-somente nas mãos de um ente público. É possível que o Estado atribua jurisdição a entes privados, daí se compreender hoje no Brasil que a arbitragem é, sim, processo jurisdicional, em que pese seja deflagrado diante de um árbitro, sob escolha das partes. Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2ª turma. CC nº 111.230/ DF. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, julgado no dia 8 de maio de 2013.

⁸⁴⁴ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Jurisdição e competência**. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 93-94.

⁸⁴⁵ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 8ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 3. p. 291.

Demandar significa pedir. Nos dizeres de Didier Jr., trata-se do “continente (o ato de pedir) e não [do] conteúdo (aquilo que se pede)”.⁸⁴⁶ Quando a parte propõe a demanda, o juiz está vinculado de pronto a se pronunciar, ainda que não seja propriamente sobre o mérito (os pedidos). No Brasil, o protocolo da petição inicial (instrumento da demanda) é considerado o átimo exato do ato de demandar (art. 312, CPC/15⁸⁴⁷). Nasce o processo desde então.

Curiosamente, há casos em que o ato introdutório do processo, ou de procedimentos variados, pode ser praticado pelo próprio juiz. Lembra-se da regra contida no revogado art. 989 CPC/73⁸⁴⁸, que autorizava o magistrado a iniciar o processo de inventário; ou da permissão para que o juiz instaure de ofício a execução de contribuições sociais, nos termos da Constituição (art. 114, inciso VIII, CF⁸⁴⁹); ou a autorização para que o julgador demande pedindo a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 977, inciso I, CPC/15⁸⁵⁰). Em todas essas hipóteses, há ato de demandar como em qualquer outra, muito embora praticado por sujeito incomum. Frisa-se, aliás, que se o juiz demandar fora do âmbito de autorização do ordenamento jurídico, ainda assim haverá demanda; o procedimento estará instaurado (existirá), muito embora seja defeituoso (problema de validade).

É evidente que o ato de demandar se reveste de formalidade para se constituir como tal. De regra, a demanda se dá mediante documento escrito, excetuando-se, por exemplo, os casos de abertura de processo nos Juizados Especiais Cíveis, em que a parte pode formular demanda de maneira oral.⁸⁵¹ No entanto, mesmo em situações como nesta, ainda assim haverá redução a termo⁸⁵², do que se extrai a solenidade necessária, ainda que com maior simplicidade.

⁸⁴⁶ DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos processuais...**, cit., p. 132.

⁸⁴⁷ Art. 312. “Considera-se proposta a ação quando a petição inicial for protocolada, todavia, a propositura da ação só produz quanto ao réu os efeitos mencionados no art. 240 depois que for validamente citado.

⁸⁴⁸ Art. 989, CPC/73. “O juiz determinará, de ofício, que se inicie o inventário, se nenhuma das pessoas mencionadas nos artigos antecedentes o requerer no prazo legal.”

⁸⁴⁹ Art. 114, CPC/15. “Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: [...] VIII a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir.”

⁸⁵⁰ Art. 977, CPC/15. “O pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente de tribunal: I - pelo juiz ou relator, por ofício”.

⁸⁵¹ Art. 14, caput, lei nº 9.099/95. “O processo instaurar-se-á com a apresentação do pedido, escrito ou oral, à Secretaria do Juizado.”

⁸⁵² Art. 14, §3º, lei nº 9.099/95. “O pedido oral será reduzido a escrito pela Secretaria do Juizado, podendo ser utilizado o sistema de fichas ou formulários impressos.”

Danilo Heber Gomes⁸⁵³ sustenta que os dois elementos indicados – a existência de órgão investido de jurisdição e de ato de demandar – são os únicos pressupostos processuais, posição com o que se concorda.⁸⁵⁴⁻⁸⁵⁵ Entrementes, a doutrina diverge, vindo alguns autores a acrescentarem, também, a capacidade de ser parte⁸⁵⁶ como premissa para a existência do processo.⁸⁵⁷⁻⁸⁵⁸

José Orlando Rocha de Carvalho, por exemplo, coloca como pressuposto processual a “existência de alguém capaz de pedir o provimento jurisdicional”.⁸⁵⁹ Didier Jr. segue a mesma linha, chegando a destacar que “a incapacidade de ser parte do demandante adquire importância para que se reconheça a inexistência de processo”.⁸⁶⁰

Uma relevância prática dessa discussão é saber se existirá ou não processo, no caso de um advogado propor demanda de um cliente seu que já tiver falecido.

Os que entendem que a capacidade de ser parte não é pressuposto processual sustentam que o processo existe e, inclusive, os herdeiros podem confirmar o ato praticado, impedindo que seja ineficaz. Esta última solução parece ser mais alinhada com o processo civil contemporâneo, o qual preza pelo aproveitamento de atos já praticados. Afora isso, a morte da parte não torna inexistente a ação de demandar, embora a sua titularidade seja não mais da parte (que morreu), mas do próprio advogado. Não havendo ratificação pelos herdeiros, o processo deverá ser extinto, dada a ilegitimidade do patrono.

Para concluir este tópico, lembra-se de exemplo emblemático trazido por José Maria Tesheiner, em antiga publicação do autor. Para o mencionado jurista, se um

⁸⁵³ GOMES, Danilo Heber. **Ato processual (in)existente**, cit., p. 85-91.

⁸⁵⁴ Dinamarco, em publicação individual, também coloca a demanda e a existência de órgão investido de jurisdição como os únicos pressupostos processuais: DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001, v. 1. p. 59. Todavia, em publicação conjunta com Ada Pellegrini Grinover e com Antônio Carlos de Araújo Cintra, Dinamarco inclui a “capacidade de quem formula a demanda”. (**Teoria geral do processo**, cit, p. 309).

⁸⁵⁵ Não colocam a capacidade de ser parte como pressuposto de existência: ALVIM, Eduardo Arruda. **Curso de direito processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, v. 1. p. 168-181; WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMANI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, v. 1. p. 197-206.

⁸⁵⁶ Consiste na aptidão para figurar no processo como sujeito de uma relação jurídica processual ou assumir uma situação jurídica no processo.

⁸⁵⁷ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Sobre pressupostos processuais**, cit., p. 86.

⁸⁵⁸ Para Couture, impõe-se, além do órgão investido de jurisdição, a propositura de uma demanda e a existência de partes que se apresentem como sujeitos de direito. (COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do direito processual civil**. Tradução de Henrique de Carvalho. Florianópolis: Conceito editorial, 2008. p. 61).

⁸⁵⁹ CARVALHO, José Orlando Rocha de. **Teoria dos pressupostos e dos requisitos processuais**, cit., p. 130.

⁸⁶⁰ DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos processuais...**, cit., p. 129.

advogado demandar ao Estado-Juiz em nome de um animal ou de um vegetal em extinção, haverá demanda e processo, muito embora o “representado” não tenha capacidade de ser parte ou mesmo não exista. Em situação como essa, diz Tesheiner, que se imputará a iniciativa e as sanções pertinentes ao advogado.⁸⁶¹

5.6.1.4. O plano da existência e o pragmatismo do legislador: a superação do enunciado de súmula nº 453 do STJ face ao art. 85, §18, do CPC/15

Destacou-se, páginas atrás, que para uma sentença existir juridicamente ela precisa conter o *decisum*, isto é, o dispositivo. Se o ato do juiz for omissivo ao ponto de não decidir o pedido formulado na demanda, ele não será revestido do qualificativo de “sentença” e, portanto, não poderá transitar em julgado (efeito). Nas palavras de Grinover, Cintra e Dinamarco, “Se a própria sentença for juridicamente inexistente, porém, então, ela não tem intrinsecamente condição para produzir efeitos; conseqüentemente, não passa em julgado [...]”.⁸⁶²

Situação interessante que se impõe é aquela corriqueira em que a demanda chega ao juiz com mais de um pedido (cumulação própria). No caso, a sentença a ser proferida deverá ser dividida em capítulos, a fim de se dar um desfecho a cada um dos pedidos formulados.

Nota-se que a cumulação pode representar a propositura de demandas várias num mesmo processo. Demandas essas que poderiam ser propostas em separado, mas que, por opção da parte, foram reunidas em um único procedimento.

Quando o juiz julga os pedidos, mas deixa de apreciar algum dos cumulados, certamente sentença existirá (considerada no todo). Todavia, essa existência será referida especificamente aos pedidos julgados; quanto ao pedido que não foi apreciado, é possível dizer que não há sentença juridicamente falando, afinal, o dispositivo não contemplou a conclusão decisória daquele pleito específico.

Firmadas essas premissas, um caso concreto que acabou por ser sumulado pelo STJ merece ser trazido à baila. Trata-se da hipótese de uma sentença nada

⁸⁶¹ TESHEINER, José Maria. **Pressupostos processuais e nulidades no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 59.

⁸⁶² **Teoria geral do processo**, cit., p. 372.

dizer a respeito dos honorários advocatícios de sucumbência e, mesmo com tal omissão, vir a transitar em julgado. O que fazer numa situação como essa?

Um advogado que se viu nesse cenário ajuizou ação autônoma de cobrança postulando o arbitramento do valor. Chegada a questão no STJ, mediante recurso especial, a Corte negou provimento ao recurso, prevalecendo as seguintes teses: (i) a parte interessada deveria, no processo original, ter oposto embargos declaratórios para sanar a omissão; (ii) como a parte não opôs os embargos declaratórios, a sentença transitou em julgado de maneira integral, incluindo o tópico não analisado; (iii) haja vista que transitou em julgado, a ação cabível à espécie seria a ação rescisória e não uma ação de cobrança.⁸⁶³

Tendo por base esses fundamentos, foi editado o enunciado de súmula nº 453 do STJ, que preceitua o seguinte: “Os honorários sucumbenciais, quando omitidos, em decisão transitada em julgado, não podem ser cobrados em execução ou em ação própria.”

Pois bem, a Corte cometeu vários equívocos no raciocínio. Aponta-se, ao menos, três pontos falhos.

Primeiro, não é possível haver trânsito em julgado do nada, ou seja, do que não existe. Deveras, um ato que não decide o pedido formulado, ainda que sendo pedido implícito (como no caso de honorários advocatícios), não se perfaz em sentença (naquele trecho específico). Aquilo que não existe juridicamente não pode produzir efeitos, tampouco transitar em julgado.

Segundo, que se a sentença é juridicamente inexistente não há que se falar em ação rescisória do ato. Como se frisou, o plano da existência é passagem necessária para o plano da validade. Não se pode invalidar aquilo que não existe. Em lição, repetida por muitos, de Pontes de Miranda, “O que não foi feito não existe, e, pois, não pode ser desfeito.”⁸⁶⁴

Terceiro, que a ausência de embargos declaratórios não pode representar improcedência implícita. Nos dizeres de Danilo Heber Gomes, “associar a omissão no julgamento com a improcedência implícita aniquilaria a função dos embargos de declaração”.⁸⁶⁵ Ora, sempre que um juiz não se pronunciou sobre determinado

⁸⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Corte Especial. Resp nº : 886178 RS 2006/0198875-6. Relator: Luiz Fux. Brasília, julgado no dia 2 de dezembro de 2009, publicado no DJ no dia 25 de fevereiro de 2010.

⁸⁶⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**, cit., tomo IV. p. 74.

⁸⁶⁵ GOMES, Danilo Heber. **Ato processual (in)existente**, cit., p. 112.

pedido, dever-se-ia interpretar que a resposta judicial foi de improcedência. Nada mais absurdo.

Para o caso que se apresenta, entende-se que o advogado não precisava sequer ter proposto demanda de cobrança, bastaria que ele formulasse mera petição nos autos originais requerendo que o juiz analisasse o pedido de condenação em honorários advocatícios. O requerimento seria no sentido, portanto, de que o juiz sentenciasse – coisa que não fez antes – a respeito de um pedido específico.

Entende-se que nem a ação de cobrança autônoma nem a ação rescisória seriam as vias tecnicamente cabíveis.

A ação de cobrança seria incabível, porque, se o pedido não foi analisado na demanda original significa que não houve trânsito em julgado. Logo, a demanda originária ainda resta pendente, o que impede a propositura de nova demanda com o mesmo pedido, haja vista a vedação do ordenamento processual à duplicidade de litispendência. Nada impediria, porém, que por fungibilidade fosse recebida pelo respectivo órgão julgador, fazendo as vezes de uma “petição simples”.

Já a ação rescisória seria incabível porque, inexistindo sentença sobre o tópico, não haveria o que ser rescindido, até porque tal espécie de demanda só pode ser proposta após o trânsito em julgado, o que, como já dito, não ocorreu.

Ante a esse quadro de confusão do entendimento jurisprudencial, o legislador do CPC/15 preferiu adotar a postura do pragmatismo, ao editar o §18 do art. 85, que assim preceitua: “Caso a decisão transitada em julgado seja omissa quanto ao direito aos honorários ou ao seu valor, é cabível ação autônoma para sua definição e cobrança”.

Evidente que, ao se referir à decisão que transitou em julgado, o texto faz menção ao conjunto sentencial. Por óbvio, não houve trânsito em julgado daquilo que não foi objeto de análise (os honorários). Apesar disso, a lei autoriza que se proponha uma demanda autônoma, ignorando-se a pendência da demanda originária.

Observa-se, aí, que para resolver o problema, o legislador criou uma hipótese em que a duplicidade de litispendência foi autorizada.⁸⁶⁶ Isso, porém, não impede

⁸⁶⁶ Já entendiam que nova ação podia ser proposta, de modo a reiterar pedido não julgado: DINMARCO, Cândido Rangel. **Capítulos da sentença**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Item do pedido sobre o qual não houve decisão. Possibilidade

que os juízes e as partes prezem pela técnica mais adequada: é possível, sim, que o processo original volte a ser analisado pelo julgador, mediante requerimento por mera petição do advogado interessado, na qual se reformule o pedido de condenação da contraparte quanto aos honorários de sucumbência. Esta solução, aliás, se apresenta como a mais simples, a menos burocrática e a que melhor atende à técnica jurídica, dados os argumentos aqui tecidos.

5.6.1.5. *Mecanismos cabíveis de reconhecimento da inexistência no processo*

Um fato processual (*lato sensu*) ou mesmo o processo como um todo, se inexistentes, não podem produzir efeitos jurídicos. Não se cogita sequer de convalidação, porque essa técnica é aplicável aos atos defeituosos (com vícios invalidantes), não aos fatos jurídicos inexistentes. Aquilo que não adentrou no mundo jurídico não pode ser convalidado, justamente porque não existe.

Resta, portanto, reconhecer a inexistência daquilo que, eventualmente, tenha sido “aparentemente” existente ou que suscitou dúvida quanto à entrada ou não no mundo jurídico. Quais os mecanismos tecnicamente adequados para tanto?

Pontes de Miranda destaca que a demanda declaratória (ou declarativa) “é ação a respeito de ser ou não-ser a relação jurídica”. No caso, “não se pede condenação, nem constituição, nem mandamento, nem execução”; em verdade, “Só se pede que torne *claro* (de-clare), que se ilumine o recanto do mundo jurídico para se ver se *é*, ou se *não é*, a relação jurídica de que se trata”.⁸⁶⁷

O mesmo raciocínio se aplica aos fatos jurídicos processuais (*lato sensu*) inexistentes, os quais podem ser reconhecidos por um juiz numa “ação declaratória de inexistência”. Esta tem a aptidão de extirpar toda dúvida quanto à existência jurídica de um fato jurídico.

Todavia, o processo civil contemporâneo comporta outras vias menos burocráticas para se reconhecer o “nada jurídico”. Mecanismos, aliás, que dispensam o recolhimento prévio de custas processuais.

de reiteração noutra processo. In: **Temas de direito processual civil**: segunda série. São Paulo, 1980. p. 252.

⁸⁶⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações**, cit., tomo I, p. 118.

Deveras, a inexistência jurídica também pode ser reconhecida em julgamento de embargos de declaração. O único inconveniente desta via é que a referida espécie recursal possui prazo (cinco dias) para ser oposta, vindo a ocorrer a preclusão temporal na hipótese de transcurso desse período. Entrementes, ainda que haja perda do prazo, os embargos declaratórios podem ser recebidos pelo juiz como petição simples, a qual também é via para reconhecimento de inexistência, tal como se destacou no tópico anterior.

Quanto à denominada “ação anulatória”, ou à “ação rescisória” ou à “querela nullitatis insanabilis”, estas não são as vias tecnicamente corretas para se reconhecer a inexistência jurídica no processo, porque são demandas que visam a atacar vícios de invalidade. Apesar disso, é de bom alvitre lembrar que o processo civil do Estado Democrático Constitucional é enviesado para atingir fins mais nobres, desapegando-se das burocracias perniciosas, denominadas de formalismo-excessivo (vide capítulo 2). Por isso, não existe nenhum óbice para que o julgador, ao receber tais espécies de demanda, aplique o princípio da fungibilidade e receba o pedido como sendo formulado em “ação declaratória de inexistência”, procedendo com o julgamento do feito, se for competente para tal.

5.6.2. Validade e invalidade jurídica

Uma vez existente o ato jurídico processual (*lato sensu*), impende averiguar se ele está ou não revestido dos requisitos que o direito positivo impõe para que seja válido. No plano da validade, investiga-se se o ato é válido ou se ele está eivado de vício invalidante.

Consoante se apercebeu em passagem pretérita, o tema da teoria das nulidades, seja em que ramo do direito for, não é dos mais harmônicos em sede doutrinária. Muitas foram as sistematizações e plúrimos dissensos se formaram. “As legislações não têm disciplinado, com perfeição, a teoria das nulidades, certamente porque a doutrina não conseguiu ainda assentar com exatidão e uniformidade as suas linhas mestras”, diz Caio Mário da Silva Pereira, que complementa destacando que “a matéria é muito obscurecida, carece de boa exposição dogmática, e alimenta

acentuada desarmonia entre os escritores, não somente no que se refere à fixação dos conceitos, como ainda no que diz respeito à terminologia”.⁸⁶⁸

O cenário não se modifica nem um pouco no campo do processo civil. José Maria Tesheiner diz “haver, no Brasil, várias doutrinas a respeito das nulidades processuais, com diversidade de soluções e de terminologia”.⁸⁶⁹ Daniel Mitidiero, por isso, afirma tratar-se de “tema espinhoso e fértil em dificuldades”.⁸⁷⁰

Em razão da falta de consenso, o panorama mais ou menos caótico também acaba por se reproduzir nas leis. Ora, se a própria doutrina não consegue sistematizar o assunto, tampouco conseguirá o Poder Legislativo, composto por “pessoas do povo”, isto é, que nem sempre são profundas conhecedoras do direito. Dessarte, não se pode recriminar o legislador por este inserir dispositivos sem rigor técnico, como o que diz que “a cláusula de eleição de foro, se abusiva, pode ser reputada *ineficaz* de ofício pelo juiz”.⁸⁷¹ Se os próprios juristas promovem miscelânea de conceitos, não serão os deputados e senadores brasileiros que irão considerar que a abusividade é causa de invalidade e não de ineficácia.

De qualquer maneira, é preciso ter um discurso coerente a respeito das invalidades processuais. Um ponto de partida importante, como já se assentou, é a diferença que se estabelece da validade em relação à existência e à eficácia. Como dito, essa operação lógica contribui bastante para que se dê racionalidade às fundamentações de direito. Uma teoria das nulidades assentada nas premissas da teoria dos fatos jurídicos processuais à Pontes de Miranda, portanto, é utensílio robusto ao intérprete-aplicador. Eis a razão deste tópico.

5.6.2.1. *Sobre os fatos jurídicos processuais (lato sensu) que passam pelo plano da validade e a aproximação do direito processual com o direito material*

⁸⁶⁸ PEREIRA, Caio Mário. **Instituições de direito civil**: introdução ao direito civil, teoria geral do direito civil. 3ª edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 1971. p. 374.

⁸⁶⁹ TESHEINER, José Maria. **Pressupostos processuais e nulidades no processo civil**, cit., p. 92.

⁸⁷⁰ MITIDIERO, Daniel Francisco. O problema da invalidade dos atos processuais no Direito Processual Civil brasileiro contemporâneo. **Revista Ajuris**, 2005.

⁸⁷¹ Art. 63, §3º, CPC/15. “Antes da citação, a cláusula de eleição de foro, se abusiva, pode ser reputada ineficaz de ofício pelo juiz, que determinará a remessa dos autos ao juízo do foro de domicílio do réu.”

Nem todas as espécies de fatos jurídicos processuais (*lato sensu*) passam pelo plano da validade, como já se afirmou. Só aqueles em cujo núcleo do suporte fático da norma abstrata há a previsão de comportamento humano lícito, com a vontade presente e reputada como relevante, isto é, os atos jurídicos *stricto sensu* processuais e os negócios jurídicos processuais.⁸⁷²

Diferente do plano da existência, que requer a suficiência do preenchimento do suporte fático para que o fato processual (*lato sensu*) exista; no plano da validade, o que se exige é o preenchimento eficiente do suporte fático do ato processual (*lato sensu*). Se, vindo a existir um ato jurídico processual em sentido estrito ou um negócio jurídico processual, eles adentrarem para o mundo jurídico de maneira deficiente, haverá defeito, que pode ser a razão para se decretar a invalidade do ato.⁸⁷³

No plano da existência, fala-se em pressupostos de existência. No plano da validade, de maneira mais precisa, mencionam-se os requisitos de validade.

Pois bem, como todo ato jurídico (*lato sensu*) apresenta um sujeito que o pratica, a vontade do agente praticante, o objeto e a forma de realização do ato, os requisitos de validade surgem como que qualificando os referidos elementos. Tratam-se de notas (elementos complementares) que se inserem no suporte fático da norma complementando o núcleo. Daí dizer-se que o sujeito deve ter capacidade de agir, que a vontade deve ser livre e desembaraçada, que o objeto tem de ser lícito, possível e determinado ou determinável e que a forma deve ser aquela prescrita em lei.⁸⁷⁴ Eis o modelo largamente utilizado na seara do direito civil.⁸⁷⁵

Ressalta-se, porém, que, no processo civil, a doutrina tradicional costuma fazer uma distinção entre “atos das partes” e “atos dos juízes”, sendo que, quanto ao plano da validade, essa diferenciação repercute no que é pertinente à aplicação do sistema de invalidades. Como ressalta Cândido Rangel Dinamarco, “Os *atos de parte*, quando defeituosos, não são qualificados como nulos, mas de igual modo deixam de produzir os efeitos programados, ou seja, eles são *ineficazes*.”⁸⁷⁶

⁸⁷² Fundamento: PONTES DE MIRANDA, **Tratado de direito privado**, cit., tomo IV, §356; MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade, cit., p. 17-18.

⁸⁷³ DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**, cit., p. 72.

⁸⁷⁴ Ibid. p. 19-47.

⁸⁷⁵ Por todos, cf. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**, cit., p. 555-557.

⁸⁷⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed., rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2003, v. II, p. 612.

A partir disso, percebe-se a defesa de que só os atos judiciais poderiam sofrer a sanção de invalidade, pois quanto aos atos das partes, sobretudo os de natureza postulatória, a repercussão seria no plano da eficácia. Nas precisas palavras de Daniel Mitidiero, “a invalidade é uma consequência (sic) que se segue tão-somente à infração de forma relevante de ato processual aviado por um agente estatal”.⁸⁷⁷

Se levadas essas assertivas a ferro e fogo, aquele modelo de se ter de averiguar se os atos estão ou não revestidos dos requisitos de validade se mostra dispensável no direito processual civil, ao menos quanto aos atos das partes do processo. Dessarte, não se teria sequer de investigar se a vontade do agente está ou não maculada com vícios. Essa análise seria própria do direito civil. Nesse sentido, José de Albuquerque Rocha:

A não relevância da vontade do agente para a produção dos efeitos dos atos jurídicos processuais é fundamental quanto ao problema de sua anulação pelos chamados vícios de vontade: dolo, erro etc. Se os efeitos jurídicos não decorrem da vontade do agente, a alegação de dolo ou culpa na formação da vontade é, de regra, irrelevante.⁸⁷⁸

Promove-se, assim, em pleno século XXI, a busca da autonomia do processo face ao direito material, alvo maior da ultrapassada processualística. Acaba-se, hoje, por rumar pela mesma estrada delineada por Schönke: “Os preceitos de Direito Civil sobre a impugnação por erro, intimidação ou dolo, não são aplicáveis aos atos processuais.”⁸⁷⁹ Com efeito, tornam-se equidistantes, como que não misturáveis, as normas de direito material e as normas de direito processual.

