

TEORIA DOS FATOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

FREDIE DIDIER JR.

Livre-Docente (USP).

Pós-doutorado pela Universidade de Lisboa.

Doutor (PUC-SP) e Mestre (UFBA) em Direito.

Professor-adjunto da Universidade Federal da Bahia.

Coordenador do curso de Direito da Faculdade Baiana de Direito.

Membro da Associação Internacional de Direito Processual (IAPL),

do Instituto Iberoamericano de Direito Processual

e do Instituto Brasileiro de Direito Processual.

Presidente da Associação do Norte-Nordeste de Professores de Processo (ANNEP).

Advogado e consultor jurídico.

www.frediedidier.com.br

PEDRO HENRIQUE PEDROSA NOGUEIRA

Doutor (UFBA) e Mestre (UFAL) em Direito.

Professor-adjunto da Universidade Federal de Alagoas (UFAL).

Professor de Direito Processual Civil e coordenador do curso de Direito da SEUNE.

Professor convidado da Escolas Superiores

de Magistratura de Alagoas (ESMAL) e Pernambuco (ESMAPE).

Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP).

Membro da Associação do Norte-Nordeste de Professores de Processo (ANNEP).

Advogado.

TEORIA DOS FATOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

2012



WWW.EDITORAJUSPODIVM.COM.BR



WWW.EDITORAJUSPODIVM.COM.BR

Rua Mato Grosso, 175 – Pituba, CEP: 41830-151 – Salvador – Bahia

Tel: (71) 3363-8617 / Fax: (71) 3363-5050 • E-mail: fale@editorajuspodivm.com.br

Conselho Editorial: Dirley da Cunha Jr., Leonardo de Medeiros Garcia, Fredie Didier Jr., José Henrique Mouta, José Marcelo Vigliar, Marcos Ehrhardt Júnior, Nestor Távora, Robério Nunes Filho, Roberval Rocha Ferreira Filho, Rodolfo Pamplona Filho, Rodrigo Reis Mazzei e Rogério Sanches Cunha.

Capa: Rene Bueno e Daniela Jardim (www.buenojardim.com.br)

Diagramação: Caetê Coelho (caete1984@gmail.com)

Todos os direitos desta edição reservados à Edições JusPODIVM.

Copyright: Edições JusPODIVM

É terminantemente proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem a expressa autorização do autor e da Edições JusPODIVM. A violação dos direitos autorais caracteriza crime descrito na legislação em vigor, sem prejuízo das sanções civis cabíveis.

SUMÁRIO

NOTA DOS AUTORES À SEGUNDA EDIÇÃO	9
NOTA DOS AUTORES	11
PREFÁCIO	13
APRESENTAÇÃO	19
INTRODUÇÃO	21

§ 1º PLANO DA EXISTÊNCIA

CAPÍTULO I

OS FATOS PROCESSUAIS.....	27
1. Ato e procedimento.....	27
2. Do fato jurídico ao fato jurídico processual (<i>lato sensu</i>)....	28
3. O conceito de fato processual.....	30

CAPÍTULO II

CLASSIFICAÇÃO DOS FATOS PROCESSUAIS	39
1. Nota introdutória.....	39
2. Fatos processuais lícitos.....	40
2.1. Fato jurídico <i>stricto sensu</i> processual.....	41
2.2. Ato-fato jurídico processual	45
2.2.1. Generalidades.....	45
2.2.2. O recurso interposto pelo assistente simples e o ato-fato jurídico processual da omissão do assistido.....	48
2.2.3. A sentença como ato-fato jurídico processual: a eficácia dos precedentes.....	51
2.3. Atos jurídicos <i>stricto sensu</i> processuais.....	54
2.4. Negócios jurídicos processuais.....	56
3. Ilícitos processuais.....	66

§ 2º PLANO DA VALIDADE

CAPÍTULO I

AS INVALIDADES PROCESSUAIS	71
1. Nota introdutória.....	71
2. Regras do sistema de invalidades processuais.....	78
2.1. O ato processual defeituoso produz efeitos até a sua invalidação. Toda invalidade processual é decretada.....	79
2.2. Os tipos de defeito processual	79
2.3. Não há invalidade sem prejuízo	83
2.4. Intervenção do ministério público e invalidade	85
2.5. Princípio do aproveitamento dos atos processuais defeituosos. O princípio da fungibilidade.....	86
2.6. Sanabilidade de qualquer defeito processual	88
2.7. Invalidade do procedimento (inadmissibilidade) e invalidade de cada um dos atos do procedimento ...	89
2.8. Invalidação de atos do juiz, das partes e dos auxiliares da Justiça	91
2.9. Princípios da proporcionalidade, cooperação e economia processual aplicados ao sistema das invalidades processuais.....	95
2.10. O princípio da lealdade processual (proibição do <i>venire contra factum proprium</i>).....	99
3. Decisão sobre a invalidade e preclusão	104
4. O regime jurídico de invalidade de atos de direito material aplicado aos atos processuais.....	105

§ 3º PLANO DA EFICÁCIA

CAPÍTULO I

SITUAÇÕES JURÍDICAS PROCESSUAIS	119
1. Situações jurídicas processuais: conceito e classificação ...	119
2. Situações jurídicas processuais não relacionais	124
3. Relações jurídicas processuais.....	130
3.1. Generalidades.....	130

3.2. Objeção de GOLDSCHMIDT à noção de relação jurídica processual.....	131
3.3. O processo como procedimento em contraditório. Crítica de FAZZALARI ao conceito de BÜLOW.....	133
3.4. Objeções de LUIZ GUILHERME MARINONI e DANIEL MITIDIERO ao conceito tradicional de relação jurídica processual.....	135
3.5. Avaliação conclusiva.....	136
CAPÍTULO II	
ATOS PROCESSUAIS SUJEITOS A CONDIÇÃO OU TERMO.....	147
1. Introdução	147
2. As determinações inexas nos atos processuais.....	148
3. Negócios processuais sujeitos a condição ou termo no direito brasileiro	151
4. Decisões judiciais sujeitas a condição ou termo.....	152
CAPÍTULO III	
PRECLUSÃO	161
1. Conceito	161
2. Fundamentos da preclusão e o seu papel no formalismo processual.....	163
3. Classificação	165
3.1. Preclusão temporal.....	167
3.2. Preclusão lógica.....	168
3.3. Preclusão consumativa	170
3.4. Preclusão-sanção ou preclusão punitiva	171
4. A preclusão como fato e como efeito jurídico	173
5. A preclusão como sanção	174
6. Preclusão, prescrição e decadência.....	176
7. Preclusão para o juiz	178
8. Efeitos da preclusão.....	180
REFERÊNCIAS	183

NOTA DOS AUTORES À SEGUNDA EDIÇÃO

Em menos de um ano se esgotou, surpreendentemente, a primeira edição deste livro, razão pela qual externamos aos nossos leitores o nosso agradecimento pela sua acolhida.

A segunda edição vem revisada, acrescida de algumas referências e com modificações pontuais, fruto da prestimosa colaboração dos leitores, alunos, professores, profissionais e amigos de diversos cantos do Brasil, que nos prestigiaram com suas críticas e sugestões.

Não poderíamos aqui deixar de agradecer aos professores Roberto Gouveia, Bruno Garcia Redondo, Marco Félix Jobim e Danilo Cruz, pelas belíssimas resenhas que elaboraram.

Registramos aqui também um agradecimento especial a Paula Sarno Braga, Eduardo José da Fonseca Costa e Zulmar Duarte de Oliveira Junior, que se ocuparam com a leitura e teceram importantes observações, possibilitando o aprimoramento desta edição.

Esperamos que o livro continue servindo aos seus propósitos, ao tempo em que nos colocamos à disposição para críticas e sugestões.

Salvador/Maceió, em agosto de 2012.

FREDIE DIDIER JR.

PEDRO HENRIQUE PEDROSA NOGUEIRA

NOTA DOS AUTORES

O livro está escrito com base no ordenamento processual civil em vigor. Considerando, porém, a aprovação, no Senado Federal, do substitutivo ao Projeto de Lei n. 166/2010, que se destina a introduzir um novo Código de Processo Civil brasileiro, optou-se por fazer diversas referências a dispositivos do Projeto, sobretudo quando houvesse alguma correspondência com dispositivos do Código de 1973.

Assim, no texto, o uso da abreviatura “NCPC” se reporta ao Projeto do novo Código de Processo Civil, ainda em tramitação no Congresso Nacional.

PREFÁCIO

A Francisco Cavalcanti PONTES DE MIRANDA, o príncipe dos juristas brasileiros e, certamente, o maior dos juristas do Século XX, autor da mais importante obra jurídica jamais, individualmente, produzida, *in qualitate et quantitate*, deve-se o haver sistematizado, a partir do colossal acervo cultural construído desde o monumental Direito Romano à notável obra dos Pandectistas germânicos, louvando-se ainda nos Glosadores, nos velhos juristas franceses e nos praxistas portugueses, uma doutrina explicativa do fenômeno jurídico que, apesar de seu natural conteúdo teórico, constitui um instrumento adequado para que se chegue à solução dos mais elementares aos mais labirínticos problemas com que o jurista se defronta na lida diária da experiência jurídica.

Em verdade, a teoria do fato jurídico de PONTES DE MIRANDA (como ousei denominar sua doutrina em livros em que procurei divulgá-la), fundada que é em rigorosa estrutura lógica, explica o intricado fenômeno jurídico,

(a) desde o seu nascedouro, com a entrada do fato jurídico no plano da existência do mundo do direito por força da incidência juridicizante da norma jurídica sobre seu suporte fático concretizado no mundo dos fatos,

(b) até a final produção, no plano da eficácia, dos efeitos jurídicos que ela, norma, atribui ao fato jurídico, compostos por situações jurídicas, das mais simples, às mais complexas relações jurídicas, integradas por direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções, bem assim por sanções, prêmios e ônus,

(c) passando, antes, os atos jurídicos lícitos (aqueles fatos jurídico em que a vontade é dado essencial à configuração de seu suporte fático), pelo plano da validade, onde é a sua perfeição, classificando-os em válidos, nulos ou anuláveis.

Dessa sistematização se conclui que o fato jurídico constitui o elemento fundamental da juridicidade e que a norma jurídica, embora seja um elemento essencial para que haja o fato jurídico, não é mais que um instrumento de construção da juridicidade. Com efeito, nessa visão cabe à norma jurídica definir qual fato da vida deve ser jurídico e juridicizá-lo, pela incidência, quando concretizar-se no mundo das realidades. Sem essa definição e sem essa incidência juridicizante, nenhum fato da vida pode receber a qualificação de fato jurídico, nem gerar efeitos jurídicos.

A norma jurídica, portanto, enquanto não se materializa no mundo o seu suporte fáctico não passa de uma proposição linguística sem consequências jurídicas quaisquer. Só a cópula norma/suporte fáctico cria fato jurídico e somente de fato jurídico nascem efeitos jurídicos. Por isso, qualquer doutrina que não leve em conta esses elementos, como as doutrinas normativistas que somente veem a norma, relegando a plano secundário, ou mesmo deixando de lado o fato jurídico, jamais poderão explicar convenientemente o fenômeno jurídico.

A juridicidade, como se vê, não existe antes do surgimento do fato jurídico, mesmo porque o mundo do direito somente se compõe de fatos jurídicos. A pura existência da norma é tão-somente uma realidade fáctica. O mesmo ocorre com os fatos. Por isso, nem as normas, nem os fatos sozinhos têm significado imediato para o direito.

Apesar disto, consoante já mencionado, a norma jurídica, seja de que natureza for (escrita, consuetudinária, de direito das gentes, constitucional, infraconstitucional), além de sua finalidade sociológica e política de adaptação dos seres humanos à vida em sociedade com vistas a uma convivência a mais harmônica possível), tem duas funções que são *pré-jurídicas* (porque atuam no mundo dos fatos), mas que só a ela pertencem:

- (a) definir, abstratamente, seus suportes fácticos e
- (b), por sua incidência, torná-los fatos jurídicos.

Alicerçado em critérios de rigor científico e lógico, PONTES DE MIRANDA conceituou o dado fundamental da juridicidade, o fato jurídico, considerando a sua base estrutural irremovível, a sua essência (o suporte fático), como *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*¹. A partir dessa definição, o jurista, conhecendo a norma e os fatos, sabe, com certeza, se está diante de fatos jurídicos que, por isso, podem produzir efeitos jurídicos, ou se está em face de simples fatos da vida incapazes, assim, de gerar qualquer eficácia de direito.

Com a mesma rigidez metodológica, PONTES DE MIRANDA cuidou de sua classificação, utilizando-se de dado que lhe é essencial, imodificável e irremovível pelo querer das pessoas: o elemento *cerne*² do suporte fático tal como descrito abstratamente na norma jurídico. O mérito desse critério consiste em que a classificação de um fato jurídico independe de como o fato ocorre, porque só importa como a norma o define³. Além disso, essa classificação do fato jurídico tem caráter universal, abrangendo todas as espécies possível de acontecer no mundo do direito.

Na sistematização desses dois pontos, na conceituação do que seja um fato jurídico e em sua classificação, mas não apenas aí, PONTES DE MIRANDA foi além de toda a doutrina adotada

-
1. **Tratado de direito privado**, t.1,p.77, Rio de Janeiro, Borsoi, 1954.
 2. *Cerne* é o elemento do suporte fático que caracteriza o fato jurídico e cuja concretização no mundo, determina, no tempo, o seu surgimento (ex. a vontade, nos negócios jurídicos).
 3. Um fato classificado como fato jurídico *stricto sensu* porque o cerne de seu suporte fático é constituído por um fato da natureza, biológico, por exemplo, se vier a materializar-se de um modo diferente, pela atuação volitiva do homem, não poderá ser classificado como um ato jurídico, mas continuará a sê-lo como fato jurídico *stricto sensu*. Um exemplo: a concepção e o nascimento de um ser humano, são fatos biológicos, portanto, constituem fatos jurídicos *stricto sensu*. A mesma concepção realizada por inseminação artificial e o nascimento feito por cesariana, continuam a ser classificados como fatos jurídicos *stricto sensu*.

no mundo e sobre esse alicerce construiu sua insuperável concepção de juridicidade.

Pois bem, apesar da grandeza e da qualidade de sua doutrina, PONTES DE MIRANDA⁴, que produziu a mais importante obra até hoje elaborada neste país na área do Direito Processual Civil⁵ enfeixada em seus comentários aos Códigos de Processo Civil de 1939 e de 1973, no Tratado das Ações, afora Tratado da Ação Rescisória das Sentenças e outros Julgados, História e Prática do Arresto ou Embargo, História e Prática do Hábeas Corpus, além das brilhantes Anotações à Doutrina das Ações de Corrêa Teles, não desenvolveu um estudo específico sobre os fatos jurídicos processuais, certamente porque entendia ser a sua doutrina do fato jurídico suficiente para atender a essa especificação.

No entanto, como ocorre na Teoria Geral do Direito, onde, desde SAVIGNY, se buscava chegar a um conceito e a uma classificação dos fatos jurídicos *in genere*, a meu ver, sem grande êxito, ilustres processualistas, como os clássicos CHIOVENDA, SATTA, GOLDSCHMIDT, CARNELUTTI, LIEBMAN, só para citar alguns exemplos, desenvolveram esforços no mesmo sentido, só que voltados para o campo do Direito Processual. Os critérios que adotaram, porém, parecem-me, foram insatisfatórios porque nenhum se baseou em dados essenciais para a caracterização do fato jurídico, mas se alicerçaram em elementos acidentais, como os efeitos jurídicos ou como o suporte fático se concretiza.

Pouco há, portanto, nessa área que satisfaça, com boa Ciência, as necessidades da doutrina. Por isso, merece aplausos esta obra que FREDIE DIDIER JR. e PEDRO HENRIQUE PEDROSA NOGUEIRA entregam ao público nacional, sobre o fato jurídico

-
4. A falta de reconhecimento mundial da obra de Pontes de Miranda se deve, sem sombra de dúvida, a havê-la escrito em português, idioma que, embora falado por muitos milhões de pessoas, o é em poucos países.
 5. Não apenas nessa área, mas também no campo do Direito Constitucional, a obra ponteana não tem comparativo doutrinário. Onde Pontes de Miranda pôs o peso de sua pena, ninguém o superou.

processual, cobrindo uma lacuna na literatura jurídica, em especial porque tem como referencial teórico as concepções doutrinárias de PONTES DE MIRANDA.

FREDIE DIDIER JR., baiano da melhor cepa, apesar de sua juventude, já é um velho e respeitado processualista. Jurista insigne, dono de uma inteligência arguta, bem formado, escritor purista, preocupado com a correção e precisão do que escreve, a excelência de suas obras na área do Direito Processual Civil é proclamada pelas sucessivas edições de seu Curso de Direito Processual Civil, adotado nas mais importantes universidades deste País.

PEDRO HENRIQUE PEDROSA NOGUEIRA, por sua vez, jovem e brilhante professor, recém-doutorado, apesar de iniciante nas letras jurídicas, já demonstrou com sua obra inaugural, Teoria da Ação de Direito Material, escrita como rigor e adequação de linguagem e de conceitos, em que desenvolve com precisão científica um dos temas mais complexos na área da eficácia jurídica, a força de sua capacidade intelectual que o credencia a firmar-se, em pouco tempo, no plano dos melhores doutrinadores nacionais.

O tema tratado neste livro, com a abrangência que lhe deram os Autores, é original. Não conheço nenhuma obra que se tenha a ele dedicado monograficamente. Estudar o fato jurídico não é matéria simplesmente teórica, como pode parecer, mas é criar instrumentos para a solução adequada dos problemas que surgem na experiência jurídica. A proposta deste livro bem reflete essa compreensão do tema: analisar o fato jurídico processual em profundidade, não, porém, apenas com a preocupação de uma exposição meramente teórica, mas com vistas à sua aplicação na prática do Direito.

A temática do fato jurídico não é simples, máxime quando se procura tratá-la segundo a doutrina de PONTES DE MIRANDA. . Todavia, tanto FREDIE DIDIER JR quanto PEDRO HENRIQUE PEDROSA NOGUEIRA não são neófitos na matéria, mas experientes navegadores e profundos conhecedores de seus meandros.

Em obras que produziram já a submeteram a estudos⁶. Por isso, não enfrentaram as questões que o tema lhes pôs apenas como desbravadores que vão descobrindo passo a passo, um a um, os seus segredos, que vão sendo surpreendidos a cada momento com novas descobertas, como se caminhasse rumo ao desconhecido. Não. A destreza desses dois belos juristas fez com que delas tratassem com garbo e pleno domínio. E não se satisfizeram em apenas quedar-se na periferia dos problemas, não se detiveram em simples firulas ornamentais, mas, ao contrário, os enfrentaram à medida que lhes foram sendo postos e obtiveram o resultado que planejaram: uma obra objetiva e de inegável valor teórico e prático.

Este livro, vale a pena repetir, por sua originalidade e qualidade científica revelada em sua estrutura e em seu conteúdo teórico, fundado na experiência jurídica, vem preencher uma lacuna na literatura processual. É obra que precisa ser lida e sobre ela deitar meditação.

Por tudo isto, sinto-me honrado em ter sido convidado para prefaciá-la, porque assim me sinto dela um participante.

Maceió, maio de 2011.

MARCOS BERNARDES DE MELLO

6. Fredie Didier Jr, em seu **Curso de Processo Civil**, e Pedro Henrique Pedrosa Nogueira em sua tese de doutoramento, intitulada **Negócios jurídicos processuais: análise dos provimentos judiciais como atos negociais**.

APRESENTAÇÃO

Em 2006, iniciou-se, na Universidade Federal da Bahia, o grupo de pesquisa “Teoria Contemporânea da relação jurídica processual: fato, sujeitos e objeto” (<http://dgp.cnpq.br/busca-operacional/detalhegrupo.jsp?grupo=0291601T3X6ENZ>), liderado por um dos autores deste livro (Fredie Didier Jr.).

Uma das linhas de pesquisa do grupo era a “Teoria do Fato Jurídico Processual”.

Nesses cinco anos, essa linha produziu alguns trabalhos relevantes: BRAGA, Paula Sarno. “Primeiras Reflexões sobre uma Teoria do Fato Jurídico Processual: Plano de Existência”. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, n. 148; DIDIER Jr., Fredie. “La invalidación de los actos procesales en el proceso civil brasileño”. In: *Estudios sobre la nulidad procesal* ed. Lima: Gaceta Jurídica, 2010, p. 437-472; 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. *Negócios Jurídicos Processuais: Análise dos provimentos judiciais como atos negociais*. Salvador: Tese de Doutorado da UFBA, 2011; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. “Situações Jurídicas Processuais”. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Teoria do Processo – panorama doutrinário mundial – segunda série*. Salvador: Jus Podivm, 2010.

Agora, dá-se ao público uma obra que reúne as principais conclusões a que chegamos após cinco anos de reflexão. Com esse trabalho, a linha de pesquisa cumpre a primeira etapa de sua jornada e submete aos pares o resultado da sua investigação.

Esperamos que o livro possa cumprir o seu papel, que é fornecer uma proposta de explicação do fenômeno processual a partir de um marco bem definido – a teoria do fato jurídico,

fomentando o seu uso como ferramenta para solução de diversos problemas vivenciados no nosso cotidiano.

Salvador/Maceió, em abril de 2011.

FREDIE DIDIER JR.

PEDRO HENRIQUE PEDROSA NOGUEIRA

INTRODUÇÃO

Quando PONTES DE MIRANDA sistematizou sua teoria do fato jurídico, fê-lo em face e a partir do direito privado, especialmente do direito civil. O momento histórico era propício a tal enfoque. Ainda na primeira metade do século passado, a ciência do Direito Civil dava uma grande contribuição para a ciência jurídica em geral, de tal maneira que muitos dos institutos que ali se firmaram, alguns dos quais assentados já a partir do pandectismo, no final do século XIX, ainda hoje se revelam úteis a estudiosos e profissionais do direito.

A contribuição de PONTES DE MIRANDA, ao contrário do que se poderia supor, nunca esteve adstrita aos confins do direito privado. Sua teoria perpassa os diversos subdomínios do pensamento jurídico, porque o fato jurídico – embora tratado e desenvolvido pelo direito civil –, se faz presente também (mas não apenas) no direito penal, tributário, trabalhista, internacional e, também, no direito processual civil; não por outra razão, dizia o jurista alagoano que “a noção fundamental do direito é a de fato jurídico”¹; trata-se de conceito da Teoria Geral do Direito, que funciona como condição de possibilidade do conhecimento jurídico², útil, portanto, a todos os setores do Direito.

O fato jurídico aqui neste livro é visto a partir dessa premissa. O mundo do direito é composto de fatos jurídicos e se subdivide em três planos: existência (ao qual pertencem todos os fatos jurídicos, sem exceção), validade (ao qual pertencem os atos jurídicos voluntários perfeitos, não defeituosos) e eficácia (ao qual pertencem os fatos jurídicos, válidos ou não, capazes de produzir efeitos jurídicos).

-
1. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, I, Rio de Janeiro: Borsóis, 1955, prefácio, XVI.
 2. VILANOVA, Lourival. *Causalidade e Relação no Direito*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2003, p. 238.

É possível tratar os fatos processuais sob tal perspectiva teórica e daí extrair importantes consequências. A verdade é que a doutrina ainda não se ocupou de elaborar “uma dogmática dos fatos jurídicos processuais (que estude atos processuais *stricto sensu* lícito e ilícitos, os negócios processuais, os atos-fatos processuais e os fatos processuais lícitos e ilícitos)”³.

Os fatos processuais perpassam os três planos do mundo jurídico (existência, validade e eficácia)⁴ e disso decorre a importância de identificar os elementos do suporte fático da norma jurídica, pois somente assim será possível saber a sorte do fato ou ato processual em cada um dos planos. Essa ideia de separar os três diferentes planos do mundo jurídico já vem sendo adotada na ciência do Direito Processual Civil brasileiro⁵.

A chave para identificar se o fato processual ingressa ou não em determinado plano está, portanto, no suporte fático. No elemento mais importante do suporte fático, o núcleo, está o mínimo necessário para que o fato exista juridicamente. O núcleo pode ser decomposto em elementos (a) cerne – elemento básico, fundamental, que caracteriza o fato jurídico como espécie; e (b) completantes – elemento também determinante do ingresso do fato no mundo jurídico. A presença dos elementos

-
3. COSTA, Eduardo José da Fonseca. Uma arqueologia das ciências dogmáticas do processo. In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Teoria do Processo – panorama doutrinário mundial – segunda série*. Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 218.
 4. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, IV. Rio de Janeiro: Borsó, 1954, p. 3-4.
 5. Assim: DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 13ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2011, v. 1, p. 265 e segs.; SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. *Teoria da Inexistência no Direito Processual Civil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 27; SOUZA, Wilson Alves de. *Sentença Civil Imotivada*. Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 125 e segs.; KLIPPEL, Rodrigo; BASTOS, Antonio Adonias. *Manual de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 322 e segs.; MARDER, Alexandre S. *Das Invalidades no Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 24 e segs.; BRAGA, Paula Sarno. *Aplicação do Devido Processo Legal nas Relações Privadas*. Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 17, dentre outros.

nucleares configura a *suficiência* do suporte fático, fazendo surgir o fato jurídico⁶⁻⁷.

O livro se destina a essa tarefa: explicar como os fatos jurídicos (em sentido amplo) se fazem presentes no fenômeno processual e, não por outra razão, dividimo-lo justamente em três partes, cada qual tendo como objeto de análise a passagem dos fatos processuais nos respectivos planos.

Assim, na primeira parte trataremos do plano da existência, para estudar o conceito de fato jurídico processual e apresentar os diferentes tipos de fatos jurídicos processuais encontrados.

Na segunda parte, cuidaremos do plano da validade, examinando o sistema de invalidades processuais brasileiro.

Por último, na terceira parte, cuidaremos do plano da eficácia. Nele abordaremos as situações jurídicas processuais, em cujo gênero se encontram as categorias de eficácia jurídica verificadas no processo, tais como os direitos, deveres, ônus e qualidades processuais; os atos processuais sujeitos a determinações inexas (condição ou termo), por ser possível que o ato processual seja válido, porém ineficaz; e, por último, as preclusões, que significam o fenômeno da extinção dos efeitos processuais.

6. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico (Plano da Existência)*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 47.

7. DANIEL MITIDIERO, relacionando os planos do mundo jurídico e os elementos do suporte fático dos atos processuais, divide-os em: a) pressupostos, que determinariam a existência do ato; b) supostos, determinantes da sua validade; e c) condições, responsáveis pela sua eficácia (MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil*, II. São Paulo: Memória Jurídica, 2005, p. 383).



**PLANO DA
EXISTÊNCIA**

CAPÍTULO I

OS FATOS

PROCESSUAIS

SUMÁRIO • 1. Ato e procedimento – 2. Do fato jurídico ao fato jurídico processual (lato sensu) – 3. O conceito de fato processual.

1. ATO E PROCEDIMENTO

O processo é um conjunto de atos teleologicamente organizados para a prática de um ato final (prestação jurisdicional): trata-se lição velha e conhecida. Normalmente, são esses atos que compõem o processo aqueles designados como *atos processuais*.

O processo é, também e inegavelmente, *procedimento*. O procedimento é um ato-complexo. Trata-se de ato jurídico “cujo suporte fáctico é complexo e formado 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* do ato final, os quais, condicionantes e final, se relacionam entre si, ordenadamente no tempo, de modo que constituem partes integrantes de um processo, definido este como um conjunto ordenado de atos destinados a um certo fim”¹. Enquadra-se o procedimento na categoria “ato-complexo

1. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico – plano da existência*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 137-138.

de formação sucessiva”: os vários atos que compõem o tipo normativo sucedem-se no tempo²⁻³.

O estudo do *ato processual* não pode ignorar essa constatação: há o ato-complexo *procedimento*, verdadeiro substantivo coletivo (como o cardume, a penca e o enxame), pois exprime a ideia de coletividade, conjunto de atos que pode ser estudado como *unidade*, assim como há cada *um dos atos do procedimento* (petição inicial, citação, contestação etc.), que têm a sua própria individualidade e também podem ser estudados isoladamente. É possível estudar o comportamento de um *cardume* ou de um *peixe*. É possível estudar o *processo* como *unidade* ou cada uma das *unidades* que compõem o *processo*.

2. DO FATO JURÍDICO AO FATO JURÍDICO PROCESSUAL (LATO SENSU)

PONTES DE MIRANDA construiu teoria própria sobre o fato jurídico. Essa concepção foi difundida por MARCOS BERNARDES DE MELLO⁴, já sendo seguida, hoje, por alguns⁵ no Direito Processual Civil, inclusive.

2. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 82. E arremata, classificando os “tipos complexos”: “Eles são classificados como (a) tipos complexos de formação concomitante ou instantânea, (b) de formação cronologicamente indiferente e (c) de formação sucessiva. No instantâneo, todos os atos ocorrem na mesma unidade de tempo. No cronologicamente indiferente, os atos se sucedem no tempo, mas uma ordem não prefixada e necessária, pelo que podem variar indiferentemente. No de formação sucessiva, os atos se sucedem numa ordem necessária e preestabelecida. Um exemplo muito importante de tipo complexo de formação sucessiva é o processo ou procedimento”. (ob. cit., p. 83.)
3. PAULA COSTA E SILVA firma posicionamento diverso. Enquadra o processo como *acto-procedimento*, categoria que, aos seus olhos, distingue-se do *acto-complexo* (SILVA, Paula Costa e. *Acto e Processo – o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 100-123), mas não deixa de reconhecer o processo como conjunto de atos agregados que preparam um ato final – que, para a autora, seria sempre uma sentença que compõe litígio.
4. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico (Plano da Existência)*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 91 e segs.
5. Adotam-na no Direito Civil: LÔBO, Paulo. Fatos Jurídicos como Fontes das Obrigações. In: DIDIER JR., Fredie; EHRHARDT JR., Marcos (coord.). *Revisitando a Teoria do Fato Jurídico – Homenagem a Marcos Bernardes de Mello*. São Paulo: Saraiva,

A norma jurídica, enquanto proposição, prevê hipoteticamente fatos de possível ocorrência no mundo. A esses elementos da norma, isto é, o fato ou conjunto de fatos previstos abstratamente, dá-se o nome de “suporte fático”⁶. Quando o que se está previsto na norma acontece, no plano da experiência, dá-se a “incidência”, de modo que o fato passa a ser considerado “jurídico”. Composto o fato jurídico, surgem, no mundo jurídico, os efeitos previstos em abstrato na norma. Eis a síntese desse pensamento: “Os elementos do suporte fático são pressupostos do fato jurídico; o fato jurídico é o que entra, do suporte fático, no mundo jurídico, mediante a incidência da regra jurídica sobre o suporte. *Só de fatos jurídicos provêem eficácia jurídica*”⁷.

A partir da ideia de fato jurídico como produto da incidência da norma jurídica sobre seu suporte fático⁸, separa-se o mundo dos fatos do mundo jurídico. Nessa concepção, mundo é o conjunto formado pela totalidade dos fatos: o nascer, o morrer, o chover, o dormir etc. O mundo jurídico é o conjunto delimitado pelos fatos que adquiriram relevância para o direito, em razão da incidência. O direito seleciona fatos e estabelece a causalidade jurídica, não necessariamente coincidente com a causalidade dos fatos; pela juridicização do fático, o direito adjetiva

2010, p. 489-490; EHRHARDT JR., Marcos. *Direito Civil*. Salvador: Jus Podivm, 2009, p. 381, v.1; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Teoria dos Ilícitos Cíveis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 59. No Direito Processual Civil: DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 12ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2011, p. 266, v. 1; BRAGA, Paula Sarno. Primeiras Reflexões sobre uma Teoria do Fato Jurídico Processual: Plano de Existência. In: *Revista de Processo*, n. 148. São Paulo: RT, junho, 2007, p. 312; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios Jurídicos Processuais: Análise dos provimentos judiciais como atos negociais*. Salvador: Tese de Doutorado da UFBA, 2011, p. 77.

6. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das Ações*, I. Campinas: Book-seller, 1998, p. 21.
7. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, I. Rio de Janeiro: Borsói, 1954, p. 4.
8. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, I. Rio de Janeiro: Borsói, 1954, p. 74 et passim.

os fatos para serem considerados jurídicos e assim tecerem o mundo jurídico⁹.

Dessa perspectiva, decorre a divisão do mundo jurídico em três planos distintos: existência, validade e eficácia. No plano da existência, entram todos os fatos jurídicos, sem exceção; composto o suporte fático, com a incidência da norma, o fato jurídico já existe. No plano da validade (restrito aos fatos jurídicos caracterizados pela relevância da vontade no suporte fático, isto é, atos jurídicos *lato sensu*¹⁰), *entram somente os fatos jurídicos com ausência de vícios invalidantes. Já no plano da eficácia, entram os fatos jurídicos aptos a produzirem os seus efeitos típicos*¹¹. *Todos precisam, antes de tudo, existir no mundo jurídico.*

Logo, os fatos jurídicos em geral devem ser analisados a partir de sua passagem pelos três planos do mundo jurídico, já que é possível ter-se: i) fatos jurídicos válidos e eficazes (*v.g.*, contrato de compra e venda); ii) fatos jurídicos inválidos e eficazes (*v.g.* casamento putativo); fatos jurídicos válidos e ineficazes (*v.g.* testamento antes da morte do testador); e iv) fatos jurídicos inválidos e ineficazes (*v.g.* contrato de compra e venda nulo).

Os fatos processuais, como fatos jurídicos, seguem a mesma sorte. Por isso, cuidaremos da conceituação do fato processual, para, em seguida, examinar a sua classificação.

3. O CONCEITO DE FATO PROCESSUAL

O conceito de fato jurídico processual é tema que tem despertado grandes discussões. A figura dos “atos” processuais ganha posição de destaque no desenvolvimento dessa problemática¹²,

9. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, I. Rio de Janeiro: Borsói, 1954, p. 5-6.

10. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, IV. Rio de Janeiro: Borsói, 1954, p. 4.

11. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico (Plano da Existência)*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 83-86.

12. LEONARDO GRECO chega ao ponto de afirmar que “a teoria dos atos processuais é um dos temas mais difíceis de ser abordado no estudo do processo. Embora os atos processuais sejam praticados aos milhares todos os dias, visto que compõem o próprio conteúdo do processo, a seu respeito ainda não se construiu, até os dias

embora não esgote os tipos de fatos processuais, como se verá adiante.

É hoje bem aceita, embora não seja recente, a afirmação segundo a qual os atos processuais são, antes de tudo, atos jurídicos. A questão está em saber quais seriam os elementos indispensáveis para se atribuir a determinado ato (ou fato, em sentido mais abrangente) o adjetivo “processual”.

Pode-se arrumar a divergência doutrinária em quatro correntes: a) alguns entendem que é suficiente o *produzir efeitos no processo* para que o ato seja havido como processual¹³; b) há quem o vincule aos *sujeitos da relação processual*: apenas o ato por eles praticado poderia ter o qualificativo de processual¹⁴; c) há também os que exigem tenha sido o ato praticado no pro-

atuais, uma teoria satisfatória.” (GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 274, v. I). ANTONIO JANYR DALLAGNOL JUNIOR também chegou a asseverar, categoricamente: “Há praticamente unanimidade entre os processualistas na asserção de que a definitiva teoria dos atos processuais está por realizar-se.” (DALLAGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Porto Alegre: Letras Jurídicas, 1985, p. 4, v. III.). JOSÉ ALBERTO DOS REIS, contudo, já advertia: “A teoria dos actos processuais é um dos capítulos mais imperfeitos do direito processual. A elaboração doutrinal nesta matéria ainda está muito longe de oferecer segurança e tranquilidade.” (REIS, José Alberto dos. *Comentário ao Código de Processo Civil*, II. Coimbra: Coimbra, 1945, p. 1).

13. FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao Processo Civil – Conceito e Princípios Gerais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2009, p. 14-15; SOUSA, Miguel Teixeira de. *Introdução ao Processo Civil*. Lisboa: LEX, 1993, p. 89, dentre outros.
14. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998, v. 3, p. 21-22; ZANZUCCHI, Marco Tullio. *Diritto Processuale Civile*, I. Milano: Giuffrè, 1964, p. 401-402. No mesmo sentido, com variações não significativas: PALERMO, Antonio. *Contributo alla Teoria degli Atti Processuali*. Napoli: Jovene, 1938, p. 18; REDENTI, Enrico. *Diritto Processuale Civile*, I. Milano: Giuffrè, 1957, p. 198; FERRANDIZ, L. Prieto-Castro. *Derecho Procesal Civil*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1972, v. I, p. 413; MELERO, Valentín Silva. Actos Procesales. In: *Nueva Enciclopedia Jurídica*, II. Barcelona: Francisco Seix, 1950, p. 342; RAMOS, Manuel Ortells; RUIZ, Juan Cámara; SÁNCHEZ, Ricardo Juan. *Derecho Procesal – Introducción*. 2. ed. Valencia: Punto y Coma, 2003, p. 313; GUASP, Jaime. *Derecho Procesal Civil*, I. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1977, p. 260; GARROTE, Ángel Fermín. Los actos jurídicos procesales. In: *Estudios de nulidades procesales*. Buenos Aires: Hamurabi, 1980, p. 39; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, I. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 247; THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 51. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. I, p. 223; DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Jurisdição, Ação (Defesa) e Processo*. São Paulo: Dialética, 1997, p. 183; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Prazos e Nulidades em Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 7, dentre outros.

cesso, atribuindo à *sede* do ato especial relevo¹⁵; d) há quem entenda que ato processual é o praticado no procedimento e pelos sujeitos processuais (conceito mais amplo do que o de sujeitos da relação processual)¹⁶⁻¹⁷.

Não faremos um exame crítico ou minucioso de todas as concepções doutrinárias a respeito do assunto. É suficiente, neste momento, que se esclareça qual é a noção de fato processual aqui adotada. De todo modo, como se trata de discussão doutrinária, não há concepção *certa* ou *errada*. Adota-se uma formulação teórica que pareça resolver a maior parte dos problemas suscitados.

É preciso partir da seguinte premissa: há os fatos processuais e há os *atos ou fatos do processo* (melhor: do procedimento), que daqueles são exemplos. O *ato do processo* é o ato

-
15. SATTA, Salvatore. *Direito Processual Civil*, I. Tradução e Notas Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003, p. 278; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*, I. Tradução e notas Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 286. Seguindo a concepção de Liebman, com pouquíssimas variações: MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*, I. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 329; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, II. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 481-483; DALLAGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Porto Alegre: Letras Jurídicas, 1985, v. III, p. 6; SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1, p. 285; GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 2, p. 6; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 332; SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000, v. 1, p. 195; MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de Processo Civil Interpretado*. 8. ed. Barueri: Manole, 2009, p. 180, dentre outros.
 16. É a posição de CALMON DE PASSOS: “Donde conceituar ato o ato processual como 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”. (PASSOS, J. J. Calmon de. *Esboço de uma Teoria das Nulidades Aplicada às Nulidades Processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 43). Assim, também, MITI-DIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2005, t. 2, p. 14; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, v. 2, p. 466-467.
 17. Alguns pontos da polêmica expostos por SILVA, Paula Costa e. *Acto e Processo – o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra, 2003, p.171 ss.

que compõe a cadeia de atos do procedimento; trata-se de *ato processual propriamente dito*. Mas há *atos processuais* que não fazem parte do procedimento, como é o caso da escolha convencional do foro (art. 111 do CPC; NCP, art. 63). O conceito de *ato processual* deve abranger não só os atos do procedimento como também os demais atos que interfiram de algum modo no desenvolvimento da relação jurídica processual¹⁸.

Pois bem.

O ato jurídico ganha o qualificativo de processual quando é tomado como *fattispecie* (suporte fático) de uma norma jurídica processual e se refira a algum procedimento. Esse ato pode ser praticado durante o itinerário do procedimento ou fora do *processo*. A “*sede*” do ato é irrelevante para caracterizá-lo como *processual*.

Não há fato jurídico processual que não se possa relacionar a algum processo (procedimento) existente, mas há fatos processuais não integrantes da cadeia procedimental, desde que ocorridos enquanto pendente o procedimento a que estejam relacionados. Nessa concepção, portanto, podem ser fatos processuais (embora não necessariamente sempre o sejam): o acordo sobre a fixação da competência relativa, a cláusula compromissória, a outorga de procuração judicial, o contrato de cessão do direito litigioso etc.

A partir dessas considerações, 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.

18. “Atos processuais são todos os que constituem a seqüência de atos, que é o próprio processo, e todos aqueles que, dependentes de certo processo, se praticam à parte, ou autônomos, para finalidade de algum processo, ou com o seu fim em si mesmo – *em processo*. (...) Todos os atos de promoção e incoação do processo, de formação da relação jurídica processual, de definitivação do processo, de desenvolvimento e de terminação da relação jurídica processual e de terminação do processo são *atos processuais*”. (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, III. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 12.)

Decompondo, analiticamente, os termos da definição proposta, podemos afirmar que (a) o universo dos fatos processuais não está adstrito aos atos processuais, pois ganham relevo também os fenômenos da natureza e as condutas avolitivas, positivas ou negativas, relacionadas ao processo; (b) todo fato processual há de pressupor um procedimento a que se refira, ainda quando sua ocorrência seja exterior, isto é, fora da “sede” processual. Essa contemporaneidade entre o fato e o procedimento não significa simultaneidade, por ser possível a não coincidência, cronologicamente falando, dos dois elementos (*v.g.*, a cláusula compromissória e o posterior ajuizamento da ação; a cessão do direito litigioso quando já pendente o processo); (c) o fato jurídico decorrerá da incidência de uma norma jurídica processual.

Quando alguém outorga uma procuração com poderes para o foro, não se pode, é certo, afirmar que já estejamos aí diante de um fato processual. Seria “processualizar” um fato jurídico de direito material (negócio jurídico unilateral de outorga de poderes) sem que um processo concreto existisse para que as consequências processuais pudessem ser produzidas. Seria reconhecer a “processualidade” a algo apenas potencialmente processual, já que a demanda judicial correspondente à outorga de poderes poderia, inclusive, deixar de ser proposta. A outorga de procuração, *na pendência do processo*, contudo, produz efeitos tipicamente processuais. O Código de Processo Civil de 1973 (art. 36) considera esse fato como bastante para gerar consequências no processo.

Não há muita utilidade, para o estudo do direito processual, afirmar que a eleição do foro, por se tratar de cláusula de um contrato, não é um *ato processual*, por não ser realizado no *processo*. Trata-se de ato importantíssimo, pois define a competência jurisdicional, *situação jurídica eminentemente processual*, tanto que é estudado pela doutrina processualista.

A ideia de desconsiderar a “processualidade” de atos ou fatos como o compromisso, o acordo sobre a competência territorial e a cessão do direito objeto do litígio, pela razão de que sua eficácia sobre a relação processual seria apenas mediata ou indireta, não satisfaz. Também não poderíamos considerar que

tais atos ou fatos, exteriores ao procedimento, seriam “integrados” ao procedimento pelo ato de alegação das partes no processo quanto à sua ocorrência; tal integração, por força da alegação, promoveria a sua integração ao procedimento, mas os efeitos processuais decorriam do ato (alegação) praticado dentro do processo. Vale dizer, os fatos extraprocedimentais (v.g. a morte de uma das partes), de per si, não seriam processuais, pois não se estaria a tratar de uma eficácia imediata¹⁹, mas se integrariam ao procedimento pela alegação, no processo, de sua ocorrência. Essa alegação, estando obviamente inserida no procedimento e sendo, dessa maneira, um ato processual, é que teria relevância para o processo²⁰.

É preciso atentar, contudo, para os efeitos jurídicos dos fatos extraprocedimentais, inclusive para os seus reflexos no procedimento. Como observou CARNELUTTI, “a processualidade do ato não se deve ao seu cumprimento no processo, mas a seu valor para o processo”²¹.

Um negócio jurídico de alienação do direito litigioso, v.g., produz o efeito (tipicamente processual) de conferir ao adquirente o poder jurídico de ingressar no processo na condição de assistente (CPC-1973, art. 42, §2º). Portanto, a despeito sua localização extraprocedimental, o fato jurídico (*lato sensu*) dá a alguém (adquirente ou cessionário do direito subjetivo objeto de transmissão) a situação jurídica de poder participar do procedimento.

19. CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile*. Napoli: Nicola Jovene, 1913, p. 768.

20. “Los hechos del mundo exterior adquieren transcendencia procesal en cuanto sus efectos se dejan sentir dentro del proceso.” (FERRANDIZ, L. Prieto-Castro. *Derecho Procesal Civil*. Madrid: Tecnos, 1988, p. 126).

21. CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil*, I. Tradução Adrián Sotero De Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000, p. 477. No mesmo sentido, ELIÉZER ROSA: “A processualidade de um ato não se deve buscar no ter ele sido realizado no processo, mas no valer para o processo.” (ROSA, Eliézer. *Dicionário de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Editôra de Direito, 1957, p. 132).

O negócio de transmissão do direito subjetivo é, como se sabe, regulado em minúcias pelo direito material nas suas diversas manifestações (v.g., compra e venda, doação etc.). Sucede, entretanto, que o ordenamento jurídico processual também o contempla, inserindo-o no suporte fático de norma processual.

Não interessa, dogmaticamente, discutir se o fato em questão, diante de tais circunstâncias, seria de direito substancial ou de direito processual. Esse fenômeno pode ser satisfatoriamente explicado como manifestação da incidência múltipla das normas jurídicas²².

Nada impede que se eleja simultaneamente como suporte fático de normas jurídicas distintas o mesmo evento histórico. Quando o Código Civil brasileiro (art. 286) prevê a possibilidade de se celebrar um contrato de cessão de créditos, está no campo de direito material, inserindo na hipótese normativa de uma regra jurídica um acordo de vontades em que um dos figurantes da avença deseja transferir ao outro um direito de crédito. Esse mesmo evento também é contemplado em abstrato pelo direito processual. O Código de Processo Civil brasileiro – ao prever (CPC-1973, art. 42; NCPC, art. 108) que a alienação do direito subjetivo litigioso (passível de se manifestar em um negócio de cessão de crédito) “não altera a legitimidade das partes”²³, mas confere ao cessionário o poder de intervir no feito na condição de assistente –, está recebendo o mesmo fato já contemplado pelo direito material, mas outorgando-lhe consequências diversas daquelas estabelecidas no Código Civil. No plano do direito do trabalho, havendo sucessão de empresas, sem consentimento do trabalhador, a sucessora substitui a sucedida em

22. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, I. Rio de Janeiro: Borsó, 1954, p. 26-27.

23. O enunciado do art. 42 do CPC-1973 deve ser entendido no sentido de que o cedente, após o negócio de cessão do direito litigioso, a princípio, permanecerá com a legitimidade processual para continuar atuando no feito. Todavia, sua legitimidade, que até a celebração do negócio era ordinária, passa, a partir dali, a ser legitimação extraordinária, pois atuará no processo para defesa de interesse alheio (CPC-1973, art. 6º).

direitos e obrigações, adquirindo, ainda, a legitimidade passiva para a execução²⁴. O fato é exterior ao procedimento, mas gera situações jurídicas processuais que nele serão exercidas.

Temos, dessa maneira, duas regras jurídicas distintas, mas com identidade (total ou parcial) de suportes fáticos. A concretização de cada suporte fático ensejará a incidência das normas jurídicas e, logicamente, o surgimento de fatos jurídicos distintos com consequências (efeitos jurídicos) diversos²⁵.

Portanto, não se pode pôr como obstáculo intransponível para a caracterização de um fato jurídico como “processual” a circunstância de estar ele contemplado por regras substanciais e poder vir a configurar, ao mesmo tempo, um fato jurídico de direito material.

Toda classificação é uma arrumação do caos de acordo com critérios lógicos e razoáveis, com o objetivo de facilitar a compreensão dos fatos da vida. Não deve ser diferente o propósito quando se estuda o *fato processual* (em sentido amplo): é preciso identificar e agrupar os fatos que possam ter relevância para o direito processual, pois esses é que compõem o objeto do excerto da ciência jurídica dedicada ao estudo do processo.

24. MEIRELES, Edilton. *Legitimidade na Execução Civil e Trabalhista*. São Paulo: LTr, 2001, p. 59-60. Havendo sucessão de empresas, com concordância do trabalhador, a legitimidade é exclusiva da sucessora. Não havendo o assentimento, o ocorre “assunção cumulativa da dívida”; ambos, sucessor e sucedido, respondem e são legitimados passivos na execução (MEIRELES, Edilton. *Legitimidade na Execução Civil e Trabalhista*. São Paulo: LTr, 2001, p. 59-60).

25. O mesmo fenômeno da múltipla incidência se dá com o evento morte. O fato é recebido como hipótese de várias normas jurídicas simultaneamente (v.g., a morte abre a sucessão, segundo o direito civil; extingue a relação jurídica de emprego, segundo o direito do trabalho; suspende o curso do processo, segundo o direito processual civil etc.).

CAPÍTULO II

CLASSIFICAÇÃO DOS FATOS PROCESSUAIS

SUMÁRIO • 1. Nota introdutória – 2. Fatos processuais lícitos: 2.1. Fato jurídico stricto sensu processual; 2.2. Ato-fato jurídico processual: 2.2.1. Generalidades; 2.2.2. O recurso interposto pelo assistente simples e o ato-fato jurídico processual da omissão do assistido; 2.2.3. A sentença como ato-fato jurídico processual: a eficácia dos precedentes – 2.3. Atos jurídicos stricto sensu processuais; 2.4. Negócios jurídicos processuais – 3. Ilícitos processuais.

1. NOTA INTRODUTÓRIA

Há várias maneiras de classificar os fatos jurídicos. Há, por consequência, também um sem-número de classificações dos *fatos jurídicos processuais*. Todas muito boas e úteis. Há, por exemplo, as conhecidas classificações de CARNELUTTI¹ e GOLDSCHMIDT².

Há também outras classificações importantes dos fatos processuais.

É o caso, por exemplo, daquela que procura sistematizar os *pronunciamentos judiciais*, objeto de considerações mais delongadas no estudo da decisão judicial³ e relevante para o estudo do cabimento dos recursos. Também pode ser citada a divisão que se faz doutrinariamente das condutas das partes em

-
1. CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. Hiltomar Martins Oliveira (trad.) São Paulo: Classicbook, 2000, v. 2.
 2. GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso*. Buenos Aires: EJEJA, 1961, t. 1.
 3. Sobre o assunto, conferir: DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula Sarno. *Curso de Direito Processual Civil*. 5. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010, v. 2, p. 279.

determinantes e alternativas⁴, muito útil na análise das diferenças entre litisconsórcio simples e litisconsórcio unitário. Não se cuidará delas por hora.

A nossa proposta aqui é outra: não se fará um inventário das principais classificações existentes, embora se trate de empresa doutrinária louvável. O objetivo é apresentar uma classificação que seja útil na compreensão panorâmica do processo. Os fatos jurídicos processuais serão, neste momento, classificados de acordo com o seu suporte fático: fatos humanos e não humanos, voluntários ou não voluntários, lícitos ou ilícitos. Segue-se, como se verá, a proposta de PONTES DE MIRANDA⁵ e difundida com maestria por MARCOS BERNARDES DE MELLO⁶.

No processo, é possível cogitar de fatos processuais, em sentido amplo, (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.

2. FATOS PROCESSUAIS LÍCITOS

O primeiro corte a ser feito para dividir os diferentes tipos de fatos jurídicos processuais em sentido amplo segrega os fatos lícitos, em cuja categoria se incluem os fatos processuais conforme ao direito⁷, e os ilícitos, compreendendo os atos não conforme ao direito.

Trataremos de cada uma das espécies lícitas.

4. Sobre o assunto, conferir: DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 12. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010, v. 1, p. 319 e segs.

5. MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, II. São Paulo: RT, 1974, p. 184 e segs.

6. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico (Plano da Existência)*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 104 e segs.

7. Como observou MARCOS BERNARDES DE MELLO, “uma classificação dos fatos jurídicos *lato sensu* que pretenda atender aos rigores da ciência não pode deixar de ter no elemento conformidade ou não-conformidade com o direito a base para a primeira grande divisão.” (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico (Plano da Existência)*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 103).

2.1. Fato jurídico *stricto sensu* processual

No plano da Teoria Geral do Direito, fatos jurídicos *stricto sensu*⁸ são os que entram no mundo jurídico sem que haja, na composição de seu suporte fático, um ato humano⁹. No núcleo do suporte fático da norma jurídica, estão previstos, portanto, eventos naturais (v.g. enchentes), biológicos (v.g. nascimento), excluídos aqueles ligados à ação humana.

No plano do Direito Processual, há fatos jurídicos *stricto sensu* processuais.

A morte¹⁰ é o exemplo característico, mas não o único. O evento morte referido a um procedimento existente (v.g. falecimento de uma das partes, ou do advogado de uma delas) gera um fato jurídico processual do qual surgem situações jurídicas processuais (v.g. direito à suspensão do processo, conforme o art. 265 do CPC-1973; NCPC, art. 288, I). A força maior (CPC-1973, art. 265, V, CPC; NCPC, art. 288, V), o parentesco¹¹ (CPC-1973, art. 134, IV; NCPC, art. 124, IV), a confusão (CPC-1973, art. 267, X, CPC; NCPC, art. 472, X) e a calamidade pública, de que pode servir de exemplo uma enchente de grandes proporções¹² (CPC-1973, art. 182, parágrafo único; NCPC, art. 190, parágrafo único) também são exemplos.

-
8. Sempre que, no texto, for feita referência aos fatos jurídicos *stricto sensu* processuais, usaremos a expressão com o respectivo qualificativo completo. Quando utilizarmos a expressão “fato processual”, no singular ou plural, estaremos aludindo aos fatos processuais como gênero, isto é, em sentido amplo.
 9. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, II. São Paulo: RT, 1974, p. 187.
 10. Em sentido contrário, para quem há apenas “mero fato jurídico processualizado”, MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2005, t. 2, p. 13.
 11. COUTURE, Eduardo. *Fundamentos do Direito Processual Civil*. Campinas: Red Livros, 1999, p. 110.
 12. Neste sentido, Paula Sarno Braga, que acrescenta o “avançar da idade”, pois um sujeito ao alcançar sessenta anos tem direito a uma tramitação prioritária e ao chegar à maioria passa a ter capacidade processual (BRAGA, Paula Sarno. Primeiras Reflexões sobre uma Teoria do Fato Jurídico Processual: Plano de Existência. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2007, n. 148, p. 310).

Alguns autores negam a existência da categoria dos fatos jurídicos *stricto sensu* processuais. CALMON DE PASSOS está entre os que recusam valor àquela categoria: “No processo, somente atos são possíveis. Ele é uma atividade e atividade de sujeitos que a lei prequalifica. Todos os acontecimentos naturais apontados como caracterizadores de fatos jurídicos processuais são exteriores ao processo.”¹³

A rejeição, porém, se deve ao sistema de referência. O jurista baiano nega a ocorrência de fatos jurídicos processuais naturais justamente porque atribui à “sede”, ou à relação de pertinência entre o ato e a sequência típica formadora do procedimento, um dos dados fundamentais para a “processualidade” do ato.

A postura aqui adotada, como se viu, é diversa, pois a definição de fato processual que propusemos é suficientemente ampla para abarcar também os eventos *exteriores* ao procedimento, desde que a ele referíveis e que lhes sejam contemporâneos.

Além disso, não se pode deixar de considerar que a doutrina italiana, já há algum tempo, vem admitindo que a própria sentença (portanto, um ato integrante do procedimento) pode ser considerada um fato jurídico em sentido estrito¹⁴⁻¹⁵.

13. PASSOS, J. J. Calmon de. *Esboço de uma Teoria das Nulidades Aplicada às Nulidades Processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 64.

14. “Potremo parlare in questi casi della sentenza come fatto giuridico in senso stretto: in quanto, pur essendo la sentenza una dichiarazione di volontà ossia un atto giuridico, qui non vengono in considerazione gli effetti per i quali la sentenza è atto giuridico, cioè gli effetti (che possiamo chiamare *interni*) di cui appar come causa la volontà dichiarata nella sentenza; ma altri effetti (che possiamo chiamare *esterni*) che la legge riconnette ad essa considerata dal di fuori, come un fatto materiale, produttivo di per sé di certe conseguenze giuridiche, l'avverarsi delle quali non dipende dalla volontà del dichiarante.” CALAMANDREI, Piero. *Appunti sulla Sentenza come Fatto Giuridico*. In: *Opere Giuridiche a cura di Mauro Cappeletti*. Napoli: Morano, 1965, v. 1, p. 271).

15. Os exemplos em que a sentença funcionaria como fato jurídico – tomando em consideração que os seus efeitos não se ligariam à vontade do ato do juiz, mas sim ao simples *fato* da existência da sentença –, seriam os efeitos anexos (v.g. hipoteca judiciária, direito à reparação decorrente da sentença que extingue a execução provisória, o efeito tributário decorrente da sentença quanto às custas não recolhidas etc.). A nosso ver, contudo, não se estaria a tratar propriamente de fato jurídico processual em sentido estrito, mas sim de ato-fato processual (DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula Sarno. *Curso de Direito Processual Civil*. 5.ed. Salvador: Jus Podivm, 2010, v. 2, p. 368-369).

Apesar das objeções, uma considerável parcela da doutrina tem admitido a relevância e adotado¹⁶ a categoria dos fatos jurídicos processuais *stricto sensu*.

O termo “fato jurídico processual”, contudo, não é unívoco. Alguns o utilizam para se reportar justamente aos eventos que têm importância para o processo, produzindo efeitos processuais, mas que não se integrariam ao procedimento. É nesse sentido que utilizamos a expressão.

Há, entretanto, os que veem neles e os identificam como os acontecimentos não humanos que produzem apenas efeitos mediatos no processo (não merecedores, por isso, da caracterização como “processuais”). Seriam, assim, “processuais apenas mediamente”, para utilizar a linguagem de CASTRO MENDES¹⁷, já que o fato só teria a eficácia processual quando alegado¹⁸. A

-
16. Aceitam-na, dentre outros, além dos autores já citados ao longo do texto: CHIO-VENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução Paolo Capittanio. Campinas: Bookseller, 1998, v. 3, p. 22; ROCCO, Ugo. *Diritto Processuale Civile – Parte Generale*. Napoli: Jovene, 1936, p. 310; REDENTI, Enrico. *Diritto Processuale Civile*, I. Milano: Giuffrè, 1957, p. 198; MICHELLI, Gian Antonio. *Curso de Derecho Procesal Civil*. Tradução Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires, EJEA, 1970, v. I, p. 290; GUASP, Jaime. *Derecho Procesal Civil*, I. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1977, p. 260; FERRANDIZ, L. Prieto-Castro. *Derecho Procesal Civil*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1972, v. I, p. 414; COUTURE, J. Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 4. ed. Buenos Aires: Julio César Faria, 2009, p. 166; GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *Elementos de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Ediar, 2005, p. 192; NOESTE, José Almagro. *Derecho Procesal*, I. Madrid: Trivium, 1995, p. 329; PRATA, Edson. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, v. II, tomo I, p. 469; MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Memória Jurídica, 2005, t. 2, p. 13; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, I. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 246; BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 1, p. 425; ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 228-229, este último usando a nomenclatura “atos processuais objetivos naturais”.
17. MENDES, João de Castro. *Dirrito Processual Civil*, I. Apontamentos das lições redigidas com a colaboração de um grupo de assistentes. Lisboa: Associação Acadêmica, s/a, p. 38.
18. Posição idêntica é seguida por RAMOS MENDEZ, para quem: “El mero hecho por sí mismo no tiene efectos procesales si no es en razón de o a través de un acto de las partes o del juez.” (MENDEZ, Francisco Ramos. *Derecho Procesal Civil*, I. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1986, p. 372).

morte, *v.g.*, suspenderia o processo, mas quando alegada pela parte.

A questão de saber se os efeitos processuais do fato jurídico natural são imediatos ou se dependem da alegação é um problema de direito positivo que não pode ser resolvido *a priori*. No ordenamento jurídico brasileiro, há inúmeros acontecimentos não humanos, ocorridos, às vezes, “fora” do procedimento (mas concomitante a ele), que geram situações jurídicas processuais, a serem *exercidas*, aí sim, pelo ato processual de alegação da parte interessada. Além da morte – classicamente apontada como exemplo típico da categoria – poderíamos enumerar: o avançar da idade, que gera em favor do idoso o direito à tramitação prioritária¹⁹ (note-se que essa questão poderia no processo ser examinada pelo juiz independente de alegação da parte), a perda dos autos²⁰ (que gera a pretensão à restauração – CPC-1973, art. 1.063; NCPC, art. 674).

Afirmar que o efeito jurídico processual decorre do fato jurídico e não de sua posterior alegação no processo – que, conforme já ressaltado, representa o momento do *exercício* do direito subjetivo ou poder correspondente –, significa reconhecer que o juiz *deve* proferir decisão que assegure aquele efeito jurídico ligado diretamente pela norma à hipótese fática abstrata, quando verificado o fato, no plano da concretude (*v.g.* designar audiência no processo do idoso com antecedência em relação a processos na mesma situação envolvendo não-idosos). Não se trata aí de provimento discricionário, mas sim de provimento vinculado²¹, porquanto, uma vez verificados os pressupostos, não cabe ao juiz a opção de conceder ou não a tramitação prioritária.

-
19. BRAGA, Paula Sarno. “Primeiras Reflexões sobre uma Teoria do Fato Jurídico Processual: Plano de Existência”. In: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, junho, 2007, n. 148, p. 310.
 20. COSTA, A. Lopes da. *Manual Elementar de Direito Processual Civil*. Atualizado por Sálvio de Figueiredo Teixeira. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 126.
 21. Sobre a distinção entre provimento vinculado e provimento discricionário, conferir: CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil*, I. Tradução Adrián Sotero De Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000, p. 484-485.

2.2. Ato-fato jurídico processual

2.2.1. Generalidades

Os atos-fatos processuais são os fatos jurídicos em que, apesar de produzidos por ação humana, a vontade de praticá-lo é desprezada pelo Direito; daí serem atos recebidos pela ordem jurídica como fatos, em razão de se abstrair o elemento “vontade humana” presente nos atos jurídicos (atos jurídicos em sentido estrito e negócios jurídicos). Como aponta MARCOS BERNARDES DE MELLO, “o ato humano é a substância do fato jurídico, mas não importa para a norma se houve, ou não, vontade em praticá-lo.”²² PONTES DE MIRANDA assim os define, com precisão:

Ato humano é fato produzido pelo homem; às vezes, não sempre, pela vontade do homem. Se o direito entende que é relevante essa relação entre o fato, a vontade e o homem, que em verdade é dupla (fato, vontade-homem), o ato humano é ato jurídico, lícito ou ilícito, e não ato-fato, nem fato jurídico *stricto sensu*. Se, mais rente ao determinismo da natureza, o ato é recebido pelo direito como fato do homem (relação “fato, homem”), com o que se elide o último termo da primeira relação e o primeiro da segunda, pondo-se entre parêntese o *quid* psíquico, o ato, fato (dependente da vontade) do homem, entra no mundo jurídico como ato-fato jurídico.²³

No ato-fato jurídico processual, como bem observou DANIEL MITIDIERO, “embora em seus suportes fácticos possa haver vontade humana, o mundo jurídico toma esta irrelevante”²⁴.

22. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico (Plano da Existência)*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 114.

23. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, II. São Paulo: RT, 1974, p. 373.

24. MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Memória Jurídica, 2005, t. 2, p. 14.

O processo é campo fértil²⁵ para a prática de atos-fatos processuais²⁶, concebidos como as condutas humanas, referidas a um procedimento, em relação às quais a ordem jurídica desconsidera a vontade de sua prática. Assim se configuram: o adiantamento das custas processuais, o preparo²⁷, a revelia, a execução provisória da sentença posteriormente reformada etc.

Há quem, a exemplo de GOLDSCHMIDT²⁸, além de outros autores, inclusive os brasileiros²⁹, se valha da expressão “atos reais” para designar o que aqui se chama de atos-fatos processuais. PANNAIN³⁰, por seu turno, faz uso do termo “fatti giuridici volontari” em sentido próximo ao aqui aludido.

Independentemente do signo linguístico a ser adotado – e nada obstante preferirmos e optarmos pelo termo “ato-fato

-
25. PAULA SARNO BRAGA (BRAGA, Paula Sarno. Primeiras Reflexões sobre uma Teoria do Fato Jurídico Processual: Plano de Existência. In: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, junho, 2007, n. 148, p. 312) subdivide os atos-fatos processuais em: a) atos-fatos materiais (pagamento de custas, preparo); b) atos-fatos indenizativos (execução provisória de decisão posteriormente revogada); c) atos-fatos caducificantes (perda de prazo a gerar a preclusão temporal).
 26. Adotam a figura dos atos-fatos jurídicos processuais: MITIDIERO, Daniel; MARI-NONI, Luiz Guilherme. *Código de Processo Civil Comentado Artigo por Artigo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 191.
 27. PASSOS, J. J. Calmon de. *Esboço de uma Teoria das Nulidades Aplicada às Nulidades Processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 68.
 28. GOLDSCHMIDT (GOLDSCHMIDT, James. *Principios Generales del Proceso*, I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1961, p. 205) alude aos “atos reais” como subespécie da classe dos atos judiciais. A doutrina brasileira que dele descendeu, contudo, também alocou os atos reais como uma subespécie dos atos das partes.
 29. MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*, I. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 336 e segs.; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 333 e segs.; SILVA, Ovídio Baptista da; GOMES, Fábio da Silva. *Teoria Geral do Processo Civil*. São Paulo: RT, 1997, p. 210 e segs.; SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1, p. 291; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, I. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 248-250; BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 1, p. 426; GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. I, p. 288 e segs., dentre outros.
 30. PANNAIN, Remo. *Le Sanzioni degli Atti Processuali Penali*. Napoli: Jovene, 1933, p. 125.

jurídico processual”, por ser mais exato –, o que parece inquestionável é a relevância da categoria, especialmente, mas não apenas, pelos reflexos práticos que decorrem do enquadramento de um fato jurídico nessa espécie (v.g., a não aplicação do regime jurídico das invalidades processuais, pois os atos-fatos não são nulos, anuláveis, ou inválidos, uma vez que não ingressam no plano da validade³¹). Sob o ângulo da Teoria Geral do Processo, são categorias completamente distintas, por encerrarem pressupostos diversos, a merecer, por essa razão, um tratamento dogmático segregado³², dos atos jurídicos (*lato sensu*) e dos fatos jurídicos *stricto sensu* processuais.

Os atos-fatos processuais podem ser classificados da seguinte maneira: a) *atos-fatos reais*: adiantamento de custas e do preparo (CPC-1973, art. 511; NCPC, art. 961)³³; b) *atos fatos*

31. “Tenhamos sempre presente que a validade e a invalidade (nulidade, anulabilidade) só diz respeito aos negócios jurídicos e aos atos jurídicos *stricto sensu*. Não há atos-fatos jurídicos válidos ou não válidos. Nem atos ilícitos, ou fatos jurídicos *stricto sensu*.” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, IV. Rio de Janeiro: Borsói, 1954, p. 4). Seria inútil pronunciar-se a nulidade ou anulabilidade de um ato-fato, pois, como ressalta MARCOS BERNARDES DE MELLO, “é impossível desprezar-se o resultado fático (=físico) que integra o suporte fático do ato-fato jurídico classificável como ato real. Embora decorrente de conduta humana, o fato resultante a ela sobreleva, além da circunstância de que, para o direito, essa conduta é sempre avolitiva (=a vontade, no ato-fato, é juridicamente irrelevante.” (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico – Plano da Validade*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 15).

32. Aqui se observa mais uma insuficiência da classificação dos atos processuais sugerida por GOLDSCHMIDT: As omissões processuais das partes (normalmente atos-fatos jurídicos), geradoras de múltiplas consequências no processo, são enquadráveis, em sua tipologia, no grupo dos atos constitutivos (até porque esses atos são definidos por exclusão: o que foi praticado pela parte e não foi ato postulatório – e as omissões processuais não o são –, será ato constitutivo. Dentre desse grupo também entram os atos negociais, unilaterais ou bilaterais, praticados no processo (v.g. acordo para suspensão do processo, desistência do recurso). Não nos parece haver utilidade em unir, numa classe comum, figuras completamente distintas em seus pressupostos, como o são os atos-fatos jurídicos e os negócios jurídicos processuais, inclusive, mas não só, pela diversidade de regime jurídico aplicável a cada uma delas.

33. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*, cit., p. 68; MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 2, cit., p. 14; BRAGA, Paula Sarno. *Primeiras Reflexões sobre uma Teoria do Fato Jurídico Processual*, cit., p. 312.

caducificantes:³⁴ a revelia (CPC-1973, art. 319; NCPC, art. 331) e a *admissão* (CPC-1973, art. 302; NCPC, art. 329) – em verdade, qualquer perda de prazo serve como exemplo³⁵; c) *atos fatos indenizativos*:³⁶ a execução provisória que causou prejuízo ao executado, com superveniente reforma/anulação do título (CPC-1973, art. 475-O; NCPC, art. 506, I), a efetivação da antecipação da tutela e a medida cautelar, que tenha causado prejuízo ao requerido, dê que supervenientemente revogadas (CPC-1973, art. 273, § 3º e art. 811; NCPC, art. 273).

2.2.2. O recurso interposto pelo assistente simples e o ato-fato jurídico processual da omissão do assistido

Certas figuras, como o recurso interposto pelo assistente simples na ausência de interposição de recurso pela parte, são satisfatoriamente explicadas com o auxílio da noção de ato-fato jurídico processual. Segundo o art. 53 do CPC-1973³⁷ (NCPC, art. 311), a intervenção do assistente não exclui do assistido o poder de desistir da demanda, reconhecer a procedência do

34. “O suporte fático do fato jurídico que tem por efeito a caducidade sem culpa é constituído, geralmente, por dois elementos: transcurso de um determinado lapso de tempo (=fato) + inação do titular do direito (=ato). Se houve ou não vontade quanto à omissão é dado, absolutamente, irrelevante; importa, apenas, o transcurso do tempo sem ação do titular do direito, o que caracteriza, precisamente, o ato-fato”. (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*, cit., p. 118.)

35. Nesse sentido, BRAGA, Paula Sarno. “Primeiras Reflexões sobre uma Teoria do Fato Jurídico Processual”, cit., p. 312. Em sentido contrário, considerando as *omissões das partes* como fatos jurídicos processuais em sentido estrito, MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Memória Jurídica, 2005, t. 2, p. 13; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, II. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 471-472.

36. “Embora não contrário a direito, o ato é considerado, numa visão mais rente à realidade, em seus efeitos fáticos, representados pelos danos causados à esfera jurídica alheia. (...) Nessa espécie, o suporte fático suficiente é composto, apenas, por dois elementos: ato não contrário a direito + dano a patrimônio alheio (=fato-danoso). A vontade na prática do ato é, absolutamente, irrelevante para a incidência da norma jurídica e, portanto, para a constituição do fato jurídico.” (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*, cit., p. 115)

37. “Art. 53. A assistência não obsta a que a parte principal reconheça a procedência do pedido, desista da ação ou transija sobre direitos controvertidos; casos em que, terminando o processo, cessa a intervenção do assistente.”

pedido e (embora não esteja enunciado no dispositivo) desistir do recurso. Discutiu-se em doutrina e jurisprudência se o recurso interposto pelo assistente simples poderia ser conhecido nos casos em que o assistido, no processo, deixou de recorrer. Alguns defendem que o assistente simples só teria oportunidade de recorrer se assim o fizesse o assistido, pois da inércia da “parte principal” decorreria sua aquiescência à decisão³⁸.

É posição corrente a de que a atuação do assistente simples é subordinada ao interesse do assistido. Por isso, não terá eficácia o que aquele fizer “em contraste com a vontade manifesta do assistido”³⁹. Há jurisprudência do STJ⁴⁰ no sentido de que o recurso interposto apenas pelo assistente simples não pode ser conhecido, tendo em vista a circunstância de a atuação do assistente simples estar subordinada à vontade do assistido. Assim, como o assistido não recorreu, o recurso do assistente simples não poderia seguir autonomamente, pois seria “contrariar” a vontade do assistido, que não recorreu.

-
38. THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 51. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 153, v. 1. Nesse mesmo sentido, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, não conhecendo de recurso por ausência de interesse recursal, ao decidir ser “defeso ao assistente praticar atos judiciais em contraposição ao assistido, cessando a assistência em face da desistência ou da extinção do feito.” (STJ, RESP 1093191/PE, Relator Ministro Benedito Gonçalves, DJe 19/11/2008).
39. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, II. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 400. No mesmo sentido: SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 2, p. 55; GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. I, p. 500; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Método, 2009, p. 188; GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo Curso de Direito Processual Civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 1, p. 175, dentre tantos outros. Ovídio BAPTISTA DA SILVA vai além e defende que a subordinação do interesse do assistente simples ao do assistido não poderia ser tão severa, admitindo, em certas situações a atuação autônoma do assistente, especialmente na produção de provas (SILVA, Ovídio Baptista da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, v. 1, p. 269).
40. Assim, por exemplo, STJ, 2ª. T., REsp n. 535.937/SP, Rel. Min. Humberto Martins, j. em 26.09.2006, publicado no DJ de 10.10.2006, p. 293: “1. É nítido o caráter secundário do assistente que não propõe nova demanda tampouco modifica o objeto do litígio. O direito em litígio pertence ao assistido e não ao interveniente. 2. Não se conhece do recurso especial interposto, tão-somente, pelo assistente simples. Ausente o recurso especial da assistida”.

Há um equívoco na premissa: é possível que apenas o assistente simples recorra. Na verdade, eis o seu papel: ajudar o assistido. Pode acontecer de o assistido perder o prazo do recurso; o recurso do assistente evitará a preclusão. É essa, aliás, a orientação do próprio CPC-1973, que expressamente diz que, revel o assistido, atuará o assistente como seu gestor de negócios (legitimado extraordinário). Ora, o dispositivo se aplica aos demais casos de condutas omissivas do assistido, não apenas a revelia.

Agora, se o assistido expressamente tiver manifestado a vontade de não-recorrer, renunciando ao recurso ou desistindo do recurso já interposto, o recurso do assistente não poderá, efetivamente, ser conhecido, pois a atuação do assistente simples fica vinculada à vontade do assistido (CPC-1973, art. 53; NCPC, art. 311).

Assim, quando houver manifestação de vontade do assistido no sentido de não impugnar ou não mais impugnar a decisão (negócios jurídicos processuais), o recurso do assistente simples será anódino. Quando não houver manifestação de vontade do assistido, que praticou atos-fatos processuais, como a perda de um prazo, a atuação do assistido será eficaz e, caso tenha recorrido, o recurso deve ser conhecido, salvo expressa manifestação contrária do assistido. Exatamente porque se trata de um ato-fato processual, em que a vontade é irrelevante para a configuração da hipótese normativa, não se pode constatar o contraste entre a vontade do assistente simples e a vontade do assistido; esse contraste não se admite, na forma do art. 53, por isso que, quando houver ato negocial dispositivo pelo assistido, a vontade do assistente simples não poderá ser em sentido contrário.⁴¹

41. Embora com uma fundamentação confusa, pois mistura situações muito díspares (não interposição do recurso e desistência do recurso pelo assistido, ato-fato e negócio jurídico processual, respectivamente), está correto o precedente do STJ de que não é possível o conhecimento do recurso do assistente simples, quando o contraste entre a vontade do assistido e a vontade do assistente se “verifica porque a União manifestou expressamente o seu desinteresse em recorrer, enquanto o Estado do Rio de Janeiro interpõe o presente recurso especial” (no caso, o Estado do Rio era assistente simples da União; STJ, 2ª. T., REsp n. 105.6127/RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 19.08.2008, publicado no DJe de 16.09.2008).

Se entendermos que a não-interposição do recurso é um simples ato-fato jurídico – para cuja prática a vontade, juridicamente falando, é irrelevante –, possível será concluir-se que a perda do prazo recursal não constitui exteriorização de vontade quanto à aceitação da decisão. Sendo assim, tomando como premissa a circunstância de que se está a tratar de ato-fato jurídico processual e que, em razão disso, não há na simples ausência do recurso manifestação de vontade supostamente contrariada pelo assistente, entende-se admissível o recurso interposto pelo assistente simples, mesmo na ausência de recurso interposto pela parte assistida.

2.2.3. A sentença como ato-fato jurídico processual: a eficácia dos precedentes

É possível extrair consequências importantes da ideia de sentença como ato-fato jurídico processual. Hoje, uma das grandes vantagens teóricas e práticas do enquadramento da sentença como um ato-fato jurídico (que não impede que ela, ao mesmo tempo, seja também um ato jurídico) está na sua relação com a eficácia dos precedentes.

Nos países que seguem o modelo da tradição jurídica do *Comon Law*, fundado no *stare decisis*, e de certa forma também nos países baseados no sistema da *Civil Law*, os órgãos jurisdicionais se apresentam como um verdadeiro celeiro de pronunciamentos judiciais, sendo que o núcleo de cada um desses pronunciamentos constitui um precedente judicial. Todo precedente é composto de duas partes: a) circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; b) tese ou princípio jurídico assentado na motivação do provimento decisório⁴². A *ratio decidendi*, apesar da ambiguidade do termo⁴³, pode ser compreendida como os fundamentos que sustentam a decisão e que servirão para

42. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004, p. 11-12.

43. TARUFFO, Michele. Dimensioni del precedente giudiziario. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, n. 2, anno XLVIII. Milano: Giuffrè, 1994, p. 420.

fundamentar as decisões dos casos sucessivos, iguais ou similares⁴⁴.

É possível tratar a *ratio decidendi* como um fato jurídico que gera os efeitos (eventualmente até mesmo a vinculação, conforme o tipo de eficácia) em relação aos julgamentos futuros⁴⁵. Pode-se, analiticamente, decompô-la em três elementos: a) indicação dos fatos relevantes (*statement of material facts*); b) raciocínio lógico-jurídico da decisão (*legal reasoning*); c) juízo decisório (*judgement*). A *ratio decidendi* não é individualizada pelo juiz que profere a decisão, mas funciona como uma escolha hermenêutica dos juízes que posteriormente irão examiná-la como um precedente, extraíndo a proposição que poderá ou não incidir na situação concreta⁴⁶.

No direito brasileiro, costuma-se cogitar, pelo menos, de três efeitos jurídicos decorrentes da sentença ou decisão judicial vista como precedente: a) eficácia vinculante; b) eficácia obstativa de revisão das decisões; e c) eficácia persuasiva⁴⁷.

O efeito vinculante consiste na obrigatoriedade de adoção da *ratio decidendi*. O juiz do caso sucessivo está obrigado a seguir o entendimento jurídico firmado no precedente. O CPC-1973, *v.g.*, estabelece (art. 543-A, § 5º⁴⁸; NCPC, art. 989, § 4º) que, uma vez reconhecida a inexistência de repercussão geral do recurso extraordinário, os demais órgãos do Poder Judiciário, inclusive o Presidente do STF (vinculação horizontal⁴⁹) e os

44. TARUFFO, Michele. Precedente ed esempio nella decisione giudiziaria. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, n. 1, anno XLVIII. Milano: Giuffrè, 1994, p. 27.

45. DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula Sarno. *Curso de Direito Processual Civil*. 5. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010, v. 2, p. 381.

46. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004, p. 175.

47. DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula Sarno. *Curso de Direito Processual Civil*. 5. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010, v. 2, p. 388-389.

48. "Art. 543-A. [...]"

§ 5º. Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal."

49. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário*. 2. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 55.

presidentes dos tribunais inferiores (vinculação vertical), estão obrigados a seguir o entendimento da Suprema Corte⁵⁰⁻⁵¹.

Já o efeito obstativo da revisão de decisões implica a impossibilidade de se examinar certo recurso ou remessa necessária por força do precedente⁵². O CPC-1973 (art. 475, § 3º⁵³; NCPC, art. 483, § 3º) prevê a dispensa do reexame oficial como um efeito decorrente do precedente, quando a questão a ser reexaminada já tenha sido decidida pelo plenário do STF.