É preciso repensar a abordagem do assunto.

Pedro Henrique Pedrosa Nogueira e Fredie Didier Jr. afirmam que “o direito brasileiro permite que os atos do processo sejam invalidados segundo as regras jurídicas substanciais”⁸⁸⁰, numa evidência de que ambos estão atentos ao processo civil do Estado Democrático Constitucional, despreocupando-se com o dualismo radical entre “direito e processo”.

Deveras, não é porque uma norma é extraída de um diploma de direito material que ela não se aplique ao segmento do direito instrumental. É preciso averiguar a extensão de incidência normativa com maior vagar.

⁸⁷⁷ MITIDIERO, Daniel. **O problema da invalidade dos atos processuais...**, cit.

⁸⁷⁸ ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 242.

⁸⁷⁹ SCHÖNKE, Adolf. **Direito processual civil**. Campinas: Romana, 2003. p.148.

⁸⁸⁰ DIDIER JR.; NOGUEIRA. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**, cit., p. 106.

Quanto aos atos judiciais, é evidente que aquele esquema de averiguação do plano da validade referido anteriormente se mostra aplicável. Não há dúvida de que o sujeito a proferir decisão deve possuir capacidade – na linguagem processual, traduz-se pelo requisito da “competência” –, sob pena de ser invalidado o ato; o juiz também precisa decidir sem vontade maculada, daí a possibilidade de a sentença transitada em julgado ser rescindida em caso de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz (art. 966, inciso I, CPC/15); sobre o objeto, é evidente que o juiz deve seguir o que é lícito, podendo o ato judicial cujo conteúdo seja ilícito sofrer a invalidação, mediante recurso que impugna aquilo que representar uma contrariedade ao direito.

Ademais, o art. 966, §4º, do CPC/15 preceitua que:

Os atos de disposição de direitos, praticados pelas partes ou por outros participantes do processo e homologados pelo juízo, bem como os atos homologatórios praticados no curso da execução, estão sujeitos à anulação, nos termos da lei.

Esse dispositivo, que já possuía um correspondente no CPC/73 (art. 486⁸⁸¹), é uma importante abertura para se aplicarem normas do direito material com a finalidade de anular o ato judicial homologatório. Esta anulação dar-se-ia porque o juiz teria chancelado, por exemplo, uma transação entre as partes eivada de vício invalidante e, com isso, teria feito nascer, por causalidade, uma sentença inquinada com defeito. Em termos claros, as regras de direito civil se aplicariam para anular não apenas o negócio jurídico das partes, mas também a sentença. Ante essa situação bifronte, vale a pena transcrever *ipsis litteris* o que Fredie Didier Jr. e Pedro Nogueira consideram sobre o tema:

O regime jurídico de direito material, no que concerne às invalidades dos atos processuais, não lhes retira a aplicabilidade, também, do regime jurídico processual, daí por que é preferível explicar o fenômeno a partir da consideração de que existem dois fatos jurídicos distintos, previstos em regras diferentes e submetidos a duplo regime, que, embora no geral, às vezes, coincidam. De nossa parte, concordamos com a separação entre o negócio jurídico e o ato processual judicial envolvente. Ao mesmo tempo, vislumbramos, ao lado do negócio jurídico de direito material, também, um negócio jurídico processual. Havendo vício inquinando o negócio substancial, a sentença homologatória será atingida. E assim o será por força do regime de direito processual aplicável ao negócio processual, em

⁸⁸¹ Art. 486, CPC/73. “Os atos judiciais, que não dependem de sentença, ou em que esta for meramente homologatória, podem ser rescindidos, como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil.”

especial do chamado “princípio da causalidade” em matéria de nulidades processuais [...].⁸⁸²

Nota-se que o esquema paradigmático de validade, em que pese ser muito referenciado pelos civilistas, aplica-se a qualquer espécie de ato jurídico (sentido amplíssimo), é dizer, a qualquer ramo do direito, sendo aqueles requisitos genéricos listados os elementos mínimos necessários para que um ato ou negócio jurídico seja válido.

De qualquer maneira, o direito positivo, em cada espécie de ato, pode especificar requisitos próprios, como por exemplo, no caso das decisões judiciais, que, para serem válidas, precisam ser fundamentadas: o elemento “forma” ganhou nota específica, havendo falha (preenchimento deficiente do suporte fático), se elas não forem motivadas.

No que é pertinente aos atos das partes, a averiguação do plano da validade é igualmente necessária. Recordar-se do art. 4º do Estatuto da OAB⁸⁸³, que reputa nulo o ato privativo de advogado praticado por quem não esteja registrado nos quadros da instituição. Entretanto, alguns pontos de peculiaridade precisam ser pensados.

Quanto aos atos postulatórios, o direito positivo comumente firma alguns elementos específicos para que eles sejam válidos. Daí se falar nos requisitos da petição inicial, nos requisitos dos recursos etc. A análise do teor desses atos passa, primeiro, pela averiguação dos tais requisitos de validade, que a doutrina processual largamente denomina de “juízo de admissibilidade”.⁸⁸⁴

Se um recurso é interposto fora do prazo, ele não terá preenchido toda a formalidade necessária. Logo, não passará pelo plano da validade, por estar eivado de vício. Na hipótese, a sanção aplicável será a inadmissibilidade (equivalente à invalidação).⁸⁸⁵

⁸⁸² DIDIER JR; NOGUEIRA. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**, cit., p. 113.

⁸⁸³ Art. 4º, lei nº 8.906/94. “São nulos os atos privativos de advogado praticados por pessoa não inscrita na OAB, sem prejuízo das sanções civis, penais e administrativas.”

⁸⁸⁴ GARRIDO, José Antônio. Breves reflexões acerca da invalidade do ato processual postulatório. In: DIDIER JR., Fredie; EHRHARDT JR. Marcos. (Coord.). **Teoria do fato jurídico: homenagem a Marcos Bernardes de Mello**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 314-323.

⁸⁸⁵ Equivoca-se Paulo Roberto de Gouvêa Medina ao dizer que um recurso interposto fora do prazo é inexistente. Tanto o recurso existe juridicamente que ele deve ser inadmitido. Cf. MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **Teoria geral do processo de acordo com o Código de Processo Civil de 2015**. 2ª edição revista, ampliada e atualizada. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 208.

O mesmo ocorre com uma petição inicial, que pode ser inadmitida por inépcia, por exemplo, com a consequente extinção do processo sem resolução do mérito.

Aqui, cabe uma observação trazida por José Antônio Garrido. Não é correta a ideia espalhada por aí no sentido de dizer que o juízo positivo e o negativo de admissibilidade têm cunho declaratório. Na verdade, apenas o juízo positivo tem tal natureza, porque certifica a perfeição do ato da parte, que é algo pré-existente, e, assim, atesta a aptidão para produzir efeitos. Entretanto, o juízo negativo de admissibilidade equivale à decretação de uma sanção. Por isso, é de cunho desconstitutivo, até porque, no processo, toda e qualquer invalidação (ou inadmissão) precisa ser decretada. Nas palavras do autor,

A decisão judicial por meio da qual se reputa inadmissível um ato processual postulatório tem natureza constitutiva (*rectius* desconstitutiva), eis que extingue, pela sanção de invalidade, uma situação jurídica processual. O fato de esse pronunciamento operar efeitos retroativamente, até o momento da prática do ato imperfeito, não lhe retira o caráter constitutivo negativo. De rigor, nada impede que os provimentos constitutivos produzam efeitos para uma data pretérita, ou apenas a partir de uma data futura - o mesmo se diga em relação à possibilidade de efeitos *ex nunc* de um provimento declaratório. Essa questão de produção de efeitos é matéria reservada inteiramente à disciplina normativa: o legislador autoriza em maior ou menor medida a produção de efeitos do provimento emanado da autoridade dotada de competência para tanto; isso, nada obstante, não desnatura a essência do pronunciamento.⁸⁸⁶

Superada a questão dos juízos de admissibilidade, também resta possível a aplicação de regras e princípios sobre a validade previstos no Código Civil aos atos das partes. Por exemplo, as normas a respeito dos vícios da vontade, como sobre a coação, o erro e o dolo.

Chega-se a esse entendimento por uma constatação óbvia, mas que precisa ser dita por ser muitas vezes ignorada: como todo e qualquer ato jurídico, os atos jurídicos *stricto sensu* processuais e os negócios jurídicos processuais têm a vontade como elemento nuclear na composição de seu suporte fático. Com efeito, deve-se apurar se essa vontade foi declarada sem nenhum defeito.

Os ditos vícios da vontade, comumente, relacionam-se com a divergência entre o querer psíquico do agente e o querer exteriorizado. Na coação física, não se fala em vontade, porque esta foi completamente anulada pelo sujeito que coage. Logo, se um ato processual for praticado mediante sério constrangimento físico,

⁸⁸⁶ GARRIDO, José Antônio. Breves reflexões acerca da invalidade, cit., p. 319.

sequer terá entrado para o mundo jurídico como que de feitura do sujeito coagido, isto é, será juridicamente inexistente.

Diferente é o caso de coação moral, em que o sujeito manifesta vontade, mas esta se revela viciada. “É, por exemplo, o caso da parte que, sabendo que a outra irá recorrer, coage a outra para não impugnar a parte da decisão a respeito da qual tem maior interesse.”⁸⁸⁷ Num caso concreto como este, poder-se-iam aplicar as regras previstas no Código Civil, como a do art. 152, que assim preceitua: “No apreciar a coação, ter-se-ão em conta o sexo, a idade, a condição, a saúde, o temperamento do paciente e todas as demais circunstâncias que possam influir na gravidade dela.” De outro lado, para não prejudicar quem teve a vontade viciada, poder-se-ia aplicar também a regra da devolução do prazo recursal em decorrência da “justa causa” (art. 223, §2º, CPC/15).

Em se tratando do erro, Didier Jr. e Nogueira dizem que “não se pode afastar, de prontidão, a aplicabilidade das regras relativas a vícios da vontade aos negócios processuais”.⁸⁸⁸ Interessante é a relação que se pode ter entre o processo viciado por erro e o princípio da cooperação, daí porque se o juiz identificar que a parte procedeu com equivocada qualificação jurídica, ante aos fatos narrados na petição inicial, em vez de extinguir o processo por inépcia, deverá determinar a correção do vício.⁸⁸⁹

Igualmente, no caso de haver algum pedido constando na peça introdutória que não corresponda com o que se extrai da petição considerada como um todo, por boa-fé objetiva, o juiz deverá considerar a regra do Código Civil que diz que “Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem” (art. 112), a qual foi adaptada para o CPC/15 no art. 322, §2º: “A interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé.”

Sobre o dolo, este igualmente macula a vontade nos atos jurídicos processuais. Não à toa, o CPC/15 colocou tal defeito ao lado da coação, da simulação e da colusão, como vícios aptos de provocar a rescisão de sentenças judiciais transitadas em julgado. Durante o procedimento, portanto, o juiz já está autorizado a invalidar atos jurídicos processuais em sentido estrito ou negócios

⁸⁸⁷ Ibid. p. 332.

⁸⁸⁸ DIDIER JR.; NOGUEIRA. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**, cit., p. 109.

⁸⁸⁹ Ibid. p. 109.

processuais maculados com tal vício e, claro, aplicar tanto normas presentes no CPC/15 quanto no próprio Código Civil.

Ante a tudo o que se ponderou, nota-se haver um estreitamento entre os planos do direito material e do direito processual quanto à análise da validade dos atos jurídicos processuais (*lato sensu*), havendo plena possibilidade de as partes invocarem normas contidas no Código Civil, a fim de serem aplicadas no processo. Aqui, porém, cabe uma importante ressalva: a importação dessas regras e princípios precisará sofrer uma filtragem, afinal, evidentemente, a dinâmica processual ainda conserva características do ramo publicístico, o que reduz, em certa medida, as possibilidades – muito embora não as anule.

5.6.2.2. *Toda invalidade processual precisa ser decretada*

No sistema de invalidades do direito processual civil brasileiro, um ato jurídico processual existente produzirá efeitos jurídicos normais, ainda que esteja viciado, até que seja decretada a sanção de invalidade. Não existe, portanto, nulidade de pleno direito, cabendo ao juiz o papel de aplicar a sanção invalidante.

Frisa-se que o entendimento sobre a necessidade de decretação da invalidade é pacífico na doutrina⁸⁹⁰, mas a natureza jurídica de sanção que a invalidade aqui recebe não é harmônico.⁸⁹¹

5.6.2.3. *A decretação da invalidade processual guiada pela regra do prejuízo*

Uma nulidade processual é uma das sanções mais perniciosas ao processo civil. Isso, porque quando ela é decretada, o Poder Judiciário trava a análise do

⁸⁹⁰ Por todos, cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**. 5.ed. São Paulo: RT, 2004. p.162; GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Nulidades no processo civil**. Rio de Janeiro: Aide, 1993. p. 76-82; KOMATSU, Roque. **Da invalidade no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 206-208; DIDIER JR., Fredie. A invalidação dos atos processuais no processo civil brasileiro. In: **Revista Jurídica**, ano 58, nº 395, p. 49-77, setembro de 2010.

⁸⁹¹ Não veem a invalidade como sanção, mas como prejuízo decorrente da insatisfação de praticar atos processuais: CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições preliminares...**, cit., p. 289; KOMATSU, Roque. **Da invalidade no...**, cit., p. 181-182; MITIDIERO, Daniel. O problema da invalidade dos atos processuais no Direito Processual Civil brasileiro contemporâneo. **Revista Ajuris**, 2005.

mérito e, conseqüentemente, não pacifica o problema levado para julgamento. Se, como destaca Castro Mendes, “o processo não é um fim em si próprio”,⁸⁹² mas visa à realização dos direitos fundamentais dos cidadãos, então, a sanção de invalidade deve ser aplicada apenas quando este objetivo estiver em risco; no mais, deve ser algo excepcional.

Com efeito, a verificação de um vício processual não é motivo por si só para que se decrete a invalidade do ato. Isso, porque “a invalidade processual é sanção que decorre da incidência de regra jurídica sobre um suporte fático composto: defeito + prejuízo.”⁸⁹³ Trata-se da regra do clássico *pas de nullité sans grief* (não há nulidade sem prejuízo), e só haverá prejuízo quando o vício impedir o ato de atingir à sua finalidade.

Nota-se que, também quanto a esse ponto, o sistema das nulidades do processo civil se distingue do modelo do direito civil. O arquétipo do plano da validade do direito instrumental está todo estruturado para se evitar a decretação de invalidades, enquanto que no direito material, havendo vício invalidante, há autorização para que o ato seja sancionado com a invalidação, seguido o procedimento pertinente para tal, sem necessariamente ser demonstrado o prejuízo. Com razão, Cabral sustenta haver a máxima da validade *prima facie* do ato processual; a invalidade só pode ser decretada, uma vez travado debate sobre a questão (contraditório num sentido amplo).⁸⁹⁴

Aliás, a mencionada diretriz não se impõe apenas ao magistrado. Como o processo é meio de realizar direitos constitucionalmente previstos, impõe-se ao legislador a criação de normas gerais aptas de garantir a utilização máxima do procedimento. Vícios mínimos, falhas irrisórias ou formalidades excessivas devem ser abandonados, tudo em prol de se fazer justiça ao caso concreto.

Atento a esse norte, o legislador inseriu no CPC/15 alguns dispositivos que garantem a aplicação do princípio da instrumentalidade das formas – este, que é mais uma ferramenta de se aproveitar atos defeituosos. O mais conhecido, evidentemente, é o art. 277: “Quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.”

⁸⁹² MENDES, João de Castro. **O direito de ação judicial. Estudo de processo civil.** In: Rev. Fac. Dir. Suplemento, Lisboa, 1959 (reimpressão). p. 126.

⁸⁹³ DIDIER JR.; NOGUEIRA. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**, cit., p. 83.

⁸⁹⁴ CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades no processo moderno** – contraditório, proteção da confiança e validade *prima facie* dos atos processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 201-202.

Por isso, se uma parte ingressa com uma apelação em sede de Juizados Especiais Cíveis, não é correta a inadmissão da peça, apenas por conta da ausência do nome “recurso inominado”. Prejuízo não há a ninguém. O título de batismo da peça não atrapalhará a apreciação do mérito recursal nem impedirá o recorrido de manifestar as suas contrarrazões.

Ainda sobre a questão do juízo de admissibilidade recursal, o art. 1.007, §4º, CPC/15⁸⁹⁵ possibilita que o recorrente que não efetuou a comprovação do pagamento de preparo o faça depois da interposição do recurso (com o pagamento em dobro), numa maneira de se aproveitar o ato processual praticado e não se aplicar a sanção de inadmissibilidade. Um acerto do legislador.

Interessante, ainda, é a segunda parte do art. 281 do CPC/15⁸⁹⁶, que diminui o âmbito de extensão do princípio da causalidade. De fato, como regra, tem-se a nulidade de todos os atos subsequentes daquele que foi invalidado, mas o dispositivo excepciona dizendo que os atos independentes não serão invalidados.

O processo é norteado pelo princípio do máximo aproveitamento dos atos processuais. Sempre que o juiz verificar que a sanção de nulidade pode, sem maiores danos, não ser aplicada, essa será a opção a ser feita. Daí o art. 283, do CPC/15, preceituar que: “O erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo ser praticados os que forem necessários a fim de se observarem as prescrições legais.”

Diante desse cenário, é possível delinear uma escalada, em termos de graus de prejuízo, a depender do tipo de defeito que o ato apresenta. A proposta é elaborada por Didier Jr.⁸⁹⁷

O primeiro tipo de defeito se enquadra no que os doutrinadores chamam de “meras irregularidades”, como são os erros na numeração dos autos de um processo judicial, ou o proferimento de decisão interlocutória por um juiz intitulando o ato de “despacho” etc. Vícios como esses não geram a invalidade processual, porque falta o requisito do prejuízo para preencher eficazmente a norma sancionadora.

⁸⁹⁵ Art. 1.007, §4º, CPC/15. “O recorrente que não comprovar, no ato de interposição do recurso, o recolhimento do preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, será intimado, na pessoa de seu advogado, para realizar o recolhimento em dobro, sob pena de deserção.”

⁸⁹⁶ Art. 281, CPC/15. “Anulado o ato, consideram-se de nenhum efeito todos os subsequentes que dele dependam, todavia, a nulidade de uma parte do ato não prejudicará as outras que dela sejam independentes.”

⁸⁹⁷ DIDIER JR., Fredie. A invalidação dos atos processuais no processo civil brasileiro. In: **Revista Jurídica**, ano 58, nº 395, p. 49-77, setembro de 2010. p. 56-58

O segundo tipo de defeito é aquele que não pode ser decretado de ofício pelo juiz, cabendo à parte alegar, sob pena de preclusão. Trata-se de casos em que se fixa uma forma com vistas a resguardar um interesse particular, como na hipótese de incompetência relativa do juiz. Nota-se, com isso, que se a parte alegar, o prejuízo será presumido, devendo o magistrado remeter os autos ao juiz competente (ou, nos Juizados Cíveis, extinguir o processo); se a parte não alegar, todavia, não mais será possível a invalidação.

O terceiro tipo de defeito é aquele que, apesar de poder ser decretado de ofício pelo juiz, caso este assim não o faça e, simultaneamente, a parte também não alegue na primeira oportunidade que tenha para falar nos autos, opera-se a preclusão. Assim, se a citação for defeituosa, mas mesmo assim o réu apresentar contestação e não se manifestar sobre o vício, presumir-se-á a inexistência de prejuízo, e o ato não poderá ser invalidado. Ainda, se o julgador deixar de reconhecer a sua incompetência em razão da abusividade de cláusula de eleição de foro constante em contrato de adesão, caso o réu também não alegue na primeira oportunidade, operar-se-á a preclusão igualmente. Prejuízo não há, ao menos ficticiamente.

Aqui, cabe uma ratificação: percebe-se que o sistema do plano da validade processual é tão voltado para se evitar a decretação de invalidades que até ficções são criadas para se assentar a inexistência de prejuízo.

O quarto tipo de defeito são aqueles considerados mais gravosos e que podem ser decretados de ofício pelo juiz. Comumente, trata-se de vício relacionado ao procedimento, como os que dizem respeito ao que a doutrina chama de “pressupostos processuais”. No caso, não se opera a preclusão, até porque o juiz pode anular por conta própria, sem nem ser provocado.

Mesmo nesses vícios mais graves, a regra do prejuízo estará presente e a máxima da proporcionalidade sempre deverá ser utilizada pelo magistrado, a fim de que não se anule o que se pode utilizar.

5.6.2.4. A validade do processo como um todo: reflexões sobre os “pressupostos processuais” (rectius: requisitos de validade)

Uma coisa é a validade de um ato processual (*lato sensu*) específico, outra coisa é a validade do processo considerado no todo. Por ora, importa considerar a validade do processo como procedimento, é dizer, considerado em seu conjunto.

Uma vez existente o processo, para que ele tramite com regularidade, necessário que o procedimento se revista dos denominados “requisitos de validade”, os quais a doutrina em geral coloca no bolo dos “pressupostos processuais” (“pressupostos de existência”, por aqui).

Os ditos requisitos de validade dizem respeito aos elementos complementares do núcleo do suporte fático da norma processual que constitui o ato complexo denominado “processo”, como é o caso da competência do juiz, da capacidade postulatória, da ausência de litispendência, da ausência de preempção etc.⁸⁹⁸ Se algum desses requisitos não estiver presente, o vício estará configurado, devendo o magistrado tomar as providências cabíveis, de acordo com cada caso.

Alguns dos vícios referentes aos requisitos de validade do procedimento podem ser corrigidos. Se uma parte ingressa com uma demanda sem estar representada por advogado, evidentemente que o juiz poderá (deverá) intimar o demandante para que ele sane o defeito, constituindo patrono com capacidade postulatória. Se uma petição inicial é distribuída sem que contenha o tópico “dos pedidos”, o juiz há de intimar o advogado da parte para corrigir o defeito.

Há outros vícios, porém, que ao juiz não restará alternativa, a não ser o a decretação da invalidade. Esta sanção pode representar a extinção do processo sem julgamento do mérito (inadmissibilidade), como no caso em que uma parte ingressa com uma demanda que já foi objeto de outro processo, já tendo transitado em julgado; pode representar, ainda, a remessa dos autos a outro juízo, como se dá com uma demanda de direito de família que é distribuída para uma vara penal (incompetência absoluta em razão da matéria).

A questão que se impõe é perceber que, identificado um vício que macula o procedimento em seu conjunto, não se pode seguir na análise do mérito sem que se enfrente o defeito face a face, isto é, ou sanando o vício ou decretando a invalidade. Portanto, o procedimento, comumente, trava.

⁸⁹⁸ Para uma classificação minuciosa e detalhada dos “pressupostos de existência” e dos “requisitos de validade”, dentre outros, cf. CARVALHO, José Orlando Rocha de. **Teoria dos pressupostos e dos requisitos processuais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005; DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo**. São Paulo: Saraiva, 2005; TESHEINER, José Maria. **Pressupostos processuais e nulidades no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2000.

É por isso que há quem afirme, começando com Chiovenda⁸⁹⁹, que os tais “pressupostos” não passam de condições para se julgar o mérito. As referidas condições não podem ser encaradas nem como pressupostos de existência nem como requisitos de validade, porque não são pertinentes ao processo, mas ao seu conteúdo.