Pode-se falar, no direito brasileiro, também, em efeito persuasivo⁵⁴ do precedente, que, embora não vincule em nenhuma medida o juiz do caso sucessivo⁵⁵, produz consequências

50. Fala-se aí em “eficácia pan-processual” da decisão que reconhece a inexistência da repercussão geral. Nesse sentido: MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário*. 2 ed. São Paulo: RT, 2009, p. 54; AMORIM, Aderbal Torres de. *O Novo Recurso Extraordinário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 53.

51. Como salientou MARINONI, “A aferição da repercussão geral da controvérsia constitucional discutida no recurso extraordinário e consequente eficácia vinculante da decisão a respeito de sua existência ou inexistência evidenciam a adoção do precedente com força obrigatória, assim como a recepção das ideias de *ratio decidendi* – do *comon law*” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Elaboração dos conceitos de ratio decidendi* (fundamentos determinantes da decisão) e *obiter dictum* no direito brasileiro. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A Força dos Precedentes*. Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 252).

52. DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula Sarno. *Curso de Direito Processual Civil*. 5. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010, v. 2, p. 390.

53. “Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

[...]

§ 3º. Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente.”

54. DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula Sarno. *Curso de Direito Processual Civil*. 5. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010, v. 2, p. 390; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*. São Paulo: RT, 1999, p. 123.

55. Há quem defenda, em situações como a do art. 557 do CPC-1973, em que o relator está autorizado a decidir monocraticamente o recurso quando estiver em confronto com entendimento jurisprudencial dominante do tribunal, que não haveria simples opção, mas sim “dever” de decidir monocraticamente as questões já resolvidas nos precedentes (Cf. VIOLIN, Jordão. *Julgamento monocrático pelo relator: O artigo 557 do CPC e o reconhecimento dos precedentes pelo direito brasileiro*. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). *A Força dos Precedentes*. Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 208).

processuais importantes. O art. 285-A do CPC-1973⁵⁶⁻⁵⁷ autoriza o juiz a proferir julgamento liminar de improcedência, sem ouvir o réu, desde que o mesmo juízo tenha proferido sentença sobre questão de direito em caso idêntico⁵⁸.

Todos esses efeitos se relacionam ao fato jurídico do precedente. A sentença, como ato-fato, é recebida no suporte fático da decisão de primeiro grau se o tribunal eventualmente tenha anulado a sentença por ele usada como paradigma. O fato em si da sentença já havia gerado o efeito de permitir o julgamento liminar de improcedência e essa situação jurídica não se altera quando o ato jurídico veiculado na decisão venha a ser decretado inválido; os atos-fatos jurídicos não passam pelo plano da validade.

2.3. Atos jurídicos *stricto sensu* processuais

A figura dos atos jurídicos *stricto sensu* processuais não é objeto de grandes discussões, até porque se costuma afirmar que os atos processuais são, antes de tudo, atos jurídicos.

56. “Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.”

57. Prevê o art. 307 do NCPC: “Art. 307. O juiz julgará liminarmente improcedente o pedido que se fundamente em matéria exclusivamente de direito, independentemente da citação do réu, se este:

I – contrariar súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;

II – contrariar acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III – contrariar entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;”

58. Essa hipótese se enquadraria bem na figura do “autoprecedente” (TARUFFO, Michele. Dimensioni del precedente giudiziario. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, n. 2, anno XLVIII. Milano: Giuffrè, 1994, p. 417), com a ressalva de que o efeito jurídico surgido aqui não é a vinculação do juiz, mas sim a outorga do poder processual de julgar liminarmente o litígio idêntico, mediante a invocação do próprio precedente.

É oportuno ressaltar que para os atos jurídicos processuais em sentido amplo o direito toma como relevante a vontade do sujeito em praticar o comportamento descrito na norma jurídica⁵⁹.

Os atos jurídicos em sentido estrito constituem a espécie de ato jurídico em que a vontade é sem escolha da categoria eficaz⁶⁰. Não interessa cogitar de alguma relação entre a vontade e os efeitos decorrentes do ato. MARCOS BERNARDES DE MELLO conceitua ato jurídico *stricto sensu*

[...] como sendo o fato jurídico que tem por elemento nuclear do suporte fático manifestação ou declaração unilateral de vontade cujos efeitos jurídicos são prefixados pelas normas jurídicas e invariáveis, não cabendo às pessoas qualquer poder de escolha da categoria jurídica ou de estruturação do conteúdo das relações jurídicas respectivas.⁶¹

No processo, grande parte dos atos integrantes do procedimento são atos processuais em sentido estrito. Assim, *v.g.*, a citação, intimação, confissão, penhora etc. Neles, há vontade de praticar o ato, mas, como bem observou PAULA SARNO BRAGA⁶², “não importa se há vontade em produzir os efeitos, pois eles são necessários, prefixados.”

59. “Denomina-se ato jurídico o fato jurídico cujo suporte fático tenha como *cerne* uma exteriorização consciente de vontade, dirigida a obter um resultado juridicamente protegido ou não-proibido e possível.” (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico (Plano da Existência)*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 121).

60. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, II. São Paulo: RT, 1974, p. 447.

61. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico (Plano da Existência)*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 141

62. BRAGA, Paula Sarno. Primeiras Reflexões sobre uma Teoria do Fato Jurídico Processual: Plano de Existência. In: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, junho, 2007, n. 148, p. 312.

2.4. Negócios jurídicos processuais

Coube à doutrina alemã elaborar e desenvolver o conceito de negócio jurídico processual⁶³, a partir do final do século XIX⁶⁴⁻⁶⁵.

SCHÖNKE⁶⁶, já no século passado, admitia as convenções privadas sobre determinadas situações processuais (v.g. pacto de não executar), mas esses acordos não surtiriam efeitos imediatos de caráter processual, embora obrigassem os interessados a proceder segundo eles. LENT⁶⁷ procurou identificar negócios processuais no âmbito dos atos processuais praticados pelas partes; seriam verificados quando os efeitos processuais se produziriam quando queridos pela parte. Mais recentemente, também LEIBLE⁶⁸ e JAUERNIG⁶⁹ admitem, embora excepcionalmente, a existência de contratos processuais (v.g. compromisso arbitral), segundo a ZPO.

Na Itália, CHIOVENDA⁷⁰ admitiu claramente a figura dos negócios processuais, visto que em certos atos a lei relaciona,

-
63. DENTI, Vittorio. Negozio processuale. In: *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1978, v. XXVIII, p. 138.
 64. WACH, Adolf. *Manual de Derecho Procesal Civil*, I. Tradução Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1977, p. 28-29, notas 8 e 9 et passim.
 65. Para uma resenha das diferentes concepções germânicas, no período, sobre a teoria do negócio processual, conferir: FERRARA, Luigi. *Studii e Questioni di Diiritto Processuale Civile*. Napoli: Jovene, 1908, p. 44 e segs.; PALERMO, Antonio. *Contributo alla Teoria degli Atti Processuali*. Napoli: Jovene, 1938, p. 66 e segs.
 66. SCHÖNKE, Adolf. *Direito Processual Civil*. Revisão Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003, p. 148.
 67. LENT, Friedrich. *Diritto Processuale Tedesco*. Tradução Edoardo Ricci. Napoli: Morano, 1959, p. 122.
 68. LEIBLE, Stefan. *Proceso Civil Alemán*. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike, 1999, p. 306.
 69. JAUERNIG, Othmar. *Direito Processual Civil*. Tradução F. Silveira Ramos. Coimbra: Almedina, 2002, p. 174.
 70. Antes de CHIOVENDA, FERRARA (FERRARA, Luigi. *Studii e Questioni di Diiritto Processuale Civile*. Napoli: Jovene, 1908, p. 43 e segs.) aceitava a noção de negócio jurídico processual por influência dos autores alemães que o criaram, desenvolveram e discutiram (WACH, TRUTTER, BULOW, KHOLER). Sobre a difusão do conceito de negócio jurídico processual na doutrina do processo penal, conferir: PANNAIN, Remo. *Le Sanzioni degli Atti Processuali Penali*. Napoli: Jovene, 1933, p. 96 e segs.

imediatamente, a produção de efeitos com a vontade das partes. Assim se daria com os atos unilaterais praticados com o fim de criar, modificar ou extinguir direitos processuais (v.g. renúncia, aceitação da herança etc.)⁷¹⁻⁷²⁻⁷³. FAZZALARI, mais recentemente, também admitiu a existência dos negócios processuais, que, segundo ele, melhor seriam denominados “atos processuais negociais”⁷⁴ (v.g. renúncia a alguma faculdade processual).

A doutrina brasileira, quando não recusou valor à figura⁷⁵, simplesmente silenciou sobre o problema, salvo algumas exce-

-
71. CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile*. Napoli: Nicola Jovene, 1913, p. 775-776. Lição posteriormente repetida em: CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituições de Direito Processual Civil*. Tradução Paolo Capittanio. Campinas: Bookseller, 1998, v. 3, p. 25-26.
72. Nesse sentido, atribuindo caráter de negócio processual à composição judicial amigável, mas negando-lhe à desistência e ao compromisso: MICHELLI, Gian Antonio. *Curso de Derecho Procesal Civil*. Tradução Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires, EJE, 1970, v. I, p. 292. Aceitando também a figura dos negócios processuais, mas com poucas variações doutrinárias: DONDINA, Mario. Atti Processuali Civili (civili e penali). In: *Novissimo Digesto Italiano*, I. Torino: UTET, 1957, p. 1.520; ROCCO, Ugo. *Diritto Processuale Civile – Parte Generale*. Napoli: Jovene, 1936, p. 318; ZANZUCCHI, Marco Tullio. *Diritto Processuale Civile*, I. Milano: Giuffrè, 1964, p. 419; PALERMO, Antonio. *Contributo alla Teoria degli Atti Processuali*. Napoli: Jovene, 1938, p. 75; INVREA, Francesco. La giurisdizione concreta e la teorica del rapporto giuridico processuale. In: *Rivista di Diritto Processuale*, v. IX, parte I. Padova: CEDAM, 1932, p. 44; BETTI, Emilio. Negozio Giuridico. In: *Novissimo Digesto Italiano*, XI. Torino: UTET, 1957, p. 220, dentre outros.
73. Concepção bem particular foi a desenvolvida por CARNELUTTI. Parte o autor italiano da premissa de que as noções de direito subjetivo e negócio jurídico seriam correlatas. A partir daí, enumera as características do negócio processual: (a) ser um ato de exercício de um poder cuja finalidade prática consista em determinar a conduta alheia por meio de seu efeito jurídico, (b) sendo o poder jurídico exercitado um direito subjetivo. Uma ampla relação de atos concretos poderiam ser reconduzidos ao conceito de negócio processual (compromisso, requerimentos das partes, revogações etc.) (CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*, III. Tradução Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000, p. 124-125).
74. FAZZALARI, Elio. *Istituições de Direito Processual*. Tradução Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 416.
75. Recusam a figura do negócio processual, no Brasil: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Istituições de Direito Processual Civil*, II. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 484; KOMATSU, Roque. Da Invalidade no Processo Civil. São Paulo: RT, 1991, p. 141; MITIDIERO, Daniel. Comentários ao Código de Processo Civil, II. São Paulo: Memória Jurídica, 2005, p. 16; CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil,

ções⁷⁶. A mesma postura se encontra na processualística latino-americana, embora alguns autores, como JUAN MONROY GÁLVEZ⁷⁷ tenha se debruçado sobre o tema e admitido a existência de negócios processuais.

Na doutrina estrangeira, algumas críticas foram lançadas, em especial a de ROSENBERG⁷⁸, seguido na Itália por RICCA-BARBERIS⁷⁹⁻⁸⁰. O argumento básico é o de ser infrutuoso o intento de selecionar uma quantidade de atos como declarações de vontade, para diferenciá-los, como negócios jurídicos processuais, dos demais atos processuais das partes. Enquanto no direito civil (BGB) haveria uma série de normas aplicáveis àquelas declarações de vontade (*v.g.*, regras sobre capacidade de obrar, representação, condições, termos, vícios de vontade etc.), no

I. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 248; GRECO FILHO, Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 2, p. 6. Os argumentos apresentados são similares: no processo não haveria espaço para o autorregramento da vontade, uma vez que os efeitos de possível ocorrência dos atos dos sujeitos do processo já estariam previamente disciplinados pela lei.

76. CALMON DE PASSOS adota posição intermediária. Assume que, em tese, em face da redação do art. 158 do CPC-1973, a figura do negócio processual poderia ser admitida em nosso direito. Nada obstante, as declarações negociais das partes, para produzirem efeitos no processo, necessitariam da intermediação judicial. Vale dizer, a desistência do recurso, ou acordo para suspensão do processo, *v.g.*, seriam negócios jurídicos apenas por razão da relevância que, em tais circunstâncias, seria dada à vontade das partes em produzir o resultado. Disso não decorreria, porém, que a eficácia no processo seja produzida pelas próprias declarações. Sem o pronunciamento judicial integrativo, esses as consequências de natureza processual seriam inexplicáveis (PASSOS, J. J. Calmon de. *Esboço de uma Teoria das Nulidades Aplicada às Nulidades Processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 69-70).
77. GÁLVEZ, Juan Monroy. *Teoría General del Proceso*. 3. ed. Lima: Communitas, 2009, p. 351.
78. ROSENBERG, Leo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*, I. Tradução Angela Romera Vera. Lima: Ara, 2007, p. 407.
79. RICCA-BARBERIS, Mario. Due Concetti infecondi: <<negozio>> e <<rapporto processuale>>. In: *Rivista di Diritto Processuale*, v. VII, parte I. Padova: CEDAM, 1930, p. 193.
80. Seguindo essa crítica, com argumentos similares: REDENTI, Enrico. Atti processuali civili. In: *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1959, v. IV, p. 115; MANDRIONI, Crisanto. *Diritto Processuale Civile*, I. Torino: Giappichelli, 2002, p. 397-398.

direito processual seria diferente, já que todos os atos processuais da parte teriam sempre a mesma regulação.

DENTI⁸¹, por sua vez, negava o carácter processual aos atos de autonomia privada, que manteriam com o processo uma relação de mera ocasionalidade, a exemplo da conciliação judicial, que não teria nenhum conteúdo processual autônomo, e os atos praticados fora do processo (v.g. compromisso, acordo para modificação da competência, pactos sobre provas etc.). Ambos não teriam propriamente efeitos processuais, mas apenas relevância para o processo.

Também LIEBMAN⁸² procurava distinguir os atos processuais dos negócios jurídicos, porquanto nos primeiros, embora caracterizados como fatos voluntários, a vontade se dirige à prática do ato, enquanto nos segundos a vontade se dirige à obtenção de um dado efeito. Os efeitos no tocante aos atos processuais já viriam preestabelecidos em lei⁸³.

Após essa brevíssima resenha doutrinária, pode-se, aqui, definir o negócio processual como o fato jurídico voluntário em cujo suporte fático esteja conferido ao respectivo sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais. No negócio jurídico, há escolha

81. DENTI, Vittorio. *Negozi processuale*. In: *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1978, v. XXVIII, p. 140.

82. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*, I. Tradução e notas Cândido Rangel Dinamarco. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 291.

83. Em outro ensaio, LIEBMAN parece flexibilizar essa distinção, ao tratar da figura do “componimento processuale”, ao vislumbrar a ligação entre a extinção da relação processual e ato de vontade das partes, quando salientou: “Non si può dunque, tanto nella volontà delle parti quanto nell’efficacia dell’atto, dissociare l’estinzione del rapporto processuale dal regolamento dato consensualmente all rapporto controverso: l’una cosa è voluta com l’altra; l’una per l’altra.” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *La Risoluzione convenzionale del processo*. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 1932, v. IX, parte I, p. 266).

da categoria jurídica, do regramento jurídico para uma determinada situação⁸⁴.

Seguramente que o autorregramento da vontade, na sua relação com as normas processuais cogentes, encontrará limites significativamente maiores do que no espaço que lhe é deixado no âmbito do direito privado⁸⁵. Apesar disso, parece inquestionável a existência de um espaço deixado aos diversos sujeitos processuais, para que possam influir e participar na construção da atividade procedimental⁸⁶, sem que isso represente o reflexo ou a consagração de uma postura “neoprivatista”⁸⁷, pois não se está por ora a discutir ou a defender os limites, em maior ou menor extensão, desse campo de autonomia, mas sim e somente a sua própria existência.

A proposta de descaracterizar o negócio processual a partir do argumento segundo o qual os efeitos, no campo processual, seriam sempre *ex lege*, também não satisfaz. Os efeitos jurídicos, a rigor, decorrem do fato jurídico (independente de ser a espécie negocial ou não). Somente a previsão em abstrato dos efeitos se encontra nas normas jurídicas. Logo, não há propriamente

-
84. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico (Plano da Existência)*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 166.
85. CHIOVENDA já dizia: “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.” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução Paolo Capittanio. Campinas: Bookseller, 1998, v. 3, p. 26). No mesmo sentido: MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das Partes sobre Matéria Processual. In: *Temas de Direito Processual*, terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 91; DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 12. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010, v. 1, p. 263.
86. GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – Primeiras reflexões. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al. (Coords.). *Os Poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais – Estudos em Homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: RT, 2008, p. 291.
87. BARBOSA MOREIRA utilizou-se da expressão “neoprivatismo” para designar o conjunto de concepções doutrinárias contrárias à exacerbação do elemento publicístico no processo civil, do que resultaria, *v.g.*, a concentração de poderes do juiz, sobretudo em matéria probatória (MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Neoprivatismo no Processo Civil. In: *Temas de Direito Processual*, nona série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 87 e segs.).

efeitos *ex voluntate*. Conforme bem sintetizou PAULA SARNO BRAGA, “Serão negócios processuais quando existir um poder de determinação e regramento da categoria jurídica e de seus resultados (com limites variados)”⁸⁸.

Também não nos parece convincente a ideia de que os negócios processuais estariam sempre a depender da intervenção ou intermediação judicial para produzir os seus efeitos. É preciso não confundir os efeitos processuais do ato do processo e os efeitos da cadeia procedimental como unidade. A desistência do recurso⁸⁹ já produz o efeito de transitar em julgado de imediato a decisão recorrida⁹⁰, sem que se necessite da intermediação judicial para sua propagação. Ora, se à parte é dada a possibilidade de manifestar vontade abdicando do direito de recorrer e o ordenamento jurídico valora e recebe esse querer, dando-lhe inclusive primazia sobre os provimentos jurisdicionais posteriores que o contrariem⁹¹, é porque está reconhecido o poder de autorregramento da vontade no processo.

É possível, enfim, falar em *negócios jurídicos processuais*, como a renúncia ao prazo (CPC-1973, art. 186; NCPC, art. 194), a convenção processual de dilação de prazo não-peremptório (CPC-1973, art. 182; NCPC, art. 190), o acordo de substituição de bem penhorado, a eleição negocial do foro⁹², o acordo para a

88. BRAGA, Paula Sarno. Primeiras Reflexões sobre uma Teoria do Fato Jurídico Processual: Plano de Existência. In: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, junho, 2007, n. 148, p. 312.

89. Há uma polêmica sobre a voluntariedade na desistência de recursos especiais repetitivos já afetados a julgamento. Sobre o assunto, conferir: ARAÚJO, José Henrique Mouta; DIAS, Jean Carlos. É cabível a desistência em caso de recurso especial repetitivo já afetado pelo STJ? In: *Revista Brasileira de Direito Processual*, n. 66. Belo Horizonte: Fórum, abr/jun, 2009, p. 179-183.

90. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, V. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 335.

91. Cf. STJ. AgRg no RESP n. 902711/SP. Relator Ministro Luiz Fux. Dje 18.11.2010.

92. Vislumbra-os, com exemplos, SILVA, Paula Costa e. *Acto e Processo*, cit., p. 172 ss. PAULA SARNO BRAGA admite, ainda, a existência de negócios processuais plurilaterais – com vontades distintas, advindas de mais de dois lados, que convergem para um fim comum – , como uma suspensão convencional firmada entre opostos e oponente ou uma cláusula compromissória aposta em contrato social que deu fim a

suspensão do processo (CPC-1973, art. 265, II, e art. 792; NCPC, art. 288, II), o adiamento negociado da audiência (CPC-1973, art. 453, I; NCPC, art. 347, I), a desistência do recurso, a arrematação no processo de execução⁹³, a adjudicação, o calendário processual, os acordos de procedimento em geral etc.

O universo de negócios processuais é significativamente amplo⁹⁴. Uma considerável parte dos atos procedimentais praticados pelas partes pode, com grande vantagem, ser enquadrada como autênticos negócios jurídicos processuais.

Encontram-se no processo tanto negócios *unilaterais* (que se perfazem pela manifestação de apenas uma vontade), como a *desistência* e a *renúncia*, quanto negócios *bilaterais* (que se perfazem pela manifestação de duas vontades), como é o caso da *eleição negocial do foro* e *suspensão convencional do andamento do processo*. Não deveria haver maiores dúvidas a respeito do tema. Parece claro que, se a *renúncia* é um negócio jurídico, como reputa a doutrina de maneira generalizada⁹⁵, não atribuir a mesma natureza jurídica à *renúncia ao direito de recorrer*, por exemplo, seria incoerência que não se pode aceitar.

processo instaurado por um dos sócios (BRAGA, Paula Sarno. Primeiras Reflexões sobre uma Teoria do Fato Jurídico Processual, cit., p. 314).

93. Sobre a arrematação como ato negocial: DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula Sarno. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010, v. 5, p. 640-641; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. X. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 353 e segs.; ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 11. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 702.
94. É possível identificar, como o faz VITIRITTO (VITIRITTO, Benedito Mário. Reflexões sobre o Negócio Jurídico Processual. In: *O Julgamento Antecipado da Lide e Outros Estudos*. Belo Horizonte: Lemi, s/a, p. 114 e segs.), negócios processuais que interferem no início (petição inicial), no desenvolvimento (acordo para suspensão do processo) e no término (desistência) da relação processual, ou do procedimento, diríamos.
95. Na doutrina, por exemplo, GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 297 e segs.

Bem pensadas as coisas, na própria petição inicial há pelo menos o negócio jurídico processual⁹⁶ de *escolha do procedimento* a ser seguido, visualizado com mais facilidade quando o autor pode optar entre diversos procedimentos: mandado de segurança ou procedimento ordinário, Juizados Especiais ou procedimento sumário etc.

Os atos judiciais também podem ser enquadrados na categoria dos negócios jurídicos; fala-se então de *negócio jurídico processual judicial*⁹⁷, porque o sistema admite para certos atos uma margem de liberdade de escolha para o juiz (v.g. poder geral de efetivação, art. 461, § 5º do CPC-1973; NCPC, art. 521, § 1º), sendo relevante o exame dessa classe de fatos processuais para o tratamento do problema dos provimentos judiciais condicionais, o que será feito posteriormente, quando se chegar ao estudo do plano da eficácia.

Os negócios jurídicos *bilaterais* costumam ser divididos em *contratos*, quando as vontades dizem respeito a interesses contrapostos, e *acordos* ou *convenções*, quando as vontades se unem para um interesse comum⁹⁸. Não se nega a possibilidade teórica de um *contrato processual*⁹⁹, mas é certo que são mais abundantes os exemplos de *acordos* ou *convenções processuais*¹⁰⁰.

96. Vai ainda mais além PAULA COSTA E SILVA, com argumentos muito bons, que aproxima o *acto postulativo* do ato negocial. Defende que é ato que delimita o objeto do processo e que traduz o que a parte “quer” do tribunal. Traduz manifestação de vontade, com escolha dos efeitos desejados, sendo que o tribunal fica adstrito ao que lhe foi pedido (SILVA, Paula Costa e. *Acto e Processo*, cit., p. 318 ss.). Entendendo a petição inicial como negócio processual: CUNHA, Paulo. *Apontamentos de Processo Civil e Comercial*. Lisboa: s/e, 1938, v. 2, p. 34.

97. Sobre o assunto, conferir: NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios Jurídicos Processuais: Análise dos provimentos judiciais como atos negociais*. Salvador: Tese de Doutorado da UFBA, 2011, p. 109 e segs.

98. Por exemplo, GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 297 e segs.; BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Fernando de Miranda (trad.). Coimbra: Coimbra Editora, 1969, t. 2, p. 198.

99. Admitindo, por exemplo, *contratos processuais*, ECHANDIA, Devis. *Teoria General del Proceso*. 3 ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, s/a, p. 380-381.

100. BARBOSA MOREIRA já havia percebido a circunstância, sugerindo, inclusive, a designação “convenção processual”, “de cunho mais técnico e, sobretudo, mais

Há *negócios jurídicos processuais* que precisam ser homologados pelo juiz, como é o caso da *desistência do processo* (CPC-1973, art. 158, parágrafo único; NCPC, art. 167, parágrafo único), outros não precisam desta chancela, como a desistência do recurso¹⁰¹. A necessidade de homologação judicial não descaracteriza o ato como *negócio*¹⁰², *assim como não deixa de ser negócio jurídico o acordo de divórcio consensual em que há filhos menores, apenas porque ele se submete à homologação judicial. A autonomia privada pode ser mais ou menos regulada, mais ou menos submetida a controle, mas isso não descaracteriza o ato como negócio*¹⁰³. *Todo efeito jurídico é, obviamente, consequência da incidência de um enunciado normativo sobre um fato jurídico; ora a norma confere à autonomia privada mais liberdade para a produção de eficácia jurídica, ora essa liberdade é limitada*¹⁰⁴.

O relevante para caracterizar um ato como *negócio jurídico* é a circunstância de a vontade estar direcionada não apenas à prática do ato, mas, também, à produção de um determinado efeito jurídico, com poder de autorregramento; no negócio jurídico, há escolha da categoria jurídica, do regramento jurídico para uma determinada situação.

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

aderente à linguagem do Código, que usa 'convenção' nos arts. 111, 181, 265, n. II, 333, parágrafo único, 453, n. I..." (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Convenções das partes sobre matéria processual. Temas de direito processual – terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 89.). Trata-se de estudo seminal sobre o tema, de leitura obrigatória.

101. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 5, p. 333.
102. Percebeu o ponto, mais uma vez, MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Convenções das partes sobre matéria processual*, cit., p. 90.
103. "Não se poderia reconhecer à autonomia da vontade, no campo processual, atuação tão ampla como a que se lhe abre o terreno privatístico". (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Convenções das partes sobre matéria processual*, cit., p. 91.)
104. Com posicionamento semelhante, BRAGA, Paula Sarno. *Primeiras Reflexões sobre uma Teoria do Fato Jurídico Processual*, cit., p. 312 ss.

negócio o figurante precisasse estipular livremente o conteúdo de todos os efeitos. Oportuna, a propósito, a ponderação lançada por PAULA COSTA E SILVA a respeito das tentativas doutrinárias de recusar o caráter negocial de certos atos do processo quando não houvesse ligação direta entre a vontade e os efeitos respectivos:

[...] a expressão negócio processual pode induzir em erro se através dela se pretende, uma vez mais, afirmar que todos os efeitos induzidos por um acto processual devem ser abrangidos pela vontade do respectivo autor. Há efeitos do acto processual negocial que continuam a estar tabelados. Os efeitos que os actos, independentemente do respectivo conteúdo e zona de ataque, têm no processo estão estabelecidos por lei.¹⁰⁵

Essa necessidade de correspondência unívoca entre a vontade e os efeitos resultantes do ato – como se todos os efeitos do ato estivessem ligados ao querer do agente –, nem mesmo no plano do direito material sempre se verificaria¹⁰⁶, daí por que a rejeição ao negócio jurídico processual, por tal argumento, não nos parece decisiva.

Esses negócios jurídicos têm como objeto situações tipicamente processuais. Conforme assinala TEIXEIRA DE SOUSA, “é a disponibilidade sobre os efeitos processuais que afere a admissibilidade dos negócios processuais”¹⁰⁷. Assim, *v.g.*, a convenção das partes para suspensão do processo, celebrada durante o transcorrer do procedimento, não poderia, segundo nos parece, ser caracterizada como um negócio de direito substancial, o

105. SILVA, Paula Costa e. *Acto e Processo – o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 270.

106. Quando alguém saca uma nota promissória (negócio jurídico unilateral de direito cambiário), não exige a lei que o emitente configure todos os efeitos decorrentes do seu ato. Além disso, há vários efeitos que operam mesmo que o emitente não os queira. Assim, *v.g.*, ao emitir uma nota promissória agrega-se-lhe inapelavelmente o caráter de título executivo (CPC-1973, art. 585, I). São, como se vê, efeitos previstos na lei, contra os quais a vontade do estipulante nada pode, mas, nem por isso, se cogita de afastar o caráter negocial daquele ato.

107. SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o Novo Processo Civil*. 2. ed. Lisboa: Lex, 1997, p. 193.

mesmo se podendo dizer quanto ao acordo de distribuição do ônus da prova quando o litígio verse sobre direitos disponíveis (CPC-1973, art. 333, parágrafo único), ou quanto ao pacto para substituição do bem penhorado na execução.

Negar a esses negócios o caráter processual significaria reconhecer-lhes a natureza substancial e, automática e exclusivamente, estender-lhes todo o regime jurídico de direito material. Parece inegável, contudo, que o regime jurídico processual também deve ser aplicado a esses acordos (v.g. no tocante à representação processual, aos pressupostos de validade do ato, que serão examinados segundo a disciplina do Código de Processo Civil etc.).

3. ILÍCITOS PROCESSUAIS

Há no processo também atos *ilícitos*: condutas que estão em desconformidade com o Direito.

Adota-se, aqui, a classificação dos ilícitos feita por FELIPE BRAGA NETTO¹⁰⁸, que, embora baseada na obra de PONTES DE MIRANDA e MARCOS BERNARDES DE MELLO, avança um tanto em relação a essas. Os *ilícitos* podem ser classificados de acordo com os seus efeitos em: *indenizativos*, *caducificantes*, *invalidantes* e *autorizantes*.

Ilícito indenizativo é o ato contrário ao Direito cujo efeito jurídico é o surgimento de um dever de indenizar. Exemplo mais famoso no direito processual civil é a *litigância de má-fé* (CPC-1973, art. 17; NCPC, art. 83), cujas consequências jurídicas estão reguladas no art. 18 do mesmo Código: “Art. 18. 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

108. BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Teoria dos ilícitos civis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou”¹⁰⁹.

Ilícito invalidante é a conduta contrária ao Direito cujo efeito jurídico é dar ensejo à invalidação (desfazimento) de um ato jurídico. A invalidação é a *sanção* cominada para as hipóteses em que se reconheça que o ato foi praticado sem o preenchimento de algum requisito havido como relevante¹¹⁰, e, portanto, em desconformidade com o direito. O estudo da ilicitude processual que leva à invalidade do ato ou do procedimento será feito quando se vier a tratar do plano da validade.

Ilícito autorizante é a conduta contrária ao Direito que gera para o ofendido ou outro sujeito processual uma *situação jurídica ativa* que lhe permite praticar um determinado ato. É o caso, por exemplo, da conduta do executado que impede a entrada do oficial de justiça, tentando obstar a penhora, que autoriza o oficial de justiça, mediante ordem judicial, a arrombar portas, móveis e gavetas (CPC-1973, art. 660-662; NCPC, art. 802).

Há, ainda, o ilícito caducificante, que é a conduta contrária ao Direito que tem por consequência a perda de uma situação jurídica ativa por aquele que o praticou. Trata-se de ilícito preclusivo. É o caso, por exemplo, do atentado, que pode resultar na proibição do sujeito de falar nos autos, enquanto não purgar os efeitos do ilícito (CPC-1973, art. 881; sem disposição equivalente no NCPC). O ilícito caducificante será objeto de estudo mais aprofundado na parte destinada ao plano da eficácia, quando se vier a tratar da preclusão.

109. O art. 84 do NCPC prevê: “Art. 84. O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa que não deverá ser inferior a dois por cento, nem superior a dez por cento, do valor corrigido da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, além de honorários advocatícios e de todas as despesas que efetuou.”

110. É o que PONTES DE MIRANDA chama de “ilícito nulificante” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, IV, cit., p. 144-145).



**PLANO DA
VALIDADE**



CAPÍTULO I

AS INVALIDADES PROCESSUAIS

SUMÁRIO • 1. Nota introdutória – 2. Regras do sistema de invalidades processuais: 2.1. O ato processual defeituoso produz efeitos até a sua invalidação. Toda invalidade processual é decretada; 2.2. Os tipos de defeito processual; 2.3. Não há invalidade sem prejuízo; 2.4. Intervenção do ministério público e invalidade; 2.5. Princípio do aproveitamento dos atos processuais defeituosos. O princípio da fungibilidade; 2.6. Sanabilidade de qualquer defeito processual; 2.7. Invalidade do procedimento (inadmissibilidade) e invalidade de cada um dos atos do procedimento; 2.8. Invalidação de atos do juiz, das partes e dos auxiliares da Justiça; 2.9. Princípios da proporcionalidade, cooperação e economia processual aplicados ao sistema das invalidades processuais – 2.10. O princípio da lealdade processual (proibição do venire contra factum proprium) – 3. Decisão sobre a invalidade e preclusão – 4. O regime jurídico de invalidade de atos de direito material aplicado aos atos processuais.

1. NOTA INTRODUTÓRIA

O fenômeno jurídico deve ser examinado em três planos distintos: existência, validade¹ e eficácia.

O *plano da existência* refere-se aos fatos jurídicos; o *plano da eficácia*, às situações jurídicas (efeitos jurídicos, dentre os quais o mais importante é a relação jurídica).

O *plano da validade* é exclusivo de alguns fatos jurídicos, mais precisamente dos atos jurídicos (negócios jurídicos e atos jurídicos em sentido estrito)², fatos humanos cujo suporte fático

-
1. Negando a existência do plano da validade, SILVA, Beclaute Oliveira. A (In)Consistência do Plano da Validade Na Concepção Pontiana – Ato Jurídico Inválido: Argumento Ou Artificio. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, v. 35, p. 203-223.
 2. Há quem restrinja o plano da validade aos negócios jurídicos. “Eis aí, pois, um plano para exame, peculiar ao negócio jurídico – o plano da validade, a se interpor entre o plano da existência e o plano da eficácia”. (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico*. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 24). Também adotando a linha de que apenas os negócios jurídicos submetem-se ao plano da validade, GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 337-354.

dá relevância à vontade. Há fatos jurídicos que não se submetem ao plano da validade, como são os casos dos *fatos ilícitos* (não se fala de nulidade do crime), dos *atos-fatos* (não se cogita da nulidade de uma pintura) e dos *fatos jurídicos naturais* (infelizmente não se invalida a morte)³.

A validade do ato diz respeito à eficiência com que o seu suporte fático foi preenchido. Se houver o preenchimento da *hipótese de incidência* (previsão do fato em enunciado normativo) de maneira deficiente, surgirá defeito que pode autorizar a nulificação do *ato* (= invalidação, que se refere tanto à *decretação* do nulo quanto à *anulação*): a destruição de um ato jurídico em razão de um seu defeito⁴.

Não se pretende proceder a uma tentativa de distinção entre *nulidade* e *anulabilidade*; a tarefa, frise-se, é das mais árduas. Os critérios distintivos são vários, mas nem sempre o legislador é fiel às lições doutrinárias. Neste momento, cumpre apenas fazer duas observações: a) ambas são hipóteses de invalidação dos atos jurídicos, com regimes jurídicos distintos (legitimidade para arguir, forma de arguição, prazo, sanabilidade do defeito, retroatividade da decretação da invalidade etc.); b) não obstante as diferenças, a invalidação é sempre uma decisão constitutiva negativa.

Não há efeitos jurídicos nulos: os efeitos jurídicos existem ou não. É como afirma PONTES DE MIRANDA: “Não há relação jurídica nula nem direito nulo, nem pretensão nula, nem ação nula, como não há relação jurídica anulável, nem direito anulável, nem pretensão anulável, nem ação anulável. Nulo ou anulável ou rescindível é o ato jurídico, inclusive o ato jurídico processual, como a sentença”⁵.

-
3. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, IV. 3. ed. São Paulo: RT, 1983, p. 4.
 4. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, IV. 3. ed. São Paulo: RT, 1983, p. 3.
 5. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, VI. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 141. Assim, também, MOREIRA, José Carlos Barbosa. Invalidade e ineficácia do negócio jurídico. In: *Revista de Direito Privado*. São Paulo: RT, 2003, n. 15, p. 226.

Em suma, o “fato jurídico, primeiro, *é*; se *é*, e somente se *é*, pode ser *válido, nulo, anulável, rescindível, resolúvel* etc.; se *é*, e somente se *é*, pode irradiar efeitos, posto que haja fatos jurídicos que não os irradiam, ou ainda não os irradiam”⁶.

O ato jurídico inválido *não é ato inexistente*, não é zero-ato jurídico, é ato jurídico menor que um (< 1)⁷. *Ato inexistente* não tem defeito; ele não *é*.

“Defeito não é falta. O que falta não foi feito. O que foi feito, mas tem defeito, existe. O que não foi feito não existe, e, pois, não pode ter defeito. O que foi feito, para que falte, há, primeiro, de ser desfeito. Toda afirmação de falta contém enunciado existencial negativo: não há, não *é*, não existe; ou afirmação de ser falso o enunciado existencial positivo: *é* falso que haja, ou que seja, ou que exista. Faltar *é* derivado de *fallere*, como falso; ao passo que defeito vem de *deficio* (*facio*) e sugere estar mal feito”⁸.

Nem todo defeito implica invalidação: a lei pode permitir a conversão do ato jurídico defeituoso em outro ato jurídico (art. 170 do Código Civil)⁹, considerar o vício irrelevante ou, ainda, não obstante a falha, aproveitar o ato deficiente. A invalidação é a consequência mais drástica que pode advir da prática de um ato jurídico defeituoso.

A validade de um ato deve ser examinada contemporaneamente à sua formação. O ato jurídico pode nascer defeituoso. A invalidade é sempre decorrência de um problema congênito.

-
6. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, I. 4. ed. São Paulo: RT, 1983, introdução, n. 9, p. XX. Desconhecemos a existência de uma teoria do fato jurídico que se equivalha em importância, coerência e magnitude à de PONTES DE MIRANDA. De um modo geral, adotam-se aqui as linhas por ele traçadas.
 7. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, IV. 3. ed. São Paulo: RT, 1983, p. 21.
 8. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, IV. 3. ed. São Paulo: RT, 1983, p. 13-14.
 9. Art. 170 do Código Civil: “Se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade”.

O defeito pode estar no próprio ato (cláusula abusiva de um contrato, por exemplo) ou ser anterior a ele (coação, dolo, erro etc.), mas jamais pode ser posterior ao ato¹⁰. Se o ato jurídico é válido, os fatos que lhe sejam supervenientes afetarão a sua existência ou a sua eficácia, não a sua validade. A *resolução* e a *revogação*, por exemplo, são causas de extinção de atos jurídicos por fatos supervenientes à sua formação.

O ato inválido é – portanto pode produzir efeitos. Não é correto dizer que toda hipótese de nulidade implica a impossibilidade de o ato produzir efeito: é possível que atos nulos produzam efeitos até a sua desconstituição (veja-se a hipótese conhecida do casamento nulo) – e, como será visto adiante, é isso o que ocorre com as invalidades processuais.

Todo ato inválido, pouco importa o grau da invalidade, precisa ser desfeito. Saber se a nulificação (a) dá-se *ex officio* ou por provocação do interessado, (b) se gera efeitos retroativos ou *ex nunc*, (c) se está ou não submetida a prazo de decretação, (d) se pode ser feita por ação e/ou exceção, embora importantes, são questões cuja resposta dependerá do exame do direito positivo, variando conforme o regime jurídico estabelecido pelo legislador, a partir da relevância que dê a este ou aquele defeito do ato jurídico¹¹. A circunstância de a nulificação retirar retroativamente os efeitos do ato jurídico ou destruir ato jurídico que não produziu qualquer efeito (nulo *ipso iure*) não é relevante para retirar-lhe a qualidade jurídica de *sanção* – portanto decretável, e não declarável. Não se declaram nulidades, *decretam-se*

10. “Quanto à invalidade sobrevinda, a lógica obriga a tê-la como *contradictio in terminis*”. (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, IV. 3. ed. São Paulo: RT, 1983, p. 221.). Também assim, MOREIRA, José Carlos Barbosa. Invalidade e ineficácia do negócio jurídico. In: *Revista de Direito Privado*. São Paulo: RT, 2003, n. 15, p. 226.

11. Confira-se, por exemplo, o caso da simulação, que, de defeito apto a gerar simples anulabilidade no Código Civil de 1916 (art. 147, II), se transformou em defeito gravíssimo, apto a gerar nulidade absoluta do negócio jurídico no Código Civil de 2002 (art. 167). Sobre o tema, MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, IV. 3. ed. São Paulo: RT, 1983, p. 4.)

nulidades¹². A nulificação não é um juízo descritivo (declaratório do defeito); trata-se de decisão em que se aplica a sanção de invalidade, em razão do reconhecimento da relevância do defeito do ato jurídico (atipicidade relevante, como afirma CALMON DE PASSOS).

É importante repensar a categoria dos atos ilícitos, normalmente relacionados apenas à responsabilidade civil ou penal. O ato inválido é um ato que contém um ilícito, cuja sanção é a nulificação¹³. A invalidação é a sanção cominada para as hipóteses em que se reconheça que o ato foi praticado sem o preenchimento de algum requisito havido como relevante¹⁴.

-
12. Arremata PONTES DE MIRANDA: "Ambas as sentenças que decretam a nulidade e a anulabilidade são constitutivas negativas...". (*Tratado de direito privado*, IV. 3. ed. São Paulo: RT, 1983, p. 33). Ainda nesse sentido, GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no processo*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1993, p. 76-82, em que explica a impropriedade da utilização da expressão "nulidade de pleno direito", visto que, por ser sanção, toda nulidade precisa ser decretada; DALL'AGNOL, Antonio Janyr. *Invalidades processuais*. Porto Alegre: LEJUR, 1989, p. 20; ASSIS, Araken de. Eficácia da coisa julgada inconstitucional. In: DIDIER Jr, Fredie (coord.). *Relativização da coisa julgada – enfoque crítico*. Salvador: Jus Podivm, 2004.
 13. Conforme bem ressaltou ANTONIO DO PASSO CABRAL, "não há nenhum problema em caracterizar a nulidade como uma sanção, mas com os cuidados de não equipará-la a uma pena. Isso porque as sanções jurídicas a comportamentos humanos que se desejam reprimir ou desestimular podem também ser operadas pela negativa de efeitos jurídicos à conduta contrária à lei" (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. 31-32).
 14. É o que PONTES DE MIRANDA chama de "ilícito nulificante" (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, IV. 3. ed. São Paulo: RT, 1983, p. 144-145). No mesmo sentido, reputando a invalidação como uma sanção: GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 472; MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico – Plano da Validade*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 45-46; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Teoria dos ilícitos civis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 104-106; GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no processo*, cit., p. 12-17; ZANNONI, Eduardo A. *Ineficácia y nulidad de los actos jurídicos*. 3. reimpressão. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2004, p. 160-162, especialmente a nota 91, em que há amplas referências bibliográficas. Roque Komatsu, que não considera a invalidade uma sanção, fez ampla pesquisa doutrinária sobre o tema, que merece ser consultada (*Da invalidade no processo civil*. São Paulo: RT, 1991, p. 181, nota 18).

Não se pode confundir, ainda, o defeito com a sanção. Invalidação é a sanção e não o defeito que lhe dá causa. A coação é o defeito; a anulação é a sanção; a incapacidade é o vício, a nulificação, a sanção etc.¹⁵ Não se pode baralhar ato defeituoso com ato inválido; ato defeituoso é o que se vê,¹⁶ ato inválido decorre do reconhecimento do defeito pelo magistrado, com a conseqüente destruição do ato. Nem todo ato defeituoso é inválido (dependerá do vício), embora todo ato inválido seja defeituoso¹⁷.

PAULO MODESTO arremata, com brilho, a relação que se deve estabelecer entre o defeito (irregularidade, ilegalidade, inconstitucionalidade etc.) e a invalidação, encarada essa como sanção. A lição merece transcrição integral¹⁸:

“Em direito, e em especial no direito administrativo, é equivocado identificar ilegalidade e invalidez. A ilegalidade (no sentido amplo de irregularidade normativa) encerra um juízo de constatação, verificação ou conhecimento sobre uma específica relação entre normas (*relação sintática*): diz respeito à desconformidade de uma norma inferior em face de uma norma superior de observância obrigatória. Traduz *juízo descritivo*, segundo o qual norma inferior contraria norma superior, ou invade esfera própria de aplicação de norma especial, segundo o disposto em norma superior. A ilegalidade, a inconstitucionalidade, ou qualquer outra espécie de irregularidade jurídica, considerada neste sentido descritivo, encerra asserção presumidamente lógica (embora, por óbvio, também inevitavelmente axiológica). Mas a invalidez, reversamente, decorre de

-
15. ASSIS, Araken de. Eficácia da coisa julgada inconstitucional, cit., p. 42; MOREIRA, José Carlos Barbosa. Invalidez e ineficácia do negócio jurídico, cit., p. 226.
 16. DALL'AGNOL, Antonio Janyr. *Invalidades processuais*, cit., p. 14.
 17. DALL'AGNOL, Antonio Janyr. *Invalidades processuais*, cit., p. 22.
 18. Voto de relator proferido nos julgados de Processos administrativos que tramitam na Universidade Federal da Bahia, iniciados em 2005 na Faculdade de Direito dessa universidade, tombados sob os números 23066.037018/05-68, 23066.037016/05-32, 23066.037023/05-06, 23066.037027/05-59, 23066.037045 /05-31, 23066.037047/05-66.

uma decisão jurídica, traduz um *juízo normativo*, adotado apenas a partir de uma ponderação entre o valor da legalidade/irregularidade e o valor da estabilidade das relações jurídicas, ou o valor de outro princípio jurídico reconhecido pelo sistema. A invalidez de um ato somente é decretada após uma *avaliação de sua necessidade* (isto é, decorre de um juízo sobre uma relação sintático-semântico-pragmática: norma-realidade normada-utente da norma).

O juízo de invalidez normativa pressupõe o juízo de irregularidade da norma, mas nem toda irregularidade jurídica importa em invalidez. Há irregularidades não invalidantes, ou, no mesmo dizer, ilegalidades não invalidantes. São inúmeras as situações em que o ordenamento preserva a norma editada irregularmente como válida (irregularidades formais sem prejuízo, normas referentes a situações consolidadas, atos de funcionários de fato ou atos cuja decretação de invalidez importaria grave dano a princípios relevantes do ordenamento). Mais do que isso: o ordenamento encarrega-se de prever diversos mecanismos de preservação e correção de normas ilegais, ou irregulares: a convalidação, a conversão e a estabilização de normas ilegais. Neste diapasão, pode-se afirmar que a *invalidez é uma forma de sanção da ilegalidade e não um efeito lógico necessário da irregularidade normativa*.

A validade é uma qualidade contra-fática. *As normas valem até que sejam invalidadas*. Não há invalidez (ausência de obrigatoriedade de norma jurídica) automática. *Toda invalidez reclama decretação*. É impróprio, portanto, tratar da invalidez como consequência normativa em sentido semelhante à consequência presente nas relações fáticas. Não há causalidade entre a irregularidade na composição do suposto normativo e a invalidez como consequência. A relação é de imputação, não de causalidade. Trata-se de consequência que exige valoração e decisão; não se contenta com o simples conhecimento. Não há invalidez como dado original e ontológico de qualquer norma. A invalidez é qualidade atribuída, derivada de um juízo de ponderação que excede a mera apreciação da norma de forma isolada”.

Essas noções são conceitos lógico-jurídicos: independem do direito positivo que se examina. Não se trata de conceitos elaborados pelo direito positivo, mas, sim, pela ciência. Aplicam-se, portanto, ao direito processual e convém acrescentar: nenhum estudo sobre a fenomenologia jurídica, em qualquer dos ramos do direito, pode deles prescindir.

É com base nessas premissas teóricas que se examinará, agora, o regramento do direito processual civil brasileiro sobre a invalidação dos atos processuais.

2. REGRAS DO SISTEMA DE INVALIDADES PROCESSUAIS

O sistema das invalidades do direito civil é diferente do sistema das invalidades processuais. Ao sistema de invalidades processuais, todavia, aplicam-se todas as noções da teoria do direito sobre o plano da validade dos atos jurídicos.

O sistema das invalidades processuais é construído para que não haja invalidades¹⁹. A invalidade de um ato processual ou do procedimento é encarada pelo direito processual como algo pernicioso. A invalidação do ato deve ser vista como solução de *ultima ratio*, tomada apenas quando não for possível aproveitar o ato praticado com defeito. O magistrado deve sentir um profundo *mal-estar* quando tiver de invalidar algum ato processual.

As normas jurídicas sobre as invalidades variarão conforme o direito positivo. A sistematização que segue abaixo foi feita a partir da análise do direito processual civil brasileiro, que serve como bom parâmetro, em razão da sua completude, para fins de direito comparado.

19. Daí a surpresa de PONTES DE MIRANDA: “O que logo surpreende o leitor do Código de Processo Civil é que, no Título V, onde se trata das nulidades, a lei mais se preocupasse com as regras jurídicas contrárias à nulidade, ou à sua decretação”. (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. 3, p. 353.)

2.1. O ato processual defeituoso produz efeitos até a sua invalidação. Toda invalidade processual é decretada

O ato processual defeituoso produz efeitos até a decretação da sua invalidade. Não há invalidade processual de *pleno direito*. Toda invalidade processual precisa ser decretada – como se viu, toda invalidade precisa ser decretada, a invalidade processual apenas confirma essa regra. Trata-se de lição aceita com bastante tranqüilidade na doutrina nacional²⁰.

2.2. Os tipos de defeito processual

Não há interesse prático na classificação das invalidades processuais. Se toda invalidade processual precisa ser decretada, e somente *o será se respeitadas as normas examinadas a partir do sub-item seguinte*, não há razão para a criação de uma tipologia das invalidades²¹. Qualquer teorização a respeito do assunto seria bastante precária, porquanto dependente sempre do direito positivo – seria uma teoria pautada em conceitos *jurídico-positivos*. As teorias gerais devem ser construídas

-
20. Neste sentido, apenas para exemplificar, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 5. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 162; PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*, cit., *passim*; GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no processo*, cit., p. 76-82; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros Ed, 2001, v. 2, p. 586-587; KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*. São Paulo: RT, 1991, p. 206-208; CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1974, v. 8, p. 147; DALL'AGNOL, Antonio Janyr. *Invalidades processuais*. Porto Alegre: LEJUR, 1989, p. 20; MITIDIERO, Daniel. "O problema da invalidade dos atos processuais no Direito Processual Civil brasileiro". *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênese, 2005, n. 35, p. 53.
21. Nesta linha, PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 141-142; MITIDIERO, Daniel Francisco. "O problema da invalidade dos atos processuais no Direito Processual Civil brasileiro contemporâneo". In *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênese, 2005, n. 35. p. 55-56.

a partir de conceitos *lógico-jurídicos*²², aplicáveis a qualquer direito positivo, independentemente de contingências.

A invalidade é sempre uma *sanção*, não havendo qualquer diferença se foi aplicada *ex officio* ou por provocação. Só há uma categoria processual digna de nota: a invalidade processual.

Sucede que há diversas causas de invalidade processual e o regime jurídico de invalidação dos atos/procedimento nem sempre é o mesmo. A distinção que precisa ser feita não é a dos tipos de invalidade. É necessário distinguir *os tipos de defeito processual*, a partir do regime jurídico de aplicação da *sanção* de invalidade, que dele é consequência. Alerta-se que é impossível (e pouco útil) fazer uma sistematização exaustiva dos defeitos, tampouco é recomendável listar um número muito grande de exemplos. Como o regime jurídico da invalidação depende de regra do direito positivo, nada impede que, por uma mudança legislativa, um defeito que, antes, gerava uma invalidade sob certos pressupostos, passe a gerar invalidade submetida a um outro e bem diverso regramento.

Premissas estabelecidas, eis a tipologia sugerida.

a) Há defeitos processuais que não geram qualquer invalidade. São defeitos mínimos, chamados por muitos doutrinadores de *meras irregularidades*. São exemplos: “o advogado realiza sustentação oral sem utilizar as vestes talares, regimentalmente exigidas; o escrivão certifica haver procedido à juntada de uma ‘sentença’, referindo-se, em verdade, a uma decisão interlocutória”²³, desrespeito às exigências de numeração e rubrica das folhas dos autos (CPC-1973, art. 167; NCPC, art. 174) e de utilização de uso de tinta escura e indelével (CPC-1973, art. 169; NCPC, art. 176) etc.

22. Para a distinção entre os conceitos jurídico-positivos e os conceitos lógico-jurídicos, conferir: DIDIER JR., Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida*. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 38 e segs.

23. TALAMINI, Eduardo. “Notas sobre a teoria das nulidades no processo civil”, cit., p. 47. Sobre o tema das *meras irregularidades*, recomenda-se a leitura de DALLAGNOL, Antonio Janyr. Por um conceito de irregularidade processual. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (org.). *Saneamento do processo – Estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 83-108.

É preciso, ainda, fazer uma observação de ordem técnica. Em algumas classificações apresentadas pela doutrina, aparece a *irregularidade*, como espécie de vício do ato processual, ao lado de algumas espécies de nulidade. Essa opção não é correta. Não se pode colocar, em uma classificação, itens que possuem naturezas distintas. Não se pode, por exemplo, em uma classificação de verbos, incluir substantivos ou advérbios. Não se pode, em uma classificação de fatos (os defeitos), incluir as suas consequências. *Irregularidade* é defeito; *nulidade* é sanção, consequência do defeito. Ou se classificam os defeitos dos atos processuais, ou se opta pela classificação das diversas consequências jurídicas que podem surgir desses vícios. A opção aqui eleita é a primeira, conforme já anunciado linhas atrás.

b) Há defeitos processuais que geram invalidade que não pode ser decretada *ex officio*. Esses defeitos são raros. São situações em que a forma do ato processual é estabelecida com o objetivo de resguardar interesse particular. Normalmente, há previsão legal nesse sentido. A invalidade nesses casos deve ser requerida ou pela parte prejudicada, e o silêncio no primeiro momento que lhe couber falar nos autos a respeito implicará preclusão (incompetência relativa, p. ex.), ou por um terceiro (situação rara), como é o caso da invalidade de ato do cônjuge praticado sem consentimento do outro (arts. 1.649-1650²⁴ do Código Civil, c/c art. 10 do CPC-1973). Um bom exemplo é o desrespeito ao comando do parágrafo único do art. 459 do CPC-1973²⁵, defeito que gera invalidade que somente pode ser requerida pelo autor, beneficiário da regra ali prevista²⁶. Da mesma maneira, somente o recorrido

24. “Art. 1.649. A falta de autorização, não suprida pelo juiz, quando necessária (art. 1.647), tornará anulável o ato praticado, podendo o outro cônjuge pleitear-lhe a anulação, até dois anos depois de terminada a sociedade conjugal. Parágrafo único. A aprovação torna válido o ato, desde que feita por instrumento público, ou particular, autenticado. Art. 1.650. A decretação de invalidade dos atos praticados sem outorga, sem consentimento, ou sem suprimento do juiz, só poderá ser demandada pelo cônjuge a quem cabia concedê-la, ou por seus herdeiros”.

25. “Quando o autor tiver formulado pedido certo, é vedado ao juiz proferir sentença ilíquida”.

26. Neste sentido, enunciado n. 318 da súmula da jurisprudência predominante do Superior Tribunal de Justiça: “Formulado pedido certo e determinado, somente o autor tem interesse recursal em argüir o vício da sentença ilíquida”.

pode pedir a inadmissibilidade do recurso de agravo de instrumento, na hipótese de o recorrente não ter cumprido a exigência do parágrafo único do art. 526 do CPC-1973²⁷.

Cumpra lembrar que os vícios de vontade nos atos processuais das partes submetem-se ao regramento comum: somente dão ensejo à invalidade se houver provocação neste sentido (p. ex.: coação e erro podem invalidar a *confissão*, art. 352 do CPC-1973²⁸ c/c o art. 214 do Código Civil).

c) Há invalidades processuais que podem ser decretadas *ex officio*. Trata-se, normalmente, de invalidades que decorrem de *defeitos do procedimento*, como a ausência de “pressupostos processuais” (CPC-1973, art. 267, § 3º²⁹). Em tais situações, *pendente o processo*, não há preclusão do poder de invalidar nem há restrição quanto à legitimidade para suscitá-la, tendo em vista que o magistrado pode *nulificar ex officio*.

d) Finalmente, há os defeitos que levam a invalidade que pode ser decretada *ex officio*, mas, não tendo havido impugnação da parte prejudicada, no primeiro momento que cabe a ela falar nos autos, há preclusão. Trata-se do tipo de *defeito* cuja identificação é a mais difícil. É muito importante, porém, admitir a sua existência, até mesmo para mitigar a regra de que toda invalidade que pode ser decretada *ex officio* pode sê-lo a qualquer tempo, o que compromete a segurança jurídica e as finalidades do processo. Vejamos três casos:

- i) o magistrado pode invalidar uma citação *ex officio*, mas, se o réu apresentar a sua resposta, e não se manifestar sobre isso, há *preclusão* da possibilidade de invalidação do procedimento por tal motivo, *independentemente* da verificação de ocorrência do prejuízo;

27. DIDIER Jr., Fredie. “Questões controvertidas sobre o agravo (após as últimas reformas processuais)”. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação das decisões judiciais*. Teresa Wambier e Nelson Nery Jr. (coord.) São Paulo: RT, 2003, p. 286-290.

28. NCPC, art. 379.

29. Prevê o art. 472, § 3º do NCPC: “§ 3º O juiz conhecerá de ofício da matéria constante dos incisos IV, V e VI, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado.”

- ii) o magistrado pode determinar, *de-ofício*, a correção da escolha equivocada do procedimento, feita pelo autor, que optou pelo *ordinário* quando o caso era para o *sumário*, mas, se o réu apresentar resposta e nada falar a respeito, *preclusão*;
- iii) o órgão jurisdicional pode reconhecer a sua incompetência em razão da abusividade de uma cláusula contratual de eleição de foro, mas, se não o fizer no primeiro momento e o réu nada alegar a respeito, há *preclusão* (CPC-1973, art. 112, par. ún, c/c art. 114; NCPC, arts. 64 e 65).

2.3. Não há invalidade sem prejuízo

A invalidade processual é sanção que somente pode ser aplicada se houver a conjugação do defeito do ato processual (pouco importa sua gravidade do defeito) com a existência de prejuízo. *Não há invalidade processual sem prejuízo (pas de nullité sans grief)*³⁰. A invalidade processual é sanção que decorre da incidência de regra jurídica sobre um suporte fático composto: defeito + prejuízo.

Há *prejuízo* sempre que o defeito impedir que o ato atinja a sua finalidade³¹. Em qualquer caso. Sempre – mesmo quando se trate de nulidade cominada em lei, como aquela decorrente da constatação de que uma decisão fora proferida por juízo absolutamente incompetente (CPC-1973, art. 113, § 2º³²), ou as chamadas *nulidades absolutas*³³.

30. Teresa Wambier denomina o fenômeno de *princípio da transcendência* (*Nulidades do processo e da sentença*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 179).

31. O art. 154 do CPC-1973 estabelece: “Os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preencham a finalidade essencial.”

32. O art. 64, § 3º do NCPC, diferentemente do Código de 1973, prevê: “§ 3º Salvo decisão judicial em sentido contrário, conservar-se-ão os efeitos das decisões proferidas pelo juízo incompetente, até que outra seja proferida, se for o caso, pelo juízo competente.”

33. Nesse sentido, BEDAQUE, José Roberto dos Santos. “Nulidade processual e instrumentalidade do processo”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1990, n. 60, p. 35-36.

Há diversos artigos do CPC-1973 que vão nesse sentido. Esse fato decorre da preocupação do nosso legislador de evitar nulidades e de lembrar ao magistrado de que, sem prejuízo, não se deve invalidar o ato processual.

O art. 244 consagra o chamado *princípio da instrumentalidade das formas*, que é uma variação do quanto aqui se disse: “Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade”³⁴⁻³⁵.

O art. 248, *segunda parte*, segue essa linha, temperando o *princípio da causalidade*, logo abaixo examinado: “...a nulidade de uma parte do ato não prejudicará as outras, que dela sejam independentes”.

O § 1º do art. 249 é no mesmo sentido: “O ato não se repetirá nem se lhe suprirá a falta quando não prejudicar a parte”.

Por fim, mas não menos importante, o art. 250, totalmente dedicado ao tema: “O erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo praticar-se os que forem necessários, a fim de se observarem, quanto possível, as prescrições legais. Parágrafo único. Dar-se-á o aproveitamento dos atos praticados, desde que não resulte prejuízo à defesa”.

Em sentido bem próximo, TALAMINI, Eduardo. “Notas sobre a teoria das nulidades no processo civil”. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2005, n. 29, p. 51.

34. No IX Congresso Mundial de Direito Processual, realizado em Portugal, em 1991, proclamou-se que esta é, no plano internacional, a mais bela regra do atual Direito Processual. (TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Código de Processo Civil anotado*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 187.)
35. ANTONIO CABRAL propõe afastar o exame de invalidação do raciocínio clássico vinculado ao princípio da instrumentalidade, para tratá-lo a partir do princípio da validade *prima facie* dos atos processuais, preconizando uma “descoberta judicial da invalidade”, influenciada pelo debate, com valorização do contraditório, e pelo exame do caso concreto (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).

2.4. Intervenção do ministério público e invalidade

A falta de intervenção do Ministério Público implica invalidade do procedimento, a partir do momento em que ele deveria ter sido intimado, *ex vi* do art. 246, *caput* e parágrafo único, do CPC-1973³⁶ (NCPC, art. 254). A participação do Ministério Público, em tais casos, é encarada como “pressuposto processual” objetivo intrínseco de validade.

O que dá ensejo à nulidade é a falta de intimação; “se intimado, deixa de intervir por qualquer motivo, nulidade não há”.³⁷ O problema da não-intervenção, embora tenha havido a intimação, resolve-se nas esferas disciplinar e administrativa.³⁸ Poderá o magistrado, nesta situação, oficiar o Chefe do Ministério Público local para que, se for o caso:

- i) seja designado outro promotor de justiça para atuar efetivamente no feito;
- ii) se apure eventual infração disciplinar. Trata-se de aplicação analógica do quanto disposto no art. 28 do Código de Processo Penal.³⁹ Acaso o magistrado não aceite a intervenção solicitada pelo membro do Ministério Público, cabe recurso contra esta decisão.

36. “É nulo o processo, quando o Ministério Público não for intimado a acompanhar o feito em que deva intervir. Parágrafo único. Se o processo tiver corrido, sem conhecimento do Ministério Público, o juiz o anulará a partir do momento em que o órgão devia ter sido intimado”.

37. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. VIII, tomo III, p. 519. Também conforme, NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*. 8ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 689.

38. FABRÍCIO, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 518.

39. Sobre o assunto, com ampla fundamentação, MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 390-393. Código de Processo Penal, art. 28: “Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender”.

A decretação de nulidade pela falta de intervenção ministerial deve ser apreciada em consonância com as diversas outras regras que norteiam o sistema de nulidades do processo civil brasileiro. Daí por que se mostra correta a conclusão 42 do VI Encontro Nacional dos Tribunais de Alçada (ENTA): “A intervenção da Procuradoria da Justiça em segundo grau evita a anulação de processo no qual o Ministério Público não tenha sido intimado em primeiro grau, desde que não demonstrado o prejuízo do interesse tutelado”. Da mesma forma, não se invalida o procedimento, pela falta de intervenção do Ministério Público, se a decisão for favorável ao incapaz, cuja presença em juízo é a causa da intervenção ministerial (CPC-1973, art. 82, I; NCPC, art. 156, II)⁴⁰.

2.5. Princípio do aproveitamento dos atos processuais defeituosos. O princípio da fungibilidade.

Somente se deve nulificar um *ato do procedimento* ou o próprio *procedimento* se não for possível aproveitá-lo – do mesmo modo que a invalidação deve restringir-se ao mínimo necessário, mantendo-se incólumes partes do ato que possam ser aproveitadas, por não terem sido contaminadas.

O magistrado deve tentar aproveitar o ato processual ou o procedimento defeituoso. Eis o *princípio do aproveitamento dos atos processuais defeituosos*, que se aplica sempre, pouco importa o grau do defeito do ato/procedimento⁴¹. Os artigos do CPC mencionados linhas atrás, que consagrarão o princípio

40. Conclusão n. 20 do 1º Encontro Nacional de Processo Civil, 1980: “O Ministério Público pode ratificar atos de que não participou e para os quais devia ser intimado, observando o princípio do prejuízo (art. 246)”. (TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Código de Processo Civil anotado*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 189.) Assim, também, TALAMINI, Eduardo. “Notas sobre a teoria das nulidades no processo civil”. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2005, n. 29, p. 51; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. “Nulidade processual e instrumentalidade do processo”, cit., p. 36-38.

41. Corretamente, BEDAQUE, José Roberto dos Santos. “Nulidade processual e instrumentalidade do processo”, cit., p. 37-38.

de que não há nulidade sem prejuízo, também servem como fundamento normativo para a aplicação do princípio ora examinado.

O *princípio da fungibilidade* dos meios processuais é a manifestação doutrinária e jurisprudencial mais clara de *aplicação* do princípio do aproveitamento dos atos processuais defeituosos. De acordo com tal princípio, é possível aproveitar um ato processual, indevidamente praticado, como outro ato (p. ex.: aproveitamento de um recurso pelo outro). Na verdade, o *princípio da fungibilidade* é a versão processual da regra da *conversão do ato nulo*, já consagrada no direito brasileiro (art. 170 do Código Civil). O *princípio da fungibilidade* diz respeito, inclusive, a qualquer juízo de admissibilidade (juízo e validade do procedimento/ato postulatório), seja relativo ao recurso⁴², seja relativo ao procedimento principal, como vem pugnando a mais prestigiada doutrina⁴³. O inciso V do art. 295 do CPC-1973 prescreve que magistrado somente indeferirá a petição inicial por erro na escolha do procedimento se não for possível adaptá-lo. Em recente alteração legislativa, consagrou-se, por exemplo, a fungibilidade das medidas urgentes (CPC-1973, art. 273, § 7º)⁴⁴. Entende-se que o direito processual brasileiro consagra o *princípio* no enunciado do art. 244 do CPC-1973, já transcrito.

42. Confrontando a fungibilidade dos recursos com o regime das invalidades em direito público, notadamente no direito administrativo, e considerando-a espécie de “conversão”, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*, cit., p. 158. Também relacionando fungibilidade dos recursos com o sistema das invalidades processuais, THEODORO Jr., Humberto. “Teoria geral dos recursos civis”. *O processo civil no limiar do novo século*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 169.

43. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. “Fungibilidade de ‘meios’: uma outra dimensão do princípio da fungibilidade”. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. Teresa Wambier e Nelson Nery Jr. (coord.) São Paulo: RT, 2001, p. 1.090-1.144.

44. Sobre o tema, DIDIER Jr., Fredie. *A nova reforma processual*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 83-94.

2.6. Sanabilidade de qualquer defeito processual

No direito processual, não há defeito que não possa ser sanado. Por mais grave que seja, mesmo que apto a gerar a invalidade do procedimento ou de um dos seus atos, todo defeito é sanável⁴⁵. Não há exceção a essa regra.

Além de poder ser sanado com a repetição do ato ou a sua simples correção (regularização posterior da procuração judicial, por exemplo), o defeito pode ser sanado: a) pela preclusão da oportunidade de apontá-lo e, pois, de suscitar a invalidade; b) pela eficácia preclusiva da *coisa julgada material* (CPC-1973, art. 474): neste caso, cumpre verificar se o *defeito processual* transformou-se em *hipótese de rescindibilidade* da decisão judicial (art. 485, CPC-1973); c) ultrapassado o prazo de dois anos da ação rescisória, a decisão judicial é mantida, sendo irrelevante a existência de defeitos que possam invalidá-la. Perceba-se que não há propriamente a correção do defeito em tais hipóteses. Na verdade, os defeitos remanescem, mas se tornam inaptos a servir de fundamento para a invalidade processual.

Mesmo nos casos de ausência de citação ou de citação defeituosa que gerou revelia, vícios *transrescisórios*⁴⁶, *que peritem a invalidação da decisão judicial após o prazo da ação rescisória* (art. 475-L, I, e art. 741, I, CPC-1973), há possibilidade de suprimento do defeito pelo comparecimento do réu ao processo (art. 214 do CPC). Para PONTES DE MIRANDA, inclusive, se o réu, citado/intimado regularmente na execução da sentença proferida em processo com tal defeito, comparecer e não o apontar, sanado está o vício, pela preclusão⁴⁷.

45. NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*. 8ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 688; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. "Nulidade processual e instrumentalidade do processo", cit., p. 36; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*, cit., *passim*.

46. TESHEINER, José Maria. *Pressupostos processuais e nulidades no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 283.

47. "Nos casos do art. 741, I, a não-arguição, tendo comparecido o executado, supre". (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, XI. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 77.)

2.7. Invalidade do procedimento (inadmissibilidade) e invalidade de cada um dos atos do procedimento⁴⁸

Há invalidade do *procedimento* (conjunto de atos) e invalidade de cada um dos *atos do procedimento*. É importante essa constatação.

A nulificação do procedimento atinge o processo como um todo e está relacionada ao não-preenchimento dos requisitos de admissibilidade do processo (“pressupostos processuais” e condições da ação). São os chamados *vícios de fundo*, segundo a conhecida classificação de TERESA WAMBIER⁴⁹. *Inadmissibilidade* é o *nomen iuris* da sanção de invalidade do procedimento⁵⁰ ou do ato postulatório.

Essa concepção deve ser aplicada a qualquer procedimento (principal ou incidental, de primeiro grau ou recursal, de conhecimento ou executivo etc.) e a qualquer ato postulatório, inicial ou incidental (petição inicial, contestação, recurso, pedido de produção de prova, reconvenção, impugnação ao valor da causa, denúncia da lide, conflito de competência, exceções instrumentais etc.). O *juízo de admissibilidade* é categoria que pertence à teoria geral do processo e se aplica ao procedimento e ao ato postulatório.

A invalidação do procedimento é tema pouco explorado doutrinariamente. Invalida-se o procedimento como se invalidam atos-complexos. O procedimento é um ato-complexo.

Enquadra-se o procedimento na categoria “ato-complexo de formação sucessiva”: os vários atos que compõem o tipo normativo sucedem-se no tempo⁵¹. A validade do ato-complexo deve

48. Sobre o tema, amplamente, DIDIER Jr., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 11-51.

49. *Nulidades do processo e da sentença*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 197-200.

50. Também equiparando as noções de admissibilidade e de nulidade, TALAMINI, Eduardo. “Notas sobre a teoria das nulidades no processo civil”. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2005, n. 29, p. 44

51. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 82.

ser examinada durante todo o período de tempo que medeia a efetivação do primeiro e a do último ato que o compoñham.

Cada um dos atos do procedimento tem os seus próprios requisitos de validade. A invalidação de um dos atos do procedimento é o que determina a invalidação dos demais atos que lhe seguirem (regra da *causalidade normativa*), impedindo a realização do ato final e impondo a invalidação do ato-complexo. Os atos praticados antes daquele que se invalidou não são afetados por essa nulificação, porquanto já executados (não há nulidade por fato posterior à prática do ato, conforme apontado no item 2).

O art. 248, *primeira parte*, do CPC-1973, consagra o princípio da *causalidade* (ou da concatenação e da *interdependência* dos atos processuais⁵²) na invalidação dos atos processuais: "Anulado o ato, reputam-se de nenhum efeito todos os subseqüentes, que dele dependam..."

Então, relembre-se: o estudo das invalidades processuais abrange não somente os defeitos relevantes (aptos a gerar invalidade) dos atos processuais, mas, também, os defeitos de todo o procedimento. Em ambos os casos, há invalidade processual, que deve seguir todo regime jurídico ora examinado⁵³. Nada justifica que se dê aos defeitos do procedimento um tratamento diverso – nem mesmo o pensamento de que os vícios que implicam inadmissibilidade, por serem mais graves, não permitiriam a adoção desta postura.

Admite-se que o órgão jurisdicional possa, nada obstante o defeito do procedimento (falta de um "pressuposto processual" de validade ou de uma condição da ação⁵⁴), em certos casos (res-

52. WAMBIER, Teresa. *Nulidades do processo e da sentença*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 180.

53. Antonio Janyr Dall'Agnol Jr. atentou para a circunstância, quando afirmou que "nulidades processuais" é expressão que tanto diz respeito à invalidade do ato processual como à do processo, como conjunto de atos processuais. (*Invalidades processuais*. Porto Alegre: LEJUR, 1989, p. 12.)

54. Em sentido diverso, não admitindo a aplicação do § 2º do art. 249 quando houver carência de ação, TALAMINI, Eduardo. "Notas sobre a teoria das nulidades no processo civil". *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2005, n. 29, p. 51.

salvados o impedimento/suspeição, se a parcialidade ocorrer em favor do réu, e a incompetência absoluta), ignorando-o, avançar no mérito e rejeitar a pretensão do demandante. Isso não causaria qualquer prejuízo ao demandado, muito ao contrário⁵⁵. Assim, por exemplo, o magistrado poderia julgar improcedente o pedido do autor mesmo diante de um defeito da sua petição inicial, como a falta de juntada de documentos indispensáveis, ou da falta de comprovação do pagamento das custas processuais. Note-se que, mesmo diante de um defeito que gera a nulidade do processo (*nulidade absoluta*, na linguagem comum dos doutrinadores), o juiz está autorizado a desconsiderá-lo, evitando a nulidade, se puder aproveitar o ato sem causar prejuízo à parte que se beneficiaria com a nulificação. Trata-se de aplicação direta do disposto no art. 249, § 2º, do CPC-1973: “Quando puder decidir do mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato, ou suprir-lhe a falta”.

2.8. Invalidação de atos do juiz, das partes e dos auxiliares da Justiça

É preciso distinguir o regime da invalidação dos *atos do juiz* do sistema de invalidação dos *atos dos demais sujeitos processuais*.

Primeiramente, examinemos o sistema de invalidação das decisões judiciais.

A decisão judicial defeituosa deve ser invalidada por meio da interposição de *recurso*, pelo qual se alegue *error in procedendo*. A não impugnação da decisão implicará preclusão, ressalvada regra expressa em sentido contrário (como, por exemplo, o exame posterior de questões de ordem pública ainda não decididas, que comprometam a validade de decisão

55. Sobre o tema, amplamente, SOUSA, Miguel Teixeira e. “Sobre o sentido e a função dos pressupostos processuais”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1991, n. 63, p. 66.

já prolatada, como pode acontecer nos termos do art. 267, § 3º, CPC-1973). Em alguns casos, sempre antes da decisão que encerre a *instância* (o procedimento em determinado grau de jurisdição, como acontece com a sentença, art. 162, 1º, CPC-1973), é possível pedir a invalidação da decisão por simples petição dirigida ao próprio juízo que a proferiu, que poderá invalidar a sua própria decisão – é o que acontece no reconhecimento da incompetência absoluta, que inclusive pode ocorrer *ex officio*. Após o encerramento da *instância*, ainda é possível a correção de defeitos da decisão no julgamento de embargos de declaração ou em razão de erro material (art. 463 do CPC-1973).

Após o término do processo, com o surgimento da coisa julgada material, a decisão judicial somente pode ser desfeita por meio de *ação rescisória* (art. 485 do CPC-1973). A coisa julgada material faz com que o defeito que poderia levar à invalidação da decisão transforme-se em *hipótese de rescindibilidade*. Transcorrido *in albis* o prazo decadencial para a propositura de *ação rescisória* (dois anos, art. 495 do CPC-1973), a decisão judicial, por mais defeituosa que seja, não mais poderá ser desfeita.

Convém anotar o seguinte: a *ação rescisória*, no direito brasileiro, permite a rescisão da sentença por motivos relacionados à sua *validade* (arts. 485, II e IV, p. ex.) e à sua *justiça* (art. 485, VI e VII, p. ex.). Não é correto, assim, estabelecer uma relação *fidelidade* entre a *ação rescisória* e a invalidade da decisão judicial⁵⁶.

No direito processual civil brasileiro, há apenas duas hipóteses de decisão judicial *existente* que pode ser invalidada após o prazo da *ação rescisória*: decisão proferida em desfavor do réu, em processo que correu à sua revelia, quer porque não fora citado, quer porque o fora de maneira defeituosa (art. 475-L, I, e art. 741, I, CPC-1973). Nesses casos, bem denominados de *vícios transrescisórios*, impugna-se a decisão judicial por meio de ação

56. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 5, p. 104.

de nulidade, denominada *querela nullitatis*, que se distingue da *ação rescisória* não só pela hipótese de cabimento, mais restrita, como também por ser imprescritível e dever ser proposta perante o juízo que proferiu a decisão (e não necessariamente em tribunal, como é caso da *ação rescisória*). Ambas, porém, são ações constitutivas⁵⁷.

Assim, o réu revel não-citado ou citado irregularmente pode resistir aos efeitos da sentença a qualquer tempo, independentemente de ação rescisória (mas também por ela)⁵⁸, e, se for o caso, pleitear a decretação da sua nulidade por meio de *querela nullitatis*.

Agora, cuidemos dos atos das partes.

Em relação a eles, distingue-se o modo de sua invalidação pela existência ou não de coisa julgada material.

Se há coisa julgada material, os atos processuais das partes tornam-se invulneráveis, não podendo mais ser invalidados. A eficácia preclusiva da coisa julgada torna anódina a apreciação da validade de tais atos jurídicos, ressalvadas as hipóteses em que isso for relevante para destruir a própria coisa julgada, como acontece nos casos do inciso VIII do art. 485 do CPC⁵⁹.

Se não há coisa julgada material, e o processo ainda está em curso, o ato processual da parte pode ser invalidado, se não tiver havido preclusão, *ex officio*, quando for o caso, ou a partir de simples petição dirigida ao juiz da causa (ao relator, *ad referendum* do colegiado a que pertença, quando o processo estiver em tribunal). Não é necessário o ajuizamento de demanda judicial com este objetivo específico.

57. PONTES DE MIRANDA já advertia sobre a necessidade de se distinguirem as decisões inexistentes, rescindíveis (válidas, mas atacáveis por ação rescisória, a despeito da coisa julgada) e nulas, que, embora existentes, não valem e podem ser desconstituídas a qualquer tempo (sobre o tema, amplamente, MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, VI. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 190-199).

58. Contra, MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 11. ed., cit., p. 107-108

59. A propósito, MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 5, p. 146.

A doutrina não costuma tratar da invalidade do ato da parte. Trata-se de omissão que não se justifica. Basta pensar em dois exemplos freqüentes: indeferimento da petição inicial ou do recurso, que não preencheu seus requisitos de validade, e a nulidade do ato praticado sem capacidade processual⁶⁰. Aliás, o art. 4º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei Federal n. 8.904/1994) expressamente reputa nulo o ato privativo de advogado praticado por quem não o seja. Aplica-se ao ato jurídico processual da parte a regra do art. 166 do Código Civil⁶¹.

Nada impede, porém, que, em alguns casos, a lei exija o ajuizamento de ação autônoma para invalidar o ato processual da parte, como acontece no caso da confissão (art. 352, I, c/c o art. 486, ambos do CPC-1973), embora isso seja raro e não-recomendável, sobretudo por questão de economia processual.

Se não há coisa julgada material, e o processo já se encerrou, é possível o ajuizamento de ação de invalidação, nos termos do art. 486 do CPC-1973 – que se refere à invalidação de atos das partes e não do juiz.