Marinoni, Arenhart e Mitidiero fazem um ajuste a esse pensamento. Dizem eles que os tais “pressupostos” não são exatamente “requisitos para se julgar o mérito” ou para se conceder uma decisão sobre o mérito. Tratam-se, na verdade, de condições para a concessão da tutela jurisdicional do direito. Eles explicam que, há vezes, mesmo sem os tais “requisitos”, o juiz deverá adentrar no mérito e o critério que norteará o julgador será o da finalidade dos “requisitos ou pressupostos”, isto é, se são postos ou para proteger o interesse público, ou para proteger o interesse do autor ou do réu. Nas palavras dos mencionados autores:

a falta de pressuposto processual apenas impede o julgamento do mérito quando instituído em favor do interesse público. Quando o mérito for favorável ao réu, a ausência de pressuposto voltado à sua proteção não retira do juiz o dever de proferir sentença de improcedência, de modo que a ausência de pressuposto impedirá a tutela do direito material, mas não o julgamento do mérito. Porém, sendo o mérito favorável ao autor, a concessão da tutela jurisdicional do direito somente será possível quando o pressuposto negado tiver o fim de o proteger.⁹⁰⁰

Com essa diretriz, algumas deduções são possíveis. Por exemplo, a tutela do direito, impreterivelmente, não pode ser concedida por um juiz impedido, porque as normas processuais de impedimento se impõem como de interesse público, transcendendo a um interesse individual do autor ou do réu.

De outro lado, a capacidade postulatória visa a proteger as partes, mediante a garantia de que elas serão representadas por um profissional com capacidade técnica. Caso o juiz, por isso, perceba que um procedimento tramitou sem que o autor esteja regularmente representado por advogado, verificando que não ocorreu nenhum prejuízo a ele e sendo o caso de procedência dos pedidos, o magistrado deverá proceder com o julgamento favorável ao demandante. Não cabe inadmissibilidade do procedimento nem invalidação dos atos praticados sem advogado; seria formalismo excessivo.

⁸⁹⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**, cit., v.1, p. 90-92.

⁹⁰⁰ **Novo curso de processo civil**, cit., p. 550.

Igualmente, se um “pressuposto processual” é destinado a proteger o réu, em se verificando vício, não se mostra possível a procedência dos pedidos autorais, mas, ao contrário, será possível julgar os pedidos como sendo improcedentes (favoráveis ao réu). “Aliás, essa sentença de improcedência é obrigatória quando resta evidenciado que o réu tem razão em relação ao mérito”.⁹⁰¹

Essa maneira de pensar de Marinoni, Arenhart e Mitidiero maximiza a funcionalidade do processo e está de acordo com o processo civil do Estado Democrático Constitucional, valorizando o princípio da supremacia do julgamento do mérito (art. 4º, CPC/15⁹⁰²).

A proposta dos autores sulistas se apresenta como um rompimento com a visão dos “pressupostos processuais”, no modelo tradicional da doutrina.

Todavia, data vênia, a sugestão dos ilustres processualistas pode ser compatibilizada com a noção de “requisitos de validade do procedimento”, aqui utilizada. Basta, para isso, ampliar a regra do prejuízo contida no art. 283, parágrafo único, do CPC/15⁹⁰³, a qual não se aplica apenas à análise da validade de um ato processual isolado, mas do procedimento considerado em seu conjunto.

Com efeito, se o requisito de validade for de interesse público, a sua inexistência implicará o travamento do procedimento, que não poderá desenrolar até o julgamento do mérito, posto haver prejuízo presumido; se o requisito de validade for colocado para proteger o autor, a sua inexistência requererá a análise do prejuízo ao demandante *in concreto*, não sendo caso de invalidação, se o autor puder beneficiar-se com o julgamento meritório favorável; já se o requisito de validade for em proteção do réu, a invalidação só se aplicará se o réu tiver sido prejudicado com a ausência do requisito, mas se o julgamento meritório puder ser em favor do réu, o juiz deverá adentrar no mérito e julgar improcedentes os pedidos autorais.

Seria um contrassenso, se um requisito posto para beneficiar a parte fosse utilizado para prejudicá-la. Essa lógica, inclusive, é extraída do art. 282, §2º, do CPC/15, que assim preceitua: “Quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.”

⁹⁰¹ Ibid. p. 552.

⁹⁰² Art. 4º, CPC/15. “As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.”

⁹⁰³ Art. 282, §2º, CPC/15. “Quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.”

5.6.2.5. A celeuma a respeito das “condições da ação”

Outra questão que desperta grandes discussões na doutrina é a respeito das denominadas “condições da ação”, criação de Enrico Tullio Liebman, em sua “teoria eclética da ação”.

Para Liebman, a ação independe da existência do direito material no caso concreto, mas isso não quer significar que ela não tenha conteúdo. Por isso, o direito de ação só existirá se o juiz estiver autorizado a se manifestar sobre o mérito da demanda, isto é, se o julgador visualizar no caso concreto a presença das denominadas “condições da ação”, como a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade e o interesse.⁹⁰⁴ Estas são vistas como “condições de admissibilidade do julgamento do pedido, ou seja, como condições essenciais para o exercício da função jurisdicional com referência à situação concreta (concreta *fattispecie*) deduzida em juízo.”⁹⁰⁵ Inexistente, pois, alguma condição da ação, haverá “carência de ação”, e o processo deverá ser extinto sem julgamento do mérito (sentença terminativa).⁹⁰⁶

Dentro dessa teoria, as condições da ação não se confundem com o juízo de mérito e se colocam à parte dos “pressupostos processuais” (na visão tradicional). Enquanto estes seriam “pressupostos” necessários para a existência ou validade da relação jurídica processual, as condições da ação seriam “pressupostos” indispensáveis para a existência da ação.

Os ensinamentos de Liebman acabaram por ecoar no CPC/73, no qual constava em seu art. 267, inciso VI⁹⁰⁷, que o processo seria extinto sem resolução do mérito quando não concorresse “qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual”. Igualmente, no art. 301, inciso X⁹⁰⁸, havia a menção ao fenômeno da “carência de ação”.

⁹⁰⁴ COSTA, Susana Henriques da. **Condições da ação**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 31-42.

⁹⁰⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**, cit., p. 203-205

⁹⁰⁶ KLIPPEL, Rodrigo. **As condições da ação e o mérito à luz da teoria da asserção**. São Paulo: Scortecci, 2005. p. 33-42.

⁹⁰⁷ Art. 267, inciso VI, CPC/73: “Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: [...] VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual”.

⁹⁰⁸ Art. 301, inciso X, CPC/73: “Compete-lhe, porém, antes de discutir o mérito, alegar: [...] X - carência de ação.”

O problema é que no CPC/15, muito embora haja a menção ao interesse e à legitimidade (art. 17⁹⁰⁹ e 485, inciso VI⁹¹⁰), o legislador não os denominou de “condições da ação” e nem se utilizou da expressão “carência de ação” para referir-se à ausência de algum daqueles elementos. Ainda, o novo Código suprimiu a figura da possibilidade jurídica do pedido.

Essas alterações geraram enormes discordâncias na doutrina, vindo alguns a defenderem o fim das condições da ação e outros a sustentarem que elas subsistem.

Segundo Alexandre Câmara, andou bem o legislador em retirar do texto normativo a figura da possibilidade jurídica do pedido, consistindo tal supressão na adoção do último posicionamento de Liebman, que colocava a possibilidade jurídica dentro do interesse de agir. No mais, Câmara diz que as condições da ação subsistem incólumes, com o interesse e a legitimidade.⁹¹¹ Com ele, concordam Daniel Amorim Assunção Neves⁹¹², Cândido Rangel Dinamarco e Bruno Vasconcelos C. Lopes⁹¹³, para citar alguns.

Didier Jr., de outro lado, destaca que a figura das condições da ação já causavam estranheza mesmo na vigência do CPC/73, por ser um *tertium genus* confuso que se colocava entre o juízo de mérito e o juízo de admissibilidade (“pressupostos processuais”). Agora, o autor da Bahia sustenta que o CPC/15 extinguiu a figura das condições da ação, devendo, com isso, o interesse e a legitimidade serem realocados dentro dos “pressupostos processuais” (aqui chamados de “requisitos de validade do prodimento”). O interesse seria um “pressuposto processual” relacionado ao objeto da demanda, enquanto que a legitimidade extraordinária seria um “pressuposto processual” relacionado às partes.⁹¹⁴

Quanto à legitimidade ordinária e à possibilidade jurídica do pedido, Didier Jr. afirma que elas dizem respeito ao mérito, razão pela qual a ilegitimidade ordinária e

⁹⁰⁹ Art. 17, CPC/15. “Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade.”

⁹¹⁰ Art. 485, inciso VI, CPC/15. “O juiz não resolverá o mérito quando: [...] VI - verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual”.

⁹¹¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. Será o fim da categoria “condições da ação”? Um resposta a Fredie Didier Jr. In: **Revista de Processo**, vol. 197, p. 261, jul. de 2011.

⁹¹² NEVES, Daniel Amorim A. **Novo CPC**, cit., p. 86-90.

⁹¹³ DINAMARCO, Cândido; LOPES, Bruno. **Teoria geral do novo...**, cit., p. 116-118.

⁹¹⁴ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**, cit., p. 342-367.

a impossibilidade jurídica do pedido não dão ensejo a uma sentença terminativa, mas a uma sentença que decide o mérito da demanda.⁹¹⁵

Concordando com Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha destaca que a realocação da legitimidade e do interesse para dentro dos “pressupostos processuais” não significa considerar inserir a ação dentro do instituto do processo. Em suas palavras, “A circunstância de a ação e o processo serem institutos autônomos não impõe que haja necessariamente, como categorias autônomas, as condições da ação e os pressupostos processuais.”⁹¹⁶ Com efeito, o jurista brasileiro também se posiciona no sentido de que, agora, só há que se falar em juízo de mérito e juízo de admissibilidade do processo, findando-se a categoria das condições da ação.

Marinoni, Arenhart e Miditidiero⁹¹⁷ também se posicionam no sentido do fim das condições da ação, mas, como não trabalham com a ideia de “pressupostos processuais”, como já se demonstrou, denominam o interesse e a legitimidade de “requisitos para a apreciação do mérito”.

Por aqui, entende-se que a figura das condições da ação revela bem a mistura que ainda se faz entre “ação de direito material” e “ação de direito processual”. Aquela “é inflamação do direito [subjeto] ou da pretensão”⁹¹⁸, própria do direito substancial; esta é o remédio jurídico processual, mas também pode ser vista como o direito fundamental à jurisdição.⁹¹⁹ Como lembra Fábio Gomes, a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade *ad causam* e o interesse estão diretamente associados à relação jurídica de direito material, sendo imprópria a alocação dessas categorias como pertinentes ao plano do processo, como sempre fizeram os defensores da teoria eclética.⁹²⁰

Quanto à ação de direito processual, esta é totalmente abstrata e autônoma diante do direito material. Não há condições da ação. A ação existe por imposição

⁹¹⁵ Enunciado nº 36 do FPPC: “As hipóteses de impossibilidade jurídica do pedido ensejam a improcedência liminar do pedido.”

⁹¹⁶ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Será o fim da categoria da condição da ação? Uma intromissão no debate travado entre Fredie Didier Jr. e Alexandre Freitas Câmara. In: **Revista de Processo**, vol. 198, p. 227, ago. de 2011.

⁹¹⁷ **Curso de processo civil**, cit., v.1, p. 204-205.

⁹¹⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações**, cit., tomo I, p. 116.

⁹¹⁹ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria da ação de direito material**. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 149-153.

⁹²⁰ GOMES, Fábio. **Carência de ação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 61-70.

da Constituição, que garante que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV, CF).

Todavia, como o CPC/15 previu que a ausência de interesse ou de legitimidade dá ensejo a uma sentença terminativa (que não julga o mérito), é preciso carregar de teor semântico o texto normativo.

Por isso, tal como Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha, entende-se que a legitimidade indicada é a extraordinária (substituição processual), a qual é requisito de validade do procedimento; a legitimidade ordinária é questão meritória (diz respeito ao direito material).

No que se refere ao interesse, ele pode tanto dizer respeito ao processo quanto ao direito material: no primeiro caso, será hipótese de requisito de validade vinculado ao objeto do processo (juízo de admissibilidade); no segundo, será hipótese de julgamento do mérito.⁹²¹ “Tem-se, portanto, de evitar toda a confusão entre falta de interesse de agir e falta de direito, de pretensão, de ação, ou de exceção” – já pontuava Pontes de Miranda – “Ali, só se cogita de pretensão à tutela jurídica; por conseguinte, de pressuposto pré-processual; aqui, de mérito, da própria *res in iudicium deducta*.”⁹²²

5.6.2.6. *O problema da validade dos negócios jurídicos processuais*

Viu-se no capítulo 4 desta dissertação que, malgrado não seja algo novo, a categoria dos negócios jurídicos processuais ganha um aspecto de novidade, sobretudo por conta do art. 190 do CPC/15. Entretanto, ao ser tratado o tema da validade, fica fácil perceber que a cláusula geral de negociação causa alguns problemas consideráveis para o aplicador do direito.

Sabe-se que a validade do ato aponta para a eficiência com que o seu suporte fático foi preenchido, isto é, averigua-se junto à hipótese de incidência da norma jurídica se o ato praticado no mundo fenomênico se encaixou (incidência) a ela sem nenhuma deficiência. No caso de perfeito encaixe (no mundo dos pensamentos), diz-se que o negócio jurídico processual é válido; se for deficiente,

⁹²¹ Cf. GONÇALVES, Tiago Figueiredo; MAZZEI, Rodrigo Reis. O mérito do processo e o interesse de agir. **Revista Jurídica** (Porto Alegre. 1953), v. 436, p. 29-42, 2014.

⁹²² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 170.

porém, abre-se a possibilidade à nulificação do ato. Logo, para saber sobre a validade de um negócio jurídico processual, “o que importa é arrolarem-se os pressupostos de validade”⁹²³ (aqui denominados de “requisitos de validade”) do ato, os quais se extraem da norma jurídica.

A dificuldade que se coloca é que o CPC/15 não dispôs peremptoriamente sobre os critérios de validade referidos, deixando para o intérprete a árdua função de descobri-los. Em outros termos, o legislador praticamente só incluiu no texto normativo a cláusula geral e conceitos jurídicos indeterminados, sem inserir, porém, no texto recodificado, numerosos dispositivos fechados dos quais se poderia extrair com facilidade o delineamento da norma jurídica.⁹²⁴

Assim, para se averiguar se o negócio jurídico processual celebrado no mundo empírico é válido ou inválido, deve-se construir a norma jurídica mediante robusto labor, analisando-se a vastidão do ordenamento jurídico como um todo, depois do que se poderá apurar a existência ou não de defeito na incidência.

Deveras, em encontro do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC), tentou-se indicar um norte ao aplicador do direito, com o enunciado de nº 403, que assim preceitua: “A validade do negócio jurídico processual, requer agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei.”

Com tal diretriz interpretativa, quis-se mostrar que muitas das ideias sobre a validade do negócio jurídico do direito civil se aplicam ao negócio processual.⁹²⁵ Todavia, a dificuldade posta ao aplicador não se restringiu muito, dado que, agora, outra questão difícil se coloca: “até que ponto as regras sobre a validade do negócio jurídico de direito privado podem ser importadas e aplicadas aos negócios do direito processual civil?” Sabe-se que o processo civil, ramo do direito público que é, possui peculiaridades muito próprias que destoam consideravelmente do modelo do direito civil.

Poder-se-ia, então, vislumbrar a possibilidade de um doutrinador mais simplista sustentar que “normas cogentes” são inegociáveis, podendo ser objeto de

⁹²³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**, cit., tomo IV, p. 62.

⁹²⁴ No Código Civil, ao contrário, o legislador destrincha com maior detalhe as causas de anulabilidade e de nulidade dos negócios jurídicos.

⁹²⁵ Segundo Redondo, “A validade de uma convenção processual exige dupla conformidade: deve submeter-se às prescrições tanto do Código de Processo Civil, quanto do Código Civil.” (REDONDO, Bruno Garcia. Negócios processuais relativos a honorários advocatícios. In: **Revista Eletrônica de Direito Processual** – REDP. Volume 16, p. 58-76, Julho a dezembro de 2015. p. 67).

uma convenção sobre o processo apenas aquele procedimento, instituto, ônus, faculdade, dever ou poder processual que seja disciplinado por “norma dispositiva”.

Todavia, por ser exageradamente superficial uma sugestão como essa, esquecer-se-ia de que “Não é certo, porém, que esse caminho leve a solução satisfatória em qualquer hipótese, antes de mais nada pela dificuldade que às vezes se encontra em traçar linha divisória nítida entre as duas espécies de normas”.⁹²⁶ Ora, “solucionar” o problema dos limites de validade dos negócios processuais pela via da secção em “normas processuais cogentes” e “normas processuais dispositivas” seria criar outro empecilho, segundo Barbosa Moreira, consistente em saber o que são umas e o que são as outras, tendo em conta que o ordenamento não oferece elementos claros para tanto.

Vê-se, com isso, que a problemática é bastante considerável e desperta calorosos debates na doutrina a respeito do assunto: uns se posicionam de forma mais conservadora, defendendo que os negócios processuais têm aplicação bem restrita⁹²⁷; outros se colocam a defender ponto de vista mais vanguardista, sustentando a possibilidade ampla de celebração de negócios sobre considerável matéria de direito processual, ainda que com limites.⁹²⁸

5.6.2.7. *A descoberta dos limites de validade do negócio jurídico processual no processo civil contemporâneo*

O parágrafo único do art. 190 do CPC/15, já referido, dispõe expressamente que ao juiz cabe o controle de validade dos negócios jurídicos processuais. Assim,

⁹²⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Convenções das partes sobre matéria processual. In: **Temas de direito processual civil**: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 91.

⁹²⁷ Por todos, cf. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo CPC. Código de Processo Civil (lei nº 13.105/2015)**: inovações, alterações e supressões comentadas. São Paulo: editora Método, 2015. p. 227-234; MACHADO, Marcelo Pacheco. A privatização da técnica processual no projeto de Novo Código de Processo Civil. In: Alexandre Freire; Bruno Dantas; Dierle Nunes; Fredie Didier Jr.; José Medina; Luiz Fux; Luiz Volpe; Pedro Miranda. (Org.). **Novas Tendências do Processo Civil - Estudos sobre o Projeto do Novo CPC**. 1ed.Salvador: Jus Podivm, 2014, v. 3, p. 339-362; ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: teoria de processo civil. V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 524-533.

⁹²⁸ Por todos, cf. CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**, cit.; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Negócios processuais, cit.; CADIET, Löic. La qualification juridique des accords processuels. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Negócios Processuais, vol. 1*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 93-103; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis; MOSCHEN, Valesca Raizer Borges. Negócios jurídicos processuais e recursos: primeiras reflexões. In: MOSCHEN, Valesca Raizer Borges et al. (coord.). **Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça II**. Florianópolis: CONPEDI, 2015.

se fosse feita uma leitura reducionista do dispositivo, poder-se-ia concluir que o magistrado é quem deverá dar o seu “parecer”, unilateralmente, sobre em que casos o negócio jurídico celebrado pelas partes é válido ou está eivado de vício nulificante. Tal interpretação, todavia, mostra-se totalmente descabida, ante à imposição constitucional e de outros dispositivos do CPC/15 sobre a necessária democratização do processo.

Dentro do processo civil do Estado Democrático Constitucional, não mais se mostra adequado interpretar o brocardo *da mihi factum, dabo tibi ius* (dê-me os fatos, que eu lhe dou o direito) como se só o juiz pudesse construir os contornos normativos do direito aplicável (*iura novit curiae* – o juiz conhece o direito).⁹²⁹ Hoje, o magistrado, os demais sujeitos processuais e outros membros da sociedade podem participar da construção fática e jurídica no processo. O Estado-Juiz, diga-se de passagem, em atenção ao princípio democrático, deve incentivar a participação.⁹³⁰

A fonte de legitimidade da jurisdição está na garantia de que o processo receberá aquilo que os cidadãos estabelecem como consenso no espaço público.⁹³¹ Com efeito, ao longo da marcha procedimental, se eventualmente surgir alguma discussão a respeito da validade de um negócio jurídico processual, não poderá o magistrado decidir a questão sozinho e apenas com base em ideias – e interpretações – particulares suas; o juiz deverá, na verdade, abrir-se para o debate, a fim de que as partes sejam ouvidas e, até mesmo – quando o assunto discutido for de repercussão maior –, para modo de que outros interessados, como o *amicus curiae*, manifestem-se, externando o seu entendimento, de modo a contribuir na construção da decisão judicial.

Tal proceder democrático do julgador se coaduna com a regra do efetivo contraditório (art. 7º, *in fine*, CPC/15⁹³²), valor-fonte do processo civil democrático, e com o princípio da cooperação entre os sujeitos processuais (art. 6º, CPC/15⁹³³),

⁹²⁹ Cf. MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil...**, cit., p. 88-90.

⁹³⁰ Cf. ABREU, Pedro Manoel. **O processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva**. 2008. Tese (doutorado em direito – Universidade Federal de Santa Catarina), Florianópolis, 2008.

⁹³¹ Cf. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Volume I. Rio de Janeiro: tempo brasileiro, 2010.

⁹³² Art. 7º, CPC15. “É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.”

⁹³³ Art. 6º, CPC/15. “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”

normas que foram inseridas no Novo Código de Processo Civil com a finalidade de que o processo decisório ganhasse em legitimidade.

Deve-se advertir, porém, que não será em todo processo no qual houver um negócio processual típico ou atípico que, necessariamente, dever-se-á debelar uma discussão sobre a validade do ato negocial; do contrário, haveria prejuízo ao princípio da duração razoável do processo (art. 4º, CPC/15⁹³⁴; art. 6º, CPC/15; art. 5º, LXXVIII, CRFB⁹³⁵). O debate sobre esse tema só será firmado⁹³⁶ se uma das partes (ou um terceiro interessado⁹³⁷) suscitar a dúvida sobre a validade do ato negocial ou, ainda, se o juiz entender que na convenção há indício da existência de algum vício nulificante, o que o levará a instaurar a discussão de ofício.

Essa compreensão se dá a partir da noção que se tem firmado de que a regra é que um negócio jurídico processual nasça com a aptidão de produzir efeitos desde logo (art. 200, CPC/15⁹³⁸), não dependendo – ressalvados os casos em que a lei expressamente exige⁹³⁹ ou nas hipóteses de previsão no próprio negócio – sequer de homologação judicial, tal como preceituado no enunciado 113 do FPPC: “Salvo nos casos expressamente previstos em lei, os negócios processuais do art. 190 não dependem de homologação judicial.”⁹⁴⁰

De qualquer forma, uma vez celebrado um negócio processual, a validade do referido ato pode ser questionada. Suscitada a dúvida, dever-se-á debelar o debate,

⁹³⁴ Art. 4º, CPC/15. “As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.”

⁹³⁵ Art. 5º, LXXVIII, CRFB. “A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

⁹³⁶ Enunciado 259 do FPPC. “A decisão referida no parágrafo único do art. 190 depende de contraditório prévio.”

⁹³⁷ Deve-se observar que o parágrafo único do art. 190 do CPC/15 não restringe às partes e ao juiz o direito de suscitar dúvida a respeito da validade dos negócios processuais. Logo, respeitando as premissas fixadas neste trabalho – de que o processo democratizado deve apresentar maior abertura para a participação popular –, entende-se ser possível que terceiros interessados ingressem no processo a fim de requerer um pronunciamento judicial, precedido de debate, a respeito da validade de determinado ato negocial. Isso, obviamente, se respeitadas as regras fixadas pelo Código sobre intervenção de terceiros.

⁹³⁸ Art. 200, CPC/15. “Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais.”

⁹³⁹ Como é o caso da desistência da ação (art. 200, parágrafo único, CPC/15): “A desistência da ação só produzirá efeitos após homologação judicial.”

⁹⁴⁰ Daniel Amorim Assumpção Neves, em posicionamento minoritário, discorda do enunciado e do entendimento de que os negócios jurídicos processuais em geral não dependem de homologação judicial para serem eficazes: “[...] a respeito do negócio jurídico processual celebrado entre as partes, discordo do Enunciado 133 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) [...]. Acredito que o controle judicial seja indispensável em qualquer hipótese, de forma que a ausência de homologação pelo juiz impede que o acordo gere efeitos processuais. O processo, afinal, continua a não ser ‘coisa das partes’ em razão de sua indiscutível natureza pública.” (**Novo CPC...**, cit., p. 228-229)

com a participação ampla das partes, do juiz e, se for o caso, de terceiros interessados (como o *amicus curiae*). Após isso, o julgador pronunciará a decisão, e esta, necessariamente, deverá ser resultante das várias implicações argumentativas de todos os participantes na discussão (art. 489, §1º, inciso IV, CPC/15⁹⁴¹), como modo de garantir o efetivo contraditório.