Os atos processuais dos auxiliares da justiça são invalidados pelo juiz da causa (o que inclui o relator, *ad referendum* do colegiado a que pertença, quando o processo tramitar em tribunal), nos próprios autos e no mesmo processo, sem necessidade de ação autônoma com esse objetivo, *ex officio* ou a requerimento da parte interessada. É o que acontece, por exemplo, com o pedido de invalidação da penhora, da citação ou do ato praticado por delegação, nos termos do art. 162, § 4º, CPC-1973.

60. Cândido Dinamarco não admite falar de nulidade de *ato da parte*: “São outras as técnicas pelas quais da invalidade se passa à sua incapacidade de produzir os efeitos desejados pelo agente”. (*Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros Ed., 2001, v. 2, p. 587.) Adota o pensamento de Cândido Dinamarco, MITIDIERO, Daniel. “O problema da invalidade dos atos processuais no Direito Processual Civil brasileiro”. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênese, 2005, n. 35, p. 51.

61. “Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: I – celebrado por pessoa absolutamente incapaz; II – for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; III – o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; IV – não revestir a forma prescrita em lei; V – for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; VI – tiver por objetivo fraudar lei imperativa; VII – a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção”.

2.9. Princípios da proporcionalidade, cooperação e economia processual aplicados ao sistema das invalidades processuais

O juízo de invalidade é um juízo normativo. Não se trata de um mero reconhecimento de defeitos de um ato jurídico. O magistrado tem de examinar se o defeito é suficiente para a decretação da sanção da invalidade. Entre o reconhecimento do defeito e a decretação da invalidade há que se proceder a uma valoração judicial, pela qual se reconheça a utilidade, a necessidade e a adequação dessa medida extrema. Não obstante o exame da validade do ato jurídico opere-se no plano lógico-formal, a decretação da invalidade não prescinde do aspecto axiológico. Como afirma Margarita Baladiez Rojo, cuja lição foi lembrada por PAULO MODESTO no voto em processo administrativo já mencionado: “La invalidez es la calificación que debe otorgarse no ya cuando exista un desajuste estructural entre el acto y la norma, sino cuando el Derecho considera que ese desajuste estructural no debe ser protegido”⁶².

Três princípios processuais gerais têm especial importância no sistema de regras de decretação das invalidades processuais. São eles: proporcionalidade (*devido processo legal substancial*), economia e cooperação.

É preciso averiguar a relação de *adequação, necessidade e razoabilidade* entre o defeito do ato processual e a sanção de invalidade, que dele é consequência. No exame da gravidade do defeito, também é indispensável *ponderar* se a invalidação do ato/procedimento não seria medida por demais drástica e não-razoável. Na verdade, a *máxima da proporcionalidade* deve ser observada principalmente na própria análise da gravidade do defeito⁶³.

62. *Validez e Eficacia de los Actos Administrativos*. Madrid: Marcial Pons, 1994, p. 54

63. “O juiz que exerce o raciocínio decalcado no princípio da proporcionalidade sempre tentará salvar atos processuais praticados, exercitando os princípios mencionados, pois proferirá juízo de ponderação, para atingir o equilíbrio, com fulcro na necessidade, adequação e menores ônus para o processo quanto ao caminho escolhido, afastando-se os excessos”. (GÓES, Gisele. *Princípio da proporcionalidade no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 180.)

O *princípio da economia processual* está intimamente ligado ao sistema de invalidação dos atos processuais. Basta que se observem as inúmeras regras já examinadas, que impõem ao magistrado o dever de tentar extrair a máxima eficácia dos atos defeituosos, exatamente para evitar a sua desnecessária repetição.

O *princípio da cooperação* aplica-se ao sistema das invalidades processuais⁶⁴.

O princípio da cooperação gera os seguintes deveres para o magistrado (seus três aspectos): (a) dever de esclarecimento; (b) dever de consultar; (c) dever de prevenir.

O *dever de esclarecimento* consiste no dever de o tribunal de se esclarecer junto das partes quanto às dúvidas que tenha sobre as suas alegações, pedidos ou posições em juízo⁶⁵, para evitar decisões tomadas em percepções equivocadas/apressadas⁶⁶. Assim, naquilo que nos interessa: se o magistrado estiver em dúvida sobre o preenchimento de um requisito processual de validade, deverá providenciar esclarecimento da parte envolvida, e não determinar imediatamente a consequência prevista em lei para esse ilícito processual (extinção do processo, por exemplo) – ver n. 3 do § 139 da ZPO Alemã⁶⁷. Do mesmo modo, não deve

64. Também relacionando o princípio da cooperação e o sistema das invalidades processuais, MITIDIERO, Daniel. O problema da invalidade dos atos processuais no Direito Processual Civil brasileiro. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênesis, 2005, n. 35, p. 55.

65. SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2. ed. Lisboa: Lex, 1997, p. 65. Assim, também, GRASSI, Lúcio. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2003, n. 06, p. 50.

66. Art. 266 do CPC de Portugal: “2 – O juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de fato”.

67. § 139 da ZPO Alemã, alterado pela lei de 27.07.2001, de acordo com a tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Titular de Processo Civil da Universidade Federal do Rio Grande do Sul: “§ 139 – CONDUÇÃO MATERIAL DO PROCESSO. (1) O órgão judicial deve discutir com as partes, na medida do necessário, os fatos relevantes e as questões em litígio, tanto do ponto de vista jurídico quanto fático, formulando indagações, com a finalidade de que as partes esclareçam de modo completo e em

o magistrado indeferir a petição inicial, tendo em vista a obscuridade do pedido ou da causa de pedir, sem antes pedir esclarecimentos ao demandante. Convém lembrar que há hipóteses em que se confere capacidade postulatória a não-advogados, o que torna ainda mais imperioso o cumprimento desse dever⁶⁸.

Não pode o órgão jurisdicional decidir com base em questão de fato ou de direito, ainda que possa ser conhecida *ex officio*,⁶⁹

tempo suas posições concernentes ao material fático, especialmente para suplementar referências insuficientes sobre fatos relevantes, indicar meios de prova, e formular pedidos baseados nos fatos afirmados. (2) O órgão judicial só poderá apoiar sua decisão numa visão fática ou jurídica que não tenha a parte, aparentemente, se dado conta ou considerado irrelevante, se tiver chamado a sua atenção para o ponto e lhe dado oportunidade de discuti-lo, salvo se se tratar de questão secundária. O mesmo vale para o entendimento do órgão judicial sobre uma questão de fato ou de direito, que divirja da compreensão de ambas as partes. (3) O órgão judicial deve chamar a atenção sobre as dúvidas que existam a respeito das questões a serem consideradas de ofício. (4) As indicações conforme essas prescrições devem ser comunicadas e registradas nos autos tão logo seja possível. Tais comunicações só podem ser provadas pelos registros nos autos. Só é admitido contra o conteúdo dos autos prova de falsidade. (5) Se não for possível a uma das partes responder prontamente a uma determinação judicial de esclarecimento, o órgão judicial poderá conceder um prazo para posterior esclarecimento por escrito”.

68. Para Lúcio Grassi, é possível retirar este dever judicial, no direito brasileiro, dos artigos 130, 131, 339, 340, I do CPC brasileiro (“Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real”, cit., p. 51).
69. Art. 3º, 3, CPC Português: “O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre ela se pronunciarem”. Art. 8º, 2, CPC de Macau: “2. O juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que se afigurem pertinentes e dando conhecimento à outra parte dos resultados da diligência”. Art. 16 Novo Código de Processo Civil francês: “Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction. Il ne peut retenir dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d’en débattre contradictoirement. Il ne peut fonder sa décision sur le moyen de droit qu’il a relevé d’office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations”. (tradução de EDUARDO FERREIRA JORDÃO: “O juiz deve, em todas as circunstâncias, fazer observar e observar ele mesmo o princípio do contraditório. Ele não pode considerar, na sua decisão, as questões, as explicações e os documentos invocados ou produzidos pelas partes a menos que estes tenham sido objeto de contraditório. Ele não pode fundamentar sua decisão em questões de direito que suscitou de ofício, sem que tenha, previamente, intimado as partes a apresentar suas observações.”.)

sem que sobre elas sejam as partes intimadas a manifestar-se. Deve o juiz consultar as partes sobre esta questão não alvitrada no processo, e por isso não posta em contraditório, antes de decidir. Eis o *dever de consulta*. Trata-se de aplicação do princípio do contraditório. A concretização do princípio da cooperação é, no caso, também uma concretização do princípio do contraditório, que assegura aos litigantes o poder de influenciar na solução da controvérsia⁷⁰. Como cabe ao magistrado a investigação oficiosa dos requisitos de admissibilidade do processo (§ 3º do art. 267 do CPC-1973), o respeito a esse dever revela-se fundamental. Caso o magistrado “descubra” a falta de um requisito de admissibilidade, não deve determinar a extinção do processo (se esse for o efeito previsto) sem antes ouvir as partes sobre a questão.

Tem o magistrado, ainda, o dever de apontar as deficiências das postulações das partes, para que possam ser supridas. Trata-se do chamado *dever de prevenção*. “O dever de prevenção tem âmbito mais amplo: vale genericamente para todas as situações em que o êxito da ação a favor de qualquer das partes possa ser frustrado pelo uso inadequado do processo”.⁷¹ No direito brasileiro, esse dever de prevenção está consagrado no art. 284 do CPC-1973, que garante ao demandante o direito de emendar a petição inicial, se o magistrado considerar que lhe falta algum requisito; não é permitido o indeferimento da petição inicial sem que se dê a oportunidade de correção do

70. GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 1966, n. 4, p. 591-592 e 608; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênesis, 2003, n. 27, p. 28-29; DIDIER Jr., Fredie. Princípio do contraditório: aspectos práticos. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênesis, 2003, n. 29, p. 510; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. *Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas)*. José Roberto dos Santos Bedaque e José Rogério Cruz e Tucci (coord.). São Paulo: RT, 2002, p. 39-42; NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 224-231

71. GRASSI, Lúcio. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real, cit., p. 52.

defeito⁷². Não cumprindo o autor a diligência que lhe fora ordenada, a petição inicial será indeferida (art. 295, VI, CPC-1973). Permite-se, contudo, uma nova determinação de emenda, se a primeira correção não foi satisfatória.⁷³ Mesmo que efetuada a emenda após o prazo concedido, ainda assim não se justifica o indeferimento.⁷⁴⁻⁷⁵ Um outro exemplo seria o inciso V do art. 295 do CPC-1973, que autoriza o indeferimento da petição inicial por escolha equivocada do procedimento, senão puder adaptar-se ao modelo legal. Nesses casos, deve sempre o magistrado intimar o demandante e indicar qual o procedimento aplicável, dando-lhe prazo para que tome as providências que reputar necessárias.

2.10. O princípio da lealdade processual (proibição do *venire contra factum proprium*)

No sistema das invalidades processuais, vige a regra que proíbe o comportamento contraditório (vedação ao *venire contra factum proprium*). Considera-se ilícito o comportamento contraditório, por ofender os princípios da lealdade processual (*princípio da confiança* ou *proteção*) e da *boa-fé* objetiva. Convém explicar o tema, a partir da lição de JUDITH MARTINS-COSTA:

Na proibição do *venire* incorre quem exerce posição jurídica em contradição com o comportamento exercido anteriormente, verificando-se a ocorrência de dois comportamentos de uma mesma pessoa, diferidos no tempo, sendo o primeiro (o *factum proprium*)

72. GRASSI, Lúcio. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real, cit., p. 52.

73. NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil*, nota 5 ao art. 284.

74. STJ, 6ª. T., Resp 38.812-0-BA, Rel. Min. Pedro Aciole, DJ 10.10.94, p. 27.191.

75. Como bem disse João Batista Lopes: "...não deve o juiz, nesse caso, limitar-se a determinar que o autor emende a inicial, mas deve esclarecer quais as falhas que referida peça apresenta". (Os poderes do juiz e o aprimoramento da prestação jurisdicional. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1984, n. 35, p. 30.)

contrariado pelo segundo. Consiste, pois, numa vedação genérica à deslealdade...".⁷⁶

Trata-se de lição velha, embora aplicada com outros termos. Na sistematização do instituto da *preclusão* (perda de poder jurídico processual), a doutrina refere-se à *preclusão lógica*, que consiste na "impossibilidade em que se encontra a parte de praticar determinado ato ou postular certa providência judicial em razão da incompatibilidade existente entre aquilo que agora a parte pretende e sua própria conduta processual anterior"⁷⁷. A ideia de preclusão lógica é a tradução, no campo do direito processual, da regra do *nemo potest venire contra factum proprium*⁷⁸.

A preclusão não é efeito do comportamento contraditório (ilícito); a preclusão incide sobre o comportamento contraditório, impedindo que ele produza qualquer efeito. A prática de um ato processual implica a impossibilidade de praticar um outro

76. "A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium*". *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, n. 376, p. 110. A autora identifica, didaticamente, os cinco pressupostos para a caracterização do "comportamento contraditório": "Além da existência de duas condutas (ou comportamentos concludentes) de uma mesma pessoa (ou de quem a represente ou suceda), a segunda contrariando a primeira, é preciso que: a) haja identidade de partes, ainda que por vínculo de sucessão ou representação; b) a situação contraditória se produza em uma mesma situação jurídica ou entre situações jurídicas estreitamente coligadas; c) a primeira conduta (*factum proprium*) tenha um significado social minimamente unívoco, a ser averiguado segundo as circunstâncias; d) que o *factum proprium* seja suscetível de criar fundada confiança na parte que alega o prejuízo, confiança essa a ser averiguada segundo as circunstâncias, os usos aceitos pelo comércio jurídico, a boa-fé, os bons costumes ou o fim econômico-social do negócio. É ainda requerido: e) o caráter 'vinculante' do *factum proprium*, no sentido de ser um comportamento ocorrido no âmbito de determinada situação jurídica que afete uma esfera de interesse alheia, de tal modo que tenha induzido (ou possa ter induzido) a outra parte a confiar que tal conduta fosse índice ou definição de uma certa atitude do seu parceiro frente a essa mesma situação jurídica". (cit., p. 121.)

77. SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo civil*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2000, v. 1, p. 209.

78. "A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium*", cit., p. 119-120.

ato com ele logicamente incompatível. A preclusão lógica, então, é consequência da prática do primeiro ato, e não do ato contraditório.

O CPC-1973 consagra a regra no art. 243: “Quando a lei prescrever determinada forma, sob pena de nulidade, a decretação desta não pode ser requerida pela parte que lhe deu causa”. O enunciado normativo aplica-se, segundo a maioria da doutrina⁷⁹, apenas aos casos em que o defeito do ato processual não permite a invalidação a qualquer tempo⁸⁰ (*nulidades relativas ou anulabilidades processuais*); se se trata de defeito que permite invalidação *ex officio* e a qualquer tempo, como, por exemplo, a incompetência absoluta, mesmo o autor, que demandou perante o juízo incompetente, e, portanto, deu causa à invalidade, poderia requerê-la – nesse caso, porém, deverá ser punido com sanção pecuniária em razão de litigância de má-fé⁸¹. Vigê, aqui, o dogma da supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

Uma observação. PONTES DE MIRANDA rechaça a divisão das nulidades em *absolutas* e *relativas*. Prefere *nulidades* e *anulabilidades*. Para o autor, “o sentido adequado

79. TALAMINI, Eduardo. Notas sobre a teoria das nulidades no processo civil. In: *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2005, n. 29, p. 52; ARA-GÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 2, p. 304; TORNAGHI, Helio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1978, v. 2, p. 231; DINAMARCO, Pedro. *Código de Processo Civil Comentado*. Antonio Carlos Marcato (coord.). São Paulo: Atlas, 2004, p. 685; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., v. 1, p. 595.

80. Trata-se de aplicação, ao direito processual civil, de entendimento já predominante no direito civil: “com relação à anulabilidade, ou nulidade relativa, a doutrina e a jurisprudência não hesitam: a proibição de comportamento contraditório é, em tudo, aplicável”. (SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 246.) Ver, por exemplo, o art. 175 do CC-2002: “Art. 175. A confirmação expressa, ou a execução voluntária de negócio anulável, nos termos dos arts. 172 a 174, importa a extinção de todas as ações, ou exceções, de que contra ele dispusesse o devedor”.

81. Em termos bem próximos ao texto, TALAMINI, Eduardo. Notas sobre a teoria das nulidades no processo civil, cit., p. 52.

de relatividade e de absolutidade é o referente aos *limites subjetivos da eficácia*: relativa é a eficácia só atinente a um, ou a alguns; absoluta, a eficácia *erga omnes*.⁸²

Aplicada essa regra, o autor não poderia suscitar a incompetência relativa do juízo, tendo em vista que foi ele mesmo quem escolheu o foro onde a demanda foi proposta. É também em razão disso que o executado não pode pedir a nulidade da penhora feita em bem por ele espontaneamente oferecido, mesmo que se trate de bem impenhorável⁸³.

Mas a questão não é tão simples.

Há entendimento que aponta no sentido da aplicação da proibição do *venire contra factum proprium* mesmo nos casos de defeito processual que pode gerar invalidade a qualquer tempo e *ex officio* (falta de “pressuposto processual” de validade, por exemplo).

Não parece razoável, de fato, defender que a ilicitude derivada de comportamento contraditório possa ficar restrita ao campo das chamadas *anulabilidades* ou *nulidades relativas* processuais. A ideia de que as nulidades processuais estariam relacionadas a *normas cogentes*, de *ordem pública*, e que, portanto, a elas não se poderia aplicar a regra da proibição do *venire* (eis que se trata de princípio relacionado à autonomia privada) não parece adequada com os postulados da atual hermenêutica constitucional⁸⁴. Parte-se de uma premissa de que sempre, em eventual conflito entre o interesse particular e um interesse protegido por norma de ordem pública, esse prepondera sobre

82. *Tratado de direito privado*. 3ª ed. São Paulo: RT, 1983, t. IV, p. 31.

83. Em sentido contrário tem decidido o Superior Tribunal de Justiça compreendendo que a impenhorabilidade não poderia nem mesmo ser “objeto de renúncia por parte do devedor executado” (Cf. STJ. RESP 1.059.805/RS. Rel. Min. Castro Meira, DJe 02.10.2008).

84. Sobre a importantíssima questão dos mecanismos de solução do conflito entre os interesses públicos e os interesses privados, consultar todos os textos da coletânea de estudos coordenada por Daniel Sarmiento, de que participam, além do coordenador, Humberto Ávila, Gustavo Binenbojm, Alexandre Santos Aragão e Paulo Ricardo Schier: *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Daniel Sarmiento (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

aquele, pouco importam as peculiaridades do caso concreto. Sucede que a solução não é bem essa⁸⁵.

A proteção da *boa-fé objetiva* também é manifestação do interesse público⁸⁶. A solução mais correta é a aplicação da máxima da *proporcionalidade*, ponderando, em concreto, “o interesse público existente por trás da nulidade e o interesse, também público, na tutela da confiança e da solidariedade social”⁸⁷.

85. Paulo Modesto defende a aplicação da proibição do *venire contra factum proprium* no âmbito do direito administrativo, o que corrobora a tese aqui defendida de que não se trata de regra aplicável apenas às relações jurídicas privadas que envolvem interesses disponíveis: “A proibição de ir contra os próprios atos interdita o exercício de direitos e prerrogativas quando o agente procura emitir novo ato em *contradição manifesta* com o sentido objetivo dos seus atos anteriores, ferindo o dever de coerência para com o outro sujeito da relação sem apresentar justificção razoável. A regra tem aplicação, por exemplo, para impedir mudanças “repentinas” de orientação ou interpretação de normas tributárias pelos agentes fazendários, artifício utilizado para tributar-se diversamente, de um dia para o outro, determinada categoria de produtos.(STF, RDP-10, 1969, p.184-185). Foi utilizada também, em caso concreto, no Estado do Rio de Janeiro, para obrigar a administração, no caso a Caixa Econômica Federal, a respeitar em contratos de financiamento de compra de apartamentos o que divulgara em cartazes de propaganda, mesmo quando se constatou que nos contratos de financiamento a promessa contida na propaganda não constava e até previa cláusula contrária. [...]”(MODESTO, Paulo. *Controle jurídico do comportamento ético da Administração Pública no Brasil*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, nº. 13, abril-maio, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>.p. 8).

86. “De fato, também o *nemo potest venire contra factum proprium* expressa um interesse normativo por assim dizer público, cogente, consubstanciado na tutela da confiança, na proteção à boa-fé objetiva e na concretização dos valores constitucionais da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana. A tese de que o princípio da proibição do comportamento contraditório não se sujeita a ponderações com as regras relativas às nulidades absolutas é, portanto, falha, porque parte da premissa ultrapassada de que ordem pública e autonomia privada são campos apartados”. (SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*, cit., p. 250.) É recomendável a leitura deste belíssimo trabalho, que traz amplas referências jurisprudenciais e doutrinárias nesse sentido.

87. SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*, cit., p. 258. Sobre a utilização do princípio da proporcionalidade para a solução do conflito entre o interesse público e o interesse privado, amplamente, BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito

A supremacia do interesse público deve ser verificada caso a caso, não sendo razoável que se estabeleça, *a priori*, que, em qualquer conflito envolvendo o interesse público e o interesse particular, deva aquela prevalecer sobre esse⁸⁸. A prevalência do interesse público é, apenas, “uma regra abstrata de preferência em caso de colisão (*Kollisionspräferenzregel*)”⁸⁹.

Feita a *ponderação*, três são as conclusões possíveis:

- i) decretar a nulidade do ato, desconstituindo os seus efeitos;
- ii) decretar a nulidade do ato, mantendo os seus efeitos pretéritos (*decretação com eficácia ex nunc*);
- iii) não decretar a invalidade do ato, conservando-o com sua plena eficácia⁹⁰.

3. DECISÃO SOBRE A INVALIDADE E PRECLUSÃO

A decisão sobre a invalidação ou não do ato/procedimento submete-se normalmente à preclusão (arts. 471 e 473 do CPC-1973), esgotadas as possibilidades de impugnação recursal.

administrativo. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus interesses privados*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 117-169; ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus interesses privados*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 171-215.

- 88. “Uma norma de preferência só pode ser uma norma individual e concreta, algo bem diverso de uma tendência abstrata”. (ÁVILA, Humberto. “Repensando o ‘princípio da supremacia do interesse público sobre o particular’”, cit., p. 202.) Em outro momento, o mesmo autor, com base em lições de Robert Alexy, explica: “em vez de uma ‘relação abstrata de prevalência absoluta’, deve ser descrita uma ‘relação concreta de prevalência relativa’, cujo conteúdo depende das circunstâncias do caso e cujos efeitos só são desencadeados caso verificadas as condições de prevalência do princípio envolvido”. (ob. cit., p. 185-186)
- 89. ÁVILA, Humberto. Repensando o ‘princípio da supremacia do interesse público sobre o particular’, cit., p. 185.
- 90. SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*, cit., p. 258.

Nada justifica tratamento diverso, mesmo para os casos das chamadas *nulidades absolutas* ou *nulidades de fundo*. Ou seja, a decisão sobre o preenchimento ou não dos “pressupostos processuais” submete-se à preclusão como qualquer outra. É preciso atentar para a distinção entre possibilidade de *exame da questão a qualquer tempo* e possibilidade de *reexame da questão a qualquer tempo*, o que, de acordo com os artigos citados, não é possível⁹¹.

4. O REGIME JURÍDICO DE INVALIDADE DE ATOS DE DIREITO MATERIAL APLICADO AOS ATOS PROCESSUAIS

Uma questão de grande relevo, ainda muito pouco explorada pela doutrina brasileira, diz respeito à possível aplicação aos atos e negócios jurídicos processuais de regras de direito material relativa à invalidade de atos jurídicos civis. A solução desse problema deve ser dada à luz do direito positivo, pois a disciplina que se impõe aos negócios não é algo preestabelecido. Os sistemas jurídicos podem estabelecer tratamentos diferenciados.

O problema está em saber se aos atos processuais aplica-se o regime jurídico de direito material, o regime jurídico processual, ou ambos.

Para elucidá-la, é preciso considerar a regra posta no art. 486 do Código de Processo Civil de 1973 (NCPC, art. 929), segundo a qual “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.”

Tal dispositivo, no dizer de BARBOSA MOREIRA⁹², singularizaria a figura da ação anulatória brasileira no plano comparatístico. A partir do enunciado legal se podem extrair duas importantes consequências: a) em primeiro lugar, consagra-se abertamente uma exceção ao dogma da irrelevância dos vícios da vontade nos

91. Sobre o tema, com mais referências, DIDIER Jr., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 83-99.

92. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, V. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 163.

atos processuais da parte; b) em segundo lugar, assegura-se uma ação específica para a desconstituição do ato jurídico *lato sensu* praticado no processo pelas partes ou auxiliares de justiça, não sujeitos à sentença, ou quando sujeitos à sentença homologatória, sempre quando se encontrarem inquinados de vícios estabelecidos nas regras do direito material.

O primeiro passo está em se fixar quais os atos sujeitos à abrangência do art. 486 do CPC-1973, já que ali se falou em “atos judiciais”. Entende-se que aí se incluem, entre os atos não sujeitos à homologação: a renúncia, a desistência ao recurso, a aquiescência expressa, assim como também todos os demais que estão aptos a produzirem os seus efeitos de imediato (CPC-1973, art. 158). Dentre os atos sujeitos à sentença homologatória, entram: a transação, reconhecimento do pedido (CPC-1973, art. 269, II e III), a desistência da ação (CPC-1973, art. 158, parágrafo único) etc.⁹³

Não interessa aqui discutir sobre qual a ação cabível para impugnar aqueles atos jurídicos antes referidos, tendo em vista a previsão do art. 485, VIII do CPC-1973 quanto ao cabimento da ação rescisória⁹⁴. Importa relacionar os negócios processuais e a possível aplicação em relação a eles do regime de direito privado.

O direito brasileiro permite que os atos do processo sejam invalidados segundo as regras jurídicas substanciais⁹⁵. Tais atos

93. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, V. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 161.

94. Sobre o assunto: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010, v. 3, p. 417 e segs.; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, V. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 161 e segs; MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo Civil Moderno – Recursos e Ações Autônomas de Impugnação*. São Paulo: RT, 2008, p. 271, v. 2; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do Processo e da Sentença*. 6. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 440; MAGRI, Berenice Soubhie Nogueira. *Ação Anulatória – art. 486 do CPC*. São Paulo: RT, 1999, p. 184, dentre outros.

95. O texto do art. 486 do CPC-1973 fala em “lei civil”, mas se tem entendido aí que a lei *minus dixit quan voluit*. O dispositivo se refere a direito material privado ou direito publico e seus sub-ramos (Cf. MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, VI. Rio de Janeiro: Forense, 1975, p. 344).

sujeitos a esse particular regime jurídico de invalidação seriam justamente os atos processuais das partes ou de auxiliares da justiça (enfim, ressaltados os atos do juiz) aos quais não seguiriam nenhuma sentença, ou, quando lhes seguissem, que fosse apenas homologatória⁹⁶. O modo de invalidação variará conforme haja ou não coisa julgada material. Se houver, somente cabe a propositura de ação rescisória. Caso contrário, é possível alegar-se o vício no próprio processo, ou o juiz dele conhecer, se não houver preclusão, quando for o caso⁹⁷.

No que concerne aos negócios processuais praticados pelas partes, não enquadráveis na hipótese do art. 486 do CPC-1973, em especial a alguns *atos postulatorios*, não se pode afastar, *a priori*, a recepção das regras de direito material quanto aos vícios de vontade, embora a doutrina costume não reconhecer essa possibilidade.

A coação moral⁹⁸⁻⁹⁹, *v.g.*, como demonstrou PAULA COSTA E SILVA¹⁰⁰ à luz do direito português, mas cuja lição se aplica ao

96. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, V. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 158-159.

97. O Superior Tribunal de Justiça, em sentido contrário, vem decidindo que a ação anulatória (CPC-1973, art. 486) é a via adequada para desconstituir transação judicial homologada, não sendo cabível o uso da ação rescisória fundada no art. 485, VIII. Assim: STJ. AgRg no RESP 915705/SP. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. DJe 13/10/2010; STJ. RESP 660.831/PR. Relatora Ministra Nancy Andriighi. DJ 04/09/2006.

98. Sobre a coação física e a coação moral e seus reflexos para a inexistência ou invalidade dos atos jurídicos civis: GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*, I. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 402; EHRHARDT JR., Marcos. *Direito Civil*. Salvador: Jus Podivm, 2009, v. 1, p. 414, dentre outros.

99. Na doutrina francesa, embora ali não se procure estudar o negócio jurídico processual, a partir de sua versão germânica, como se fez em países como Itália, Portugal e em países da América Latina, inclusive o Brasil, tem-se analisado o problema da coação moral nos atos do processo e admitido a extensão do regime jurídico dos contratos civis a certos atos processuais como a desistência da ação. Sobre o assunto, com citações de arestos, inclusive: MAYER, Lucie. *Actes du procès et théorie de l'acte juridique*. Paris: IRJS, 2009, p. 81.

100. SILVA, Paula Costa e. *Acto e Processo – o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 547-555.

sistema jurídico brasileiro, pode ser causa de vício do ato processual praticado pela parte, mesmo na falta de previsão legal no ordenamento processual a esse respeito. Conforme assinala a autora portuguesa,

A coacção é um dos vícios mais graves que podem afectar uma acção, na medida em que ela interfere directamente com a liberdade de autodeterminação. Dizer que ela é inconsequente se causar a prática de um acto postulativo significa aceitar que autodeterminação não é um valor preservado pelo ordenamento processual. [...] O repúdio do sistema pela coacção funda-se na circunstância de ela atingir um de seus pilares fundamentais: a autodeterminação enquanto expressão da dignidade humana.¹⁰¹

O dolo, quando determinante na prática de ato processual, incluindo negócios unilaterais de disposição (v.g. desistência), atos postulatorios (v.g. interposição de um recurso) e negócios bilaterais (v.g. transação, convenção de arbitragem etc.), segundo o direito processual civil brasileiro (CPC-1973, art. 485, III), é causa de rescindibilidade da sentença transitada em julgado. Ora, sem aqui levar adiante a discussão sobre se a rescindibilidade seria ou não propriamente um vício¹⁰² (até porque o resultado dessa discussão seria irrelevante para a conclusão adiante lançada), o fato é que a sentença proferida em processo construído a partir de ato processual praticado com dolo de uma das partes, em detrimento de outra, é rescindível. Seria pouco razoável sustentar que, verificado o dolo ainda durante o processo, até mesmo antes da sentença, a

101. SILVA, Paula Costa e. *Acto e Processo – o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 552.

102. Segundo PONTES DE MIRANDA, a sentença rescindível não seria viciada, nem muito menos inválida; seria sentença válida, mas atacável (MIRANDA, Pontes de. *Traçado da Ação Rescisória das Sentenças e de Outras Decisões*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 194 *et passim*). Em sentido oposto, TESHEINER (TESHEINER, José Maria Rosa. *Pressupostos Processuais e Nulidades no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 280 *et passim*), e vários outros, classificam a rescindibilidade com um vício, denominado “vício transrescisório”, em contraposição aos chamados “vícios transrescisórios”.

parte ou o juiz deveriam ficar de mãos atadas, para aguardar o trânsito em julgado a fim de, só então, discutir o problema na ação rescisória.

Se o ordenamento processual elege o dolo como uma hipótese de rescindibilidade da sentença, é porque está aí positivado repúdio ao ato processual (*lato sensu*) praticado com esse vício.

Também com relação ao erro, não se pode afastar, de pronto, a aplicabilidade das regras relativas a vícios de vontade aos negócios processuais. Embora para o ato processual praticado em erro não se cogite de eficácia anulatória¹⁰³ (v.g. a petição inicial é apresentada com erro na qualificação jurídica, ou no próprio pedido), é possível estabelecer uma relação entre o ato do processo viciado por erro e o princípio da cooperação. Se é certo, por um lado, que em sistemas que consagram o chamado “princípio dispositivo”, como se dá no ordenamento brasileiro, o juiz não pode decidir de forma diversa daquilo que é pedido (v.g. se a parte pede anulação do ato não pode a sentença declarar a sua ineficácia), por outro, a interpretação do ato de acordo com seus fins pode levar à conclusão de que o pedido foi de tal maneira formulado porque o autor acreditava ser aquele o efeito jurídico previsto para o fato narrado na petição. Se o juiz decide para além dos limites da vontade declarada, mas de acordo com a vontade real, a violação ao princípio dispositivo, como definiu PAULA COSTA E SILVA, seria “meramente aparente”¹⁰⁴. No direito brasileiro, se o juiz constata o erro na petição inicial (a exemplo da inadequada qualificação jurídica em contradição com os fatos articulados, apta a gerar inépcia), deve determinar ao autor a correção do vício. Trata-se de manifestação do dever de

103. SILVA, Paula Costa e. *Acto e Processo – o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 562.

104. SILVA, Paula Costa e. *Acto e Processo – o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 584.

prevenção¹⁰⁵, vinculado ao princípio da cooperação¹⁰⁶, de possível adoção mesmo nas situações em que o réu já tenha sido citado (inclusive quando for revel)¹⁰⁷⁻¹⁰⁸.

Essas razões evidenciam não ser tão simples afastar, como uma solução *a priori*, a aplicação aos atos processuais (*lato sensu*) das regras de direito material, especialmente quanto à invalidade por vícios de vontade. Por isso, as opiniões de

-
105. Segundo TEIXEIRA DE SOUSA, “o dever de prevenção é um dever do tribunal perante as partes com uma finalidade assistencial [...] O dever de prevenção tem uma consagração no convite ao aperfeiçoamento pelas partes de seus articulados.” (SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o Novo Processo Civil*. 2. ed. Lisboa: Lex, 1997, p. 66). No mesmo sentido: FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao Processo Civil – Conceito e Princípios Gerais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2009, p. 165. PAULA COSTA E SILVA, à luz do direito português, não aceita que o dever de prevenção autorize o juiz a indicar à parte o erro na qualificação jurídica formulada, porque a concretização desse princípio seria efetuado pela intermediação de regras jurídicas legais (SILVA, Paula Costa e. *Acto e Processo – o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 593). Sobre o princípio da cooperação, no direito português, considerado como uma cláusula geral, conferir: DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos del Principio de Cooperación en el Derecho Procesal Civil Portugués*. Lima: Communitas, 2010, p. 60-61). Para uma crítica do princípio da cooperação, sob a justificativa de que ele “renuncia ao primado da auto-responsabilização das partes”, conferir: JAUERNIG, Othmar. *Direito Processual Civil*. Tradução F. Silveira Ramos. Coimbra: Almedina, 2002, p. 149.
106. Conforme assinalou DANIEL MITIDIERO, “em nenhum dos casos previstos em nossa legislação como suficientes ao indeferimento da petição inicial mostra-se possível, em uma estrutura do processo civil cooperativo, indeferimento da petição inicial sem prévio debate com o demandante.” (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil – Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: RT, 2009, p. 109). Adotando a ideia de um dever de prevenção, vinculado ao princípio da cooperação: GOUVEIA, Lúcio Grassi de. *Cognição Processual Civil: Atividade Dialética e Cooperação Intersubjetiva na Busca da Verdade Real*. In: *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2003, n. 6, p. 52.
107. Naturalmente, para proferir uma decisão dessa natureza, deve o juiz respeitar a posição jurídica do demandado, reabrindo-lhe, *v.g.*, o prazo de defesa para que se lhe assegure o contraditório, ainda quando seja revel.
108. Indagando sobre se poderia o réu alegar, em defesa, a impossibilidade de o juiz proceder à requalificação jurídica do pedido, responde PAULA COSTA E SILVA não ser “digno de tutela um eventual interesse do réu na improcedência decorrente de uma errada qualificação do efeito pelo autor.” (SILVA, Paula Costa e. *Acto e Processo – o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 586).

ROSENBERG¹⁰⁹ e RICCA-BARBERIS¹¹⁰ no sentido de, a partir da suposta inaplicabilidade das regras substanciais sobre capacidade, representação, consenso etc. próprias do direito civil, rejeitar a figura do negócio processual, não nos parecem justificadas.

As regras sobre vícios de vontade nos atos jurídicos do direito civil, quando compatíveis com o processo¹¹¹, podem ser invocadas pelas partes. Todavia, a arguição dessas invalidades, no curso do procedimento, estará obviamente sujeita aos limites estabelecidos nas regras processuais, até mesmo no que concerne à preclusão e às hipóteses de sanação, o que reduz as possibilidades desse tipo de questionamento.

Os atos processuais do juiz também estão susceptíveis de invalidação por vício de vontade, seja diretamente, *v.g.*, em razão de coação moral do juiz, seja indiretamente, quando o vício atinge o ato das partes e contamina o provimento judicial, conforme observou FAZZALARI¹¹².

É certo que não há disposição expressa, no Código de Processo Civil brasileiro, a permitir esse influxo das regras de direito substancial. O recurso à analogia (CPC-1973, art. 126), contudo, justifica a importação daquelas normas, mesmo porque a prática

109. ROSENBERG, Leo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*, I. Tradução Angela Romera Vera. Lima: Ara, 2007, p. 407.

110. RICCA-BARBERIS, Mario. Due Concetti infecondi: <<negozio>> e <<rapporto processuale>>. In: *Rivista di Diritto Processuale*, v. VII, parte I. Padova: CEDAM, 1930, p. 193.

111. Não seria compatível com a estrutura dos atos do processo, *v.g.*, a aplicação das regras concernentes à lesão (CC-2002, art. 157), estado de perigo (CC-2002, art. 156), fraude contra credores (CC-2002, art. 158) salvo quando se tratar atos sujeitos a duplo regime jurídico (material e processual), como ocorre, *v.g.*, com a transação, que estaria susceptível de invalidação por aqueles fundamentos.

112. “O vício de vontade incide sobre a validade do procedimento. Assim, se a armadilha de uma parte para dano da outra supera a esfera da deslealdade e determina a vontade do juiz (*dolus* de uma parte em prejuízo da outra – *causam dans*) o provimento é inválido e a invalidade se transmite, quando não se trata de sentença, até se chegar a ela.” (FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 429).

de atos processuais (*lato sensu*) eivados de erro, dolo, coação se revela incompatível com o direito fundamental ao devido processo legal¹¹³⁻¹¹⁴⁻¹¹⁵.

Certamente, uma das figuras mais discutíveis, que parece se encontrar a meio caminho entre o direito material e o processual, é a transação. PONTES DE MIRANDA¹¹⁶ separa com nitidez o negócio jurídico substancial levado ao processo (que permanece sendo de direito material) e o ato processual de homologação, que seria “transparente” no sentido de não interferir

-
113. Por essa razão, não cabe prevalecer, no processo, a irrelevância da vontade dos atos processuais para, com isso, excluir a aplicação de regras substanciais, como se essa transposição fosse comprometer a autonomia do processo e do direito processual. Rigorosamente, a aplicação das regras de direito material – em função da ausência de disciplina própria no ordenamento processual – , está a serviço do *devido processo legal* e de suas garantias correlatas. Não nos parece razoável, portanto, que no contexto do macrop princípio do devido processo legal se assegurem às partes uma série de garantias (v.g. juiz natural, contraditório, paridade de armas etc.), mas se venha a ter como legítima e acorde com a função do *giusto processo* uma sentença proferida por um juiz coacto.
114. Em sentido contrário, ROSENBERG (ROSENBERG, Leo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*, I. Tradução Angela Romera Vera. Lima: Ara, 2007, p. 397) considera que os atos processuais não estão sujeitos à impugnação por vício de vontade. Similar é a opinião de LEIBLE, salientando que o erro, o engano malicioso e a ameaça não têm influência sobre a eficácia dos atos processuais (unilaterais) e esses fundamentos não poderiam justificar uma impugnação, nem mesmo com apelo à analogia, pois o procedimento estaria em perigo e com prejuízo para a segurança jurídica. A única exceção à regra estaria para o contrato processual. (LEIBLE, Stefan. *Proceso Civil Alemán*. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike, 1999, p. 221).
115. Hoje é praticamente consensual a ideia de que o devido processo legal, ou *giusto processo*, abarca uma série *não exaustiva* de garantias, tais como: direito ao acesso à justiça, contraditório, paridade de armas, independência do julgador, direito à motivação das decisões. Nesse sentido: WALTER, Gerhard. I Diritti Fondamentali nel processo Civile Tedesco. In: TARUFFO, Michele; VARANO, Vincenzo (org.). *Diritti Fondamentali e Giustizia Civile in Europa*. Torino: Giappichelli, 2002, p. 97 e segs.; ANDOLINA, Italo. Il “giusto processo” nell’esperienza italiana e comunitaria. In: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, agosto/2005, n. 126, p. 96; PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Lições de Direitos Fundamentais no Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 121; DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 12. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010, v. 1, p. 41, dentre muitos outros.
116. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, VI. Rio de Janeiro: Forense, 1975, p. 343 *et passim*.

nos requisitos de existência, validade e eficácia do negócio que seriam ditados pelo direito material. Os negócios substanciais, assim, quanto à desconstituição, seriam regidos pelo direito material; os atos processuais envolvendo desses negócios, pelo direito processual¹¹⁷.

No mesmo sentido, é a opinião de DANIEL MITIDIERO, para quem a transação, assim como a renúncia ao direito subjetivo seriam negócio jurídico de direito material que a homologação apenas processualiza (estataliza), emprestando-lhes eficácia¹¹⁸.

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 jurídico, que, embora no geral, às vezes, coincidam¹¹⁹.

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 especial do chamado “princípio da causalidade”¹²⁰ em matéria de nulidades processuais, decorrente do art. 248 do CPC-1973.

117. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, VI. Rio de Janeiro: Forense, 1975, p. 355.

118. MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Memória Jurídica, 2005, t. 2, p. 43.

119. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Convenções das Partes sobre Matéria Processual*. In: *Temas de Direito Processual*, terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 93.

120. DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 12. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 279, v. 1.; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do Processo e da Sentença*. 6. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 171; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, II. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 618; THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 51. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 303,, v. 1, dentre muitos outros.

Vale dizer, um acordo feito entre as partes, levado ao processo e homologado, vindo a ser posteriormente invalidado, seja por ação rescisória (CPC-1973, art. 485, VIII), seja por ação anulatória (CPC-1973, art. 486), implicará, por conseguinte, a nulidade de todos os atos processuais subsequentes ao negócio inválido com os quais mantenha íntima relação de implicação¹²¹, inclusive os atos executivos posteriores porventura já praticados. Para negar a processualidade do negócio jurídico invalidado, nessas circunstâncias, estaríamos a admitir que o vício em um negócio unicamente substancial estaria a condicionar a validade de vários atos processuais integrantes de um procedimento ao qual, diga-se de passagem, aquele negócio não estaria integrado.

A vantagem da utilização da noção de negócio jurídico processual para explicar atos como a transação feita em juízo está justamente na atração do regime jurídico processual, especialmente no que concerne às nulidades do ato. Negar a processualidade do negócio significa mantê-lo preso exclusivamente ao regime jurídico substancial, apesar de ser um fato não apenas processual, mas também do processo (procedimento).

O Superior Tribunal de Justiça, embora sem enfrentar diretamente o tema em discussão, já decidiu que o acordo firmado em juízo pode ser invalidado por falta de pressuposto processual subjetivo ligado às partes¹²², demonstrando a tendência, a nosso ver vantajosa, quer científica, quer praticamente, de reconhecer a aplicação das normas processuais a atos do processo como a transação.

121. MITIDIERO, Daniel; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Curso de Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 326, v. 1.

122. “[...] Há manifesta nulidade processual na homologação, pelo Juízo de 1º grau, de acordo firmado entre autor e réu, quando as partes estão representadas por patrono comum, por violação ao disposto no § 6º do artigo 15 da Lei 8.906/94. Na hipótese, a nulidade não decorre de vício de vontade das partes, mas, sim, de falta de pressuposto processual subjetivo, já que o patrocínio comum de interesses opostos inviabiliza o contraditório e a ampla defesa.” (STJ. REsp 1046068/MG. Relator Ministro Sidnei Beneti. DJe 30/03/2009).

Conforme salienta LEONARDO GRECO¹²³, os atos do processo que possuam conteúdo de direito material, como a transação, se celebrada por meio de ato processual, deverão observar as exigências e o regime jurídico processual, mas, ao mesmo tempo, no que concerne a seu objeto, as regras do direito material¹²⁴.

Do que se expôs, resulta ser possível cogitar, no direito brasileiro, da sujeição dos atos processuais e, de modo particular, dos negócios jurídicos processuais a um duplo regime (substancial e processual) em matéria de invalidades. Da conjugação de regimes jurídicos podem resultar consequências importantes, como, *v.g.*, a exclusão da decretação da invalidade do ato, sempre quando for possível julgar o mérito a favor de quem aproveite a pronúncia da invalidação, de acordo com o art. 249, § 2º do CPC-1973¹²⁵⁻¹²⁶.

123. GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – Primeiras reflexões. In: MEDINA, José Miguel Garcia *et al.* (coords.). *Os Poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais – Estudos em Homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: RT, 2008, p. 294.

124. Uma amostra desse duplo regime pode ser visto na transação feita de acordo com o procedimento dos Juizados Especiais (Lei n. 9.099/95, art. 8º, § 2º), que admite a capacidade processual dos indivíduos maiores de dezoito anos inclusive para conciliação. Até a vigência do Código Civil de 2002, os maiores de dezoito e menores de 21 anos dependiam de assentimento, por serem relativamente incapazes. Assim, uma transação feita no âmbito do procedimento do Juizado Especial, antes de janeiro de 2003, por indivíduo maior de dezoito e menor de vinte e um anos não seria anulável, embora esse mesmo negócio o fosse, caso pactuado extrajudicialmente e não levado ao processo. Também no processo trabalhista, por força do art. 792 da CLT, os maiores de 18 e menores de 21 anos tinham capacidade de estar em juízo e os atos por eles praticados, inclusive acordos, não eram, mesmo antes do advento do CC-2002, tidos como inválidos.

125. “Art. 249. [...]”

§ 2º Quando puder decidir do mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato, ou suprir-lhe a falta.”

126. TEIXEIRA DE SOUSA chegou a considerar que muitos pressupostos processuais, normalmente tidos como requisitos de validade de atos processuais ou do próprio processo, funcionam como requisitos da procedência da demanda. “os pressupostos processuais destinados a proteger a parte passiva são apenas condições de proferimento de uma decisão condenatória; em contrapartida, uma decisão absolutória não exige nenhum desses pressupostos.” (SOUSA, Miguel Teixeira de. Sobre o sentido e a função dos pressupostos processuais. In: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1991, n. 63, p. 79).



PLANO DA EFICÁCIA

CAPÍTULO I

SITUAÇÕES JURÍDICAS PROCESSUAIS

SUMÁRIO • 1. Situações jurídicas processuais: conceito e classificação – 2. Situações jurídicas processuais não relacionais – 3. Relações jurídicas processuais: 3.1. Generalidades; 3.2. Objeção de Goldschmidt à noção de relação jurídica processual; 3.3. O processo como procedimento em contraditório. Crítica de Fazzalari ao conceito de Bülow; 3.4. Objeções de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero ao conceito tradicional de relação jurídica processual; 3.5. Avaliação conclusiva.

1. SITUAÇÕES JURÍDICAS PROCESSUAIS: CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO

Situação jurídica é uma noção lógico-jurídica¹. Trata-se de conceito com pretensão de universalidade, que perpassa todos os subdomínios da Ciência Jurídica. Por isso, há situações jurídicas no Direito Civil (capacidade de agir, personalidade etc.), no Direito Constitucional (competência², nacionalidade etc.), no Direito Processual (competência, legitimidade etc.) e em todos os demais subdomínios das Ciências dogmáticas do Direito.

A eficácia jurídica, resultante de um fato jurídico, não se dá de maneira uniforme. Há, por isso, diversas categorias eficaciais, segundo a denominação utilizada por MARCOS BERNARDES DE MELLO³, que são as espécies de efeitos jurídicos encontradas no mundo jurídico.

-
1. Como assinala ANDRÉ FONTES, “as situações jurídicas constituem uma *categoria fundamental* do direito” (FONTES, André. *A Pretensão como Situação Jurídica Subjetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 75).
 2. LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA (CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Competência na Teoria Geral do Direito. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo (Coords.). *Teoria do Processo – panorama doutrinário mundial*. Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 462) com argumentos expressivos coloca a competência no plano da Teoria Geral do Direito.
 3. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico – Plano da Eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 30.

Situação jurídica é um tipo de eficácia jurídica. TORQUATO CASTRO desenvolve uma sistematização própria das situações jurídicas, partindo da ideia de que o direito, no plano fenomênico, seria um “*concretum* situacional”, isto é, uma disposição normativa de objetos certos ou medidos, como referidos a sujeito ou sujeitos individuados.

Define o autor pernambucano a situação jurídica como “a situação que de direito se instaura em razão de uma determinada situação de fato, revelada como fato jurídico, e que se traduz na disposição normativa de sujeitos concretos posicionados perante certo objeto”⁴. Nesse ponto de vista, o que aparece como elemento central da noção de situação jurídica é a relação sujeito-objeto⁵.

Os elementos constitutivos da situação jurídica, nessa perspectiva, são: a) sujeito; b) objeto; c) posição de sujeito. A posição deferida pela norma ao sujeito, em razão do objeto, faz surgir, em algumas situações, uma relação intersubjetiva, isto é, uma relação jurídica estabelecida entre sujeitos, determinada pela natureza do objeto⁶.

Semelhante é a posição de CARNELUTTI, para quem situação jurídica seria o modo de ser do sujeito diante de um conflito de interesses⁷⁻⁸. Também ANDRÉ FONTES⁹ assinala que a ideia de situação jurídica está associada à de consequência jurídica; elas seriam o resultado da concretização de normas

-
4. CASTRO, Torquato. *Teoria da Situação Jurídica em Direito Privado Nacional*. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 50.
 5. CASTRO, Torquato. *Teoria da Situação Jurídica em Direito Privado Nacional*. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 52.
 6. CASTRO, Torquato. *Teoria da Situação Jurídica em Direito Privado Nacional*. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 67-68.
 7. CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*, I. Tradução Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000, p. 120.
 8. CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*, I. Tradução Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000, p. 120.
 9. FONTES, André. *A Pretensão como Situação Jurídica Subjetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 71.

atributivas de efeitos¹⁰, isto é, normas que não criariam relações jurídicas bilaterais, mas sim situações jurídicas (unilaterais). As situações jurídicas, nessa perspectiva, seriam “um meio de subjetivação de regras jurídicas”¹¹.

Convém ter em mente que as situações jurídicas, sendo categorias eficaciais, pressupõem um fato jurídico. Porém, antes de o fato jurídico ocorrer elas já estavam previstas, em abstrato, no consequente, ou no preceito da norma jurídica. Daí FAZZALARI, com propriedade, afirmar: “as posições (jurídicas) subjetivas [...] devem ser consideradas *abstratas*, quando são determinadas pelas normas sem referência a um sujeito real (o dever de o pai educar o filho); e *concretas* quando se destinam a um sujeito determinado fazendo o papel de ponte entre ele e o ato jurídico concreto”¹².

Segundo MARCOS BERNARDES DE MELLO¹³, “situação jurídica” é expressão que pode ser utilizada em duas acepções: *i*) em sentido amplo, para designar toda e qualquer consequência que surge no mundo jurídico em decorrência do surgimento de um fato jurídico; *ii*) em sentido mais restrito, para designar os casos de eficácia jurídica em que não se concretiza uma relação jurídica.

Nessa linha de raciocínio, pode-se dizer que as situações jurídicas *lato sensu* abarcam todo o tipo de eficácia jurídica, inclusive a relação jurídica, que é a mais importante das categorias eficaciais; aqui, a relação jurídica aparece como espécie de situação

10. ANDRÉ FONTES coloca as chamadas normas atributivas de efeitos em oposição às normas atributivas de deveres. As primeiras apenas criam situações jurídicas (unilaterais), enquanto as segundas criam relações jurídicas (bilaterais) (FONTES, André. *A Pretensão como Situação Jurídica Subjetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 71).

11. FONTES, André. *A Pretensão como Situação Jurídica Subjetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 72.

12. FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 83.

13. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico – Plano da Eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 78-79.

jurídica. Já as situações jurídicas *stricto sensu* designam os demais tipos de eficácia jurídica, menos a relação jurídica¹⁴.

Normalmente, os fatos jurídicos produzem relações jurídicas e essas, para existirem, pressupõem: a) a vinculação de, pelo menos, dois sujeitos (princípio da intersubjetividade); b) um objeto (princípio da essencialidade do objeto); c) com correspectividade de direitos, deveres e demais categorias coextensivas (pretensão, obrigação etc.) (princípio da correspectividade de direitos e deveres). Ocorre que as relações jurídicas não esgotam as categorias eficaciais encontradas no mundo jurídico¹⁵.

Algumas vezes, o fato jurídico apenas gera uma eficácia limitada, diferente daquela que lhe é própria (*v.g.* a vinculabilidade do testador às disposições testamentárias antes de sua morte e enquanto não revogado o testamento; a eficácia própria do testamento é a transmissão dos direitos hereditários, mas, antes da morte, o testador está vinculado às disposições testamentárias). Essa circunstância evidencia o que MARCOS BERNARDES DE MELLO chama de “situação jurídica básica”, que nada mais é do que o efeito mínimo decorrente de todo fato jurídico pelo simples fato de sua existência, tendo em vista não ser possível um fato jurídico plenamente ineficaz¹⁶.

Em outras situações, o fato jurídico traz como efeito simplesmente a atribuição de uma qualidade ou qualificação jurídica a determinado sujeito de direito. Tem-se aqui a figura da “situação jurídica simples” (ou unissubjetiva), de que são exemplos: a capacidade jurídica, o ser casado, o ter legitimação hereditária, a capacidade de ser parte etc.

Há situações em que o fato jurídico produz efeitos envolvendo mais de uma esfera jurídica e, por consequência, mais de

14. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico – Plano da Eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 79.

15. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico – Plano da Eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 80.

16. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico – Plano da Eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 84.

um sujeito de direito. Normalmente, desse envolvimento resulta relação jurídica, com corresponsividade de direitos e deveres. Em certos casos, apesar do envolvimento de mais de um sujeito de direito, os efeitos se limitam a uma esfera jurídica. Isso acontece, *v.g.*, em alguns negócios jurídicos receptícios, como a oferta, nos quais um sujeito (o ofertante) manifesta vontade a determinado sujeito ou ao *alter*, ficando em situação de vinculação em relação ao conteúdo manifestado, de modo que, se alguém manifestar a aceitação da oferta, ela não poderá ser mais recusada. O ofertante, por encontrar-se exposto a vincular-se, ou já estando vinculado, se encontra em situação jurídica. Essas situações jurídicas são denominadas “situações jurídicas complexas unilaterais”¹⁷.

Assim, segundo o pensamento de MARCOS BERNARDES DE MELLO, as situações jurídicas podem ser assim classificadas: a) básica; b) simples (ou unissubjetiva); c) complexas, estas subdivididas em c.1) unilateral e c.2) relações jurídicas.¹⁸

Já para TORQUATO CASTRO haveria apenas dois tipos de situação jurídica: i) *situações jurídicas uniposicionais*, que têm como objeto a qualificação da pessoa do sujeito a fim de individualizá-la, sob determinados aspectos, perante a ordem jurídica (*v.g.* a personalidade jurídica, que se constitui na posição de um sujeito jurídico em face de um objeto jurídico que é qualificação da personalidade conferida pela norma ao sujeito). Elas estereotipam situações jurídicas individuais, “não extensivas a qualquer outro

17. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico – Plano da Eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 163-166. MARCOS BERNARDES DE MELLO assevera que a oferta produz para os destinatários um direito formativo gerador (direito de aceitar a oferta) que não seria conteúdo de relação jurídica, mas sim de situação jurídica complexa unilateral, mas que, uma vez exercido, faria surgir relação jurídica (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico – Plano da Eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 166).

18. OLIVEIRA ASCENSÃO, em tipologia próxima àquela referida, divide as situações jurídicas em: a) simples e b) complexas, subdivididas em (b.1) compostas e coletivas e (b.2) unissubjetivas (posições jurídicas) e plurissubjetivas (relações jurídicas). (ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA. *Teoria Geral do Direito Civil*, IV. Lisboa: FDUL, 1993, p. 3-11).

sujeito que não aquele que as recebe da norma”¹⁹; ii) *situações jurídicas relacionais*, que contêm sujeitos diversamente posicionados, ostentando eles posições jurídicas opostas, mas coordenadas à consecução do objeto único. O que vai extremar esse tipo do anterior (situação jurídica uniposicional) é justamente a existência do elemento relação entre os sujeitos (v.g. relações obrigacionais, relações de poder familiar, tutela, curatela etc.)²⁰.

A classificação proposta por MARCOS BERNARDES DE MELLO é mais abrangente. A tipologia proposta por TORQUATO CASTRO, nada obstante, também é útil, com a ressalva de que as situações jurídicas uniposicionais, ou não relacionais, também podem ser subdivididas em subespécies.

Posto isso, passemos a classificar, sucintamente, as situações jurídicas processuais de acordo com as seguintes espécies: i) situações jurídicas processuais não relacionais; e ii) relações jurídicas processuais, ou situações jurídicas processuais relacionais. A característica de cada uma das duas categorias está em que todas constituem posições jurídicas exercitáveis em um procedimento²¹.

A distinção entre ambas está em que nas situações jurídicas processuais os efeitos se produzem na esfera jurídica de um sujeito, prescindindo de qualquer vínculo ou relacionamento com outros sujeitos. Nas relações jurídicas processuais ocorre justamente o inverso: os efeitos processuais se dirigem a sujeitos diferentes, em relação de correspectividade (direito/dever).

2. SITUAÇÕES JURÍDICAS PROCESSUAIS NÃO RELACIONAIS

Há diversas situações jurídicas processuais que se explicam sem a referência a dois ou mais sujeitos em relação. As

19. CASTRO, Torquato. *Teoria da Situação Jurídica em Direito Privado Nacional*. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 70-73.

20. CASTRO, Torquato. *Teoria da Situação Jurídica em Direito Privado Nacional*. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 76-77.

21. Sobre o assunto: NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Situações Jurídicas Processuais. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Teoria do Processo – panorama doutrinário mundial – segunda série*. Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 757-767.

qualidades processuais são situações jurídicas simples unissubjetivas, ou, na terminologia de TORQUATO CASTRO, situações jurídicas uniposicionais. O que as caracteriza é a circunstância de que do fato jurídico apenas decorre uma qualificação²² do sujeito em relação ao processo. Essa qualidade deve dizer respeito a apenas um sujeito isoladamente considerado, daí o seu caráter unissubjetivo.

Há normas processuais que se limitam a ligar a um fato previsto na hipótese normativa uma qualificação até não existente para um sujeito, sem que daí decorram relações jurídicas processuais. Um exemplo marcante dessa situação jurídica processual é a legitimidade *ad processum* (que não se confunde com a legitimidade *ad causam*, substancial). Como assinalado por GOUVEIA FILHO²³, a legitimidade processual é a aptidão necessária para a prática de determinado ato processual²⁴.

Os poderes processuais são situações jurídicas ativas; correspondem a posições de vantagem, surgidas em decorrência de algum fato processual, atribuídas a determinado sujeito. Os poderes processuais se explicam independentemente da sua referência a outro sujeito, justamente porque a relacionalidade é irrelevante para caracterizá-lo²⁵.

-
22. MARCOS BERNARDES DE MELLO (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico – Plano da Eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 88, nota 149) propõe a distinção entre *qualidade* (que seria uma situação protegida por direito subjetivo) e *qualificação* (que não constituiria direitos subjetivos). No texto, porém, tratamos indistintamente essas categorias.
 23. GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. Existem Legitimações Puramente Processuais? In: *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, agosto/2008, n. 65, p. 113.
 24. Sobre uma distinção criteriosa entre legitimidade e capacidade processuais, conferir: GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. Existem Legitimações Puramente Processuais? In: *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 65. São Paulo: Dialética, agosto/2008, n. 65, p. 109 e segs.
 25. Para PONTES DE MIRANDA (MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, V. Rio de Janeiro: Borsói, 1955, p. 241), os poderes “enchem” o conteúdo de direitos subjetivos. No texto, porém, utilizamos a expressão “poderes processuais” para designar as situações jurídicas de vantagem – portanto “ativas” –, sem que necessariamente impliquem o interrelacionamento entre sujeitos. Assim, é possível

PAULA COSTA E SILVA²⁶ parte da constatação doutrinária de que haveria três tipos de situações jurídicas processuais: direitos, ônus e deveres, questionando em seguida se seria realmente possível identificar a existência das três categorias.

Descreve que as partes, no desenrolar do processo, vão sendo investidas em poderes processuais, mas também lhes sendo impostos ônus e deveres. A primeira questão que se põe é saber de qual tipo de situação jurídica se está a tratar quando se descrevem os direitos processuais: seriam poderes ou direitos subjetivos? Muitos dos chamados “direitos” processuais (direito de apresentar contestação, direito de produzir prova etc.) constituem na verdade poderes, pois não é possível desdobrá-los em situações mais simples²⁷.

Além do mais, essas situações não visam apenas a conferir possibilidade ao sujeito de apresentar contestação, produzir prova etc. Todas elas são instrumentais de outra realidade que transcende a cada uma delas: a de o sujeito poder influenciar, de modo efetivo, o resultado final do procedimento. Assim, essas situações processuais são simples poderes, que, por sua vez, se integram em uma situação jurídica mais ampla. Os poderes processuais se assemelhariam aos direitos potestativos, pois alterariam a ordem pré-existente mediante uma atuação voluntária do sujeito²⁸.

CARNELUTTI²⁹ trata dos poderes processuais, mas com um sentido diferente do que aqui adotamos. Para ele, os poderes

falar de poderes como conteúdo de direitos subjetivos, mas também de poderes como situações autônomas, não relacionais, como se fez acima.

26. SILVA, Paula Costa e. *Acto e Processo – o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 129.
27. SILVA, Paula Costa e. O Processo e as Situações Jurídicas Processuais. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo (Coords.). *Teoria do processo – panorama doutrinário mundial*. Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 779 et passim.
28. SILVA, Paula Costa e. *Acto e Processo – o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 135-138.
29. CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*, I. Tradução Hiltomar Martins Oliveira, São Paulo: Classic Book, 2000, p. 116.

são o correlato da sujeição; trata-se, portanto, de uma situação jurídica relacional³⁰. TESHEINER também segue essa mesma orientação³¹.

Ocorre que o avanço para o confronto entre o poder e a sujeição significa, a nosso ver, invadir o campo próprio das relações jurídicas. A relação existente entre poder e sujeição é conteúdo de uma relação jurídica de direitos formativos (potestativos).

Por isso, enquadrámos os poderes processuais como situações jurídicas complexas unilaterais, definidas por MARCOS BERNARDES DE MELLO³² como a situação jurídica que supõe o envolvimento de mais de um sujeito, mas cujos efeitos se produzem apenas em um deles.

O poder processual, diferentemente do que acontece com a relação jurídica, é caracterizado justamente pela ausência de um correspondente passivo que se contrapusesse à posição do respectivo titular. Nesse sentido, é oportuna a observação de PAULA COSTA E SILVA: “O titular de um poder processual, que lhe permite praticar actos, não tem uma posição que se afira por contraposição à situação da parte contrária”³³.

30. HOHFELD também coloca os poderes (não os poderes processuais, mas os poderes jurídicos como gênero) como uma situação correlativa a de sujeição (HOHFELD, Wesley Newcomb. *Os Conceitos Jurídicos Fundamentais Aplicados na Argumentação Judicial*. Tradução Margarida Lima Rego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 28). Rigorosamente, seria possível admitir uma relacionalidade entre sujeitos com a figura do ônus. Se, de um lado, alguém, no processo, titulariza um poder ou faculdade, outro sujeito (o juiz), em última análise, assumiria uma posição de “sujeição” (se, v.g., quanto ao ônus da contestação, o réu teria a faculdade processual de contestar a demanda, o juiz teria um “dever” de recebê-la). É pouco útil, contudo, buscar a descrição dessa relação. A explicação do ônus como uma situação jurídica não relacional se dá por meio de uma decomposição analítica e se justifica por seu mais proveitoso examinar e relatar o fenômeno apenas do ponto de vista de quem titulariza a faculdade processual (e, consequentemente, de quem suporta a desvantagem advinda do seu não exercício), isto é, do onerado.

31. TESHEINER, José Maria Rosa. Situações subjetivas e processo. In: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, julho-setembro/2002, n. 107, p. 21-22.

32. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico – Plano da Eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 163.

33. SILVA, Paula Costa e. *Acto e Processo – o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 155.

O exemplo característico dos poderes processuais está no ônus. É lugar comum, principalmente a partir de GOLDSCHMIDT, a ideia de que o ônus constitui um imperativo do próprio interesse:

Aparte desto, solo existen en el proceso <<cargas>>, es decir, situaciones de necesidad de realizar determinado acto para evitar que sobrevenga un perjuicio procesal. Com otras palabras, se trata de <<imperativos del proprio interes. Las cargas procesales se hallan em uma estrecha relación com las <<posibilidades>> procesales, puesto que toda <<possibilidade>> impone a las partes la carga de ser diligente para evitar una perdida.³⁴

Tradicionalmente, a doutrina classifica o ônus como uma situação jurídica passiva, sem correspondente ativo, pois o agente pratica o ato, desincumbindo-se do ônus, no interesse próprio, e se o fizesse no interesse alheio, estar-se-ia diante de um dever jurídico. Há, também, como é o caso de ASCENSÃO³⁵, quem o enquadre numa situação jurídica mista.

Preferimos, contudo, adotar concepção inversa. Para nós, o ônus é uma situação jurídica ativa³⁶. Trata-se de um poder atribuído ao sujeito para prática de determinado ato no processo, sem uma situação de sujeição correlata (se houvesse não seria situação jurídica complexa unilateral, mas relação jurídica). Oportuna a lição de PONTES DE MIRANDA: “o ônus é em relação

34. GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*. Tradução Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1936, p. 203.

35. Para o autor português, haveria na figura do ônus “um aspecto activo e um aspecto passivo na mesma titularidade”, representando um “misto” de atividade e passividade (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Teoria Geral do Direito Civil*, IV. Lisboa: FDUL, 1993, p. 100).

36. TESHEINER, José Maria Rosa. Sobre o Ônus da Prova. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de Direito Processual Civil – Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: RT, 2006, p. 355 e segs. Convém esclarecer, porém, que TESHEINER inclui o ônus na classe dos direitos formativos, pois, para ele, sempre haveria uma situação de sujeição correlativa a do titular do direito, perspectiva que, como visto, não adotamos.

a si mesmo; não há relação entre sujeitos: satisfazer é do interesse do próprio onerado”³⁷.

O que irá distinguir o ônus dos demais poderes processuais é a circunstância de que *outra norma* comina, para a hipótese do não exercício do poder, uma consequência jurídica negativa para o titular do ônus. Nisso se pode identificar a distinção entre, *v.g.*, o poder de contestar e o poder processual conferido ao juiz de produzir provas de ofício. No primeiro caso, há um poder de cujo não-exercício resultam consequências negativas para o titular, de modo especial a supressão da posição de vantagem que caracterizava o poder; no segundo caso, essa consequência não se estabelece.

Todavia, o que se considera como ônus não é aquilo que o titular da situação jurídica sofre, mas aquilo que lhe é lícito fazer. É precisamente nesse sentido que se fala em ônus da prova, ônus do pagamento das custas processuais, ônus da defesa etc. Todas essas situações representam autênticas posições ativas dos sujeitos, daí por que preferimos tratá-las como poderes processuais.

O juiz é dotado de diversos poderes processuais. É preciso considerar que, na linguagem corrente, a palavra “poder” não é unívoca. Aqui optamos por designar “poderes processuais” as situações tipicamente unilaterais, ou não-relacionais. Quando se falar em “poderes do juiz” (*v.g.* poder processual de requisitar documentos, de exigir o comparecimento de testemunha em audiência etc.), usa-se a expressão para designar duas realidades distintas: as situações não relacionais (poderes processuais no sentido mais restrito, aqui referido) e as situações relacionais; no segundo sentido, os poderes são conteúdo de relações jurídicas processuais em que o órgão jurisdicional figura como sujeito ativo, porque aí há relacionalidade e os efeitos jurídicos envolvem esferas jurídicas de mais de um sujeito. Por convenção, usa-se o signo “poder”, já que a categoria do “direito

37. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, IV. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 217.

subjetivo” não é usualmente utilizada para se designar os poderes titularizados pelo juiz, com caráter relacional. Isso, contudo, não apaga a distinção entre as duas categorias.

Diferencia-se também o ônus, como poder processual, dos deveres processuais, não só na circunstância de serem os primeiros situações jurídicas ativas, mas também porque, como adverte LENT³⁸, no ônus há liberdade da parte onerada de se desincumbir do encargo; no dever ou obrigação, a recusa ao comportamento previsto na norma resulta num fato contrário a direito³⁹.

Categorias, como, *v.g.*, as legitimidades, a competência, o ônus podem ser classificadas como situações jurídicas processuais não relacionais. Note-se, *v.g.*, que um juiz pode possuir competência territorial e não estar em condição de praticar nenhum ato, nem de exercer qualquer poder no processo (se o juiz for o competente, mas a demanda houver sido proposta em outro foro, nada poderá fazer o juiz até o exercício da exceção declinatória do foro pelo réu; mesmo assim, ostentará a qualificação jurídica de juiz competente).

3. RELAÇÕES JURÍDICAS PROCESSUAIS

3.1. Generalidades

O traço característico da relação jurídica está na circunstância de que ela vincula, pelo menos, dois sujeitos de direito a respeito de um objeto, tendo como conteúdo mínimo um direito (prestacional ou potestativo) e a sua correlata situação jurídica passiva (dever ou estado de sujeição)⁴⁰, além de suas respectivas extensões, como as pretensões, ações, obrigações e situação de acionado. Assim, o direito processual nada mais é do que uma

38. LENT, Friedrich. Obblighi e oneri nel processo civile. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 1954, v. IX, parte I, p. 151.

39. ABDO, Helena. As Situações Jurídicas Processuais e o Processo Civil Contemporâneo. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Teoria do Processo – panorama doutrinário mundial* – segunda série. Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 350.

40. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico – Plano da Eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 171 e segs.

dada relação jurídica processual vista sob o ângulo do sujeito passivo, enquanto as situações jurídicas processuais passivas refletem a posição daquele que se encontra como sujeito passivo de uma relação processual⁴¹.

Tradicionalmente se tem concebido a relação jurídica processual como o vínculo, resultante do exercício do direito de ação, pelo qual o Estado-juiz se obriga a dar solução a uma controvérsia jurídica concreta.

Trata-se de noção herdada de BÜLOW⁴², desde 1868, para quem o processo seria uma relação jurídica pública⁴³, pois os direitos e obrigações processuais aplicam-se entre funcionários do Estado e os cidadãos. Além disso, ela avançaria gradualmente e se desenvolveria passo a passo, enquanto a relação jurídica privada, que constituiria o objeto de debate judicial, apresentava-se totalmente concluída.

3.2. Objeção de GOLDSCHMIDT à noção de relação jurídica processual

Atualmente, o conceito de relação jurídica vem sofrendo importantes objeções. Antes, porém, essa noção já havia sido

41. Há quem negue a existência de obrigações ou deveres das partes no processo. MICHELI defende que as partes seriam titulares de ônus (poderes), apenas. Para ele, "Cada una de las partes es titular de un poder instrumental, respecto del ejercicio del cual la contraparte y el juez se encuentran en una situación de sujeción, en cuanto no pueden oponerse a dicho ejercicio" (MICHELI, Gian Antonio. *Curso de Derecho Procesal Civil*. Tradução Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires, EJE, 1970, p. 265, v. I.).

42. BÜLOW, Oskar. *La Teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales*. Tradução Miguel Angel Rosas Lichtschein. Lima: Ara, 2008, p. 24.

43. Aqui não há espaço de se referir a todas as teorias que procuraram explicar a natureza jurídica do processo. Para uma recensão de algumas dessas teorias, em contraposição à proposta de BÜLOW, inclusive com abordagem de concepções menos difundidas como as de BENJAMIM CARDOZO, MELENDO e PODETTI, encontra-se em: GOUVEIA FILHO, Roberto Campos. Síntese didática de algumas teorias menos conhecidas sobre a natureza jurídica do processo. In: DIDIER Jr., Fredie; JORDÃO, Eduardo (coord.). *Teoria do processo – panorama doutrinário mundial*. Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 862-869.

alvo do ataque de GOLDSCHMIDT, que pretendia substituí-la pela ideia de processo como situação jurídica.

Para GOLDSCHMIDT⁴⁴, o conceito de relação jurídica processual seria infrutuoso para a ciência. Os litigantes, no processo, não titularizariam nenhuma obrigação; além disso, a obrigação de decidir, normalmente atribuída ao juiz, seria (a exemplo do dever de administrar a justiça) uma manifestação da relação política entre o cidadão e o Estado⁴⁵.

As normas jurídicas constituiriam, para os seus destinatários, cominação de que o juiz observará determinada conduta e proferirá a sentença. Os vínculos nascidos a partir daí entre as partes não seriam propriamente “relações jurídicas”, características de uma consideração estática do direito, pois não são faculdades, nem deveres, mas sim situações jurídicas, categoria própria de uma consideração dinâmica do direito⁴⁶, traduzidas em situações de esperança da decisão judicial futura. As situações se traduziriam em: expectativas, possibilidades e ônus⁴⁷.

Há, na concepção de GOLDSCHMIDT, um vínculo direto entre os atos processuais, as situações jurídicas e a decisão judicial: quando a parte estivesse na condição de, mediante a prática de um ato, obter uma vantagem no processo e, *a fortiori*, uma sentença favorável, estaríamos diante de uma *possibilidade*; quando

44. Abraça a teoria de GOLDSCHMIDT, na América Latina: PODETTI, J. Ramiro. *Teoría y Técnica del Proceso Civil*. Buenos Aires: Ideas, s/a, p. 140-141.

45. GOLDSCHMIDT, James. *Direito Processual Civil*, I. Tradução Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller, 2003, p. 21. Ele chega a sustentar que a violação a esse dever, particularmente a denegação da justiça, seria de índole criminal, ou civil, mas não processual (GOLDSCHMIDT, James. *Principios Generales del Proceso*, I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, p. 21).

46. Endossam as objeções doutrinárias que tentam realçar a insuficiência do conceito de relação jurídica processual por ser abstrato, estático e, dessa maneira, incapaz de refletir o fenômeno processual em sua inteireza, dentre outros: MANDRIOLI, Crisanto. *Diritto Processuale Civile*, I. Torino: Giappichelli, 2002, p. 40; FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução Elanie Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 140-141; RIVAS, Adolfo. *Teoría General del Derecho Procesal*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2005, p. 314.

47. GOLDSCHMIDT, James. *Direito Processual Civil*, I. Tradução Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller, 2003, p. 21.

a parte estivesse na contingência de praticar um ato para evitar um prejuízo e, em última análise, uma sentença desfavorável, estaríamos na presença de um *ônus*; e, quando a lei estivesse a dispensar para a parte um ônus em situação que regularmente seria estabelecido, estaríamos ante uma *expectativa*⁴⁸.

As situações jurídicas no processo tomariam o lugar do que tradicionalmente até então se chamava de “direitos processuais”, já que os liames processuais não seriam abstratos, mas teriam conteúdo determinado pela aplicação do direito processual ao direito material que forma o objeto do processo. GOLDSCHMIDT sugere a existência do que chamou de Direito Judiciário Material, que regularia o exercício da pretensão à tutela jurídica como direito a exigir um julgamento favorável. Para ele, o direito subjetivo material sofreria uma dupla metamorfose no processo: em primeiro lugar, seria transposto para a pretensão à tutela jurídica; em seguida, essa pretensão seria reduzida a uma expectativa ou possibilidade processual (situações jurídicas processuais)⁴⁹.

Em síntese, o conceito de situação jurídica dissocia-se da ideia de relação jurídica processual, conceito que não guarda nexos algum com o direito material objeto do processo, enquanto aquele irá designar justamente a situação da parte a respeito do seu direito subjetivo substancial, quando o tente fazer valer processualmente⁵⁰.

3.3. O processo como procedimento em contraditório. Crítica de FAZZALARI ao conceito de BÜLOW

FAZZALARI adverte que os processualistas sempre permaneceram ligados “ao velho e inadequado clichê pandetístico

48. GOLDSCHMIDT, James. *Principios Generales del Proceso*, I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, p. 58-59.

49. GOLDSCHMIDT, James. *Principios Generales del Proceso*, I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, p. 63.

50. GOLDSCHMIDT, James. *Direito Processual Civil*, I. Tradução Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller, 2003, p. 22.

da relação jurídica processual”⁵¹. O processo deveria ser visto como um procedimento em contraditório⁵².

Os conceitos de ação e relação jurídica processual, para o autor italiano, construídos sob inspiração civilista, deveriam, segundo sua ótica, ser abandonados. A relação jurídica, porque simples, seria um esquema estático, incapaz de conter a complexidade do processo⁵³.

Assim, no lugar de enfatizar o fenômeno abstrato da relação jurídica processual, deveria ser dada relevância à noção de procedimento em contraditório. O Estado, através de seus órgãos (inclusive, portanto, mas não exclusivamente, através dos órgãos jurisdicionais⁵⁴), edita provimentos, que são atos geradores de disposições imperativas. O procedimento corresponderia ao conjunto de atividades que precederia ao provimento⁵⁵.

Assim, o provimento emanado por um órgão do Estado representaria justamente a conclusão de um procedimento, isto é, o seu ato final. Quando, no procedimento de formação do provimento, são chamados a participar, em uma ou mais fases, os interessados, e em contraditório, estamos diante de um processo⁵⁶.

-
51. FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução Elanie Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 111.
 52. “Existe, em resumo, o ‘processo’ quando em uma ou mais fases do *iter* de formação de um ato é contemplada participação não só – e obviamente – do seu autor, mas também dos destinatários dos seus efeitos, em contraditório, de modo que eles possam desenvolver atividades que o autor deve determinar, e cujos resultados ele pode desatender, mas não ignorar” (FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução Elanie Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 120).
 53. FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução Elanie Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 140-141.
 54. Na concepção de FAZZALARI, o conceito de “processo” seria próprio da teoria geral, já que o processo jurisdicional (civil, administrativo, penal, constitucional) representaria somente uma espécie do gênero (o processo, *tout court*). (FAZZALARI, Elio. *Processo. Teoria Generale*. In: *Novissimo Digesto Italiano*, XIII. Torino: UTET, 1966, p. 1069).
 55. FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução Elanie Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 32.
 56. FAZZALARI, Elio. *La Dottrina Processualistica Italiana*; Dall’<<azione>> al <<Processo>> (1864-1994). In: *Rivista di Diritto Processuale*, n. 4. Padova: CEDAM, 1994, p. 919.

A teoria de FAZZALARI foi recepcionada, no Brasil, por CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA⁵⁷, DANIEL MITIDIERO⁵⁸, DIERLE NUNES⁵⁹ e AROLDO PLÍNIO GONÇALVES⁶⁰. Há, também, os que a conciliam com a ideia tradicional de relação jurídica processual⁶¹ e quem⁶² aceite a proposta de FAZZALARI, mas a considere incompatível com Código de Processo Civil brasileiro de 1973.

3.4. Objeções de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero ao conceito tradicional de relação jurídica processual

No Brasil, em particular, também despontaram críticas à proposta teórica da relação jurídica processual.

Para MITIDIERO, a noção de relação jurídica seria infrutífera ao Direito Processual Civil, pois, ao ser concebida, estava ainda dependente do manancial teórico advindo do direito material⁶³. O conceito de relação jurídica processual, por ser estático, conviveria mal com a dinamicidade do processo, inerente à temporalidade em que se desenvolvem os atos do procedimento⁶⁴.

57. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do Formalismo no Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 114.