5.6.2.8. *Parâmetros para os limites de validade dos negócios processuais*

O debate no processo é que definirá se um negócio processual *in concreto* está ou não maculado com vício de invalidade, sempre se respeitando o que aqui se tem denominado de incidência normativa no mundo dos pensamentos. É dizer, a validade ou invalidade do ato negocial também decorre de uma compreensão anterior que vincula os participantes da discussão e baliza os limites interpretativos. Nem todo argumento sobre a validade ou sobre a invalidade do negócio jurídico pode ser razoavelmente aceito. Há um catálogo argumentativo que se impõe aos sujeitos processuais e, certamente, compõe tal catálogo dos “argumentos aceitáveis” o conjunto teórico sugerido pela doutrina.

Segundo Antonio do Passo Cabral, o advérbio “somente” inserido no art. 190, parágrafo único, do CPC/15 – “o juiz controlará a validade das convenções [...], recusando-lhe aplicação *somente* nos casos de nulidade [...]” – indica que o ordenamento processual brasileiro assumiu a máxima do *in dubio pro libertate*, o que significa dizer que os negócios processuais são *a priori* válidos (presunção relativa de validez *prima facie*). O efeito prático disso “é fazer pesar sobre o juiz o ônus argumentativo para considerar os acordos inválidos. Se o magistrado desejar infirmar a validade *prima facie*, terá sobre ele um peso que o obriga a um esforço de justificação mais acentuado”.⁹⁴²

Pois bem, é possível firmar um quadro sobre o plano da validade dos negócios processuais, o qual pode ser utilizado pelos sujeitos do processo no debate – muito embora o que aqui se delineia não seja taxativo, mas apenas

⁹⁴¹ Art. 489, §1º, IV, CPC/15. “Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...] não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”.

⁹⁴² CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**, cit., p. 145-146.

sugestivo (e também compõe o mundo dos pensamentos em que a norma processual incide).

De início, reafirma-se que os negócios processuais se submetem a um regime misto (processual e substancial). Por isso, podem ser parâmetro para a validade dos atos negociais tanto o regime geral de validade do direito processual quanto o do direito material. Eis que, quanto aos vícios da vontade, por exemplo, são aplicáveis as conhecidas normas jurídicas extraídas do Código Civil, sendo feita a devida filtragem, até porque, como já dito, no regime das invalidades processuais vigora a regra do prejuízo e do máximo aproveitamento dos atos processuais. Com efeito, o aplicador terá de calibrar o que do Código Processual se aplica e o que do Código Civil se impõe, pressupondo ponderação de normas.

Por agora, falam-se dos parâmetros específicos dos negócios processuais, tendo em conta o art. 190 do CPC/15.

No que é pertinente à qualidade que devem se revestir os celebrantes, o art. 190, *caput*, do CPC/15, preceitua que as partes devem ser “plenamente capazes”. No caso, entende-se que o legislador fez menção à “capacidade processual”, o que representa dizer que nem sempre alguém com capacidade civil (de fato) terá aptidão para exercer efetivamente, por conta própria, poderes processuais, como é o caso do preso (art. 72, inciso II, CPC⁹⁴³). De qualquer forma, a incapacidade processual pode ser suprida pela representação, nos termos do art. 71 do CPC/15⁹⁴⁴, não sendo um obstáculo intransponível para que incapazes processualmente celebrem negócio processual válido, portanto.

Recorda-se que o art. 190, parágrafo único, do CPC/15 identifica como vício invalidante a “manifesta situação de vulnerabilidade”. Tal conceito jurídico indeterminado consagra o que Didier Jr. denomina de “capacidade processual negocial”, ou seja, além da simples capacidade processual, as partes que celebram uma convenção sobre processo precisam estar em posições equilibradas uma em relação à outra no ato de negociação.⁹⁴⁵ É sensitivo, portanto, que a situação de vulnerabilidade – que, diga-se de passagem, deve ser “manifesta”, isto é, bastante evidente – só pode ser analisada a partir dos dados concretos que se apresentarem.

⁹⁴³ Art. 72, CPC/15. “O juiz nomeará curador especial ao: [...] II - réu preso revel, bem como ao réu revel citado por edital ou com hora certa, enquanto não for constituído advogado.”

⁹⁴⁴ Art. 71, CPC/15. “O incapaz será representado ou assistido por seus pais, por tutor ou por curador, na forma da lei.”

⁹⁴⁵ Cf. DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**, cit., v. 1, p. 384-385.

Um caso que pode pender para a vulnerabilidade, por exemplo, é a celebração de um negócio processual em que só uma das partes está acompanhada de advogado. Na hipótese, sendo a convenção benéfica apenas a um dos lados, pode ser que se caracterize o vício, nos termos do enunciado nº 18 do FPPC: “Há indício de vulnerabilidade quando a parte celebra acordo de procedimento sem assistência técnico-jurídica”.

Ainda sobre o aspecto subjetivo, lembra-se que o negócio jurídico processual ainda pode contar com a presença do juiz. Neste caso, os requisitos de validade exigidos são: a competência e a ausência de impedimento ou suspeição.

Também se coloca como requisito de validade de um negócio processual o respeito à formalidade. É cediço, que o art. 188 do CPC/15⁹⁴⁶ firma o princípio da liberdade das formas, mas nos casos em que a lei estabelecer uma forma específica, esta deverá ser observada, sob pena de configurar vício invalidante, caso existente o prejuízo. Um exemplo é a exigência da participação do Ministério Público em determinadas negociações, como naquela constante no art. 665 do CPC/15,⁹⁴⁷ que possibilita a convenção entre herdeiros para a escolha do rito do arrolamento comum, mesmo havendo incapaz interessado.

Destaca-se, ainda, que a solenidade também pode ser indício de vício invalidante quando utilizada para beneficiar apenas uma das partes, em desequilíbrio. No contrato de adesão, por exemplo, o documento corporificador do ato negocial pode ser extremamente solene e detalhista, mas como não oferece a uma das partes contratantes a liberdade para deliberar sobre as cláusulas contratuais, em havendo alguma convenção processual inserida que beneficie apenas a parte que confeccionou o instrumento, em detrimento da contraparte, estará configurado o abuso. Ademais, nessa espécie de contrato, aplica-se a regra do art. 423 do Código Civil, segundo a qual: “Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.”

O que mais desperta dificuldade quanto aos parâmetros de validade de um negócio processual atípico é saber quando que um dado objeto pode ser negociado

⁹⁴⁶ Art. 188, CPC/15. “Art. 188. Os atos e os termos processuais independem de forma determinada, salvo quando a lei expressamente a exigir, considerando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial.”

⁹⁴⁷ Art. 665, CPC/15. “O inventário processar-se-á também na forma do art. 664, ainda que haja interessado incapaz, desde que concordem todas as partes e o Ministério Público.”

de maneira lícita e constitucional. Como se bem sabe, o objeto do ato negocial são institutos processuais, do que pode haver grandes dúvidas a respeito da permissividade que o ordenamento jurídico dá sobre sua flexibilização. Poderiam as partes convencionar sobre recursos? Ou sobre coisa julgada? Ou sobre a publicidade dos atos? Dúvidas dessa estirpe sempre serão muito comuns.

O art. 190, *caput*, do CPC/15 firma um genérico limite: o negócio processual só pode dispor sobre direitos que admitam autocomposição. Esse conceito jurídico indeterminado não pode ser interpretado como sendo “direitos indisponíveis”, porque estes, em determinadas situações, mesmo no âmbito do direito material, também podem ser foco de negociação. Não fosse assim, o direito subjetivo a alimentos não poderia ser negociado, por exemplo, quanto ao valor, à data de pagamento e ao modo de satisfação. Igualmente, muito comum se mostram os negócios processuais que envolvem direitos difusos, como aqueles referentes ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Didier Jr. e Zaneti Jr.⁹⁴⁸ citam, ainda, o exemplo do acordo coletivo trabalhista, em que sindicatos disciplinam aspectos do dissídio coletivo trabalhista futuro.

Também não se pode entender o termo “direitos que admitam autocomposição” como sendo uma limitação para que entes públicos negociem sobre processo. Deveras, tanto o Ministério Público pode celebrar negócios processuais que a resolução nº 118/2014 do Conselho Nacional do Ministério Público⁹⁴⁹ recomenda que o *parquet* se utilize das convenções processuais para melhorar o procedimento, de modo a permitir a adequada e efetiva tutela jurisdicional. De semelhante modo, como bem preceitua o enunciado nº 256 do FPPC, “A Fazenda Pública pode celebrar negócio processual”, até porque “a indisponibilidade do interesse público não é impedimento a isso, inclusive por ser possível a celebração de um negócio jurídico que fortaleça as situações jurídicas processuais do ente público”.⁹⁵⁰

Com efeito, o objeto do negócio jurídico processual precisará sofrer análise casuística, mediante ponderações de normas jurídicas processuais no caso

⁹⁴⁸ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil**: processo coletivo. 10ª edição revista, ampliada e atualizada. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 314.

⁹⁴⁹ Art. 15, resolução nº 118/2014, CNMP. “As convenções processuais são recomendadas toda vez que o procedimento deva ser adaptado ou flexibilizado para permitir a adequada e efetiva tutela jurisdicional aos interesses materiais subjacentes, bem assim para resguardar âmbito de proteção dos direitos fundamentais processuais.”

⁹⁵⁰ NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais**, cit., p. 235.

concreto, a fim de se descobrir se há licitude/ constitucionalidade. Alguns exemplos podem ilustrar: (i) parece ser inválido o negócio jurídico que afaste a publicidade dos atos processuais, se não presentes as condições previstas na Constituição (art. 5º, inciso LX⁹⁵¹), pois, não fosse assim, poder-se-ia tornar letra morta o dispositivo constitucional, bem como se passaria a considerar que o processo é mera “coisa das partes”; (ii) soa inválido o negócio processual que modifique competência absoluta, não fosse assim, mediante negócio jurídico, seria enterrado o princípio do juiz natural (art. 5º, inciso XXXVII⁹⁵² e LIII⁹⁵³, CF); (iii) parece inválido o negócio jurídico processual que retire a obrigatoriedade da fundamentação das decisões judiciais, até porque o dever de fundamentação se impõe não apenas em benefício das partes, mas, sobretudo num sistema de precedentes judiciais, coloca-se em favor da coletividade (art. 93, inciso IX⁹⁵⁴).

Por oportuno, mencionam-se as impressões de Marcelo Pacheco Machado,⁹⁵⁵ para quem, apesar de o texto normativo autorizar em tese que convenções disponham sobre ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, a liberdade de disposição de cada uma dessas categorias eficaciais não é tão extensa como se pode pensar, com o que concorda Daniel Neves.⁹⁵⁶

Por outro giro, as possibilidades também não são tão estreitas, e a criatividade humana, associada com a necessidade que cada caso concreto pode revelar, faz surgir negócios processuais bem incomuns (e válidos).

Pedro Nogueira⁹⁵⁷ cita o exemplo do pacto de não recorrer, mediante o qual as partes acordam a exclusão do procedimento recursal.⁹⁵⁸ Bruno Garcia Redondo

⁹⁵¹ Art. 5º, inciso LX, CF. “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”.

⁹⁵² Art. 5º, inciso XXXVII, CF. “Não haverá juízo ou tribunal de exceção”.

⁹⁵³ Art. 5º, inciso LIII, CF. “Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.

⁹⁵⁴ Art. 93, inciso IX, CF. “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.”

⁹⁵⁵ MACHADO, Marcelo Pacheco. A privatização da técnica..., cit., 350-356.

⁹⁵⁶ Daniel Amorim Assumpção Neves critica o art. 190 do CPC/15: “[...] apesar de o *caput* do dispositivo ora comentado incluir os deveres processuais entre as situações processuais que podem ser objeto de acordo, não parece crível que as partes possam acordar pelo afastamento de seus deveres.” (**Novo CP**, cit., p. 230). Exemplificativamente, cita-se o enunciado de nº 6 do FPPC, como sendo uma evidência de haver deveres inegociáveis: “O negócio jurídico processual não pode afastar os deveres inerentes à boa-fé e à cooperação”.

⁹⁵⁷ NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais**, cit., p. 253-255.

⁹⁵⁸ Bárbara Chagas e Valesca Moschen destacam que, muito embora se admita a renúncia prévia a recursos em geral, as partes jamais podem acordar a renúncia prévia aos embargos de declaração,

menciona o negócio processual sobre honorários de sucumbência⁹⁵⁹ e aquele que amplia as hipóteses que admitem a estabilização da tutela, englobando, por exemplo, a tutela de evidência.⁹⁶⁰ Paula Costa e Silva⁹⁶¹ cita o *pactum de non petendo*, mediante o qual as partes, já envolvidas num litígio atual, renunciam extrajudicialmente o direito de ação. Renato Beneduzi⁹⁶² sustenta a validade do acordo processual que atribui legitimidade processual extraordinária a um terceiro.⁹⁶³ Daniel Rodrigues e Rafael Menezes⁹⁶⁴ mencionam o negócio processual para se fixar os poderes do *amicus curiae*.⁹⁶⁵

De qualquer maneira, a descoberta dos limites dos negócios jurídicos deverá dar-se no caso concreto e, sempre, mediante sadio e democrático debate entre os sujeitos do processo.

porque eles desempenham papel saneador, sendo interesse público (e não apenas das partes) que as decisões judiciais sejam claras e compreensíveis. CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis; MOSCHEN, Valesca Raizer Borges. Negócios jurídicos processuais e recursos: primeiras reflexões. In: MOSCHEN, Valesca Raizer Borges et al. (coord.). **Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça II**. Florianópolis: CONPEDI, p. 121-137, 2015

⁹⁵⁹ REDONDO, Bruno Garcia. Negócios processuais relativos a honorários advocatícios. In: **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Volume 16, p. 58-76, Julho a dezembro de 2015.

⁹⁶⁰ REDONDO, Bruno Garcia. Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias. In: **Revista de Processo**, vol. 244, p. 167-192, jun. de 2015.

⁹⁶¹ COSTA E SILVA, Paula. *Pactum de non petendo*: exclusão convencional do direito de ação e exclusão convencional da pretensão material. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Org.). **Negócios processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 324.

⁹⁶² BENEDUZI, Renato Rezende. Legitimidade extraordinária convencional. In: **Revista Brasileira de Direito Processual**: RBDPro, Belo Horizonte, v. 22, n. 86, p. 127-142, abr./jun. 2014.

⁹⁶³ Cf. BOMFIM, Daniela Santos. A legitimidade extraordinária de origem negocial. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Org.). **Negócios processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 495-498.

⁹⁶⁴ RODRIGUES, Daniel Colnago; MENEZES, Rafael Filipe Fonseca. Amicus curiae y negocios procesales en nuevo Código de Proceso Civil brasileño. In: NOGUEIRA, Pedro Henrique; CAVANI, Renzo (coord.). **Convenciones procesales – Estudios sobre negócio jurídico y proceso**. Lima: Raguel, 2015. p. 547.

⁹⁶⁵ O enunciado nº 19 do FPPC lista alguns bons exemplos de negócios jurídicos processuais: “São admissíveis os seguintes negócios processuais, dentre outros: pacto de impenhorabilidade, acordo de ampliação de prazos das partes de qualquer natureza, acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo de recurso, acordo para não promover execução provisória; pacto de mediação ou conciliação extrajudicial prévia obrigatória, inclusive com a correlata previsão de exclusão da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de exclusão contratual da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de disponibilização prévia de documentação (pacto de *disclosure*), inclusive com estipulação de sanção negocial, sem prejuízo de medidas coercitivas, mandamentais, sub-rogatórias ou indutivas; previsão de meios alternativos de comunicação das partes entre si; acordo de produção antecipada de prova; a escolha consensual de depositário-administrador no caso do art. 866; convenção que permita a presença da parte contrária no decorrer da colheita de depoimento pessoal.”

5.6.2.9. Meios de impugnativos: remédios contra os vícios invalidantes

No processo civil brasileiro, a começar pelos atos viciados do juiz, há muitos métodos impugnativos à disposição do jurisdicionado, sendo que o principal deles, certamente, são os recursos, cuja previsão constitucional (art. LV, CF⁹⁶⁶) reforça a sua importância, num ordenamento jurídico com pretensão de correção. Lembra-se das precisas considerações de Calmon de Passos:

Afirmar que o direito ao recurso como garantia constitucional não implica o reconhecimento do direito de recorrer de toda e qualquer decisão e em qualquer fase do procedimento que antecede a prestação da tutela jurídica reclamada. O que necessariamente deve ser constitucionalmente garantido é o que poderíamos denominar de “núcleo resistente”, aquele mínimo indispensável para assegurar a coerência entre o direito posto (expectativas compartilhadas socialmente) e o direito aplicado (concretização dessas expectativas). Garantia inerente a um Estado Democrático, portanto, é o controle interno das decisões judiciais mediante a técnica dos recursos.⁹⁶⁷

Os recursos visam à invalidação ou à reforma de uma decisão judicial maculada ou com *error in procedendo* (caso em que se pede a invalidação) ou com *error in iudicando* (caso em que se pede a reforma, dada a injustiça da decisão). Essa diferença que a doutrina faz das espécies de erro, evidenciam a possibilidade de equívoco do julgador quanto à aplicação de norma processual ou de norma substancial.⁹⁶⁸ Focam-se, por aqui, os vícios na aplicação das normas de processo.

É evidente que cada espécie de decisão viciada ensejará um tipo específico de recurso. Em se tratando de uma sentença, o recurso cabível será a apelação; se for uma decisão interlocutória, o recurso pertinente será o agravo de instrumento etc. O direito positivo é que indicará qual tipo recursal será o aplicável para cada circunstância, mas sempre se mostra salutar a menção aos embargos de

⁹⁶⁶ Art. 5º, inciso LV, CF. “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

⁹⁶⁷ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. As razões da crise de nosso sistema recursal. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (org.). **Meios de impugnação ao julgado civil – Estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 371.

⁹⁶⁸ Além de anular e de reformar, os recursos também se prestam para esclarecer e integrar uma decisão judicial, daí a definição conceitual ofertada por Flávio Cheim Jorge: “recurso é o remédio dentro da mesma relação processual que dispõem as partes, o Ministério Público e os terceiros prejudicados, para obter a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de uma decisão judicial.” (**Teoria geral dos recursos**, cit., p. 41)

declaração, que, no direito brasileiro, são utilizáveis contra toda e qualquer decisão que se mostrar obscura, contraditória ou omissa.⁹⁶⁹

Por outro prisma, há situações em que os atos do juiz podem ser impugnados mediante mera petição. É a hipótese de um magistrado ser absolutamente incompetente. Trata-se, aí, de um exemplo em que o julgador poderia ter reconhecido a sua incompetência de ofício, mas, como não o fez, a parte está autorizada a apontar o vício mediante simples petição.

Aliás, a petição simples, além de poder apontar defeitos quanto aos “requisitos de validade do procedimento”, os quais o próprio juiz poderia reconhecer por conta própria, também se presta para a correção de vícios menores, como erros formais ou erros de cálculo.

Os atos judiciais viciados também podem ser invalidados após sobrevir a coisa julgada material, evidentemente que em casos mais restritos e previstos em lei, até porque, como o sistema de invalidades processuais é direcionado para evitar a decretação de nulidade, comumente um vício não indicado pode sofrer a preclusão, ou o ato viciado pode ser “convalidado”.

No prazo de dois anos, a sentença judicial transitada em julgado pode ser rescindida mediante ação rescisória⁹⁷⁰, nos termos do art. 966 do CPC/15.⁹⁷¹ Frisase, por oportuno, que tal rescisão pode se dar tanto por erro na aplicação do direito material quanto por erro na aplicação do direito processual.

Lembra-se, ainda, da possibilidade de serem impugnados vícios processuais mesmo após o prazo de dois anos da ação rescisória. Trata-se da impugnação de atos maculados com vícios denominados transrescisórios.

No processo do Estado Democrático Constitucional, não se pode admitir que um réu seja prejudicado por uma sentença sem que lhe seja garantido o direito ao

⁹⁶⁹ MAZZEI, Rodrigo Reis. **Embargos de declaração**: recurso de saneamento com função constitucional”. 2012. 545 f. Dissertação (mestrado em direito) – Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em direito, Faculdade Autônoma de Direito (FADISP), São Paulo, 2012.

⁹⁷⁰ Cf. MAZZEI, Rodrigo Reis; GONÇALVES, Tiago Figueiredo. **Primeiras linhas sobre a disciplina da ação rescisória no CPC/2015**. Revista Forense (Impresso), v. 421, p. 191-213, 2015

⁹⁷¹ Art. 966, CPC/15. “A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: I - se verificar que foi proferida por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz; II - for proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente; III - resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei; IV - ofender a coisa julgada; V - violar manifestamente norma jurídica; VI - for fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória; VII - obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável; VIII - for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos.”

contraditório (valor-fonte do processo). Por isso, é pacífico o entendimento no sentido de que, em caso de citação inválida ou de inexistência de citação, se o processo correr à revelia do demandado, este poderá anular todo o procedimento mediante a *querela nullitatis insanabilis*, que se trata de uma ação de nulidade contra o vício insanável, a ser proposta perante o juízo que proferiu a decisão.⁹⁷²

Agora, passa-se à análise dos métodos de impugnação dos vícios dos atos das partes.

Muito embora sejam menos tratados na doutrina, os atos das partes podem ser invalidados, como dito alhures. A inadmissão de um ato postulatório é um bom exemplo. Daí ser possível ao réu impugnar a petição inicial do autor em sede de contestação, como quando ele alega inépcia da exordial por ausência de narração fática. Igualmente, nas contrarrazões, o recorrido pode demonstrar a ausência de um requisito de validade do recurso, como a intempestividade.

Como os defeitos invalidantes das partes, em geral, podem ser reconhecidos de ofício pelo julgador, a petição simples também é uma maneira viável, desde que a lei não estabeleça uma forma impugnativa específica e desde que não tenha operado a preclusão.

Frisa-se, ademais, que, havendo coisa julgada, não mais haverá possibilidade de se impugnar especificamente algum ato das partes. A sentença é que poderá ser invalidada pelos meios cabíveis e, em decorrência dessa invalidação, os atos prejudicados serão desfeitos. No caso da sentença homologatória, por exemplo, se a transação homologada estiver maculada, a ação anulatória é meio cabível para invalidar o ato judicial, desconstituindo também o negócio das partes (Art. 966, §4º, CPC/15⁹⁷³).

⁹⁷² Há autores que entendem ser a *querela nullitatis insanabilis* um meio de atacar sentenças inexistentes, indicando inclusive como inexistente a sentença proferida em processo em que não houve citação. Nesse caso, porém, sustenta-se que o que não existiu foi a citação, e não a sentença. Cf. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Sentenças inexistentes e querela nullitatis. **Revista Jurídica UNICOC**, v. 2, p. 347-366, 2005; LEONEL, Ricardo de Barros. **Fatos e atos jurídicos**: planos da existência, validade, eficácia, e a questão da querela nullitatis. *Justitia* (São Paulo), v. Web, p. 1-43, 2008.

⁹⁷³ Art. 966, §4º, CPC/15. “Os atos de disposição de direitos, praticados pelas partes ou por outros participantes do processo e homologados pelo juízo, bem como os atos homologatórios praticados no curso da execução, estão sujeitos à anulação, nos termos da lei.”

Por outro lado, se no curso do procedimento houver uma confissão viciada por erro ou coação, a impugnação deverá se dar por ação anulatória autônoma, por força do art. 393, *caput*, CPC/15.⁹⁷⁴

Por fim, lembra-se que os atos viciados de outros sujeitos do processo, como dos auxiliares da justiça, podem ser invalidados de ofício pelo juiz ou mediante provocação da parte interessada.⁹⁷⁵

5.6.3. Eficácia e ineficácia jurídica

Todo fato jurídico nasce com um objetivo muito claro: produzir efeitos jurídicos. Segundo Marcos Bernardes de Mello, “fato jurídico que não se destinasse à eficácia jurídica seria mera entidade lógica, sem qualquer relação com a realidade social a que se refere, portanto, algo absolutamente inútil.”⁹⁷⁶

Por isso, se é verdade que há fatos jurídicos que não chegam a adentrar no plano da eficácia, também é verídico que essa não é a destinação normal de um fato jurídico; o natural é que ele irradie efeitos de direito.

Aliás, é importante destacar que quando se diz que um fato jurídico processual (*lato sensu*) não passou pelo plano da eficácia o que se está a querer afirmar é que ele não produziu os “efeitos finais que lhe são próprios”.⁹⁷⁷ Essa ressalva é importante porque todo e qualquer fato jurídico, inclusive o processual, apesar de não necessariamente vir a produzir os efeitos a que ele efetivamente se destina, tem um mínimo de eficácia jurídica que dele irradia, só pela circunstância de ter adentrado no mundo jurídico. Logo, não há que se aludir a uma ineficácia absoluta do fato jurídico.⁹⁷⁸

Dessarte, havendo uma cláusula de arbitragem num determinado contrato privado, caso um dos contratantes proponha demanda perante a Justiça estatal e o outro contratante, quando da contestação, nada alegar sobre a modificação de competência, ainda que o efeito principal daquele negócio processual não tenha sido

⁹⁷⁴ Art. 393, *caput*, CPC/15. “A confissão é irrevogável, mas pode ser anulada se decorreu de erro de fato ou de coação.”

⁹⁷⁵ DIDIER JR.; NOGUEIRA. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**, cit., p. 94.

⁹⁷⁶ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia**. 1ª parte. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 84.

⁹⁷⁷ *Ibid.* p. 85.

⁹⁷⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**, cit., tomo V, p. 67.

produzido (transferência da competência para o juízo arbitral), o efeito de se considerar o silêncio das partes como renúncia à cláusula ainda ocorrerá (art. 337, §6º, CPC/15⁹⁷⁹). Eis um mínimo eficaz existente, enquadrado no conceito de “situações jurídicas básicas”.⁹⁸⁰

Feita essa observação, destaca-se que o estudo do plano da eficácia se destina a averiguar se um fato jurídico processual (*lato sensu*) é juridicamente eficaz ou ineficaz. Isso, sob o ponto de vista da produção dos seus efeitos próprios, os quais podem não ser irradiados, caso não sejam implementadas as condições previstas nos elementos complementares da norma jurídica processual.

Uma norma jurídica processual ao incidir sobre suporte fático, ao preenchê-lo suficientemente, faz nascer o fato jurídico (existência). Se o suporte fático, porém, não for preenchido de maneira eficiente no que se refere aos seus elementos complementares, pode ser que o fato jurídico seja inválido e/ou seja ineficaz. Chama-se ineficácia jurídica “a inaptidão, temporária ou permanente, do fato jurídico para irradiar os efeitos próprios e finais que a norma jurídica lhe imputa”.⁹⁸¹ Neste caso, como se firmou páginas atrás, diz-se que a ineficácia se deu porque o fato jurídico não preencheu as “condições” de sua eficácia jurídica ou, nas palavras de Antônio Junqueira⁹⁸², não se empreenderam os “fatores de eficácia”.

5.6.3.1. O teor eficaz dos fatos jurídicos processuais

“O pressuposto e a conseqüência (sic), ligados um ao outro por nexos lógicos de implicação, projetando-se no mundo social dos fatos, estabelecem a relação de causalidade jurídica” – destaca Lourival Vilanova, em célebre lição – “o fato torna-se fato jurídico, e dele provêm os efeitos”.⁹⁸³ O que se impõe, por ora, é identificar quais efeitos seriam os produzidos pelos fatos jurídicos processuais.

O processo se apresenta como um procedimento desenrolado em contraditório composto por uma série de fatos jurídicos processuais. Estes podem produzir uma vastidão de efeitos no mundo jurídico, como a admissão de um

⁹⁷⁹ Art. 337, §6º, CPC/15. “A ausência de alegação da existência de convenção de arbitragem, na forma prevista neste Capítulo, implica aceitação da jurisdição estatal e renúncia ao juízo arbitral.”

⁹⁸⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da eficácia, cit., p. 86.

⁹⁸¹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da eficácia, cit., p. 60.

⁹⁸² AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio jurídico...**, cit., p. 30.

⁹⁸³ VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**, cit., p. 134.

recurso, a invalidação de um ato judicial, a preclusão, a situação de imutabilidade de uma sentença etc.

Percebe-se que seria complicado listar casuisticamente toda a multiplicidade de efeitos que as espécies de fatos jurídicos processuais podem desencadear, daí a necessidade das classificações.

De acordo com Marcos Bernardes de Mello, pode-se utilizar a expressão “situação jurídica” em dois sentidos: (a) *Lato sensu*: refere-se a toda e qualquer consequência que se produz no mundo jurídico em decorrência de um fato jurídico, desde o menor dos efeitos até as mais complexas relações jurídicas; (b) *Stricto sensu*: refere-se a todo conteúdo eficaz não relacional, é dizer, a tudo que é efeito jurídico, excetuando-se a relação jurídica.⁹⁸⁴

Essa classificação é importante, porque, muito embora a doutrina coloque grande enfoque na averiguação das relações jurídicas, estas últimas não são a única espécie de eficácia jurídica possível.

Mesmo no processo, que classicamente é visto como uma relação jurídica – logo, efeito jurídico de um fato jurídico anterior –, verificam-se eficácias jurídicas outras, muitas delas não relacionais.

É muito comum que uma norma jurídica processual atribua uma qualificação ou qualidade jurídica a alguém, sem sequer referir a uma relação jurídica, como no caso da capacidade de ser parte, da capacidade postulatória, da competência de um juiz ou da legitimidade processual. Trata-se do que Marcos Bernardes de Mello denomina de “situações jurídicas simples ou unissubjetivas”, é dizer, “que dizem respeito a uma única esfera jurídica”.⁹⁸⁵

De outro lado, há ainda situações jurídicas que “embora tenham na intersubjetividade pressuposto necessário de existência, sua eficácia se limita, exclusivamente, a uma esfera jurídica, donde não poder, por esse motivo, materializar ainda uma relação jurídica”.⁹⁸⁶ Por isso, Marcos Bernardes de Mello denomina tal tipologia de “situações jurídicas complexas unilaterais ou intersubjetivas unilaterais”, exemplificando com a oferta ao público, que apesar de

⁹⁸⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da eficácia, cit., p. 79.

⁹⁸⁵ Ibid. p. 88.

⁹⁸⁶ Ibid. p. 163.

pressupor mais de um sujeito (aquele que oferta e o público destinatário), inicialmente vincula apenas o proponente.⁹⁸⁷

No processo, Didier Jr. e Pedro Henrique Pedrosa Nogueira destacam que o “poder processual” pode ser enquadrado na categoria de situação jurídica complexa unilateral, como é o poder de um juiz requisitar documentos ou de exigir o comparecimento de testemunhas.

Para eles, o ônus também é uma espécie de poder, porque, ao contrário do que a doutrina tradicional diz, aquele que detém o ônus se coloca numa situação jurídica ativa, mas sem que exista uma situação de sujeição correlata (até porque, se houvesse, o ônus estaria situado na relação jurídica). O que distingue o ônus dos demais poderes é a consequência negativa do seu não exercício pelo titular, efeito que é juridicamente previsto. De qualquer forma, “o que se considera como ônus não é aquilo que o titular da situação jurídica sofre, mas aquilo que lhe é lícito fazer”.⁹⁸⁸

Os autores também chamam a atenção para a circunstância de que os “poderes processuais”, sob outra ótica, também podem ser enquadrados dentro da relação jurídica. Neste caso, não seriam “situações jurídicas complexas unilaterais”, mas uma espécie de expressão sucedânea para o termo “direito subjetivo”, o qual se contrapõe ao “dever jurídico”.

A relação jurídica, espécie de situação jurídica *lato sensu*, é a relação entre pelo menos dois sujeitos face a um objeto, tendo como conteúdo mínimo um direito (daquele que se coloca na posição ativa) e o correlato dever (daquele que se coloca na posição passiva), afora outros desdobramentos como as pretensões e obrigações, ações e exceções etc.⁹⁸⁹

No processo, desde a fase autonomista, a ideia de relação jurídica processual se mostra presente, como sendo o vínculo que une autor, réu e Estado-Juiz perante o conteúdo discutido em juízo (objeto).

A aceção de “poder processual” enquadrado dentro da ideia de relação jurídica está melhor posta no imaginário da comunidade acadêmica, mormente quando se utiliza o termo associado à noção clássica de sujeição. Ademais, é possível perceber que o conceito de “poder processual” como sendo a autorização

⁹⁸⁷ Ibid. 164-167.

⁹⁸⁸ DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**, cit., p. 129.

⁹⁸⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia**, cit., p. 168-170.

para que alguém interfira na esfera jurídica alheia é melhor correspondente ao conceito de “direito potestativo”, a exemplo do direito de ação ou do direito de recorrer.⁹⁹⁰

Ainda como efeito jurídico possível de um fato jurídico processual, mencionam-se as faculdades. Estas se colocam no âmbito do que é permitido ser feito. Referem-se “à livre escolha que a lei atribui aos sujeitos do processo”⁹⁹¹, como por exemplo a opção pelo dia em que se deseja interpor a apelação dentro dos 15 (quinze) dias do prazo.

Pontes de Miranda diz que “o direito subjetivo é o que contém a faculdade”, mas se verifica que a faculdade também pode se situar dentro de um poder ou de um direito potestativo. Aliás, mesmo dentro dos deveres, há espectro de escolhas possíveis, em que também se identificam faculdades.

Por fim, sobre os deveres jurídicos processuais, eles também se situam dentro da relação jurídica e se põem como o que a norma jurídica diz ser obrigatório de ser feito (ou não feito, no caso das omissões). Destaca-se que, diferente dos ônus, o descumprimento de um dever jurídico processual representa o cometimento de um ilícito processual, que pode ser sancionado de acordo com o catálogo de “penalidades” previsto no ordenamento jurídico (invalidação, multa etc.). Exemplos interessantes são os deveres de boa-fé, de cooperação, de fundamentação ou do contraditório.⁹⁹²

5.6.3.1.1. Especificamente a preclusão

Uma eficácia jurídica processual bem interessante é a preclusão. Esta “é o instituto que impõe a irreversibilidade e a auto-responsabilidade no processo” – diz Antônio Alberto Alves Barbosa – “e que consiste na impossibilidade de prática de atos processuais fora do momento e da forma adequados, contrariamente à lógica, ou quando já tenham sido praticados, válida ou invalidamente”.⁹⁹³

⁹⁹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito...**, cit., 2003, v. 2. p. 206.

⁹⁹¹ MACHADO, Marcelo Pacheco. *A privatização da técnica...*, cit., p. 352.

⁹⁹² Cf. CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. **Revista de Processo**, vol. 126, p. 59-80, ago./2005; MELLO, Cláudio Ari. Interpretação jurídica e dever de fundamentação das decisões judiciais no novo Código de Processo Civil, **Revista de Processo**, v. 41, n. 255, p. 63-90, maio 2016.

⁹⁹³ BARBOSA, Antônio Alberto Alves. **Da preclusão processual civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 52.

Nessa definição, destaca-se o importante papel que a preclusão cumpre no processo, a saber, inibir a atuação abusiva das partes. Se o instituto não existisse, o procedimento dificilmente avançaria, seria um conjunto de “idas e vindas”. Até mesmo o juiz poderia ficar revendo os seus entendimentos, e os litigantes provocariam o julgador infinitamente, até que uma decisão favorável fosse exarada.

A preclusão é o efeito jurídico consistente na perda, extinção ou consumação de uma faculdade/ poder processual. Do ponto de vista clássico, como bem ensina Chiovenda, entende-se que o efeito preclusivo decorre de um dos três fatos jurídicos (*lato sensu*) a seguir indicados: a) “não se haver observado a ordem prescrita em lei ao uso de seu exercício, como os prazos peremptórios, ou a sucessão legal das atividades e das exceções” (preclusão temporal); b) “haver realizado uma atividade incompatível com o exercício da faculdade, como a propositura de uma exceção incompatível com outra, ou a realização de um ato incompatível com a intenção de impugnar uma sentença” (preclusão lógica); e c) “já se haver validamente exercido a faculdade” (preclusão consumativa).⁹⁹⁴

Didier Jr. e Nogueira acrescentam a essa tríade uma quarta espécie de preclusão, que é de cunho punitivo. Trata-se da preclusão-sanção, a qual decorre de um ato ilícito caducificante.⁹⁹⁵ Bom exemplo é a perda da situação jurídica de inventariante em razão da prática dos ilícitos listados no art. 622 do CPC/15⁹⁹⁶, ou a perda da competência do magistrado para processar e julgar a causa em decorrência do excesso de prazo sem justificativa (art. 235, §3º, CPC/15⁹⁹⁷).

5.6.3.2. *Críticas e contracríticas ao conceito de relação jurídica processual*

⁹⁹⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**, cit., v. 3. p. 184.

⁹⁹⁵ DIDIER JR.; NOGUEIRA. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**, cit., p. 171-173.

⁹⁹⁶ Art. 622, CPC/15. “O inventariante será removido de ofício ou a requerimento: I - se não prestar, no prazo legal, as primeiras ou as últimas declarações; II - se não der ao inventário andamento regular, se suscitar dúvidas infundadas ou se praticar atos meramente protelatórios; III - se, por culpa sua, bens do espólio se deteriorarem, forem dilapidados ou sofrerem dano; IV - se não defender o espólio nas ações em que for citado, se deixar de cobrar dívidas ativas ou se não promover as medidas necessárias para evitar o perecimento de direitos; V - se não prestar contas ou se as que prestar não forem julgadas boas; VI - se sonegar, ocultar ou desviar bens do espólio.”

⁹⁹⁷ Art. 235, §3º, CPC/15. “Mantida a inércia, os autos serão remetidos ao substituto legal do juiz ou do relator contra o qual se representou para decisão em 10 (dez) dias.”

Como sustentado, do ato de demandar perante a Jurisdição surge (efeito jurídico) o processo, como uma relação jurídica formada entre autor e Estado-Juiz, que se torna triádica com a citação do réu. A partir daí, uma série de situações jurídicas processuais se formam, que colocam os sujeitos processuais em posições variadas, ao longo da dinamicidade do caminhar procedimental.

Essa concepção, porém, não é unânime na doutrina, havendo aqueles que formulam severas críticas à ideia de processo como relação jurídica processual. Por aqui, foca-se na reprimenda feita por Daniel Mitidiero, por ser a mais radical, aqui no Brasil.

Para Mitidiero⁹⁹⁸, a teoria da relação jurídica processual é de todo inadequada para a compreensão do processo civil contemporâneo, por alguns motivos.

Primeiro, porque o conceito de relação jurídica foi tomado pelos processualistas como apropriação de uma ideia própria do direito material (notadamente, do direito privado, com os pandectistas civilistas), revelando-se infrutífera na sede do direito instrumental, por incompatibilidade metodológica.

Segundo, porque a noção de relação jurídica se mostra originariamente estática, o que é um empecilho para se trabalhar com a dinamicidade ínsita ao processo civil de hoje.

Terceiro, porque o conceito de processo como relação jurídica sofre uma inadequação ideológica. Quando do surgimento da teoria da relação jurídica processual, vigorava o Estado Liberal, com feição filosófica marcadamente positivista. O que se buscava era a construção de uma ciência “pura” e neutra quanto aos valores. Assim, o esquema da relação jurídica, por ser uma enorme abstração, alinhava-se a esse ideário. Todavia, por trás da neutralidade, o que havia eram intenções políticas obscuras. O modelo formal de relação jurídica poderia ser a plataforma adequada para que se deitasse sobre ela qualquer modelo ideológico de Estado, mesmo que este fosse valorativamente pernicioso (não democrático).⁹⁹⁹

Por isso, Daniel Mitidiero conclui a sua crítica dizendo que a ideia de relação jurídica processual deve ser abandonada para que se lance mão de um conceito de processo adequado ao Estado Constitucional contemporâneo. O autor se utiliza da

⁹⁹⁸ MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma teoria contemporânea...**, cit., p. 138-145.

⁹⁹⁹ Quanto a este último ponto da crítica, Marinoni acompanha Mitidiero. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado Constitucional. In: JORDÃO, Eduardo Ferreira; DIDIER JR., Fredie (coord.). **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial**. Salvador: Juspodivm, 2007. p. 541-574.

doutrina de Elio Fazzalari para situar o processo como procedimento em contraditório, postura metodológica que serve para refutar os três ataques teóricos formulados por ele.

No que tange à primeira crítica, essa nova perspectiva “responde ao problema da inadequação metodológica de se pensar o processo a partir de uma categoria concebida para o direito material” – diz Mitidiero – “já que toma como ponto inicial de reflexão a ideia de procedimento, que, afinal, é mesmo da essência do processo”.¹⁰⁰⁰

Quanto à segunda crítica, a visão do processo em contraditório “responde ao problema do constante fluxo em que se especializa o processo, porquanto a dinamicidade é inerente ao conceito de procedimento, que é uma categoria que se protraí no tempo, que nele se desenvolve”.¹⁰⁰¹

Já em alusão à terceira crítica, “a teoria do processo como contraditório, ainda, outorga especial relevo ao contraditório [...], concebe a participação dos cidadãos na conformação do poder do estado como algo indissociável do mesmo (sic)”.¹⁰⁰²

Entrementes, essa formulação crítica, com a devida vênia, não se sustenta. Assim como compreender o processo exclusivamente como relação jurídica processual é um extremismo não cabível hoje, entender o processo apenas como procedimento em contraditório negando a categoria fundamental da relação jurídica também representa enviesar para outro radicalismo teórico perigoso.

Consoante límpida lição de Miguel Reale, “Muito embora o conceito de ‘relação jurídica não desempenhe, hoje em dia, o mesmo papel que lhe foi conferido, até bem pouco tempo, [...] não deixa ela de ser um tema básico da Teoria Geral do Direito”.¹⁰⁰³ Essa fala serve para se refutar a ideia de que o conceito de relação jurídica foi extraída do direito privado, como sugeriu Mitidiero. Na verdade, “relação jurídica” se perfaz num conceito jurídico básico, aplicável a todo e qualquer ramo jurídico, porque integrante do catálogo da propedêutica jurídica. Achar que o processo fica infenso a essa apropriação representa radicalizar ainda mais uma ideologia própria da fase processualística no sentido de que o processo deve ser rigorosamente autônomo, não apenas face ao direito material, mas de tudo o que se pode denominar “direito”, inclusive da teoria geral do direito. Algo inconcebível.

¹⁰⁰⁰ MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma teoria contemporânea...**, cit., p. 144-145.

¹⁰⁰¹ Ibid. p. 145.

¹⁰⁰² Ibid. p. 145.

¹⁰⁰³ REALE, Miguel. **Lições preliminares...**, cit., p. 198.

No que é pertinente à reprimenda de que a noção de “relação jurídica processual” se revela neutra e esconde fins político-ideológicos do Estado, tal crítica ignora o papel da teoria geral do processo, que é justamente criar conceitos jurídicos-fundamentais processuais aplicáveis a todo e qualquer experiência processual, independentemente dos fins de um dado modelo estatal. Com efeito, “a neutralidade do conceito pode, inclusive, apresentar-se benéfica”.¹⁰⁰⁴

Ademais, se a neutralidade dos conceitos jurídico-fundamentais fosse realmente um problema, toda a teoria geral do direito deveria ser desfeita, porque constituída por tais estruturas abstratas.

Destaca-se que, sobretudo nas ciências sociais, como é o direito, a teoria deve ser construída com vistas à prática. Por isso que ao longo de todo o presente trabalho se realçou a importância de as construções das ciências jurídicas serem voltadas à realização do jurídico na vida concreta das pessoas.

Isso não quer dizer que as teorias jurídicas devam se desfazer de conceitos abstratos, mas, sim, que esses conceitos abstratos devem ser operacionalizáveis.

Quanto à noção de relação jurídica processual, é indiscutível que ainda hoje se mostra possível de operar com tal conceito, não fosse assim, não se poderia falar em deveres processuais de uns sujeitos processuais face aos outros, ou de poderes, direitos etc.

Por outro prisma, o fato de um conceito jurídico básico poder funcionar como instrumento também num Estado ideologicamente degenerado quanto a valores democráticos não significa excluir a utilidade do conceito. O problema não está na ideia de relação jurídica como estrutura formal, mas sim nos valores que se empreendem para manejar o referido conceito jurídico-fundamental, e isso foge da alçada da teoria geral do direito.

Ante a isso, é preciso dizer que se concorda com Marinoni, quando ele diz que, no Estado Democrático Constitucional, “não há como pretender ver o processo apenas como uma relação jurídica processual”.¹⁰⁰⁵ Lembra-se, com Dinamarco, “o conceito de processo abrange o de *procedimento* e o de *relação jurídica processual*”.¹⁰⁰⁶

¹⁰⁰⁴ DIDIER JR.; NOGUEIRA. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**, cit., p. 142.

¹⁰⁰⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. A teoria da relação jurídica..., cit., p. 574 (destaque nosso).

¹⁰⁰⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito...**, cit., 4ª edição, v. 1, p. 299.

A ideia de procedimento realça o dinamismo próprio do processo, o qual se perfaz num conjunto de fatos jurídicos processuais que se desenvolvem até um ato final, e a noção de relação jurídica realça o vínculo dos sujeitos processuais, que, aliás, não é apenas um, mas vários que se formam na marcha do procedimento.

É na relação jurídica que o contraditório se manifesta, mormente porque é direito das partes e dos demais participantes do procedimento contribuírem para a construção da decisão final. Não à toa, Calmon de Passos, certa feita, asseverou: “nenhuma teoria é mais fecunda, em suas conseqüências (sic), nem mais adequada, politicamente, para um Estado de direito democrático do que a da relação jurídica”.¹⁰⁰⁷

Assim, caem por terra as críticas de que a teoria da relação jurídica ignora o dinamismo do processo e a ideologia do Estado Constitucional Democrático.

Em conclusão, impende destacar que, apesar de o pensamento de Fazzalari, definindo o processo como “procedimento em contraditório”, realçar a importância do princípio democrático, o contraditório não é elemento necessário a toda e qualquer manifestação processual. Deveras, é possível haver processo num Estado autoritário, isto é, que limita amplamente o diálogo com as partes. Por isso, talvez seja mais adequado considerar o contraditório, ao menos nos Estados Democráticos Constitucionais, como é o Brasil, como requisito de validade do processo¹⁰⁰⁸, e não como pressuposto de existência, como sugere Fazzalari¹⁰⁰⁹ e os seus seguidores.¹⁰¹⁰

5.6.3.3. *A eficácia e a dinâmica da causalidade no processo civil contemporâneo*

Ao longo deste trabalho, tem-se destacado a dinamicidade do processo civil contemporâneo. O processo vai se desenrolando procedimentalmente até o ato final, que produz uma norma individual e concreta. Nesse curso, verifica-se uma sucessão

¹⁰⁰⁷ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Esboço de uma teoria...**, cit., p. 73.

¹⁰⁰⁸ Neste sentido, cf. DIDIER JR., Fredie. **Sobre a teoria geral do processo...**, cit., p. 80-82.

¹⁰⁰⁹ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito...**, cit., p. 118-121.

¹⁰¹⁰ Na UFES, o professor Hermes Zaneti Jr. adota a teoria de Fazzalari. Cf. **A constitucionalização do processo**, cit., p. 182.

causal de fatos jurídicos e efeitos jurídicos, uns antecedendo e sucedendo os outros, ritmicamente.

Em razão desse desenrolar sequenciado, falar em fato jurídico processual ou em efeito jurídico só é possível sob um aspecto estático, como que fotografando um dado momento do procedimento e verificando o que vem antes e o que ocorre depois. Isso, porque sob o olhar dinâmico, o que é efeito jurídico, num dado momento, torna-se fato jurídico no instante imediatamente posterior, isto é, transmuta-se em causa jurídica, que irradia efeito no tempo seguinte.