58. MITIDIERO, Daniel. *Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 144.

59. NUNES, Dierle. O princípio do contraditório: uma garantia de influência e de não surpresa. In: DIDIER Jr., Fredie; JORDÃO, Eduardo (coord.). *Teoria do processo – panorama doutrinário mundial*. Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 151 e segs.

60. GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no Processo*. São Paulo: Aide, 2000, p. 29.

61. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 285; THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 51. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. I, p. 56-57, dentre outros.

62. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. VIII, tomo III, p. 03.

63. MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 140.

64. MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 141.

Já segundo MARINONI, a teoria da relação jurídica processual encobre as intenções do Estado (de quem está no poder), ignora as necessidades das partes, assim como as situações de direito material e as diferentes realidades do caso concreto⁶⁵. A neutralidade do esquema da relação jurídica processual imunizaria o processo em relação à legitimidade do exercício do poder⁶⁶.

MARINONI adverte, ainda, que já não se poderia ver o processo apenas como uma relação jurídica. A noção de relação processual seria inadequada para explicar o processo diante do Estado constitucional e dos direitos fundamentais⁶⁷.

3.5. Avaliação conclusiva

As críticas dirigidas ao conceito de relação jurídica processual têm uma razão de ser. A identificação e a redução da noção de processo à de relação jurídica já não satisfazem às exigências contemporâneas do Direito Processual, especialmente no contexto das transformações vivenciadas nesse subdomínio da ciência jurídica, de modo bem particular em face dos influxos do neoprocessualismo.

Embora ainda seja majoritária a adesão dos processualistas⁶⁸ à concepção de relação jurídica processual, inclusive

65. MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Processo*. São Paulo: RT, 2006, v. 1, p. 396.

66. MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Processo*. São Paulo: RT, 2006, v. 1, p. 398.

67. MARINONI, Luiz Guilherme. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado Constitucional. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo (Coords.). *Teoria do Processo – panorama doutrinário mundial*. Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 574.

68. Adotam-na, dentre outros: CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução Paolo Capittanio. Campinas: Bookseller, 1998, p. 78, v. 1.; ZANZUCCHI, Marco Tullio. *Diritto Processuale Civile*, I. Milano: Giuffrè, 1964, p. 70; COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 4. ed. Buenos Aires: Julio César Faria, 2009, p. 109-110; SOARES, Fernando Luso. *Direito Processual Civil*. Coimbra: Almedina, 1980, p. 242; CASTRO, Artur Anselmo de. *Lições de Processo Civil*, I. Coimbra: Almedina, 1964, p. 3.

no Brasil⁶⁹, já há algum tempo se faz oportuno repensar o seu alcance.

O conceito de relação jurídica processual, todavia, não merece ser simplesmente desprezado e abandonado em definitivo, embora irrecusável seja, já há algum tempo, a necessidade de se redimensioná-lo.

Primeiramente, não se pode perder de vista que o conceito de relação jurídica, estando no plano da Teoria Geral do Direito, apresenta-se como um dos conceitos jurídicos fundamentais⁷⁰ (conceitos lógico-jurídicos), sendo temerário, nessa perspectiva, eliminá-lo simplesmente de um dos subdomínios da ciência jurídica⁷¹.

O conceito também tende à neutralidade (já que utilizável em todas as subáreas do conhecimento jurídico), e isso não deixa de ser uma virtude. Trata-se de uma noção estrutural, um conceito jurídico-fundamental que auxilia na descrição do fenômeno jurídico.

69. ALVIM, Arruda. *Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 1995, v. 1, p. 309; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, II. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 25-26; OLIVEIRA JÚNIOR, Waldemar Mariz de. *Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 1971, p. 187, v. 1; THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 51. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 82, v. 1; GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 58, v. 2; GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 1, p. 252; ALVIM, J. E. Carreira. *Teoria Geral do Processo*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 169, v. 1; KLIPPEL, Rodrigo. *Teoria Geral do Processo Civil*. 2. ed. Niterói: Impetus, 2009, p. 319; GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo Curso de Direito Processual Civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 1, p. 103; FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. I, p. 256.

70. “A categoria da relação deve ser valorizada. [...] Representa uma estrutura prévia à valoração legal, ontológica neste sentido amplo, que não está sujeita à manipulação legal e é condicionante da própria apreensão da realidade jurídica” (ASCEN-SÃO, José de Oliveira. *Teoria Geral do Direito Civil*, IV. Lisboa: FDUL, 1993, p. 71).

71. Adverte LOURIVAL VILANOVA: “O conceito de relação jurídica é um dos conceitos fundamentais, por isso o seu estudo compete à Teoria Geral do Direito. Não é um conceito só específico do direito privado, ou só específico do direito público; atravessa universalmente todos os subdomínios do direito positivo” VILANOVA, Lourival. *Causalidade e Relação no Direito*. 4. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 238).

A proposta de GOLDSCHMIDT, apesar de sua notável originalidade e de ser considerada verdadeiramente revolucionária⁷², não foi suficiente para suplantar a ideia de uma relação jurídica processual. LIEBMAN bem soube evidenciar, ao menos três pontos fracos da teoria da situação jurídica proposta pelo jurista alemão: *i)* a situação jurídica, tal como concebida por GOLDSCHMIDT, não é o processo, mas o objeto do processo⁷³, de tal modo que, ainda que legítima se afigurasse a tentativa de teorizar sobre a situação do direito subjetivo deduzido em juízo, temerário para a própria autonomia do Direito Processual se afiguraria eliminar uma categoria tipicamente processual para, em seu lugar, inserir um conceito preso (ou ao menos vinculado) ao direito material; *ii)* a teoria da situação jurídica simplesmente ignora a figura e a função do juiz⁷⁴ no contexto da dinâmica dos diversos relacionamentos tratados com os litigantes e que não poderiam ser simplesmente esquecidos ou ignorados, como se o órgão jurisdicional, no processo, não executasse nenhuma função processual; *iii)* a noção de situação jurídica concebida por GOLDSCHMIDT desborda para explicar o fenômeno jurídico-processual sob um viés claramente psicológico, ou, no mínimo, metajurídico⁷⁵, já que para ele as diferentes situações jurídicas

72. LIEBMAN, conquanto não aceite a proposta teórica de GOLDSCHMIDT, realça a importância de sua construção, considerando-a, inclusive, muito mais revolucionária do que a tese de BÜLOW (LIEBMAN, Enrico Tullio. *L'opera scientifica di James Goldschmidt e la teoria del rapporto giuridico processuale*. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 1950, p. 336, v. V, parte I.).

73. "Partito allá ricerca di una spiegazione di quel che sai, in termini giuridici, il *iudicium*, egli [Goldschmidt] ha finito invece por darci una teoria della *res in iudicium deducta*, e non può quindi pretendere di sostituire con la sua la teoria del rapporto giuridico processuale, che – bene o male – há dato appunto uma risposta allá domanda di quel che il processo sia." (LIEBMAN, Enrico Tullio. *L'opera scientifica di James Goldschmidt e la teoria del rapporto giuridico processuale*. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 1950, p. 336, v. V, parte I.).

74. LIEBMAN, Enrico Tullio. *L'opera scientifica di James Goldschmidt e la teoria del rapporto giuridico processuale*. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 1950, p. 337, v. V, parte I.

75. GOLDSCHMIDT nega o caráter metajurídico de sua construção argumentando que os casos típicos de situação jurídica processual se encontrariam no âmbito do princípio dispositivo, conforme o qual a atividade judicial haveria de recair sobre os atos das partes (GOLDSCHMIDT, James. *Principios Generales del Proceso*, I.

são definidas em função da probabilidade quanto à obtenção da decisão final. Como bem observou CALAMANDREI⁷⁶, o jurista alemão acabou descrevendo o processo como se verifica na realidade prática, e não segundo o dever-ser extraído do Direito processual.

Acresça-se a isso que embora louvável a proposta de enxergar o processo em sua dinamicidade – já que a ideia de relação jurídica processual, não obstante BÜLOW⁷⁷, WACH⁷⁸ e muitos outros afirmarem tratar-se de relação dinâmica, em desenvolvimento –, o conceito de situação jurídica não se prestaria lograr os resultados perseguidos.

É de se perceber que a noção de situação jurídica não deixaria de ostentar um caráter estático, como bem percebido por PAULA COSTA E SILVA:

Tal como a situação não é dinâmica, o facto não é estático. Descrever o processo como relação dinâmica é admitir uma situação, que muda. Mas, como a situação é aquilo que é num dado momento, se muda o momento, porque verificado o facto, muda a situação. Há uma situação nova ou há uma situação cujo conteúdo se alterou. Não há uma situação dinâmica.⁷⁹⁻⁸⁰

Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1961, p. 66). Apesar de bem formulada a objeção, a realidade é que as diferentes situações se configuram como expectativas das partes em face de uma decisão judicial futura. Parece-nos ser pouco útil teorizar sobre a realidade psicológica dos sujeitos em face da decisão judicial aguardada; não se está a tratar, rigorosamente, de uma realidade processual.

76. CALAMANDREI, Piero. Il processo come situazione giuridica. In: *Opere Giuridiche a cura di Mauro Capelletti*. Napoli: Morano, 1965, v. I, p. 184.

77. BÜLOW, Oskar. *La Teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales*. Tradução Miguel Angel Rosas Lichtschein. Lima: Aara, 2008, p. 24-25.

78. WACH, Adolf. *Manual de Derecho Procesal Civil*, I. Tradução Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1977, p. 70.

79. SILVA, Paula Costa e. *Acto e Processo – o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 97.

80. OLIVEIRA ASCENSÃO, com propriedade, assevera: “O elemento dinamizador da ordem jurídica é o facto. Os factos alteram as situações existentes, provocando efeitos de direito.” (ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito – Introdução e Teoria Geral*. 13. ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 18).

A restrição manifestada por FAZZALARI também, ao menos em parte, não se justifica. A origem pandectista da noção de relação jurídica não pode ser alçada ao patamar de um obstáculo intransponível ao seu uso contemporâneo, nem muito menos utilizada como forma de pré-exclusão injustificada do conceito.

Além disso, a consideração do processo como procedimento em contraditório não se revela incompatível com ideia de relação jurídica processual. A pretendida substituição do processo como relação jurídica pelo processo como procedimento em contraditório acaba revelando, igualmente, uma visão reducionista⁸¹, a exemplo daquela manifestada por BÜLOW em 1868.

FAZZALARI teve o mérito de pôr em realce, no seu devido tempo, o contraditório, algo capaz de justificar sua teoria contextualizando-a com as necessidades dos atuais Estados democráticos. Para se descrever o processo como instância comunicativa, contudo, útil ainda se revela a ideia de relação jurídica processual⁸².

81. MARINONI aponta como um dos limites da visão do processo proposta por FAZZALARI a lacuna de não se preocupar com o direito ao procedimento adequado à tutela do direito ou às necessidades do direito material (MARINONI, Luiz Guilherme. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado Constitucional. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo (Coords.). *Teoria do Processo – panorama doutrinário mundial*. Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 557). Outra crítica à teoria de FAZZALARI é formulada por ZANETI JÚNIOR, ao obtemperar que a proposta do autor italiano cerra as portas à criação judicial do direito, gerando um obstáculo para a consecução da abertura democrática do processo. (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional – O modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 200).

82. ANTÔNIO DO PASSO CABRAL bem observou: “[...] mesmo quando aparentemente desempenha função independente de outros sujeitos, o agente comunicativo os supõe e considera. Com efeito, não se pode esquecer que o direito lida com relações intersubjetivas, que devem ser baseadas na pluralidade de agentes e no recíproco reconhecimento, o que nunca pode ser imaginado em apenas um sentido.” (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. 173).

Isso denota que o conceito de relação jurídica processual não está desconectado com as existências democráticas do Estado Constitucional e com a afirmação e garantia de participação dos sujeitos, com poder de influência, na formação dos provimentos jurisdicionais. CALMON DE PASSOS⁸³ exalta a importância do conceito sob o viés de sua adequação ao Estado democrático:

[...] nenhuma teoria é mais fecunda, em suas consequências, nem mais adequada, politicamente, para um Estado de direito democrático do que a da relação jurídica. Somente ela explica o processo, quer analisado sob o ponto de vista das partes, quer do ponto de vista do juiz, como é a única que oferece sua compreensão sistemática, revestindo-o de racionalidade e evidenciando sua dimensão política, o que é do mais alto alcance, por legitimar a existência de um direito público subjetivo do litigante à prestação da atividade jurisdicional por parte do Estado, um ganho civilizatório que cumpre seja preservado e é indissociável ao Estado de direito democrático.

Os diversos vínculos jurídicos intersubjetivos que sucedem durante o processo após a prática dos diversos e sucessivos atos formadores do procedimento ficariam sem explicação, caso simplesmente abandonada a noção de relação jurídica processual. Dizer que esses vínculos seriam reduzidos às figuras dos poderes, deveres, como fez CARNELUTTI⁸⁴, seria apenas uma forma de descrever a mesma realidade com outros signos linguísticos, porquanto os poderes, deveres, faculdades e obrigações, na perspectiva carneluttiana, são situações jurídicas relacionais, que vinculariam dois ou mais sujeitos em face de um objeto.

83. PASSOS, J. J. Calmon de. *Esboço de uma Teoria das Nulidades Aplicada às Nulidades Processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 73.

84. CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*, II. Tradução Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000, p. 784.

A questão relativa à suposta “inadequação ideológica” não nos parece decisiva, pois a ciência não deve buscar estabelecer conceitos que tenham por escopo legitimar essa ou aquela posição política. Isso não é função da Teoria Geral do Direito, razão pela qual a neutralidade do conceito pode, inclusive, apresentar-se benéfica.

Nada obstante, a questão da pertinência ideológica de um conceito jurídico até poderia ser discutida, mas em outra sede: a do Direito Processual Civil propriamente dito. Por isso, a aceitação da noção de relação jurídica processual não impede a crítica a essa ou aquela postura doutrinária que se mostre descompassada com os escopos do Estado constitucional.

Embora estático⁸⁵, o conceito de relação jurídica processual não se revela imprestável ou desvestido de utilidade. Mas, para isso, é necessário, desde já, deixar assentado que o fenômeno processual não pode ser reduzido à noção de relação jurídica processual.

Na verdade, há quem chegue a sustentar a própria dinamicidade da noção de relação jurídica processual, como o faz, dentre outros, TESHEINER, para quem o processo seria uma relação dinâmica, por sucederem em seu curso situações de crédito e de poder⁸⁶, como já afirmava WACH.

Sob o ângulo da dinamicidade, a concepção mais adequada é a que vê o processo como fato jurídico. Note-se, como já ressaltado, que o conceito de situação jurídica, seja na perspectiva

85. O próprio caráter estático da relação jurídica é relativo, pois há concepções que buscam atribuir dinamicidade ao vínculo obrigacional (gênero do qual a relação processual é espécie), tratando a obrigação como um processo, considerando todas as fases que acontecem desde a criação até a extinção do vínculo. “Com a expressão ‘obrigação como processo’ tenciona-se sublinhar o ser dinâmico da obrigação, as várias fases que surgem no desenvolvimento da relação obrigacional e que entre si se ligam com interdependência” (SILVA, Clóvis V. do Couto. *A Obrigação como Processo*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2008, p. 20).

86. TESHEINER, José Maria Rosa. Situações subjetivas e processo. In: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, julho-setembro/2002, n. 107, p. 22.

de GOLDSCHMIDT, seja na perspectiva aqui assumida, revela uma noção estática. Isso, contudo, não lhe retira a utilidade teórica – tanto que tratada como um autêntico conceito jurídico fundamental –, mas revela sua imprestabilidade para descrever, cientificamente, o processo como realidade dinâmica.

O mesmo sucede com a ideia de relação jurídica processual, como já apontado por GOLDSCHMIDT e por FAZZALARI. Cuida-se de ideia abstrata e estática, mas nem por isso irrelevante. Não se revela adequado falar em dinamicidade ou progressividade da relação jurídica processual, como até hodiernamente se vê referido em doutrina⁸⁷. Quando se alude ao caráter dinâmico da relação processual, está-se, a rigor, tratando de outra categoria, ainda que sob o signo da “relação jurídica”.

As observações aqui colocadas, porém, não excluem a possibilidade da existência de relações processuais, como bem advertiu PAULA COSTA E SILVA: “da circunstância de se negar a possibilidade de qualificação do processo como relação não decorre que deva negar-se que o processo, enquanto facto, não determine a constituição de relações jurídicas”⁸⁸.

Em suma, negar que o processo deva ser reduzido à noção de relação jurídica processual não significa dizer que não existam relações processuais, nem muito menos que a relação jurídica processual vinculando autor, juiz, réu e demais sujeitos processuais, tendo como objeto a prestação jurisdicional deva ser abandonada.

87. SOARES, Fernando Luso. *Tópicos e Sumários de Processo Civil*, I. Lisboa: FDUL, 1991, p. 103; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Método, 2009, p. 45; GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. I, p. 253; ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 200; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 290, dentre outros.

88. SILVA, Paula Costa e. *Acto e Processo – o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 128.

O processo, como afirmou ROSENBERG⁸⁹, está sujeito à dupla consideração: como procedimento, abrangendo a totalidade das atuações dos sujeitos processuais executadas sucessivamente, mas também como relação jurídica, isto é, como a totalidade das relações processuais produzidas entre o juiz e as partes⁹⁰⁻⁹¹.

Conforme bem ponderou OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA⁹², é possível também admitir a noção de processo como uma relação jurídica e, ao mesmo tempo, tratar as suas categorias correlatas como elementos de uma situação jurídica.

DINAMARCO anotou com propriedade:

A teoria do processo como relação jurídica, formulada em 1868 por Oskar von Bülow e vitoriosa em todos os quadrantes da doutrina continental européia – com notória repercussão na brasileira – , jamais explicou como poderia o processo ser *só uma relação processual*, sem incluir em si mesmo também um procedimento. Ela teve o mérito de suplantar a arcaica visão do processo como pura seqüência de atos – ou seja, como mero procedimento, sem cogitações de específico vínculo de direito entre seus sujeitos – mas por sua vez acabou suplantada pela percepção de que *procedimento e relação processual coexistem no conceito e na realidade do processo*⁹³.

Portanto, o conceito de relação jurídica resiste às restrições doutrinárias e sobrevive, revelando-se de grande utilidade

89. ROSENBERG, Leo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*, I. Tradução Angela Vera. Buenos Aires: EJE, 1955, p. 8.

90. No mesmo sentido: TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Saraiva. 1993, p. 2.

91. FOSCHINI já havia percebido que o termo “processo” propicia várias significações, a depender do enfoque pretendido: “la nostra conclusione è che il processo: a) da un punto di vista (astratto) normativo è un rapporto giuridico complesso; b) da un punto di vista (concreto) statico è una situazione giuridica complessa; c) da un punto di vista (pur esso concreto ma) dinamico è un atto giuridico complesso”. (FOSCHINI, Gaetano. *Natura Giuridica del Processo*. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 1948, v. 3, parte I, p.110).

92. SILVA, Ovídio baptista da. *Curso de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000, p. 20, v 1.

93. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, II. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 27.

atualmente, embora o processo não possa ser reduzido apenas a uma relação jurídica processual⁹⁴.

Isso nos permite afirmar que dos fatos processuais podem decorrer relações jurídicas processuais. A principal delas é que se estabelece entre o autor e o juiz, quando do exercício da pretensão à tutela jurídica (direito de ação), angularizando-se com a citação do réu⁹⁵.

Essa relação (a relação processual propriamente dita) não exaure a ocorrência de relações como efeitos de fatos jurídicos processuais⁹⁶. Muitas outras surgem, vinculando, *v.g.*, autor e juiz, réu e juiz e autor e réu⁹⁷⁻⁹⁸. O dever recíproco de atuar segundo a boa-fé objetiva (CPC, art. 14), *v.g.*, é a demonstração

94. “Il concetto ormai tradizionale del rapporto giuridico processuale è servito e serve tuttora ad esprimere quest'autonomia: cioè la giuridicità, l'unità e l'astrattezza del processo” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *L'opera scientifica di James Goldschmidt e la teoria del rapporto giuridico processuale*. In: *Rivista di Diritto Processuale*, v. V, parte I. Padova: CEDAM, 1950, p. 343).

95. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, III. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 198-199.

96. Alguns têm acentuado o caráter complexo da relação jurídica processual, que funcionaria como um “reagrupamento construtivo das concretas relações jurídicas processuais para uma noção teórica de grau superior.” (JAUERNIG, Othmar. *Direito Processual Civil*. Tradução F. Silveira Ramos. Coimbra: Almedina, 2002, p.181). Também em sentido próximo, considerando a relação processual como o agrupamento das diversas situações jurídicas geradas no processo, é a opinião de ANTONIO DO PASSO CABRAL (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. 175), que já vinha manifestada, dentre outros, por SCHÖNKE (SCHÖNKE, Adolf. *Direito Processual Civil*. Revisão Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003, p. 25) e pelo próprio CHIOVENDA (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução Paolo Capittano. Campinas: Bookseller, 1998, v. 1, p. 79).

97. “[...] il processo supone non solo um potere giuridico del giudice, ma pure um potere giuridico tra le parti ma anche un rapporto giuridico di ciascuna parte con um soggetto diverso dall'altra parte” (CARNELUTTI, Francesco. *Dei rapporti giuridici processuali*. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 1963, p. 359-360, v. XVIII.).

98. Para PONTES DE MIRANDA, ao contrário, “Entre as partes, não há relação jurídica processual” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, III. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 08).

de que podem existir relações jurídicas processuais vinculando as partes entre si.

Portanto, há a relação jurídica processual (que não deve ser usada com a pretensão de exaurir o fenômeno processual⁹⁹), assim como pode haver outras tantas relações jurídicas processuais decorrentes de fatos jurídicos processuais diversos, sucedidos enquanto perdure o procedimento, ainda que ocorridos fora dele.

99. PONTES DE MIRANDA já dizia: “O que se não deve é não confundir com a relação jurídica processual o processo mesmo, que está para ela como o decorrer dos meses de aluguel, o uso da casa, as reclamações sobre o estado dela, de parte a parte, e os avisos necessários ou as notificações voluntárias, para a relação jurídica de locação” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, III. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 08).

CAPÍTULO II

ATOS PROCESSUAIS SUJEITOS A CONDIÇÃO OU TERMO

SUMÁRIO • 1. Introdução – 2. As determinações inexas nos atos processuais – 3. Negócios processuais sujeitos à condição ou termo no direito brasileiro – 4. Decisões judiciais sujeitas à condição ou termo.

1. INTRODUÇÃO

Uma das grandes vantagens da teoria do fato jurídico processual em sentido amplo está em segregar os três planos do mundo jurídico e diferenciar os negócios processuais dos atos jurídicos *stricto sensu* processuais. Vantagem tanto em nível teórico como na dimensão prática.

Os atos processuais *lato sensu* normalmente produzem seus efeitos processuais típicos assim que praticados. Nem mesmo o vício obsta a que o ato seja eficaz. Os atos processuais viciados, no direito processual brasileiro, diferentemente do que sucede no direito civil, *v.g.*, produzem seus efeitos típicos até a respectiva invalidação¹, quando, na medida do possível, são desfeitos. Os atos processuais inválidos, portanto, ingressam no plano da eficácia.

1. MITIDIERO, Daniel. O problema da invalidade dos atos processuais no Direito Processual Civil Brasileiro Contemporâneo. In: *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Genesis, jan-mar/2005, n. 35, p. 56; DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 12. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010, v. 1, p. 273; GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no Processo*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1993, p. 76-82, dentre outros.

Examinar os atos processuais no plano da eficácia significa possibilitar que se identifiquem situações em que o ato seja válido, porém ineficaz.

2. AS DETERMINAÇÕES INEXAS NOS ATOS PROCESSUAIS

Às vezes, a propagação dos efeitos do ato ou negócio jurídico processual fica sujeita a algum acontecimento descrito na própria norma jurídica. A desistência da ação, *v.g.*, para gerar o efeito de extinguir o processo, depende da homologação judicial (CPC-1973, art. 158, parágrafo único; NCPC, art. 167, parágrafo único). Esse fato posterior – a homologação – constitui verdadeira *conditio iuris*, elemento complementar do suporte fático daquele fato processual. Nas sentenças proferidas contra a Fazenda Pública, o CPC-1973 (art. 475, I; NCPC, art. 483, I) coloca o reexame necessário com uma condição legal de eficácia do ato.

Note-se que o ato jurídico já existe com a manifestação da vontade no processo, porque o seu suporte fático se compõe com os respectivos elementos. O ato, porém, enquanto não sobrevier a homologação, será impotente em relação à sua eficácia típica.

Ao lado dos elementos de eficácia já presentes na norma processual (*conditio iuris*), indaga-se se haveria, quanto aos negócios processuais, a possibilidade de se lhes inserir o que PONTES DE MIRANDA chamou de “determinações inexas”², isto é, elementos futuros subordinantes da eficácia do ato jurídico, postos pelo exercício da própria vontade do sujeito, que se inexam ao ato jurídico para lhes fazer futuramente irradiar ou cessar a eficácia.

Em síntese, cuida-se de saber se os negócios processuais estariam suscetíveis a condições ou termos, como acontecem com os negócios jurídicos de direito privado. Trata-se, sem dúvida, de um dos grandes e importantes problemas ligado ao estudo dos atos processuais em sentido amplo no plano da

2. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, V. Rio de Janeiro: Borsó, 1955, p. 92.

eficácia, a respeito do qual, no Brasil, pouco até aqui se elaborou.

Sempre houve uma tendência de se reconhecer a impossibilidade de se cogitar a prática de atos processuais sob condição. LENT³ defendia que o desenrolar do procedimento seria inconciliável com o estado de pendência e com a suspensão da eficácia do ato até o acontecimento do evento futuro e incerto.

BARBOSA MOREIRA salienta que os atos processuais, de regra, não podem ser praticados sob condição ou termo, pois isso atentaria contra a exigência de certeza e segurança no desenvolvimento do processo, embora ele mesmo admita que essa lição deva ser recebida *cun grano salis*, porque as condições incompatíveis com os atos processuais seriam aquelas correspondentes a acontecimentos externos do próprio processo⁴. Em outro lugar, o autor defende a existência do *recurso adesivo condicionado*, assim entendido aquele interposto *ad cautelam*, a ser examinado somente se o tribunal der provimento ao recurso principal, enquadrável na classe dos atos processuais sujeitos à condição.⁵

Já LEONARDO GRECO, embora reconheça que a sequência dos atos do processo não possa sofrer quebra de continuidade, aceita a possibilidade de se estipular condições ou termos nas convenções das partes (*v.g.* acordo de suspensão do processo, que seria um negócio sujeito a termo; o ajuste para dispensa de

-
3. LENT, Friedrich. *Diritto Processuale Tedesco*. Tradução Edoardo Ricci. Napoli: Morano, 1959, p. 123. No mesmo sentido era a posição de ROSENBERG, para quem as condições eram, de regra, inadmissíveis e as determinações de tempo, sempre (ROSENBERG, Leo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*, I. Tradução Angela Romera Vera. Lima: Ara, 2007, p. 411).
 4. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das Partes sobre Matéria Processual. In: *Temas de Direito Processual*, terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 95.
 5. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, V. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 330. Admitindo o recurso adesivo condicionado, dentre outros: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010, v. 3, p. 94.

prova testemunhal, caso a perícia já deferida esclareça determinado fato)⁶.

ALEXANDRE CÂMARA, por seu turno, a exemplo de BARBOSA MOREIRA, rejeita a possibilidade de atos processuais sujeitos a termo, mas aceita que sejam sujeitos à condição, desde que o evento futuro e incerto que a configure seja *intraprocessual* (v.g. cumulação eventual de pedidos, recurso adesivo para eventualidade de ser provido o recurso principal, denúncia da lide etc.), não sendo possível cogitar de condições extra-processuais.⁷

ROSENBERG negava a possibilidade das condições exteriores ao procedimento⁸. Na doutrina italiana, ZANZUCCHI também recusava a possibilidade de estipulação de condições junto aos atos processuais, quando externas ao processo, embora as aceitasse para eventos que viessem a ocorrer no interior do procedimento. Ressalta, ainda, que as condições também podem ser insertas em atos processuais praticados pelo juiz, tal como se daria, v.g., na caução (caso a parte não caucionasse, o provimento perderia a eficácia)⁹. CARNELUTTI, distinguindo claramente a condição legal e a condição voluntária nos atos processuais, aceitava que se vinculasse no tempo algum efeito do ato processual e admitia as condições, de modo particular nos negócios jurídicos processuais e nos provimentos¹⁰.

6. GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – Primeiras reflexões. In: MEDINA, José Miguel Garcia *et al.* (coords.). *Os Poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais – Estudos em Homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: RT, 2008, p. 294.

7. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, I. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 271.

8. ROSENBERG, Leo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*, I. Tradução Angela Romera Vera. Lima: Ara, 2007, p. 411.

9. ZANZUCCHI, Marco Tullio. *Diritto Processuale Civile*, I. Milano: Giuffrè, 1964, p. 420-421.

10. CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*, I. Tradução Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000, p. 655-656.

3. NEGÓCIOS PROCESSUAIS SUJEITOS A CONDIÇÃO OU TERMO NO DIREITO BRASILEIRO

Parece-nos clara, no ordenamento jurídico brasileiro, a possibilidade da estipulação de determinações inexas nos negócios processuais.

O ponto de partida para análise da questão é, certamente, a natureza do ato, daí decorrendo a importância de diferenciar os atos processuais *stricto sensu* dos negócios processuais. As condições (voluntárias, porque as condições legais, *conditio iuris*, não interessam à discussão) se relacionam à natureza do ato a que conduz. Exatamente para quem já possui o poder de autorregramento da vontade, as normas jurídicas podem prever que a essa mesma vontade se ligue uma limitação, estipulada pelo próprio sujeito, do efeito jurídico correspondente ao ato. Trata-se de uma autolimitação da vontade¹¹. Por isso, as determinações inexas, quando admitidas, são próprias dos negócios processuais, já que ligadas ao exercício do autorregramento da vontade no processo.

Naturalmente que, no processo, a abrangência das condições voluntárias não tem o mesmo espectro do que no direito civil. No plano processual, a regra é os atos processuais não se subordinarem a condições ou termos, porque o processo, como procedimento, é um caminhar para frente, sendo, a princípio, incompatível com o seu desenvolvimento a incidência de fatos temporais voluntariamente estipulados que viessem interferir no seu desenrolar. Trata-se de lição clássica.

Todavia, onde há o autorregramento da vontade, pode haver a autolimitação da vontade. As regras processuais, expressa ou implicitamente, em algumas situações, admitem que o negócio jurídico praticado no processo venha acompanhado de uma condição ou termo.

11. CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*, I. Tradução Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000, p. 655.

A suspensão convencional do processo é exemplo de negócio sujeito a termo. A lei processual dá às partes a faculdade de acordarem que o processo ficará suspenso pelo prazo que estipularem, até o limite de seis meses (CPC-1973, art. 265, II, § 3º; NCPC, art. 288, § 3º). O tempo da suspensão é um termo que adere ao pacto das partes. Parece-nos que nenhum óbice haveria a que as partes convencionassem a paralisia do procedimento condicionando a sua retomada também a uma condição resolutiva (v.g. as partes ajustam a suspensão do processo por 6 meses, ou até o julgamento de outro litígio envolvendo as mesmas partes, o que ocorresse primeiro).

Na Alemanha, cogita-se da transação processual com reserva de revogação¹². As partes transigem no processo e estipulam, como condição suspensiva, que, até um certo momento, uma delas poderá comparecer e revogar unilateralmente o acordo. Parece-nos de todo aplicável essa modalidade de negócio processual no direito brasileiro, desde que se observe o prazo máximo de seis meses, período durante o qual o processo pode ficar paralisado por convenção das partes, sem ingerência judicial.

Há, também, hipóteses de negócios jurídicos processuais unilaterais condicionados. O recurso adesivo condicionado, como já apontado, é o exemplo característico.

4. DECISÕES JUDICIAIS SUJEITAS A CONDIÇÃO OU TERMO

As sentenças e decisões condicionais são exemplos característicos de *negócios processuais judiciais*. Nelas o juiz pratica um autêntico negócio jurídico ao inserir no provimento uma determinação inexa, normalmente uma condição, da qual decorre o surgimento ou a extinção dos efeitos do ato processual.

12. LEIBLE, Stefan. *Proceso Civil Alemán*. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike, 1999, p. 305; ROSENBERG, Leo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*, II. Tradução Angela Romera Vera. Lima: Ara, 2007, p. 335, embora, para este último, a transação processual seria tão somente um negócio jurídico de direito privado, sem se reconduzir a um ato processual.

A inserção de determinações inexas em atos jurídicos é resultado do poder de autorregramento da vontade. As normas jurídicas podem admitir que a uma manifestação de vontade se ligue uma limitação, estipulada pelo próprio agente, do efeito jurídico resultante do ato¹³. As determinações inexas, quando admitidas, são próprias dos negócios jurídicos.

As condições estipuladas em provimentos judiciais – que por si já evidenciam a possibilidade de reconduzir as decisões judiciais à categoria do negócio jurídico processual –, são encontráveis em nosso ordenamento jurídico¹⁴.

É preciso esclarecer que aqui não nos referimos às sentenças que decidem relação jurídica sujeita à condição suspensiva ou termo inicial (CPC-1973, art. 460, parágrafo único¹⁵), porque aí a condição ou o termo se vinculam à relação jurídica substancial e não ao ato processual (decisão)¹⁶.

Na jurisprudência se tem adotado o entendimento segundo o qual as sentenças condicionais seriam nulas¹⁷. Essa posição

13. CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*, I. Tradução Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000, p. 655.

14. Não cogitamos aqui da chamada “condanna con riserva” do direito italiano, em que o juízo profere um provimento condenatório, em sede de cognição sumária, diferindo a uma fase posterior o exame das defesas do réu (PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. 5. ed. Napoli: Jovene, 2010, p. 571), prevista, v.g., no art. 35 do Codice italiano, figura que se aproxima da tutela antecipada por abuso do direito de defesa brasileira. Aqui, embora haja aparentemente uma condição resolutiva posta no provimento (o evento futuro do exame pelo juiz das exceções trazidas pelo réu), é própria lei quem estabelece a resolução da eficácia do ato judicial a um evento futuro. Isso sucede também nas decisões provisórias passíveis de revogação (v.g. decisão liminar em processo cautelar etc.).

15. “Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado. Parágrafo único. A sentença deve ser certa, ainda quando decida relação jurídica condicional.”

16. Mesmo sob a vigência do Código de 1939, a doutrina já recusava expressa e categoricamente a figura da sentença condicional no direito brasileiro. Assim: COSTA, Moacir Lôbo da. *Sentenças Condicionais*. In: *Revista de Direito Processual Civil*, v.1, ano 1. São Paulo: Saraiva, jan-jun/1960, p. 104.

17. STJ. RESP 569174/PR. Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ 24/05/2004; STJ. RESP 164110/SP. Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. DJ 08/05/2000.

também é ratificada pela doutrina em geral¹⁸. Na realidade, porém, o art. 460, parágrafo único, do CPC-1973 (NCPC, art. 479, parágrafo único), não veda que a decisão preveja uma condição de eficácia do direito por ela certificado¹⁹. O que está vedado é a prolação de sentença que reconheça um direito, mas, ao mesmo tempo, condicione o reconhecimento desse direito a um evento futuro²⁰.

Em doutrina, por vezes, se fala em “sentenças condicionais”²¹ para aludir à hipótese de provimento que decide relação condicional. Preferimos não utilizar essa expressão porque o que se condiciona aí não é a decisão, mas a situação jurídica litigiosa²². CARNELUTTI²³ já ressaltara, porém, a distinção entre as condições do direito reconhecido na sentença e as condições do reconhecimento do direito. Não se mostra conveniente inserir o adjetivo “condicional” para qualificar atos (decisões) que não estejam condicionados, como se dá na decisão versando sobre relação jurídica sujeita à condição.

-
18. Assim: ZAVASCKI, Teori. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003, v. 8, p. 102; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, III. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 214, dentre outros.
 19. DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula Sarno. *Curso de Direito Processual Civil*. 5. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010, v. 2, p. 331. Em sentido contrário, rejeitando a possibilidade de sentenças condicionais: BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 2, t. 1, p. 363.
 20. ARAGÃO, E. D. Moniz de. *Sentença e Coisa Julgada*. Rio de Janeiro: AIDE, 1992, p. 123.
 21. SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 3, p. 24.
 22. O Superior Tribunal de Justiça (STJ). RESP 164110/SP. Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. DJ 08/05/2000) identificou bem as duas situações, embora ainda tenha adotado a nomenclatura usual (“sentenças condicionais”). Diferenciando com nitidez a sentença condicional da sentença que julga relação sujeita à condição: ZAVASCKI, Teori Albino. Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva dos julgados. In: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, jan-mar/2003, n. 109, p. 53 e segs; BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 2, t. 1, p. 363.
 23. CARNELUTTI, Francesco. La sentencia condicional. In: *Estudios de Derecho Procesal*. Tradução Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1952, p. 185-186, v. II.

Tal como bem demonstrado por COUTURE²⁴, não há uma relação necessária entre o caráter condicional da relação jurídica litigiosa e a natureza condicional da decisão judicial. De fato, a sentença deve ser certa, concludente quanto ao direito subjetivo material afirmado no processo, mesmo que a ele se ligue uma condição no plano do direito material. Decisão ou sentença “com reserva”²⁵ parece ser expressão mais adequada por permitir a distinção entre os dois tipos de decisões: (a) as verdadeiramente condicionais, cujos efeitos se subordinam, total ou parcialmente, a uma determinação inexa inserida por força da manifestação de vontade do juiz, e (b) as que decidem relações jurídicas sujeitas à condição, impropriamente denominadas “condicionais”²⁶.

Na sentença com reserva, há o diferimento de parte da eficácia do provimento judicial (“o efeito executivo é que vai depender da ocorrência do evento”, como observou BARBOSA MOREIRA²⁷), mas essa postergação decorre da própria natureza da relação substancial objeto do litígio. Nesses casos, o juiz não pode dispor, nem modificar, nem deixar de considerar a condição ou o termo ligados à situação litigiosa, tal como se dá nas chamadas condenações para o futuro.

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 ao provimento uma condição (suspensiva ou resolutiva); somente aqui, propriamente, se

24. COUTURE, J. Eduardo. Sentencias provisionarias, condicionales y alternativas. In: *Estudios de Derecho Procesal Civil*, III. Buenos Aires: Ediar, s/a, p. 318.

25. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, V. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 73.

26. CARNELUTTI já advertia com exatidão: “não são hipóteses de sentença condicional as daquelas que constituam ou acertem uma relação dependente de um determinado evento” (CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*, III. Tradução Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000, p. 658).

27. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Execução sujeita a condição ou a termo no processo civil brasileiro. In: *Doutrina*. Rio de Janeiro: Instituto de Direito, 2000, v. 9, p. 197.

pode falar em decisões ou sentenças condicionais, não vedadas pelo art. 460, parágrafo único, do CPC-1973.

Além das cauções, ou contracautelas, exigíveis no âmbito das tutelas de urgência (CPC-1973, art. 799), podem ser aqui indicados como exemplos de determinações inexas inseridas em provimentos judiciais:

a) o deferimento de antecipação de tutela (CPC-1973, art. 273, I) condicionado (condição resolutiva) a posterior emenda da petição inicial quanto ao valor da causa;

b) o deferimento de antecipação de tutela condicionado à juntada de procuração outorgada pelo autor (podendo a condição aqui ser suspensiva ou resolutiva);

c) a fixação antecipada de parâmetros de redução das astreintes em caso de cumprimento (CPC-1973, art. 461, § 5º) nas execuções de obrigação de fazer e entregar coisa (v.g. o juiz estabelece, no provimento, que o valor da multa diária é de R\$ 500,00, mas estipula que, se a coisa for entregue em até cinco dias após o vencimento, o valor da multa seria reduzido para R\$ 100,00);

d) a estipulação de cronograma de redução das astreintes nas execuções para entrega de coisa (v.g. o juiz fixa no provimento que o valor da multa diária é de R\$ 500,00, a ser reduzido progressivamente em 2% ao dia, após 10 dias do vencimento, como forma de evitar que se configure multa excessivamente desproporcional (CPC-1973, art. 461, § 6º).