Assim, quando alguém aciona a Jurisdição, há um “fato jurídico” consistente no ato de demandar. Esse ato culmina na constituição de uma relação jurídica linear entre autor e juiz (efeito jurídico). Esta relação não cessa por aí, porque o ato de demandar, também torna suficiente o “fato jurídico processual” que obriga o juiz a determinar a citação do réu. Com a citação deste, será formada uma relação jurídica triádica e, depois disso, será oportunizado ao réu se defender. E assim o procedimento segue, numa sequência de fatos processuais e efeitos processuais, uns atrás dos outros.

O ser “fato jurídico” ou o ser “efeito jurídico” variará de acordo com o instante em que se observa o procedimento.¹⁰¹¹ Assim, contestar pode ser efeito do ato citatório, mas também pode ser a causa para que o juiz determine que o autor apresente réplica. Também a preclusão, geralmente encarada como efeito jurídico, pode, a depender do momento da série causal, ser fato jurídico. Com motivo, ela é causa da inadmissibilidade de recurso, por compor o suporte fático de fato jurídico invalidante de ato processual.¹⁰¹²

Sobre essa dinamicidade, pronuncia-se Lourival Vilanova com enorme precisão:

¹⁰¹¹ Essa percepção é importante, inclusive, porque o legislador não costuma ter relevante purismo quando da elaboração dos textos normativos, razão pela qual as leis podem contemplar signos idênticos, mas com significações completamente distintas. É o caso do conceito de “coisa julgada”, que, como precisamente lembra Alexandre Senra, ora pode dizer respeito a um fato jurídico (art. 377, inciso VII, §§ 1º e 4º, CPC/15), ora pode fazer menção a um efeito jurídico (art. 966, inciso IV, CPC/15): “Coisa julgada-efeito jurídico e coisa julgada-fato jurídico, nos termos em que definimos, não o mesmo conceito, mas sim conceitos distintos, articulados entre si. A coisa julgada-fato jurídico existe em função da coisa julgada-efeito jurídico. Veda-se a nova propositura de idêntica demanda (coisa julgada-fato jurídico) porque resolvê-la dependeria de rediscussão do que se tornara indiscutível e poderia resultar em ofensa ao que se tornara imutável (coisa julgada-efeito jurídico).” **(A coisa julgada no Código de Processo Civil de 2015: premissas, conceitos, momento de formação e suportes fáticos.** Salvador: Juspodivm, 2017. p. 121).

¹⁰¹² DIDIER JR.; NOGUEIRA. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**, cit., p. 173.

A sentença definitiva, que é ato jurídico processual em que culmina a série de atos processuais no juízo de primeira ou única instância, insere-se na seqüência (sic) de fatos e relações jurídicas antecedentes, como ato conseqüente (sic) (observe-se que o silogismo judicial é a esquematização final, a *mis en forme* de vários atos, das partes e do juiz, simplificado assim, nesse ato final, como estrutura de argumento dedutivo). Mas se a sentença é a proposição concludente, é o juízo normativo concreto, é o efeito jurídico. Mas só relativamente. É fato jurídico processual para continuar nas relações recursais, no processo de cognição; é, ainda, fato jurídico processual de que provém o título para a execução (no processo de execução). Ser causa ou ser efeito na série pontuada – os segmentos do curso ou percurso processual das relações processuais – é uma questão tópica, ou um problema, diremos, tópico-funcional.¹⁰¹³

Ante a isso, se é verdadeiro que os conceitos de relação jurídica processual e de situação jurídica processual denotam fenômenos estáticos, delimitados num tempo preciso¹⁰¹⁴; por outro lado, a noção de procedimento reforça a dinamicidade do processo, ante ao que o processo se compõe de um feixe de fatos jurídicos processuais e situações jurídicas processuais, que surgem ao longo da marcha procedimental e que estão em constante mudança de “natureza jurídica”.

5.6.3.4. *Condição, termo e encargo nos atos processuais (lato sensu)*

No estudo do direito civil, é muito comum serem analisados os denominados “elementos acidentais do negócio jurídico”, aqueles com aptidão de modificar a eficácia jurídica do ato. Como tais categorias sempre foram associadas à manifestação da autonomia da vontade, própria do direito privado, pouco se falou a respeito da condição, do termo e do encargo em sede de direito processual civil. Não parece que esse vácuo seja adequado.

A condição e o termo são o que Pontes de Miranda denominou de “determinações inexas”¹⁰¹⁵, as quais podem ser insertas, necessariamente, em atos ou negócios jurídicos, jamais em fatos jurídicos *stricto sensu* e em atos-fatos

¹⁰¹³ VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação...**, cit., p. 217-218.

¹⁰¹⁴ Como lembra Paula Costa e Silva, “O conceito de relação surge ligado ao conceito de situação jurídica. A relação jurídica é uma situação jurídica com determinada conformação específica. A situação é aquilo que é num dado momento, é um conceito estático.” (**Acto e processo...**, cit., p. 96).

¹⁰¹⁵ “Termos e condições são determinações necessariamente insertas nos atos jurídicos; são neles (sic), *in-nexam*, porque de dentro dêles (sic) lhes traçam, no tempo, limite de eficácia; não se ligam a eles (sic), não se lhes anexam; são, por isso, ditas *determinações inexas*. O nexa é interno, e não externo.” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**, cit., tomo V, p. 159).

jurídicos, ainda que lícitos ou ilícitos.¹⁰¹⁶ A condição é um evento futuro e incerto que bloqueia (se for resolutiva) ou libera (se for suspensiva) a eficácia jurídica, enquanto que o termo é um evento futuro e certo que determina o início e o fim da eficácia jurídica.¹⁰¹⁷

É verdade que, de regra, os atos jurídicos processuais (*lato sensu*) produzem os seus efeitos direta e imediatamente. Inclusive, o art. 200 do CPC/15, ao tratar dos atos das partes, preceitua exatamente nesse sentido: “Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais.”

Todavia, pode ser que a lei condicione a eficácia de um ato ou negócio jurídico processual, como faz com a desistência do processo, que só produz efeitos após ser homologada pelo juiz (art. 200, parágrafo único, CPC/15¹⁰¹⁸); como os atos praticados por advogado sem procuração nos autos, que só são eficazes se forem ratificados pela parte representada (art. 104, §2º, CPC/15¹⁰¹⁹); como as sentenças proferidas contra a Fazenda Pública, que só são eficazes após o reexame necessário (art. 496, inciso I, CPC/15¹⁰²⁰); como o recurso adesivo, que tem a análise de seu mérito condicionada à admissibilidade do recurso principal (art. 997, §2º, CPC/15¹⁰²¹).

Além desses casos que a lei por si fixa a condição, pode ser que as partes incluam as determinações inexas em atos ou negócios processuais. No art. 313, inciso II, do CPC/15¹⁰²², há a previsão de convenção das partes para suspender o processo, nada impedindo que seja fixado um termo ou condição que determine o retorno do caminhar do procedimento; na cumulação de pedidos subsidiários, também se inserem ali condições (não deferido o primeiro, pede-se o deferimento do segundo e sucessivamente); as partes também podem acordar a dispensa da oitiva de testemunhas, a depender do resultado de uma perícia etc.

¹⁰¹⁶ Ibid. p. 159.

¹⁰¹⁷ Ibid. p. 163-164.

¹⁰¹⁸ Art. 200, parágrafo único, CPC/15. “A desistência da ação só produzirá efeitos após homologação judicial.”

¹⁰¹⁹ Art. 104, §2º, CPC/15. “O ato não ratificado será considerado ineficaz relativamente àquele em cujo nome foi praticado, respondendo o advogado pelas despesas e por perdas e danos.”

¹⁰²⁰ Art. 496, inciso I, CPC/15. “Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: I - proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público.”

¹⁰²¹ Art. 997, §2º, CPC/15. “O recurso adesivo fica subordinado ao recurso independente [...]”

¹⁰²² Art. 313, inciso II, CPC/15. “Suspende-se o processo: [...] II - pela convenção das partes”.

Os atos judiciais também podem estabelecer condições ou termos, como ensina Pedro Henrique Pedrosa Nogueira:

Quando nos referimos às condições inseridas em decisões ou sentenças, falando então em decisões condicionais, estamos aludindo às hipóteses em que o juiz dispõe de margem de liberdade para escolher se agrega ou não uma condição (suspensiva ou resolutiva); somente aqui, propriamente, se pode falar em decisões ou sentenças condicionais, não vedadas pelo art. 492, parágrafo único, do CPC/15.¹⁰²³

Nesses casos, as decisões comumente se transmutam para a categoria de negócios jurídicos processuais (vide capítulo 4). São alguns exemplos: (i) deferimento de tutela provisória condicionada à posterior juntada de procuração (condição suspensiva ou resolutiva), (ii) nas execuções de entrega de coisa, o juiz pode fixar astreintes e condicionar a diminuição do valor ao pagamento dentro de prazos pré-fixados na decisão; (iii) na sentença condenatória de alimentos, o juiz pode fixar um termo inicial e um termo final para a produção de efeitos jurídicos, (iv) no julgamento de ações declaratórias de inconstitucionalidade, o STF pode modular os efeitos de seus julgados, inclusive incluindo condições e termos etc.

O modo ou encargo, a seu turno, é “determinação anexa”¹⁰²⁴ (põe-se ao lado de outra manifestação de vontade). O beneficiário do ato, para usufruir dos efeitos jurídicos, precisa arcar com um ônus imposto por quem manifestou a vontade (liberalidade). Exemplo: “Doarei a você um carro, se você prestar serviços comunitários por dois meses”.

No processo civil, tal figura pode ser pensada *cum grano salis*.

Imagine-se que dois litigantes, A e B, tenham um em face do outro dois processos, X e Y. No processo X, o litigante A é autor e B é réu. No processo Y, os polos se invertem. Imagine-se, agora, que no processo X seja feito o seguinte negócio processual: “eu, autor A, comprometo-me a desistir desta demanda, se B desistir do processo Y que move contra mim.” Neste caso, houve um negócio processual unilateral submetido a um encargo.

¹⁰²³ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios jurídicos processuais**, cit., p. 215.

¹⁰²⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**, tomo V, cit., §557.

CONCLUSÃO

Com uma exposição dividida em cinco capítulos, o raciocínio se desenvolveu paulatinamente de modo a solucionar o problema central levantado no trabalho.

Por metodologia, faz-se importante explicitar, por aqui, as conclusões de cada um dos capítulos desta dissertação, a fim de que, depois, seja exposta a conclusão geral do trabalho.

I. CONCLUSÕES DO CAPÍTULO 1

No primeiro capítulo, mostrou-se que o estudo do fato jurídico processual só pôde ter início com a autonomia do processo, pois foi a partir desta fase que se começou a estudar o direito processual como disciplina própria e a construir os conceitos fundamentais do processo.

Por bom período de tempo, os processualistas empenharam os seus esforços na edificação científica dos institutos processuais, mas o tema dos fatos jurídicos processuais não foi assunto dos mais abordados pela doutrina.

Largamente, a metodologia de enfrentamento com os fatos jurídicos processuais foi confusa. Isso, porque os processualistas clássicos se colocavam a estudar, de maneira central, os atos jurídicos processuais (em sentido estrito), e conferiam a estes definições extremamente restritivas, negando o caractere da “processualidade” a vários acontecimentos, ainda que estes fossem tomados como relevantes por normas processuais.

A “teoria dos fatos jurídicos processuais” surge na busca por uma explicação mais coesa dos fenômenos processuais e a partir da ideia de alguns processualistas brasileiros no sentido de importar a teoria do fato jurídico, de Pontes de Miranda, para o ramo do processo. Assim, iniciou-se a edificação de uma construção teórica que se coloca como situada nos meandros da teoria geral do processo.

O conceito abrangente de fato processual foi apresentado como sendo o evento, incluindo as manifestações de vontade, condutas e fenômenos da natureza, descrito no suporte fático de norma jurídica processual, e contemporâneo a um procedimento a que se refira.

O problema colocado no final do primeiro capítulo foi saber se o processo civil em sua fase atual pode ser manejado adequadamente (é compatível) com a teoria dos fatos jurídicos processuais, tendo em vista as suas três partes estruturantes: (i) a noção de incidência automática e infalível da norma processual; (ii) a classificação dos fatos jurídicos processuais, tendo por base os critérios estabelecidos por Pontes de Miranda, focalizados no suporte fático da norma jurídica; (iii) a tripartição do mundo jurídicos em existência, validade e eficácia.

II. CONCLUSÕES DO CAPÍTULO 2

O capítulo 2 foi desenvolvido no sentido de especificar em qual fase o processo civil brasileiro vive, a fim de caracterizá-lo a partir de sua metodologia.

O processo civil, antes de chegar à fase atual, passou por dois momentos metodológicos: o período autonomista e o período instrumentalista. Vive-se, porém, a fase do formalismo-valorativo, é dizer, o período do processo civil do Estado Democrático Constitucional brasileiro.

Na fase atual, o processo civil se mostra iluminado pela Constituição, e esta deixa de ser aquela mera carta política do passado e passa a deter força normativa. Reconhece-se o fenômeno da “fragilização virtuosa”, que marca o ordenamento jurídico com a tomada de normas abertas, possibilitando adequações mais precisas às mudanças por que passam as sociedades.

É marca do processo civil do Estado Democrático Constitucional brasileiro, ainda, a identificação da jurisprudência como fonte do direito, é dizer, o juiz, no ato de aplicar-interpretar o ordenamento jurídico, cria normas jurídicas, as quais devem corresponder à justiça do caso concreto, considerando a diretriz dos direitos fundamentais.

Ante a isso, evidenciou-se que a teoria dos fatos jurídicos processuais poderia apresentar pontos de choque com o processo civil nesta fase contemporânea, pelos seguintes motivos: (i) a ideia de incidência automática e infalível da norma jurídica, numa primeira aproximação, parece esvaziar a criatividade judicial, ante ao que a jurisprudência só poderia ser vista como declaradora do direito pré-existente; (ii) a classificação dos fatos jurídicos na teoria de Pontes de Miranda foi pensada para o direito privado, sendo incompatível com o processo civil contemporâneo; (iii) a

divisão do mundo jurídico em três planos é resquício de um formalismo não útil para um processo civil dinâmico e complexo como o de hoje.

III. CONCLUSÕES DO CAPÍTULO 3

No capítulo 3, viu-se que a incidência automática e infalível da norma jurídica, elemento chave da teoria dos fatos jurídicos processuais, não repele a aplicação desse conjunto teórico ao processo civil contemporâneo, sobretudo porque tal conceito de incidência não pode ser encarado como sendo a defesa de uma aplicação do direito lastreada no silogismo mecanicista, que atribui ao juiz o papel de meramente declarar o direito pré-existente.

Sempre que se for fazer menção à incidência automática e infalível, deve-se partir da premissa que ela ocorre no denominado “mundo dos pensamentos”, que é encarado como sendo um plano metapessoal, uma realidade que ultrapassa a visão focalizada no “eu” e impõe um entendimento com foco no “nós”.

Daí se dizer que a incidência automática e infalível reforça uma concepção bem alinhada ao Estado Democrático Constitucional de que as decisões judiciais não podem ser fruto do arbítrio, já que os juízes estão vinculados, em sua interpretação, a um *prius* significativo coletivamente construído, haja vista as limitações extraídas do próprio texto, da cultura em que se vive, dos valores coletivos compartilhados, dos entendimentos doutrinários, da jurisprudência vinculante etc. Em termos claros: o juiz não pode decidir como bem entender, existindo algo que lhe é anterior e que impõe limites a ele.

Esse controle não significa ausência absoluta de liberdade. Deveras, o julgador não está de todo amarrado em seu ato de aplicação, cumprindo a ele o papel de reconstruir o direito, de modo a fazer justiça no caso concreto (com pretensão de correção). A incidência automática e infalível da norma jurídica é evidência de que o juiz possui limites para julgar, mas não quer dizer que não exista margem legítima, legal e constitucional para discricionariedade (escolha de opções jurídicas possíveis). O ponto central é que a decisão justa do caso concreto deve ocorrer de maneira colaborativa, isto é, a decisão deve ser resultado de um debate franco entre todos os sujeitos participantes do procedimento, pois o mundo dos pensamentos é intersubjetivo, ele não é baseado na subjetividade de apenas uma pessoa.

Portanto, a teoria dos fatos jurídicos processuais, com a sua peça-chave, que é a incidência automática e infalível da norma jurídica, apresenta-se como um instrumento importante para impedir o arbítrio judicial e, simultaneamente, como relevante mecanismo reconhecedor da jurisprudência como fonte do direito, apesar de que com atividade jurídica “reconstrutiva” e constantemente controlada.

IV. CONCLUSÕES DO CAPÍTULO 4

No capítulo 4, analisaram-se as espécies de fato jurídico processual com aporte na sugestão classificatória de Pontes de Miranda.

A utilização, na sede processual, dos mesmos critérios que o autor alagoano usou para explicar os fatos jurídicos no âmbito do direito privado não representa um retorno ao sincretismo do processo com o direito substancial.

No processo civil do Estado Democrático Constitucional, os juristas compreendem com nitidez as diferenças entre os dois planos, não estando mais engajados ideologicamente para seccioná-los. Diz-se que a relação entre direito e processo é circular, o que sob o ponto de vista propodêutico, representa a aceitação de que os planos compartilham harmonicamente teorias, sobretudo aquelas advindas da teoria geral do direito, como é a proposta classificatória de Pontes de Miranda.

Ademais, a secção entre direito e processo é meramente didática, até porque a Constituição, no ordenamento jurídico atual, funciona como unificadora de todo o jurídico.

A utilização de critérios classificatórios comuns permite uma análise mais completa do direito, possibilitando a comparação entre direito material e direito processual, bem como permitindo a percepção do fenômeno da incidência múltipla de normas, o qual calibra o olhar sobre a eficácia multidirecionada de fatos jurídicos, é dizer, um mesmo suporte fático pode resultar em fatos jurídicos que produzem efeitos tanto sobre o processo como sobre o direito substancial. O ordenamento jurídico convive tranquilamente com normas jurídicas bifrontes e heterotópicas.

A respeito das espécies de fatos jurídicos processuais, cada uma das categorias propostas pelos ponteanos do processo desempenha papel relevante para se compreender com mais adequação o ordenamento jurídico, não havendo a

priori incompatibilidade entre nenhuma das espécies com o processo civil contemporâneo, muito embora algumas delas despertem celeumas na doutrina, por representarem uma quebra ideológica de paradigma (a exemplo dos negócios jurídicos processuais) ou por ainda serem cercadas de imprecisões e desconhecimento geral (a exemplo dos atos-fatos processuais).

Nesta atual fase do processo, não há mais que se negar o predicativo da “processualidade” aos acontecimentos que ocorrem fora do procedimento, sobretudo porque o processualista contemporâneo já abandonou a visão ensimesmada ou interna do processo. Assim, há enorme pertinência em se falar em fatos jurídicos processuais em sentido estrito, bem como em negócios jurídicos extraprocedimentais.

Sobre os atos-fatos processuais, tal espécie, por mais confusa que seja, pode desempenhar papel relevante na explicação de institutos presentes no direito positivo, como os tais “fatos jurídicos a que a lei atribuir força executiva”, do art. 771 do CPC/15, bem como podem ser bons instrumentos para atribuir racionalidade às decisões judiciais, mormente quanto àqueles que dizem respeito às omissões processuais.

Quanto aos negócios processuais, tal categoria também é condizentes com o processo civil contemporâneo, uma vez que nesta atual fase o processualista abandona aquela secção ultrapassada entre público e privado, abrindo-se para as técnicas que dão maior eficiência ao procedimento. É contemporâneo o pensamento que rechaça o hiperpublicismo processual, sem, contudo, cair num excesso privatista.

No que é pertinente aos ilícitos processuais, tal categoria ainda não se mostra bem desenvolvida pelos ponteiros do processo, mas as linhas mestras foram dadas, abrindo-se caminho para a construção de uma mais abrangente teoria dos ilícitos processuais. Além disso, tal categoria aponta para a necessidade de uma visão mais ampla das espécies de antijuridicidade, deixando-se de lado os estudos que se restringem à litigância de má-fé e ao ato atentatório da dignidade da justiça, e partindo-se para um olhar simétrico, que vislumbra a possibilidade de que todo e qualquer sujeito que participe do procedimento pode, em tese, praticar ilícitos e ser responsabilizado, nos termos legais. Tudo o que é reprovado pelo ordenamento jurídico é ilícito e, em cada caso, uma sanção específica pode ser aplicada, sendo a

invalidação uma das possibilidades, afora outras, como multas, perda de competência etc.

Em todo caso, as várias espécies de fatos jurídicos processuais precisam ser trabalhadas no processo civil contemporâneo sob uma ótica dinâmica, até porque, fica no passado a visão excessivamente formalista e estática do procedimento. Isso quer significar que, um mesmo fenômeno, sob óticas diversas, pode receber categorizações díspares na interpretação do direito, produzindo, ainda, diferentes repercussões no mundo jurídico. Tais diversas categorizações deverão respeitar o senso coletivo, é dizer, a incidência da norma processual no mundo dos pensamentos, o que impõe debate entre os sujeitos do processo, jamais se admitindo um entendimento particularizado (arbítrio judicial).

V. CONCLUSÕES DO CAPÍTULO 5

No capítulo 5, discutiu-se a respeito do denominado “mundo jurídico” e seus planos.

Pôde-se perceber que, muito embora a doutrina geralmente lance mão dos signos “existência, validade e eficácia”, em muitas ocasiões esse uso se dá de maneira confusa e imprecisa, mormente porque se mostra comum a mistura dos planos. A proposta da teoria do fato jurídico de Pontes de Miranda se apresenta como bastante lógica, sendo uma opção satisfatória para lidar com a análise dos fatos jurídicos processuais.

Um fato jurídico processual adentra no plano da existência quando a norma jurídica processual incide suficientemente sobre um suporte fático. No plano da validade, investiga-se se os atos processuais (isto é, só os fatos processuais volitivos) adentraram no mundo jurídico sem nenhuma deficiência no preenchimento do suporte fático. No plano da eficácia, averigua-se se as condições para que o fato processual produza efeitos jurídicos se empreenderam.

O esquema lógico intrínseco ao mundo jurídico não é empecilho para a aplicação da teoria do fato jurídico processual ao processo civil contemporâneo, porque dita teoria não se aprisiona no formalismo do método silogístico-dedutivo, mas se abre para a racionalidade prática procedimental, para o método indutivo-tópico, quando da aplicação do direito.

A ideia de mundo jurídico possibilita o desenvolvimento de um discurso coerente do direito, com vistas ao convencimento daqueles que participam do processo em contraditório. A coesão interna do arquétipo, bem como os raciocínios desenvolvidos pelos intérpretes, colocam-se diante do aplicador do direito, impondo sobre ele um ônus argumentativo, caso opte por desconsiderar as razões levantadas.

O que é imprescindível perceber é que a teoria do fato jurídico processual, mesmo tendo projeção sobre vasto território do direito processual civil, não tem todas as respostas para os casos concretos. Por isso, sugere-se uma postura de reconhecimento de que a mencionada teoria deve conviver com outras construções teóricas. O aplicador, aliás, deve optar por aquilo que com maior adequação se impõe ao caso concreto, sobretudo com os argumentos mais convincentes.

Em todo caso, a teoria do fato jurídico processual, face às mudanças constantes da sociedade e do processo mesmo, precisa se atualizar frequentemente, sendo um conjunto teórico em construção, é dizer, jamais acabado.

No que tange à análise de cada um dos planos do mundo jurídico, percebeu-se que o processo civil pode receber um olhar bastante pormenorizado, sob a ótica da existência, da validade e da eficácia. Por aqui, não se irá reproduzir o que já se disse, a fim de que não se estenda ainda mais nesta síntese conclusiva. Mais apropriado é partir para as conclusões gerais do trabalho.

VI. CONCLUSÃO DO TRABALHO COMO UM TODO

Ante a tudo o que se expôs, a tese levantada, de que há elementos na teoria dos fatos jurídicos processuais que evidenciam compatibilidade com o processo civil do Estado Democrático Constitucional, restou confirmada.

A peça-chave da teoria ponteana, o conceito de incidência automática e infalível da norma jurídica, apresenta-se como utensílio poderoso no combate ao decisionismo, haja vista que pressupõe a vinculação do intérprete a um *prius* normativo construído coletivamente e situado no “mundo dos pensamentos”. Ao mesmo tempo, tal noção não fecha as possibilidades de reconstrução do direito, a qual deve dar-se colaborativamente, isto é, em debate judicial com todo e qualquer

sujeito que participe do processo, respeitando-se o consenso no espaço público. Logo, a ideia de incidência no mundo dos pensamentos une duas realidades aparentemente paradoxais: a jurisprudência é fonte do direito, mas possui limites em seus atos criativos (*rectius*: reconstitutivos).

O lidar com as espécies de fatos jurídicos processuais chancela as imbricações entre direito material e processo, reforça a funcionalidade do direito processual (direcionamento à eficiência do instrumento), calibra as possibilidades interpretativas do ordenamento processual positivo, quebra o dualismo entre público e privado, impõe um debate sobre a categorização adequada de cada fenômeno processual no caso concreto, promove a coibição dos ilícitos e valorização dos atos de boa-fé processual de todos os sujeitos do processo.

A ideia de mundo jurídico com a sua clássica tripartição em existência, validade e eficácia, possibilita o desenvolvimento de um discurso jurídico processual lastreado em argumentos convincentes e racionais, vindo a compor o plano metapessoal que se impõe ao aplicador do direito como um catálogo de razões de decidir, limitando as arbitrariedades. O mencionado conceito, porém, não fecha a teoria dos fatos jurídicos no silogismo mecanicista, porque a aplicação do direito possibilita o uso simultâneo do método indutivo-tópico, ante ao que o direito se oxigena com o ingresso do “novo” advindo das manifestações do jurídico que surgem na sociedade.

BIBLIOGRAFIA

ABELHA RODRIGUES, Marcelo. **Manual de direito processual civil**: teoria geral: premissas e instituições fundamentais. 5ª ed. Revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Manual de execução civil**. 5ª edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ABREU FILHO, José. **O negócio jurídico e a sua teoria geral**: de acordo com o novo Código Civil. 5ª edição atualizada. São Paulo: Saraiva, 2003.

ABREU, Pedro Manoel. **O processo jurisdicional como um *locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva***. 2008. Tese (doutorado em direito – Universidade Federal de Santa Catarina), Florianópolis, 2008.

ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento**: fragmentos filosóficos. [S.l.: s.n.], 1947.

AGUILA, Ramón Dominguez. **Teoría general del negocio jurídico**. Ed. Jurídica de Chile, 1977.

ALBALADEJO, Manuel. **El negocio jurídico**. Barcelona: Bosch/ Real Colégio de España en Bolonia, 1958.

ALDROVANDI, Andréa; SIMIONI, Rafael; ENGELMANN, Wilson. Traços positivistas das teorias de Pontes de Miranda: influências do positivismo sobre Sistema de Ciência Positiva do Direito e Tratado de Direito Privado – um percurso com várias matizes teóricas. In: **civilistica.com**, ano 4, nº 2, 2015.

ALEXY, Robert. A institucionalização da razão. In: ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____; BULYGIN, Eugenio. **La pretensión de corrección del derecho**: La polémica sobre La relación entre derecho y moral. Tradução de Paula Gaido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001

_____. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALLORIO, Enrico. Ensayo polémico sobre la “jurisdicción” voluntaria. In: **Problemas de derecho**. Buenos Aires: Ejea, 1963, tomo II.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, v. 15, p. 7-20, 1998.

_____. **Do formalismo no processo civil**. 2ª ed. rev. e acrescida de apêndice. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Curso de processo civil**: teoria geral do direito processual civil e parte geral do direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2010, v.1.

_____. O Formalismo-Valorativo no Confronto com o Formalismo Excessivo. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 31, v. 137, p. 7-31, jul. 2006.

_____. O juiz e o princípio do contraditório. **Revista de Processo**, São Paulo, RT, ano 18, n. 71, p. 31-38, jul./set. 1993.

_____. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. **Revista da Ajuris**, v. 30, n. 90, p. 55-84, 2003

ALVES, Vilson Rodrigues; MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. Ed. atual. Campinas: Bookseller, 1997, v. 1

ALVIM, Eduardo Arruda. **Curso de direito processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, v. 1.

ALVIM, J. E. Carreira. **Teoria geral do processo**. 15ª revista e ampliada. Forense: Rio de Janeiro, 2012.

ALVIM, José Manoel Arruda. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: RT, 2008, v. 1.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução, 7ª ed. Rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. Racionalidade e sistema no direito civil brasileiro. **Revista de direito civil**. São Paulo, nº 63, p. 44-56, 1993.

ANTISERI, Dario; REALE, Giovanni. **História da filosofia**: filosofia pagã antiga. Tradução de Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 2003

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: teoria de processo civil. V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ARISTÓTELES. **A política**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ASSIS, Araken de. **Da ação no Novo Código de Processo Civil**. In: Doutrina e prática do processo civil contemporâneo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. Eficácia da coisa julgada inconstitucional. **Revista dialética de direito processual civil**, nº 4, São Paulo, Dialética, 2003.

_____. O direito pós-moderno e a codificação. In: **Revista da Faculdade de Direito da USP**, vol. 94, São Paulo, 1999.

ÁVILA, Humberto B. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12ª edição ampliada. São Paulo: Malheiros, 2011.

ÁVILA, Raniel Fernandes de. Breves reflexões sobre a descoberta dos limites de validade do negócio jurídico processual no Estado Democrático de Direito. In: DIAS, Luciano Souto. **Temas controvertidos no novo Código de Processo Civil**. Curitiba: editora Juruá, 2016

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4ª edição, atualizada de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002

BARBOSA, Antônio Alberto Alves. **Da preclusão processual civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Convenções das partes sobre matéria processual. In: **Temas de direito processual civil**: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. Invalidez e ineficácia do negócio jurídico. In: **Revista de direito privado**, nº 15, p. 217-229, julho-setembro de 2003.

_____. Item do pedido sobre o qual não houve decisão. Possibilidade de reiteração noutro processo. In: **Temas de direito processual civil**: segunda série. São Paulo, 1980.

_____. O neoprivatismo no processo civil. In: **Temas de direito processual**: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo. In: **Temas de direito processual**: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. O que deve e o que não deve figurar na sentença. In: **Temas de direito processual** – oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Sobre pressupostos processuais. In: **Temas de direito processual civil**: segunda série. São Paulo: Saraiva, 1989.

BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. **A Nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Editora Fórum: Belo Horizonte, 2008.

_____. A efetividade das normas constitucionais. In: **Revista de Direito da Procuradoria Geral**, Rio de Janeiro, 48, 1995.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional). In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 240, p. 1-40, abr./ jun. 2005.

_____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro. In: **Revista da EMERJ**, v. 4, n. 15, p. 11-47, 2001.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário**. Saraiva: São Paulo, [s.d.].

BEDAQUE, José Roberto dos Santos; GAGNO, Luciano Picoli. A técnica processual e a instrumentalidade na perspectiva do direito humano de acesso à justiça. In: **XVIII Encontro Nacional do CONPEDI**, 2009, Maringá. Anais do XVIII Encontro Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Boiteux, 2009.

_____. **Direito e processo:** influência do direito material sobre o processo. 4ª edição revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. Nulidade processual e instrumentalidade do processo. In: **Revista de Processo**, São Paulo, v. 60, p. 31 et. seq., out. 1990.

BENEDUZI, Renato Rezende. Legitimidade extraordinária convencional. In: **Revista Brasileira de Direito Processual: RBDPro**, Belo Horizonte, v. 22, n. 86, p. 127-142, abr./jun. 2014.

BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Campinas: Servanda, 2008.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito civil**. Campinas: Servanda editora, 2007.

BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. **Direito humanos**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BÍBLIA. Português. **Bíblia da liderança cristã**. Tradução de João Ferreira de Almeida. Edição revista e atualizada. Barueri: Sociedade Bíblica do Brasil, 2007.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10ª edição. Brasília: editora UNB, 1999.

BOMFIM, Daniela Santos. A legitimidade extraordinária de origem negocial. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Org.). **Negócios processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 495-498.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Do Estado liberal ao Estado social**. 8ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRAGA, Paula Sarno. **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. Salvador: Juspodivm, 2015.

_____. Primeiras Reflexões sobre uma Teoria do Fato Jurídico Processual: Plano de Existência. In: **Revista de Processo**, São Paulo, nº 148, p. 293-320, junho de 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2ª turma. Resp nº 535.937/ SP. Recorrete: União (assistente). Recorrido: Gonçalo Jacobs. Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília, julgado no dia 26 de setembro de 2006, publicado no DJ no dia 10 de outubro de 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Corte Especial. Resp nº : 886178 RS 2006/0198875-6. Relator: Luiz Fux. Brasília, julgado no dia 2 de dezembro de 2009, publicado no DJ no dia 25 de fevereiro de 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2ª turma. CC nº 111.230/ DF. Relatora: Ministra Nancy Andrichi, julgado no dia 8 de maio de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª seção. EREsp nº 103.632-9/SP 2008/0160961-6. Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília. Data de Julgamento: 14 de outubro de 2009. Data de Publicação no DJ: 29 de setembro de 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. REsp nº 905771 CE 2006/0261991-4, Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. Brasília. Data de Julgamento: 29 de junho de 2010. Data de Publicação no DJ: 19 de agosto de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 126.292 – São Paulo. Impetrante: Maria Claudia de Seixas. Paciente: Márcio Rodrigues Dantas. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 17 de fevereiro de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC nº 43 – Distrito Federal. Requerente: Partido Ecológico Nacional (PEN). Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Brasília, 5 de outubro de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC nº 44 – Distrito Federal. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB). Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Brasília, 5 de outubro de 2016

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 141.342 MC/Distrito Federal. Impetrante: Alexandre Lima Wunderlich. Paciente: Carlos Alberto Soares. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Brasília, 5 de outubro de 2016

BRETONE, Mario. História do direito romano. Lisboa: editorial Estampa, 1998.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil**. Volume 1. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2008.

BÜLOW, Oskar von. **Teoria das exceções e dos pressupostos processuais**. 2ª edição. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN editora, 2005.

CABRAL, Antonio do Passo. **Alguns mitos do processo (III)**: a disputa entre Pontes de Miranda e Haroldo Valladão em concurso para professor catedrático na Universidade do Rio de Janeiro entre 1936 e 1940. Disponível em: <http://www.verbojuridico.com.br/blog/wpcontent/uploads/2016/05/Alguns_mitos_do_processo_III_a_disputa_e.pdf>. Acesso em: 18 de outubro de 2016.

_____. **Convenções Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____. Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. **Rivista di Diritto Processuale**, anno 60, n. 2, p. 449-463, Apr./Giu. 2005.

_____. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. **Revista de Processo**, vol. 126, p. 59-80, ago./2005.

CADIET, Loïc. Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia en Francia. In: **Civil Procedure Review**, v.3, n.3: p. 3-35, aug.-dec., 2012.

CALAMANDREI, Piero. Appunti sulla sentenza come fatto giuridico. In: **Opere Giuridiche a cura di Mauro Cappelletti**. Napoli: Morano, 1965, v. 1,

_____. **Instituições de direito processual civil**: segundo o novo código : estudos de direito civil. 2. ed. Campinas, SP: Bookseller, 2003.

_____. Limites entre jurisdicción y administración en el proceso civil. In: **Studi sul proceso civile**. Tradução espanhola. Buenos Aires, 1961.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. As razões da crise de nosso sistema recursal. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (org.). **Meios de impugnação ao julgado civil – Estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 8ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 3.

_____. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: editora Forense, 2009.

_____. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 1, 2001.

CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. In: **Doxa** 21:209, p. 209-2210, 1998.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Atos processuais. In: **Escritos de direito processual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

_____. **Lições de direito processual civil**. 24ª edição. São Paulo: Atlas, 2013

_____. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: editora Atlas, 2015.

_____. Será o fim da categoria “condições da ação”? Um resposta a Fredie Didier Jr. In: **Revista de Processo**, vol. 197, p. 261, jul. de 2011.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: **Panóptica**, ano 1, nº 6, p. 1-44, fev. de 2007. Disponível em: www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/download/59/64 Acessado em 2 de janeiro de 2017

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2ª edição. Coimbra: Coimbra editora, 2001.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPONI, Remo. Autonomia privada e processo civile: gli accordi processuali. In: **Civil Procedure Review**, v.1, n.2, p. 42-57, jul./set., 2010.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

_____. **Juízes irresponsáveis?** Tradução de Carlos Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1989.

_____. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

_____; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução e revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

_____. La “natura” delle norme sulle prove. **Revista di Diritto Processuale Civile**, Padova, v. 24, 1969.

CARNELUTTI, Francesco. **Cuestiones sobre el proceso penal**. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Librería el Foro, 1950.

_____. **Teoria geral do direito**. Trad. Antonio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus, 2000.

_____. **Sistema de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004, v. 1.

_____. **Sistema de derecho procesal civil**. Buenos Aires: UTEHA, 1944. v. 1.

CARVALHO, Aurora Tomazini. **Teoria geral do direito** (o constructivismo lógico-semântico). 2009. 623 f. Tese. Doutorado em Filosofia do Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009.

CARVALHO, Fabiano. Comentários ao art. 771. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; TALAMANI, Eduardo; DIDIER JR., Fredie; DANTAS, Bruno (coord.). **Breves comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2015.

CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. **Ineficácia do ato jurídico e a reforma do Código Civil**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966.

CARVALHO, José Orlando Rocha de. **Teoria dos pressupostos e dos requisitos processuais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 18ª edição revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Direito tributário, linguagem e método.** São Paulo: Noeses, 2008

_____. **Direito tributário:** fundamentos jurídicos da incidência. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Teoria da norma tributária.** 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o "legislador", a "sociedade" e o "juiz" ou entre "sistema, "função" e "problema": os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. In: **Boletim da Faculdade de direito da Universidade de Coimbra.** Vol. LXXIV [separata], 1998.

CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. **Estudios de teoría general y historia del proceso.** Tomo II. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1992.

CASTRO, Torquato. **Teoria da situação jurídica em direito privado nacional.** São Paulo: Saraiva, 1985.

CATÃO, Adrualdo de Lima. **Teoria do fato jurídico:** uma abordagem lógica da decisão judicial. Curitiba: Juruá, 2013.

CATONI, Marcelo. **Direito processual constitucional.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Do mandado de segurança.** 3ª edição. Saraiva: São Paulo, 1948.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil.** 8ª edição. São Paulo: editora Atlas, 2008.

CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis; MOSCHEN, Valesca Raizer Borges. Negócios jurídicos processuais e recursos: primeiras reflexões. In: MOSCHEN, Valesca Raizer

Borges et al. (coord.). **Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça II**. Florianópolis: CONPEDI, 2015.

CHEIM JORGE, Flávio. Requisitos de admissibilidade dos recursos: entre a relativização e as restrições indevidas (jurisprudência defensiva). In: **Revista de Processo**, volume 217, p. 19-39, março de 2013.

_____. **Teoria geral dos recursos cíveis**. 7ª Ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Dell'azione nascente dal contratto preliminare, in Saggi di diritto processuale civile**. Milano: Giuffrè, 1993, v. 1

_____. **Instituições de direito processual civil: as relações processuais**. A relação processual ordinária de cognição. 3. ed. Campinas, SP: Bookseller, 2002, v. 3.

_____. **La acción en el sistema de los derechos**. Peru: Instituto Pacífico, 2015.

_____. La natura processuale delle norme sulla prova e l'efficacia della legge processuale nel tempo. In: **Saggi di Diritto Processuale Civile**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1993, v. 1.

_____. **Principios de derecho procesal civil**. Tradução espanhola da terceira edição em italiano. Madrid: Editora Reus S.A., 1925, tomo II.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

CONSO, Giovanni. **I Fatti Giuridici Processuali Penali – Perfezione ed Efficacia**. Milano: Giuffrè, 1955.

COPI, Irving M. **Introdução à lógica**. Trad. de Álvaro Cabral. São Paulo: Editora Mestre Jou, [s.d.].

COSTA E SILVA, Paula. **Acto e processo**: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo. Coimbra: Coimbra Editora, 2003

_____. Legalidade das formas de processo e gestão processual ou as duas faces de JANUS. **Revista de informação legislativa**. Brasília: Senado Federal, ano 48, n. 190, p. 137-149, abr./jun. 2011.

_____. *Pactum de non petendo*: exclusão convencional do direito de ação e exclusão convencional da pretensão material. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Org.). **Negócios processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015.

COSTA, Adriano Soares da. **Teoria da incidência da norma jurídica**: crítica ao realismo linguístico de Paulo de Barros Carvalho. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2002.

COSTA, Susana Henriques da. **Condições da ação**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

COUTO E SILVA, Clóvis do. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol. XI – tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

_____. Para uma história dos conceitos no direito civil e no direito processual civil. In: **Estudos em homenagem aos profs. Manuel Paulo Merêa e Guilherme Braga da Cruz**. Coimbra, 1983.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 3ª edição (póstuma). Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1958.

_____. **Fundamentos do direito processual civil**. Tradução de Henrique de Carvalho. Florianópolis: Conceito editorial, 2008.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano**: o direito romano e o direito civil brasileiro no Novo Código Civil. 31ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. A contumácia das partes como ato-fato processual. In: DIDIER JR., Fredie; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Org.). **Pontes de Miranda e o direito processual**. Salvador: Juspodivim, 2013.

_____. **Jurisdição e competência**. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: **Relatório Nacional (Brasil)**. Relatório apresentado no I Congresso Peru-Brasil de direito processual, mimeografado, 2014.

_____. Será o fim da categoria da condição da ação? Uma intromissão no debate travado entre Fredie Didier Jr. e Alexandre Freitas Câmara. In: **Revista de Processo**, vol. 198, p. 227, ago. de 2011

DAHL, Robert A. Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national policy-maker. In: **HeinOnline**, Role of the Supreme Court Symposium , nº 1, 279, 1957.

DALARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 2ª edição atualizada. São Paulo: Saraiva, 1998.

DAMASKA, Mirjan R. **The faces of justice and state authority**: a comparative approach to the legal process. New Haven; London: Yale University Press, 1986.

DANTAS, Miguel Calmon. O direito fundamental à processualização: fundamento para uma teoria geral do processo. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza; JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Teoria do processo**: panorama doutrinário mundial. Salvador: Juspodivim, p. 683-736, 2007.

DELGADO, Mário Luiz. **Codificação, descodificação e recodificação do direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011

DEMARCHI, Juliana. Ato processual juridicamente inexistente – mecanismos predispostos pelo sistema para declaração de inexistência jurídica. In: **Revista Dialética de Direito Processual**, nº 13. São Paulo: Dialética, p. 43-59, abril/ 2004.

DESCARTES, René. **Discurso do método**. Trad.: Maria Ermantina Galvão. Martins Fontes: São Paulo, 2001.

DIDIER JR., Fredie. A invalidação dos atos processuais no processo civil brasileiro. In: **Revista Jurídica**, ano 58, nº 395, p. 49-77, setembro de 2010.

_____ ; BRAGA, Paula Sarno; ALEXANDRIA DE OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. Salvador: Juspodivm, 2015.

_____ ; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: Execução. 7ª edição revista e atualizada. Salvador: Juspodivm, 2017.

_____. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 10ª edição. Salvador: Juspodivm, 2008

_____. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17ª edição revista, ampliada e atualizada. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1.

_____ ; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. 2ª edição. Salvador: editora Juspodivm, 2011.

_____. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. **Revista de Processo**, vol. 198, p. 213, ago./2011

_____. **Pressupostos processuais e condições da ação:** o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Regras processuais no Código Civil.** 4ª edição revista, atualizada e ampliada de acordo com as leis n. 12.004 e 12.016, de 2009. Saraiva: São Paulo, 2009.

_____. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida.** 3ª edição atualizada. Salvador: editora Juspodvim, 2016.

_____; ZANETTI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil:** processo coletivo. 10ª edição revista, ampliada e atualizada. Salvador: Juspodvim, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** 12ª edição. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Capítulos da sentença.** São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Fundamentos do Processo Civil Moderno.** 4ª ed., v. 1, São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Instituições de direito processual civil.** São Paulo: Malheiros, 2001, v. 1.

_____. **Instituições de direito processual civil.** 3. ed., rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2003, v. 2.

_____. **Instituições de direito processual civil.** 4ª edição, revista, atualizada e com remissões ao Código Civil de 2002. São Paulo: Malheiros, v. 1, 2004.

_____. **Instituições de direito processual civil.** 4ª edição, revista, atualizada e com remissões ao Código Civil de 2002. São Paulo: Malheiros, v. 2, 2004.

_____ ; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do novo processo civil de acordo com a lei 13.256 de 4.2.2016**. São Paulo: Malheiros, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 15ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo, SP: Martins Fontes, 2002

ECHANDIA, Hernando Devis. **Nociones generales de derecho procesal civil**. Madrid: Aguilar, [s.d.].

ESPINDOLA, Ângela Araújo da Silveira; RAATZ DOS SANTOS, Igor. O processo civil no Estado Democrático de Direito e a releitura das garantias constitucionais: entre a passividade e o protagonismo judicial. **Revista Eletrônica Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí-SC, v. 16, n. 02, p. 150-169, 2011.

FAGUNDES, M. Seabra. **Dos recursos ordinários em matéria civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1946.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 12ª edição revista, ampliada e atualizada. Salvador: Juspodivm, 2014.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

_____. **Istituzioni di Dirittto Processuale**. 7ª ed. Padova: CEDAM, 1994

FERNANDES, André Lucas; PEREIRA, Mateus Costa. Prolegômenos ao pensamento jurídico-filosófico de Pontes de Miranda. In: DIDIER JR., Fredie; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Org.). **Pontes de Miranda e o direito processual**. Salvador: Juspodivm, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: teoría del derecho y de la democracia. V. 1. Madrid: editorial Trotta, 2013.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Conceito de sistema no direito**: uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

_____. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2008.

FREITAS, Augusto Teixeira de. **Código Civil**: Esboço. Ministério da Justiça e Negócios Interiores, serviço de documentação. 1952.

FURTADO FABRÍCIO, Adroaldo. Justificação teórica dos procedimentos especiais. In: **Revista forense comemorativa** – 100 anos. Rio de Janeiro: Forense, p. 591-614, 2005.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3ª edição. Petrópolis: Vozes, 1999.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental**: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual de acordo com as recentes reformas do CPC. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. Sentenças inexistentes e querela nullitatis. **Revista Jurídica UNICOC**, v. 2, p. 347-366, 2005.

GAMA, Tácio Lacerda. Obrigação e crédito tributário: anotações à margem da teoria de Paulo de Barros Carvalho. **Revista tributária e de finanças públicas**, 2003, vol. 11, nº 50.

GARCIA, Manuel Eriquez; VASCONCELLOS, Marco Antonio S. **Fundamentos de economia**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

GARCIA, Roberto Soares. Cumprimento de pena depois do julgamento de apelação. In: **Revista de processo**, volume 3, p. 75-85, out-dez de 2016.

GARRIDO, José Antônio. Breves reflexes acerca da invalidade do ato processual postulatório. In: DIDIER JR., Fredie; EHRHARDT JR. Marcos. (Coord.). **Teoria do fato jurídico**: homenagem a Marcos Bernardes de Mello. São Paulo: Saraiva, 2010.

GOLDSCHMIDT, James. **Direito processual civil**. Traduzido por Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller, 2003, tomo I.

GOMES, Danilo Heber. **Ato processual (in)existente**. Curitiba: Juruá, 2013.

GOMES, Fábio. **Carência de ação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. **Introdução ao direito civil**. 16ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. **Das fontes às normas**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: editora Quartier Latin do Brasil, 2005.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Nulidades no processo civil**. Rio de Janeiro: Aide, 1993.

GONÇALVES, Tiago Figueiredo. **Consignação em pagamento**: aspectos de direito processual e material (com notas e remissões ao projeto de Novo Código de Processo Civil). 1. ed. Curitiba: Juruá, 2013

_____. Sobre o dever imposto ao juiz do crime de fixar valor mínimo de reparação dos danos civis causados pela infração quando da prolação da sentença penal condenatória: implicações da lei 11.719/2008 no âmbito do processo civil e do

processo penal. In: **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, v. 36, p. 63-77, 2010.

GOUVEIA, Lúcio Grassi. Litigância de má-fé: abuso de direito ou ilicitude? In: In: DIDIER JR., Fredie; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Org.). **Pontes de Miranda e o direito processual**. Salvador: Juspodivm, 2013.

GRAU, Eros Roberto. **Direito, conceitos e normas jurídicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. **Rivista di Diritto Processuale**, n. 21, p. 580-609, 1966.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 18ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 2.

GREGGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. In: DIDIER JR., Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre (Coord.). **Coleção grandes temas do novo CPC: normas fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2016.

GUASTINI, Ricardo. La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONNEL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**, 2003.

_____. **Das fontes às normas**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Introdução ao direito processual constitucional**. Porto Alegre: Síntese, 2009.

GUIBOURG, Ricardo A.; GHIGLIANI, Alejandro M.; GUARINONI, Ricardo. **Introducción al conocimiento científico**. 3ª edição. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 2000.

GUIMARÃES, Luiz Machado. Ato processual. In: **Estudos de direito processual civil**, São Paulo: Jurídica e Universitária, 1969.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Volume I. Rio de Janeiro: tempo brasileiro, 2010.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. 3ª edição. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

IRTI, Natalino. **L'eta della decodificazione**. Milano: Giuffrè, 1999

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

ISERHARD, Antônio Maria. Sistema Jurídico, política jurídica e hermenêutica jurídica: uma incursão nos caminhos abertos por Pontes de Miranda. ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org). In: **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito**: mestrado e doutorado. São Leopoldo: Unisinos, 2002.

JEVEAUX, Geovany Cardoso. As Relações Entre o Direito Material e o Direito Processual. In: MAZZEI, Rodrigo. (Org.). **Questões Processuais no Novo Código Civil**. 1ª ed. Barueri: Manole, 2006, v. 01, p. 01-22.

_____. **Direito constitucional**: teoria da constituição. 1. ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2008.

KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. (Org.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

_____. Filosofia do direito. António Ulisses Cortês (trad.). 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

KELSEN, Hans. **El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del derecho**. Editorial Reus S.A.: Madrid, [s.d.].

_____. **Teoria geral das normas**. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986.

_____. **Teoria geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Teoria Pura do Direito**. 6ª edição. São Paulo: editora Martins Fontes, 1999.

KLIPPEL, Rodrigo. **As condições da ação e o mérito à luz da teoria da asserção**. São Paulo: Scortecci, 2005.

KOMATSU, Roque. **Da invalidade no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

KRELL, Andreas J. A relevância da teoria do fato jurídico no âmbito do moderno direito constitucional administrativo. In: DIDIER JR., Fredie; EHRHARDT JR. Marcos. (Coord.). **Teoria do fato jurídico**: homenagem a Marcos Bernardes de Mello. São Paulo: Saraiva, 2010.

LACERDA, Galeno. O Código como sistema legal de adequação do processo. **Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul**, Edição Comemorativa do Cinquentenário 1926-1976, Porto Alegre, 1976.

_____. Processo e Cultura. **Revista de Direito Processual Civil**, v. 2, n. 3, p. 74-86, jul./dez. 1961.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Fatos e atos jurídicos**: planos da existência, validade, eficácia, e a questão da querela nullitatis. *Justitia* (São Paulo), v. Web, p. 1-43, 2008.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Contro il patto “solve et repete” nei contratti. In: **Revista di Diritto Processuale Civile**, nº 2, 1931.

_____. **Manual de direito processual civil**. 3ª edição. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005, v. 1.

_____. Risoluzione convenzionale del processo. **Revista di Diritto Processuale Civile**, nº 1, 1932.

LÔBO, Paulo. Fatos jurídicos como fonte das obrigações. In: DIDIER JR., Fredie; EHRHARDT JR. Marcos. (Coord.). **Teoria do fato jurídico**: homenagem a Marcos Bernardes de Mello. São Paulo: Saraiva, 2010.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 5ª ed. V. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. Fim da presunção de inocência pelo STF é o nosso 7 a 1 jurídico. **Conjur**, Brasil, 4 de março de 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nosso-juridico>>. Acesso em 10 de março de 2017

MACHADO, Marcelo Pacheco. Prazos nos juizados especiais em dias corridos: não esperávamos por essa do FONAJE. **JOTA**, Brasil, 21 de junho de 2016. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/novo-cpc/prazos-nos-juizados-especiais-em-dias-corridos-nao-esperavamos-por-esta-fonaje-21062016>>. Acesso em 15 de fevereiro de 2017.

_____. A privatização da técnica processual no projeto de Novo Código de Processo Civil. In: Alexandre Freire; Bruno Dantas; Dierle Nunes; Fredie Didier Jr.; José Medina; Luiz Fux; Luiz Volpe; Pedro Miranda. (Org.). **Novas Tendências do Processo Civil - Estudos sobre o Projeto do Novo CPC**. 1ed.Salvador: Jus Podivm, 2014, v. 3, p. 339-362.

MADUREIRA, Claudio Penedo. Formalismo, instrumentalismo e formalismo-valorativo. **Cadernos do programa de pós-graduação: Direito/ UFRGS**. Porto Alegre, volume 10, nº 3, 253-283, 2015.

_____. **Fundamentos do novo processo civil brasileiro**: o processo civil do formalismo-valorativo. Belo Horizonte: editora Fórum, 2017.

MAGALHÃES, Joseli Lima. **Da recodificação do direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado Constitucional. In: JORDÃO, Eduardo Ferreira; DIDIER JR., Fredie (coord.). **Teoria do processo**: panorama doutrinário mundial. Salvador: Juspodivm, 2007.

_____; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. 4ª edição ampliada. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARQUES, Mário Reis. **Codificação e paradigmas da modernidade**. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2003.

MARQUES, José Frederico. **Ensaio sobre a jurisdição voluntária**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1959.

_____. **Manual de direito processual civil**: teoria geral do processo civil. 1ª edição atualizada. Campinas: Bookseller, 1997.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. In: **Revista de informação legislativa**, Brasília: Senado Federal, nº 139, ano 35, p. 5-22, 1998.

MARTINS, Sandro Gilbert. **Processo, procedimento e ato processual**: o plano da eficácia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

MAZZEI, Rodrigo Reis. A intervenção móvel da pessoa jurídica na ação popular e a ação de improbidade administrativa (artigos 6º, 3º, da LAP, e 17, §3º, da LIA). In: **Revista jurídica**: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária. Ano nº 61, nº 425, p. 9-44, março de 2013.

_____. Breve olhar sobre temas de processo civil a partir das linhas mestras de Rene Girard. In: **Revista Brasileira de Direito Processual**, v. 83, p. 14-30, 2013.

_____. Comentário ao art. 771 do CPC/15. No prelo.

_____. Breve história (ou 'estória') do Direito Processual Civil brasileiro: das Ordenações até a derrocada do Código de Processo Civil de 1973. In: **R. do Instituto de Hermenêutica Jur. – RIHJ**. Belo Horizonte, ano 12, n. 16, p. 177-204, jul./dez., 2014.

_____; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Breve diálogo entre os negócios processuais e a arbitragem. In: **Revista de Processo**, vol. 237, 2014, Nov. de 2014.

_____; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Métodos ou tratamentos adequados de conflitos. In: JAYME, Fernando Gonzaga et al. (Coord.). **Inovações e modificações do Código de Processo Civil**: avanços, desafios e perspectivas. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

_____. Enfoque processual do art. 928 do Código Civil (responsabilidade civil do incapaz). **RBDPro**, Belo Horizonte, ano 15, nº 51, p. 45-70, jan-mar de 2008.

_____; GONÇALVES, Tiago Figueiredo. O mérito do processo e o interesse de agir. **Revista Juridica** (Porto Alegre. 1953), v. 436, p. 29-42, 2014.

_____ ; GONÇALVES, Tiago Figueiredo. **Primeiras linhas sobre a disciplina da ação rescisória no CPC/2015**. Revista Forense (Impresso), v. 421, p. 191-213, 2015.

_____ ; GONÇALVES, Tiago Figueiredo. Visão geral dos procedimentos especiais no novo Código de Processo Civil. In: Cassio Scarpinella Bueno. (Org.). **PRODIREITO: Direito Processual Civil: Programa de Atualização em Direito: Ciclo 1**. 1ed. Porto Alegre: Artmed, 2015, v. 2, p. 97-128.

_____. Notas iniciais à leitura do Novo Código Civil. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (Coord). **Comentários ao Código Civil Brasileiro: parte geral**. Rio de Janeiro, editora Forense, 2005.

_____. O Código Civil de 2002 e a sua interação com os Microsistemas e a Constituição Federal. In: **Revista da Faculdade Autônoma de Direito**, v. 1, 2011.

_____. **O direito de superfície no ordenamento jurídico brasileiro**. 2007. Dissertação (mestrado em direito – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

MAYNEZ, Eduardo Garcia. **Introducción al estudio del derecho**. 53^a ed. Cidade do México: Porrúa, 2002.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **Direito processual constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. **Teoria geral do processo de acordo com o Código de Processo Civil de 2015**. 2^a edição. Salvador: Juspodvim, 2016.

MELLO, Cláudio Ari. Interpretação jurídica e dever de fundamentação das decisões judiciais no novo Código de Processo Civil, **Revista de Processo**, v. 41, n. 255, p. 63-90, maio 2016.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da eficácia. 1ª parte. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 18ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade. 8ª edição revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, João de Castro. **Direito processual civil**. Apontamentos das lições redigidas com a elaboração de um grupo de assistentes. Lisboa: Associação Acadêmica, s/a, v. I.

_____. **O direito de acção judicial. Estudo de processo civil**. In: Rev. Fac. Dir. Suplemento, Lisboa, 1959 (reimpressão).

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Colaboração no Processo Civil**: Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos. 3ª ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2015.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Memória Jurídica, 2005, t. 2.

_____. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme. **Código de processo civil comentado artigo por artigo**. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. O problema da invalidade dos atos processuais no Direito Processual Civil brasileiro contemporâneo. **Revista Ajuris**, 2005.

_____ ; ZANETI JR., Hermes. **Introdução ao estudo de processo civil: primeiras linhas de um paradigma emergente.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004.

_____ ; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Por que o Poder Judiciário não legisla no modelo de precedentes do Código de Processo Civil de 2015. In: **Revista de processo**, volume 257, p. 371-388, julho de 2016.

_____. **Processo civil e Estado constitucional.** Porto Alegre: livraria do advogado editora, 2007.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil.** 37^a ed. São Paulo: Saraiva, 2000, vol. 1.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil.** 2^a edição. São Paulo: Atlas, 2006.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **Do espírito das leis.** São Paulo: Martin Claret, 2006.

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Fontes do direito tributário.** São Paulo: Noeses, 2006.

NETTO, Felipe Peixoto. **Teoria dos ilícitos civis.** 2^a edição revista, ampliada e atualizada. Salvador: Juspodivm, 2014.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo CPC. Código de Processo Civil (lei nº 13.105/2015): inovações, alterações e supressões comentadas.** São Paulo: editora Método, 2015.

NEVES, Marcelo da Costa Pinto. A incidência da norma jurídica e o fato jurídico. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 21, nº 84, p. 267-284, out/ dez de 1984.

_____. Entre Hidra e Hércules. **Princípios e regras constitucionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

NINO, Carlos Santiago. **Introducción al análisis del derecho**. 2ª edición ampliada y revisada. Buenos Aires: Astrea, 2003.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios jurídicos processuais**: análise dos provimentos judiciais como atos negociais. 2011. 243 f. Tese (Doutorado em direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador.

_____. **Negócios jurídicos processuais**. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. Salvador: Juspodivm, 2017.

_____. **Teoria da ação de direito material**. Salvador: Juspodivm, 2008.

_____. Os limites lingüístico-legislativos da discricionariedade judicial. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 46, nº 181, p. 313-325, jan-març de 2009.

NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório: uma garantia de influência e de não surpresa In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (orgs.). **Teoria do processo. Panorama doutrinário mundial**. Salvador: JusPodivm, 2008, vol. 1, p. 151-174.

NUNES, Dierle; PICARDI, Nicola. O Código de Processo Civil Brasileiro: Origem, formação e projeto de reforma. In: **Revista de informação legislativa**, v. 48, n. 190, t.2, p. 101-102, abr./jun. 2011.

OGDEN, C.K; Richards, I. A. **The meaning of meaning**: a study of the influence of language upon thought and of the science of symbolism. New York: A Harvest Book, [s.d].

OLIVEIRA, Vallisney de Souza. Nulidade da sentença e o princípio da congruência. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. In: **Revista sobre enseñanza del Derecho**, Buenos Aires, ano 4, nº 8, p. 101-130, 2007

_____. **O Tempo do Direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

PALACIO, Lino Enrique. **Manual de derecho procesal civil**. 17ª ed. Atualizada. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2003.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: Introdução ao Direito Civil Constitucional, Rio de Janeiro: Renovar, 1 999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, vol. 1.

_____. Instituições de direito civil. 19ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. 1.

_____. **Instituições de direito civil**: introdução ao direito civil, teoria geral do direito civil. 3ª edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 1971.

PICARDI, Nicola. Il principio del contraddittorio. **Rivista di Diritto Processuale**, n. 3. Padova: CEDAM, p. 673-679, 1998.

_____. **Jurisdição e Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PICÓ Y JUNOY, Joan. **El juez y la prueba**: Estudio de la errónea recepción del brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam* y su repercusión actual. Bosch: Barcelona, 2007.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição Federal de 1967 (com a emenda nº 1 de 1969)**. Rio de Janeiro: Forense, 1987, tomo I.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

_____. **O problema fundamental do conhecimento**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972

_____. **Tratado das ações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, tomo I.

_____. **Tratado de direito privado**: bens e fato jurídico. Atualizado por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, tomo II.

_____. **Tratado de direito privado**: eficácia jurídica, determinações inexas e anexas, direitos, pretensões, ações. Atualizado por Marcos Ehrhardt Jr. e Marcos Bernardes de Mello. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, tomo V.

_____. **Tratado de direito privado**: introdução, pessoas físicas e jurídicas. Atualizado por Judith Martins-Costa, Gustavo Haical e Jorge Cesa Ferreira da Silva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, tomo I.

_____. **Tratado de direito privado**: negócios jurídicos. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, tomo III.

_____. **Tratado de direito privado**: validade, nulidade, anulabilidade. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Editoraa Revista dos Tribunais, 2012, tomo IV.

_____. **Sistema de ciência positiva do direito**. Campinas: Bookseller, 2005, Tomo I.

_____. **Sistema de ciência positiva do direito**. Campinas: Bookseller, 2005, Tomo II.

_____. **Sistema de ciência positiva do direito**. Campinas: Bookseller, 2005, Tomo III.

POPPER, Karl R. **A lógica da pesquisa científica**. Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota (trad.). 16ª edição. São Paulo: editora Cultrix, 2008.

PRIETO, Eugenio; QUINTERO, Beatriz. **Teoría general del proceso**. Tomo I. Bogotá: Editorial Temi S.A., 1995.

PRIETO, Luis Maria Cazorla. **Codificación contemporânea y técnica legislativa**. Pamplona: Editorial Aranzi, 1999.

PUGLIESI, Giovanni. La *litis contestatio* nel processo formulare. **Revista di Diritto Processuale**, vol. VI, 1951.

RÁO, Vicente. **Ato jurídico**: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais. O problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração. 4ª edição anotada, revista e atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

REALE, Miguel. As diretrizes fundamentais do projeto do Código Civil. In: **Comentários sobre o projeto do Código Civil brasileiro**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2002. p. 11-26;

_____. **Filosofia do direito**. 19ª. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Lições preliminares de direito**. 25ª edição. São Paulo: Saraiva, 2001.

REDENTI, Enrico. **Profili Pratici del Diritto Processuale Civile**. 2ª ed. Milão, 1939.

REDONDO, Bruno Garcia. A eficiência da prestação jurisdicional e flexibilização do procedimento pelo juiz e pelas partes. In: **Revista Jurídica UNIGRAN**, Dourados, MS, v. 15, nº 30, p. 97-110, Jul./Dez. 2013.

_____. Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias. In: **Revista de Processo**, vol. 244, p. 167-192, jun. de 2015.

_____. Negócios processuais relativos a honorários advocatícios. In: **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Volume 16, p. 58-76, Julho a dezembro de 2015.

REGO, Hermegildo de Souza. **Natureza das normas sobre prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

ROCCO, Ugo. **Derecho procesal civil**. Tradução de Felipe de J. Tena. 2ª edição. Mexico: Porrúa Hnos e Cia, 1944.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

RODRIGUES, Daniel Colnago; MENEZES, Rafael Filipe Fonseca. Amicus curiae y negocios procesal es en nuevo Código de Proceso Civil brasileño. In: NOGUEIRA, Pedro Henrique; CAVANI, Renzo (coord.). **Convenciones procesales** – Estudios sobre negócio jurídico y proceso. Lima: Raguel, 2015.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: Parte Geral**, 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, vol. 1.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. São Paulo: Edipro, 2000.

RUA, Fernando de la. **Escuelas procesales**. Disponível em: <<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/43-45/escuelas-procesales.pdf>>. Acesso em: 27 de outubro de 2016.

RUGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. Vol. I. (trad. de Paolo Capitano). Campinas: Bookseller, 1999.

SANTI, Eurico Marco Diniz de. **Decadência e prescrição no Direito Tributário**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. **Lançamento tributário**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

SANTORO-PASSARELLI, F. **Teoria geral do direito civil**. Tradução Manoel de Alarcão. Coimbra: Atlântica, 1967.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 3.

_____. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 1.

SANTOS, Boaventura de Souza; MARQUES, maria Manuel Leitão; PEDROZO, João. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. **Revista brasileira de ciências sociais**, ano 11, nº 30, p. 29-62, fev. de 1996.

SATTA, Salvatore. **Contributo alla dottrina dell'arbitrato**. Milano: Vita e Persiero, 1931.

_____. Accordo (diritto processuale civile). **Enciclopedia del Diritto**. Milano: Giuffrè, 1958.

_____. **Direito processual civil**. 7ª edição. Tradução e notas de Luiz Autuori. Rio de Janeiro: Borsoi, 1973.

SAVIGNY, M. F. C. von. **Sistema del derecho romano actual**. Trad. Jacinto Messias y Manoel Poley Centro. 2ª ed. Madrid: Góngora, s.d., v. 2.

SCHÖNKE, Adolf. **Direito processual civil**. Campinas: Romana, 2003.

SENRA, Alexandre. A teoria do fato jurídico e o conceito de coisa julgada. **R. do Instituto de Hermenêutica Jur. – RIHJ** | Belo Horizonte, ano 12, n. 16, p. 13-32, jul./dez. 2014.

_____. **A coisa julgada no Código de Processo Civil de 2015**: premissas, conceitos, momento de formação e suportes fáticos. Salvador: Juspodivm, 2017.

SICHES, Luís Recasens. **Introducción al estudio del derecho**. 12ª edição. México: Porrúa, 1997.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. rev., ampl. e atual. - São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, Justino Adriano F. da. **Pequeno opúsculo sobre a vida e obra de Pontes de Miranda**. Porto Alegre: EST, 1981.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil**. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008, t. 1.

_____. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 3ª edição revista. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SIMPSON, Thomas Moro. **Linguagem, realidade e significado**. São Paulo: Edusp, 1976.

SIQUEIRA, Cleanto Guimarães. **A defesa no processo civil**: as exceções substanciais no processo de conhecimento. 3ª edição. Saraiva: São Paulo, 2008.

SOARES, Leonardo Oliveira de Soares. O CPC/2015, a presunção constitucional de inocência e a interpretação jurídica em tempos de crise. **Revista de processo**, vol. 972, p. 299-312, outubro de 2016.

STRECK, Lenio. **Heremênutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10ª edição revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. Heremênutica, Neoconstitucionalismo e o “problema da discricionariedade dos juizes”. **Anima.[sd]**, v. 1, 2009.

TARUFFO, Michele. Abuso de direitos processuais: padrões comparativos de lealdade processual (relatório geral). In: **Revista de Processo**, vol. 177, Nov / 2009.

_____. **A motivação da sentença civil**. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

TEIXEIRA DE SOUZA, Miguel. As recentes alterações na legislação processual civil. In: **Revista da Ordem dos Advogados**, nº 61, Lisboa, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na Parte Geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A parte geral do novo Código Civil**: estudos na perspectiva civil-constitucional. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. O código civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

TESHEINER, José Maria Rosa; BAGGIO, Lucas Pereira. **Nulidades no processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. **Elementos para uma teoria geral do processo**. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. **Não existe “mundo jurídico” paralelo ao mundo fático**. Disponível em: < <http://www.tex.pro.br/home/artigos/108-artigos-out-2004/5205-nao-existe-mundo-juridico-paralelo-ao-mundo-fatico>>. Acesso em: 4 de maio de 2017.

_____. **Pressupostos processuais e nulidades no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2000.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual civil**: processo de execução e cumprimento de sentença, processo cautelar e tutela de urgência. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC**: fundamentos e sistematização. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TIMM, Luciano Benetti. “Descodificação”, constitucionalização e descentralização no direito privado: o código civil ainda é útil? In: **Revista de direito privado**, nº 27. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./ set., p. 223-251, 2006.

TRIGUEIRO, Victor Guedes. Teoria dos ilícitos processuais civis – plano da existência. In: DIDIER JR., Fredie; EHRHARDT JR. Marcos. (Coord.). **Teoria do fato jurídico**: homenagem a Marcos Bernardes de Mello. São Paulo: Saraiva, 2010.

TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil romano**. São Paulo: RT, 2001.

TUCCI, Rogério Lauria. Considerações acerca da inadmissibilidade de uma teoria geral do processo. **Revista Jurídica**. Porto Alegre, 2001, n. 281.

_____. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TUMONIS, Vitalius. Legal realism & judicial decision-making. **MRUNI**, Lituânia, 8 de outubro de 2016, Jurisprudence/ article, p. 1363. Disponível em: <<https://www3.mruni.eu/ojs/jurisprudence/article/view/107>>. Acesso em 15 de janeiro de 2015.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos. Tradução da 5ª edição alemã, revista e ampliada, de Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

VILANOVA, Lourival. A teoria do direito em Pontes de Miranda. In: _____. **Escritos jurídicos filosóficos**. São Paulo: Axis Mundi/ IBET, 2003. v.1.

_____. **Causalidade e relação no direito**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Estruturas lógicas e o sistema de direito positivo**. São Paulo: Noeses, 2005

_____. O conceito de Direito. In: _____. **Escritos jurídicos filosóficos**. São Paulo: Axis Mundi/ IBET, 2003. v.1.

_____. O problema do objeto da Teoria Geral do Estado. In: _____. **Escritos jurídicos filosóficos**. São Paulo: Axis Mundi/ IBET, 2003. v.1.

_____. Teoria jurídica da revolução: anotações à margem de Kelsen. **RDP**, 70, São Paulo, Ed. RT, s.d

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMANI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, v. 1.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**. 5.ed. São Paulo: RT, 2004.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. (2ª ed. alemã). Lisboa, 1980. p. 458.

WINDSCHEID, Bernhard. La “actio” del derecho civil romano, desde el punto de vista del derecho actual. In: WINDSCHIED, Bernhard; MUTHER, Theodor. **Polémica sobre la “actio”**. Traduzido por Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1977.

_____. **Polémica sobre la “actio”**. Traduzido por Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1977.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus logico-philosophicus**. São Paulo: editora da Universidade de São Paulo, 1968.

YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.). **Negócios processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. Madrid: Trotta, 2008.

ZANETI JR., Hermes. **A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e Constituição**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. Compreensão do Código a partir da Constituição. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____; GOMES, Camilla de Magalhães. O processo coletivo e o formalismo-valorativo como nova fase metodológica do processo civil. **Revista de Direitos Difusos**, v. 53, p. 13-32, 2011

_____. **Mandado de segurança coletivo – aspectos processuais controversos**. Porto Alegre: Fabris, 2001.

_____. **O valor vinculante dos precedentes:** teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2ª edição revista e ampliada. Salvador: editora Juspodivm, 2016.