Para certas relações jurídicas continuativas, notadamente naquelas sujeitas a mudanças por variação nas *circunstâncias fáticas*, admitem-se a inserção de determinações inexas nos provimentos que as decidem. Basta imaginar o caso da demanda de alimentos promovida por filhos contra o genitor. Pode o juiz pura e simplesmente condenar o réu a prestar os alimentos (a sentença ficaria exposta a uma eventual e futura modificação, conforme prevê o art. 471, I do CPC-1973), mas também é lícito ao julgador, desde logo, condicionar os efeitos condenatório e executivo do provimento a um evento futuro e incerto que, a

priori, possa interferir na obrigação alimentar (v.g. condenar o réu a prestar os alimentos até o dia em que o filho colar grau em curso superior)²⁸, ou, ainda, fixar um termo inicial para que o provimento judicial possa produzir os seus efeitos²⁹.

Nos processos objetivos de controle de constitucionalidade, também existem decisões sujeitas à condição ou termo. É possível que o Supremo Tribunal Federal, “fazendo um juízo rigoroso de ponderação entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional, de um lado, e os postulados da segurança jurídica e do interesse social, do outro”³⁰, restrinja os efeitos temporais da sua decisão, fixando outro termo a partir do qual ela será eficaz. Esse termo poderá ser a data do trânsito em julgado do acórdão ou qualquer outro momento, no passado ou no futuro. Mas somente poderá fazê-lo se atender a dois pressupostos: um pressuposto formal – a deliberação, nesse sentido, de no mínimo dois terços dos seus membros – e outro material – que a deliberação esteja fundada em razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social (art. 27 da Lei 9.868/1999).

-
28. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, “para evitar a perpetuidade da obrigação alimentar”, e diante de indícios de que o alimentando estaria freqüentando curso universitário apenas para garantir o pensionamento, inseriu no provimento, como uma condição resolutiva, a comprovação, pelo alimentado, do “atestado de frequência e aproveitamento no curso”, ao final de cada semestre (TJ/RS. Apelação Cível n. 70029353638. Relator Desembargador André Luiz Planella Villarinho. DJ 23/12/2009).
29. Certa feita, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em ação de exoneração de alimentos proposta pelo genitor contra filha que já concluíra curso superior, decidiu que a prestação alimentícia deveria remanescer, mas somente até determinada data, “a fim de possibilitar à alimentada adaptar-se a nova situação e ingressar no mercado de trabalho, pois assim como não se pode manter o encargo de forma indeterminada, também não seria prudente a imediata exoneração dos alimentos” (TJ/RS. Apelação Cível n. 70027277961, Relator Desembargador André Luiz Planella Villarinho. DJ 14/10/2009). Trata-se, então, de provimento que se reconduz a um *negócio jurídico processual judicial* sujeito a termo inicial, antes de cujo implemento a sentença não virá a produzir os seus efeitos típicos (exonerar o alimentante da obrigação alimentar).
30. É o que diz um trecho da Exposição de Motivos do Projeto que resultou na Lei n. 9.868/1999.

LUÍS ROBERTO BARROSO³¹ traz interessante exemplo: trata-se de ação direta de inconstitucionalidade julgada pelo TJRS que tinha por objeto a decretação da inconstitucionalidade, frente a Constituição do Estado, de lei municipal (Plano Diretor) que admitia a construção de edifícios de até 17 andares, independentemente de zoneamento, num determinado município. Julgada procedente a ação, entendeu-se que a decisão seria eficaz apenas a partir da data em que fora deferida a liminar – e não da data de início de vigência da lei, como seria normal –, no intuito de salvaguardar os terceiros que, de boa-fé, adquiriram unidades imobiliárias.

Paradigmática foi a decisão dada na ADIN nº 2.240, proposta pelo PT – Partido dos Trabalhadores, contra a Lei nº 7.619/2000, do Estado da Bahia, que criou o Município de Luís Eduardo Magalhães. Arguiu-se que a dita lei estadual seria inconstitucional por não ter sido elaborada, ainda, a lei complementar federal exigida pelo art. 18, §4º, CF, para estabelecer em que período municípios podem ser criados.

Entretanto, em razão desta lei estadual, consolidou-se uma realidade fática irreversível, decorrente da efetiva existência do dito município há mais de seis anos. Dessa forma, para evitar as graves consequências que poderiam advir da extinção do município por ela (lei) criado, o STF, em nome dos princípios da segurança jurídica, da boa-fé e da confiança dos jurisdicionados, optou por decretar a inconstitucionalidade da lei, sem extirpá-la, de pronto, do ordenamento jurídico. Preservou, assim, sua vigência por vinte quatro meses, permitindo que o legislador estadual, neste período, reaprecie a matéria, de acordo com os parâmetros a serem fixados pela lei complementar federal (art. 18, §4º, CF), cuja elaboração fora ordenada pelo STF na ADIN nº 3.682. Isto é, estabeleceu o Supremo que a decisão de inconstitucionalidade da Lei nº 7.619/2000 só produzirá efeitos dentro de vinte e quatro meses – quando se teria o termo inicial de

31. BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 163, nota de rodapé nº 159.

sua eficácia. Em vinte e quatro meses: *a)* ou o município restará criado por novo ato normativo, desta feita conforme a Constituição; *b)* ou o município restará extinto. Nas palavras da Ministra Ellen Gracie, o Supremo deu um tempo de “sobrevida” para a lei e o município.³²

Ao permitir que a decisão surta efeitos a partir de um momento futuro, posterior até mesmo ao trânsito em julgado, o legislador confere ao STF a possibilidade de proferir uma decisão condicional, porquanto sujeita a termo ou condição suspensiva de eficácia.

32. Vencido foi o Ministro Marco Aurélio que simplesmente decretou a nulidade do ato.



CAPÍTULO III

PRECLUSÃO

SUMÁRIO • 1. Conceito – 2. Fundamentos da preclusão e o seu papel no formalismo processual – 3. Classificação: 3.1. Preclusão temporal; 3.2. Preclusão lógica; 3.3. Preclusão consumativa; 3.4. Preclusão-sanção ou preclusão punitiva – 4. A preclusão como fato e como efeito jurídico – 5. A preclusão como sanção – 6. Preclusão, prescrição e decadência – 7. Preclusão para o juiz – 8. Efeitos da preclusão.

1. CONCEITO

Etimologicamente, em suas origens latinas, preclusão advém de *preclusio*, mais especificamente do verbo *praecludere*, que significa fechar, tapar, proibir, vedar.¹

O instituto é antigo. Remonta ao direito romano-canônico, quando a preclusão assumia um caráter punitivo, sendo concebida como forma de ameaça jurídica.² No século XIX, os processualistas franceses também se remetiam a fenômeno semelhante, a chamada *forclusion* (*exclusio a foro*), no sentido de caducidade referente não só ao direito processual, como também ao direito material.³

O conceito e a sistematização do instituto, atualmente, devem-se a GIUSEPPE CHIOVENDA, cujo pensamento tem sido seguido por praticamente toda doutrina processual.

CHIOVENDA, por sua vez, esclarece que sua fonte de inspiração foi a obra de OSKAR BULLOW. Foi o alemão que o incitou

-
1. BARBOSA, Antônio Alberto Alves. *Da preclusão processual civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 1992, p. 27.
 2. COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do Direito Processual Civil*. Campinas: RED Livros, 1999, p. 130.
 3. COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do Direito Processual Civil*, cit., p. 130.

a partir para o estudo do instituto, visando dar-lhe contornos mais simples e precisos.⁴

Embora seja instituto de inspiração alemã, “não logrou o conceito de preclusão captar a atenção da subsequente literatura processual de seu país de origem, que dele só incidentemente se tem ocupado. A razão desse menor interesse decorre, ao que supomos, da circunstância de haver o Regulamento processual civil alemão de 1877 feito uso muito escasso das preclusões, em obséquio da rigorosa aplicação dos princípios de concentração e oralidade”.⁵

A preclusão é definida como a perda de uma situação jurídica ativa processual: seja a perda de *poder processual das partes*, seja a *perda de um poder do juiz*.⁶

A definição originária de CHIOVENDA parece abranger tão-só a perda de “faculdades” processuais das partes. Mas o próprio jurista, posteriormente, reconhece a possibilidade de preclusão de poderes do julgador de examinar questões, razão por que se impõe o alargamento do significado do instituto.⁷

HEITOR VITOR MENDONÇA SICA propõe a divisão *preclusão dirigida à atividade das partes e preclusão sobre questões incidentais*.⁸

-
4. “Mis observaciones han tenido un propósito y un resultado de simplificación y de diferenciación. Me proporcionó la idea y el punto de partida uno de los escritores alemanes que más han contribuido al progreso de la moderna ciencia procesal con aportaciones de ideas, no solamente nuevas, sino sanas, fecundas e propulsoras; me refiro a OSKAR BULOW, em su trabajo fundamental *Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten*. Aquí se analizan, com uma visão realista y aguda, aunque a través de cierta ilusión histórico-germanística, algunos importantes casos de preclusión, en la contumacia, em la confesión, en el juramento, en la competencia, en la cosa juzgada” (CHIOVENDA, Giuseppe. “Cosa Juzgada y preclusión”. Tradução Santiago Sentís Melendo. In: *Ensayos de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: EJE, 1949, v. 3, p. 226).
 5. GUIMARÃES, Luiz Machado. *Estudos de Direito Processual*. Rio de Janeiro/São Paulo: Jurídica Universitária, 1969, p. 09.
 6. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Preclusão. *Estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 156-157.
 7. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Preclusão, cit. p. 156-157.
 8. SICA, Heitor Vitor Mendonça. Preclusão processual civil. São Paulo: Atlas, 2006, p. 277.

2. FUNDAMENTOS DA PRECLUSÃO E O SEU PAPEL NO FORMALISMO PROCESSUAL

O processo é uma marcha para frente, uma sucessão de atos jurídicos ordenados e destinados a alcançar um fim, que é a prestação da tutela jurisdicional. Trata-se de um método de solução de conflitos, que se vale de um conjunto de regras que ordenam a participação e o papel dos sujeitos do processo. A esse conjunto de regras, dá-se o nome de formalismo processual.

Formalismo processual, para CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA, “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”.⁹ E arremata:

“Se o processo não obedecesse a uma ordem determinada, cada ato devendo ser praticado a seu devido tempo e lugar, fácil entender que o litígio desembocaria numa disputa desordenada, sem limites ou garantias para as partes, prevalecendo ou podendo prevalecer a arbitrariedade e a parcialidade do órgão judicial ou a chicana do adversário. Não se trata, porém, apenas de ordenar, mas também de disciplinar o poder do juiz e, nessa perspectiva, o formalismo processual atua como garantia de liberdade contra o arbítrio dos órgãos que exercem o poder do Estado”.¹⁰

A preclusão é instituto fundamental para o bom desenvolvimento do processo, sendo uma das principais técnicas para a estruturação do procedimento e, pois, para a delimitação das regras que compõem o formalismo processual. A preclusão apresenta-se, então, como um limitador do exercício abusivo

9. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O Formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2006, n. 137, p. 8.

10. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O Formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2006, n. 137, p. 8.

dos poderes processuais das partes, bem como impede que questões já decididas pelo magistrado possam ser reexaminadas, evitando-se, com isso, o retrocesso e a insegurança jurídica.

Segundo DIERLE JOSÉ COELHO NUNES, o processo é uma estrutura progressiva de preclusões, que permitem um “desenrolar adequado das fases processuais de forma a possibilitar uma irreversibilidade (...) trazendo um caráter dinâmico ao procedimento em contraditório. Desta forma, os sistemas processuais, em maior ou menor grau, são sistemas de preclusão onde são estabelecidos com maior ou menor rigor fases e momentos procedimentais para a prática de atos e respectivos ônus pelo descumprimento”. Na visão do autor, as últimas reformas processuais buscaram dar uma maior celeridade e efetividade ao processo, muitas vezes às custas da mitigação ou supressão de garantias constitucionais democráticas – como devido processo legal, contraditório, ampla defesa etc. Demais disso, muniram o juiz de amplos poderes, dando margem à arbitrariedades judiciais. Questiona, pois a legitimidade de tais mudanças. As preclusões seriam, então, uma alternativa legítima para o alcance desse mesmo fim. As preclusões imprimiriam ritmo e dinamicidade ao processo sem comprometer o modelo constitucional de processo – sem colocar em xeque sua legitimidade.¹¹

Não há processo sem preclusão. É possível que o formalismo processual minimize a preclusão para certas situações (como o faz em tema de prova e de exame das questões de ordem pública), sem, porém, eliminá-la.

De acordo com essa orientação, o procedimento não deve ser interrompido ou embaraçado (ou, ao menos, as interrupções e os embaraços devem ser reduzidos ao mínimo inevitável). Deve-se caminhar sempre avante, de forma ordenada e proba: não se admite o retorno para etapas processuais já ultrapassadas;

11. NUNES, Dierle José Coelho. Preclusão como fator de estruturação do procedimento. In: LEAL, Rosemiro Pereira (coord.). *Estudos Continuados de Teoria do Processo*. Síntese: Porto Alegre, 2004, v. 4, p. 190 e 191.

não se tolera a adoção de comportamentos incoerentes e contraditórios.¹²

Vedam-se, enfim, atuações extemporâneas, contraditórias (maliciosas) ou repetitivas.

Frise-se: a preclusão não serve somente à ordem, à segurança e à duração razoável do processo. Não se resume à condição de mera mola impulsora do processo. A preclusão tem, igualmente, fundamentos ético-políticos, na medida em que busca preservar a boa fé e a lealdade no itinerário processual. A preclusão é técnica, pois, a serviço do direito fundamental à segurança jurídica, do direito à efetividade (como impulsora do processo) e da proteção à boa-fé. É importante essa observação: como técnica que é, *a preclusão deve ser pensada e aplicada em função dos valores a que busca proteger*.

Todo o percurso processual se orienta pela diretriz da preclusão. É ela (preclusão) que permite que o processo se desenrole progressivamente de forma ordenada, segura, coerente, rumo ao seu destino final.

3. CLASSIFICAÇÃO

Com base na conhecida classificação proposta por CHIOVENDA, fala-se em três espécies de preclusão: *temporal, consumativa e lógica*.¹³

12. “Reconhecendo-se o caráter sequencial dos atos procedimentais, pretende-se que o processo não esteja sujeito a retrocessos e que após o seu início venha a cumprir todas as suas fases, desaguando em seu ato final, a sentença. Deve tornar-se ordenado e solícito o caminhar do processo, assegurando-se desenvolvimento sem contradições e repetições, garantindo-se, também, a certeza quanto às situações processuais nele surgidas”. (LEONEL, Ricardo de Barros. *Objeto litigioso e direito superveniente no processo civil*. Tese de Doutorado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2004, p. 120).

13. “(...) yo entiendo por preclusión la *pérdida*, o *extinción*, o *consumación* de una facultad procesal que se sufre por el hecho: a) de no haber observado el orden señalado por la ley a su ejercicio, como los términos perentorios o la sucesión legal de las actividades y de las excepciones; b) o de haber realizado una actividad incompatible con el ejercicio de la facultad, como la proposición de una excepción incompatible con otra, o el cumplimiento de un acto incompatible con la intención de impugnar una sentencia; c) o de haber ejercitado ya válidamente una vez la facultad (consumación propiamente dicha)” (CHIOVENDA, Giuseppe. “Cosa Juzgada y preclusión”, cit., p. 226).

A classificação, conforme apontado por CHIOVENDA, é feita com base no *fato gerador* (fato jurídico) da preclusão (perda de prazo, ato incompatível e exercício do poder). A preclusão, nesta classificação, é efeito jurídico que decorreria sempre da prática de atos *lícitos* ou em razão de um ato-fato lícito. Exatamente por causa disso, a doutrina costuma relacionar a preclusão ao ônus processual e repelir a identificação do instituto com a *sanção* (consequência da prática de ato ilícito).

Sucede que é possível cogitar de *preclusão* decorrente da prática de um *ato ilícito*. Cabe ao legislador determinar a eficácia jurídica que pretende ver produzida a partir de um fato jurídico. Nada impede que o legislador atribua uma mesma eficácia a um ato lícito e a um ato ilícito: veja, por exemplo, o dever de indenizar, que tanto pode decorrer de um ato ilícito (art. 186 do CC)¹⁴ com de um ato lícito (art. 188, II, c/c o art. 929 do CC).¹⁵ Nem por isso esses atos têm a mesma natureza: embora tenham a mesma eficácia, são fatos jurídicos distintos, sendo a conformidade ao direito o critério distintivo.

Não se pode dizer que a *preclusão* seja uma eficácia exclusiva de atos *lícitos*, embora normalmente, à luz do direito positivo, isso aconteça. Há preclusão decorrente da prática de ato ilícito (*preclusão-sanção* ou *preclusão punitiva*), categoria que deve ser lembrada, para manter a coerência da classificação da preclusão pelo seu respectivo fato jurídico.

Assim, a preclusão é efeito jurídico que pode decorrer dos seguintes fatos jurídicos (em sentido amplo):

a) um *ato-fato lícito caducificante*: a inércia, pouco importa se culposa ou não, por um lapso temporal, que conduz à perda de uma faculdade/poder processual (*preclusão temporal*);

14. Art. 186 do CC: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito".

15. Art. 188, II, CC: "Não constituem atos ilícitos: (...) II – a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente". Art. 929 do CC: "Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram".

b) um ato jurídico em sentido estrito lícito de cunho impeditivo: de um lado, a adoção de um comportamento pela parte ou pelo juiz impede, de imediato, a adoção de outro com ele incompatível, (perda dessa faculdade/poder processual por *preclusão lógica*); de outro, a consumação de uma faculdade/poder atribuído pela lei, obsta que esse mesmo poder volte a ser exercido (*preclusão consumativa*). Na verdade, a maior parte dos atos processuais produz, automaticamente, por força de lei, estes efeitos preclusivos em razão da proibição de comportamento contraditório e da consumação do poder processual.

c) Ato ilícito caducificante, ato contrário ao direito, que conduz à perda de um poder/faculdade processual.

Há, então, *quatro espécies de preclusão*, classificadas de acordo com o respectivo fato jurídico: *temporal, consumativa, lógica e punitiva*. Examinemos todas.

3.1. Preclusão temporal

A *preclusão temporal* consiste na perda do poder processual em razão do seu não exercício no momento oportuno; a perda do prazo é inércia que implica preclusão (art. 183, CPC; NCP, art. 191).¹⁶

Para a doutrina majoritária, é reconhecido como fenômeno decorrente do desrespeito pelas partes dos prazos próprios e preclusivos. Ocorre, por exemplo, quando a parte não oferece contestação ou recurso no prazo legal¹⁷.

16. Art. 183 do CPC: “Decorrido o prazo, extingue-se, independentemente de declaração judicial, o direito de praticar o ato, ficando salvo, porém, à parte provar que o não realizou por justa causa”.

17. O legislador é livre para estruturar o procedimento e os momentos para ocorrência da preclusão temporal. A versão do projeto do novo Código de Processo Civil que saiu do Senado (NCP, art. 963, parágrafo único), por exemplo, não sem críticas, incorpora regra que posterga o limite temporal da possibilidade de impugnação das decisões interlocutórias para o recurso de apelação. Assim, segundo essa sistemática, as questões decididas na se de conhecimento (quando não impugnáveis por agravo de instrumento) não precisam ser de logo impugnadas, cabendo à parte interessada fazê-lo ao interpor seu apelo. Trata-se do que alguns denominam de “preclusão elástica” (OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. Preclusão elástica no novo CPC. In: *Revista de Informação Legislativa*, n. 190, t. 2. Brasília: Senado Federal, abril-junho/2011, p. 313).

Nossos doutrinadores têm certa dificuldade de visualizar preclusão temporal para o juiz, como perda do poder processual por não tê-lo exercido no momento oportuno. Isso porque os prazos para o juiz são impróprios e não-preclusivos.

“No que se refere ao juiz, os prazos são impróprios, pois, uma vez descumpridos, nenhum efeito processual se verificará, quando muito, disciplinar. Não havendo consequência processual dessa omissão, não há que se falar em preclusão temporal para o juiz, pois mesmo após transcorrido o prazo para a realização do ato, será totalmente lícita sua realização”.¹⁸

3.2. Preclusão lógica

A *preclusão lógica* consiste na perda de faculdade/poder processual por se ter praticado ato incompatível com seu exercício. Advém, assim, da prática de ato incompatível com o exercício da faculdade/poder processual. Trata-se da “impossibilidade em que se encontra a parte de praticar determinado ato ou postular certa providência judicial em razão da incompatibilidade existente entre aquilo que agora a parte pretende e sua própria conduta processual anterior”.¹⁹

É o que ocorre, por exemplo, quando a parte aceita expressa ou tacitamente a decisão, o que é incompatível com o exercício da faculdade de impugná-la (recorrer), na forma do art. 503 do CPC-1973 (NCP, art. 954). Também há preclusão lógica do direito de produzir a prova do fato confessado (ao confessar, a parte perde o direito de produzir prova do fato confessado). A parte que deu causa ao defeito processual, não pode pedir a sua invalidação (art. 243 do CPC-1973).²⁰

-
18. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz*. São Paulo: Editora Método, 2004, p. 41. Neste sentido, também, GIANNICO, Maurício. *A Preclusão do Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 110-111, MITIDIERO, Daniel Francisco. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Memória Jurídica, 2005, t. 2, p. 137.
 19. SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo civil*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2000, v. 1, p. 209.
 20. Art. 243 do CPC: “Quando a lei prescrever determinada forma, sob pena de nulidade, a decretação desta não pode ser requerida pela parte que lhe deu causa”.

Também há preclusão lógica em relação ao magistrado.²¹ Dá-se, por exemplo, quando o juiz concede uma tutela antecipada com base em abuso do direito de defesa, o que é incompatível com uma recusa em condenar o réu por litigância de má-fé com base no mesmo comportamento tido por abusivo. Também não se permite que o magistrado, no julgamento antecipado da lide, conclua pela improcedência, sob o fundamento de que o autor não provou o alegado. Se o magistrado convoca os autos para julgamento antecipado, é porque entende provados os fatos alegados. A sentença de improcedência por falta de prova, em julgamento antecipado da lide, além de violar o princípio da boa-fé processual e o princípio da cooperação, poderá ser invalidada por ofensa à garantia do contraditório, em sua dimensão de direito à prova.²²

Importante que se perceba que a preclusão lógica está intimamente ligada à vedação ao *venire contra factum proprium* (regra que proíbe o comportamento contraditório), inerente à cláusula geral de proteção da boa-fé. Considera-se ilícito o comportamento contraditório, por ofender o princípio da boa-fé processual.

Quando a parte ou o magistrado adota um comportamento que contrarie comportamento anterior, atua de forma desleal, frustrando expectativas legítimas de outros sujeitos processuais. O comportamento do sujeito em um determinado sentido cria fundada confiança na contraparte – confiança essa a ser averiguada segundo as circunstâncias, os usos aceitos pelo comércio jurídico, a boa-fé, os bons costumes ou o fim econômico-social do negócio. Não pode essa parte, depois, adotar um comportamento totalmente contraditório, o que quebra a

21. Admitindo a preclusão lógica para o juiz, corretamente, NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz*, cit., p. 42-46.

22. Neste sentido, no STJ, 3ª T., REsp 649.191/SC, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. Em 19.08.2004, publicado no DJ de 13.09.2004, p. 241; 1ª T., REsp n. 443.171/SC, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 10.02.2004, publicado no DJ de 25.02.2004, p. 101.

confiança gerada e revela ardil, deslealdade, evasão. Trata-se de lição velha, embora aplicada, aqui, com outros termos.

E a ideia de preclusão lógica é a tradução, no campo do direito processual, do princípio da boa fé objetiva, mais especificamente do vetusto brocardo do *nemo potest venire contra factum proprium* (ninguém pode comportar-se contrariamente aos seus próprios atos), hoje considerado integrante no conteúdo da cláusula geral da boa fé objetiva.

A preclusão não é efeito do comportamento contraditório (ilícito); a preclusão incide sobre o comportamento contraditório, impedindo que ele produza qualquer efeito. A prática de um ato processual implica a impossibilidade de praticar outro ato com ele logicamente incompatível. A preclusão lógica, então, é consequência da prática do primeiro ato, e não do ato contraditório.

3.3. Preclusão consumativa

A *preclusão consumativa* consiste na perda de faculdade/poder processual, em razão de ter sido exercido, pouco importa se bem ou mal. Já se praticou o ato processual pretendido, não sendo possível corrigi-lo, melhorá-lo ou repeti-lo. Observa-se quando já se consumou a faculdade/poder processual.

MAURÍCIO GIANNICO, seguindo lições de STEFANO RICCIO e de EMILIO BETTI, tece algumas críticas à concepção chiovendiana de preclusão consumativa:

“Por outro lado, em sua definição, ao discorrer sobre a denominada preclusão consumativa (...), Chiovenda afirma que a perda (consumação) da possibilidade de praticar determinado ato ocorre por já se haver ‘exercitado validamente uma vez’. Pensamos, todavia, que essa perda – e a consequente impossibilidade de praticá-lo novamente – ocorre independente da validade ou invalidade do ato praticado”.²³

Decorre do brocardo *ne bi in idem*, encontrando fundamento normativo em nosso sistema, para as partes, no art. 158,

23. GIANNICO, Maurício. *A Preclusão do Direito Processual Civil Brasileiro*, 2005, cit., p. 50.

CPC, que se refere à produção de efeitos imediatos com a prática atos processuais pela parte, exaurindo-se o exercício de sua faculdade.²⁴

É o que ocorre, por exemplo, quando a parte oferece sua contestação ou interpõe seu recurso de apelação no quinto dia do prazo (que é de quinze dias, relembre-se), mas esquece de deduzir um argumento importante; como já exerceu e consumou sua faculdade de recorrer, não pode, nos 10 dias restantes do prazo, corrigir, melhorar ou repetir a contestação/recurso.

É o que se dá, ainda, quando a decisão judicial é publicada. Exaure-se o ofício jurisdicional, não podendo o magistrado emendar, incrementar ou refazer a decisão, salvo nos casos excepcionais previstos em lei (art. 463, CPC).

3.4. Preclusão-sanção ou preclusão punitiva

Conforme foi advertido, é possível que a preclusão decorra da prática de um ato ilícito. Neste caso, a preclusão terá natureza jurídica de *sanção*.²⁵

Há ilícitos que geram a perda de um poder ou direito (na verdade, perda de qualquer “categoria eficaz”²⁶ ou situação jurídica ativa). São chamados de *ilícitos caducificantes*.²⁷ “Os atos ilícitos que não têm a eficácia de dever indenizativo e importam em perda de direitos, pretensões, ações ou exceções são ditos caducificantes, espécie de fato precludente. Quer dizer: a sua eficácia consiste em que direitos, pretensões, ações, ou exceções caiam”.²⁸

24. GIANNICO, Maurício. *A Preclusão do Direito Processual Civil Brasileiro*, 2005, cit., p. 112.

25. Sobre a ideia de preclusão como sanção, no sentido aqui exposto, conferir também: NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Notas sobre Preclusão e *Venire contra Factum Proprium*. In: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2009, n. 168, p. 337-338.

26. BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Teoria dos ilícitos civis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 102.

27. BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Teoria dos ilícitos civis*, cit., p. 102.

28. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, II. 4. ed. São Paulo: RT, 1983, p. 216.

Há alguns exemplos no direito positivo, em que se vislumbra a perda de um poder processual (preclusão), como sanção decorrente da prática de um ato *ilícito*:

a) perda da situação jurídica de inventariante, em razão da ocorrência dos ilícitos apontados no art. 995 do CPC;

b) a confissão ficta, decorrente do não-comparecimento ao depoimento pessoal (art. 343, § 2º, CPC; NCPC, art. 371, § 1º), que é considerado um dever da parte (CPC-1973, art. 340, I; NCPC, art. 391, I), implica *preclusão* do direito de provar fato confessado, mas, desta feita, como decorrência de um ilícito (descumprimento de um dever processual);

c) o excesso de prazo não-justificado autoriza a *perda* da competência do magistrado para processar e julgar a causa (art. 198 do CPC; NCPC, art. 204, § 2º²⁹);

d) constatada a prática de atentado (ilícito processual), perde-se o direito de falar nos autos, até a purgação dos efeitos do ilícito (CPC-1973, art. 881)³⁰⁻³¹.

29. Art. 204, § 2º do NCPC: “§ 2º O presidente do tribunal, conforme as circunstâncias, poderá avocar os autos em que ocorreu excesso de prazo, remetendo-os ao substituto legal do juiz contra o qual se representou, sem prejuízo das providências administrativas.”

30. Art. 881 do CPC: “A sentença, que julgar procedente a ação, ordenará o restabelecimento do estado anterior, a suspensão da causa principal e a proibição de o réu falar nos autos até a purgação do atentado”. Em texto sobre a responsabilidade processual das partes, Barbosa Moreira já identificava a “perda de direitos ou faculdades processuais” como uma das consequências possíveis de um ilícito processual, citando como exemplo exatamente o atentado. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. A responsabilidade das partes por dano processual no direito brasileiro. In: *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 18.). Ainda com referências à preclusão como consequência de um ilícito processual (no caso, o abuso de direito), TARUFFO, Michele. General report – abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness. In: TARUFFO, Michele (coord.). *Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness*. Haia/Londres/Boston: Kluwer Law International, 1999, p. 22-26; ABDON, Helena Najjar. *O abuso do processo*. São Paulo: RT, 2007, p. 229-244.

31. Sem disposição equivalente no NCPC.

Em todas essas hipóteses, há a perda de um poder jurídico processual decorrente da prática de um ato ilícito; há, pois, *preclusão* decorrente de um ilícito e não do descumprimento de um ônus. É preciso, enfim, completar a classificação de CHIOVENDA, que leva em consideração apenas a *preclusão* decorrente da prática de atos lícitos.

4. A PRECLUSÃO COMO FATO E COMO EFEITO JURÍDICO

A partir deste panorama das diferentes espécies de preclusão, é fácil concluir que, de regra, se está diante de um efeito jurídico.³² “A preclusão ou caducidade é só efeito”,³³ dizia PONTES DE MIRANDA.

Mas nem sempre é efeito a preclusão. Ela pode compor o suporte fático de algum fato jurídico.

Veja o caso da coisa julgada (efeito jurídico). A preclusão é elemento do suporte fático do fato jurídico composto consistente na prolação de decisão de mérito, fundada em cognição exauriente, acobertada pela coisa julgada formal (preclusão temporal máxima), cujo efeito é a formação de coisa julgada material.

A preclusão também pode compor o suporte fático de fato jurídico invalidante de ato processual: é o que ocorre com a interposição intempestiva de um recurso (fato jurídico = interposição de recurso + preclusão temporal), cuja consequência é a inadmissibilidade (invalidade) do procedimento recursal.

32. “He observado que todo proceso, cual más cual menos, y así también nuestro proceso, para asegurar precisión y rapidez al desarrollo de los actos judiciales, pone límites al ejercicio de determinadas facultades procesales, con la consecuencia de que, más allá de estos límites, estas facultades non su pueden ya ejercitar. He dado a *esta consequência* el nombre de ‘preclusión’”. (CHIOVENDA, Giuseppe. Cosa Juzgada y preclusión, cit., p. 224.)

33. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, II, cit., p. 216.

Embora sem compartilhar dos mesmos exemplos, MAURÍCIO GIANNICO admite que preclusão pode ser tanto fato como efeito – diante da própria dialética peculiar do processo:

“Nesse ponto, saliente-se que a reconhecida constatação de que a preclusão obrigatoriamente surge como resultado de outro fato não a desmerece nem repele sua qualificação enquanto fato jurídico processual (...) Ainda que tida por resultado (efeito) de um outro fato jurídico (causa), a preclusão em si, por sua vez, gera inúmeras outras consequências jurídico-processuais, o que por si só reafirma sua condição de fato jurídico processual autônomo”.³⁴

CINTRA, GRINOVER E DINAMARCO, em sentido diverso, definem a preclusão como fato jurídico impeditivo, e não como efeito: “O instituto da preclusão liga-se ao princípio do impulso processual. Objetivamente entendida, a preclusão consiste em um fato impeditivo destinado a garantir o avanço progressivo da relação processual e a obstar o seu recuo para as fases anteriores do procedimento. Subjetivamente, a preclusão representa a *perda de uma faculdade ou de um poder ou direito processual*; as causas dessa perda correspondem às diversas espécies de preclusão”.³⁵

Resta enfrentar alguns antigos questionamentos que existem em torno da natureza jurídica da preclusão.

5. A PRECLUSÃO COMO SANÇÃO

Questiona-se se a preclusão seria uma sanção.

A maior parte da doutrina, baseada na lição de CHIOVENDA, entende que não.³⁶ Entende-se que a preclusão está intimamente

34. GIANNICO, Maurício. *A Preclusão do Direito Processual Civil Brasileiro*, cit., p. 73. Neste sentido, também, ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Preclusão*, cit., p. 145.

35. GRINOVER, Ada Pellegrini. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 329.

36. Nesse sentido, GIANNICO, Maurício. *A Preclusão do Direito Processual Civil Brasileiro*, cit. p. 62-63. FERRAZ, Cristina. *Prazos no processo de conhecimento*. São Paulo: RT, 2001, p. 49. BARBOSA, Antônio Alberto Alves. *Da preclusão processual civil*, cit., p. 126-127.

relacionada com o ônus, que, como se sabe, é situação jurídica consistente em um encargo do direito. A parte detentora de ônus deverá praticar ato processual em seu próprio benefício, no prazo legal, e de forma correta: se não o fizer, possivelmente este comportamento poderá acarretar consequências danosas para ela. Nada teria a ver, porém, com a sanção. Enquanto a sanção é a consequência jurídica do descumprimento de uma norma jurídica, de um ilícito, a preclusão decorre do não-atendimento de um ônus, com a prática de ato-fato caducificante ou ato jurídico impeditivo, ambos *lícitos*, conformes com o direito. A sanção decorre da prática de atos ilícitos, já a preclusão é consequência da prática de determinados atos lícitos.³⁷⁻³⁸

-
37. ARRUDA ALVIM. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: RT, 2003, v. 1, p. 537-538. GIANNICO, Maurício. *A Preclusão do Direito Processual Civil Brasileiro*, cit., p. 47. RICARDO DE BARROS LEONEL pontua que “ao contrário do que se verifica historicamente, a preclusão não figura como pena ou sanção para o agente que nela incorre. Ao contrário, objetiva apenas estabelecer parâmetros de organização para o desenlace do procedimento judicial”. (*Objeto litigioso e direito superveniente no processo civil*. Tese de Doutorado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2004, p. 119). CINTRA, GRINOVER E DINAMARCO também sustentam que a preclusão não é sanção por ilícito, não advém de ilícito, mas de incompatibilidade de poder/direito/faculdade com desenvolvimento do processo. (GRINOVER, Ada Pellegrini. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 329.)
38. Em sentido inverso, JOÃO BATISTA LOPES, entendendo que a preclusão é, sim, penalidade, fazendo um precioso apanhado doutrinário sobre a questão: “Numa síntese geral, poderíamos dizer que a doutrina brasileira aceita a teoria de Chiovenda (a preclusão constitui perda da faculdade processual de propor questões) e a de Stefano Riccio (a preclusão não é sanção, mas um fato processual impeditivo). Somente Martins de Oliveira procura ressaltar o caráter sancionatório da preclusão (*A preclusão na dinâmica do processo penal*, 1995, pp. 98-99). Segundo pensamos, não é possível excluir do conceito de preclusão o caráter de penalidade de que se reveste (...) A natureza jurídica da preclusão é, pois, a de uma penalidade *sui generis*, consistente no impedimento da prática de um ato, em virtude do decurso do prazo para fazê-lo ou em razão do exercício de faculdade com ele incompatível (...) Essa penalidade, segundo entendemos, não se identifica com a sanção jurídica, mas apresenta um caráter mais restrito: não pune, nem reprova; apenas impede que a parte omissa pratique o ato processual fora do momento próprio para fazê-lo” (LOPES, João Batista. Breves considerações sobre o instituto da preclusão. In: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1981, n. 23, p. 46-47).

Já foi ressaltado, porém, neste Capítulo, que não se adota este entendimento. A despeito da classificação chiovendiana só identificar a preclusão decorrente de atos lícitos – que não poderia em razão disso ser confundida com sanção – é possível a existência de preclusão-sanção, como decorrência de ato ilícito.

6. PRECLUSÃO, PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA

Cabe, ainda, diferenciar *preclusão temporal*, *prescrição* e *decadência*. Isso porque confusões podem ser feitas entre tais institutos pelo fato de todos eles relacionarem-se à ideia de *tempo* e de *inércia*.

Pois bem.

Caducidade é designação genérica para a perda de uma situação jurídica. A preclusão e a decadência são exemplos de *caducidade*.

PONTES DE MIRANDA considera *caducidade* e *decadência* como termos sinônimos. Assim, também considera sinônimas as expressões *caducidade* e *preclusão*.³⁹ Para fins didáticos, porém, preferimos considerar *caducidade* como um gênero, de que são espécies a preclusão e a decadência. O nosso ordenamento jurídico refere-se à decadência quando cuida da extinção de direitos potestativos em razão da inércia. Preclusão é designação que, pela tradição, se relaciona à perda de poderes jurídicos processuais.

A decadência é a perda do direito potestativo, em razão do seu não-exercício dentro do prazo legal ou convencional. Aproxima-se da preclusão temporal por também se referir à perda de um direito decorrente da inércia de seu titular – ou seja, em razão de ato-fato caducificante. Distancia-se, contudo, por se referir, em regra, à perda de direitos pré-processuais, enquanto a preclusão temporal refere-se sempre à perda de

39. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, II, cit., p. 215-216.

faculdades/poderes processuais. Além disso, a preclusão pode decorrer, como visto, de outros fatos jurídicos, além da inércia, inclusive de ato ilícito (a decadência sempre decorre de um ato-fato lícito).

É preferível designar de *direitos pré-processuais* aqueles que podem decair, para que se possa incluir nesta rubrica, por exemplo, tanto os direitos potestativos essencialmente materiais (o direito de invalidar um ato jurídico, p. ex.), como outros direitos potestativos, mais relacionados ao direito processual, mas exercitáveis fora dele, como o direito à escolha do procedimento, às vezes submetido a prazo, como no caso do mandado de segurança (art. 23 da Lei Federal n. 12.016/09).

Já a prescrição é o encobrimento (ou extinção, na letra do art. 189 do CC) da eficácia de determinada pretensão (perda do poder de efetivar o direito a uma prestação), por não ter sido exercitada no prazo legal. Apesar de decorrer de uma inércia do titular do direito – também ato-fato lícito caducificante⁴⁰ –, não conduz, em regra, à perda de direitos, faculdades ou poderes (materiais ou processuais), como a preclusão e a decadência, mas, sim, ao encobrimento de sua eficácia, à neutralização da pretensão – obstando que o credor obtenha a satisfação da prestação almejada⁴¹.

Enquanto a prescrição relaciona-se, em princípio, aos direitos a uma prestação de cunho material, a preclusão temporal refere-se, tão-somente, a faculdades/poderes de cunho processual.

40. Conforme percutiente anotação de MARCOS BERNARDES DE MELLO, os atos-fatos caducificantes têm por efeito a extinção de um direito (como ocorre na preclusão ou decadência) ou, tão-somente, o encobrimento da pretensão, da ação ou exceção (tal como na prescrição) (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico – Plano de Existência*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 134).

41. A prescrição é conceito jurídico-positivo. No direito civil, podemos afirmar que a prescrição não extingue o direito subjetivo, mas isso é contingencial. No direito tributário, *v.g.*, a prescrição atinge o próprio crédito tributário (CTN, art. 156, V). Sobre o assunto, conferir: NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria da Ação de Direito Material*. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 146-147.

Demais disso, prescrição e decadência são institutos de direito substantivo, enquanto preclusão é instituto de direito processual. A prescrição e a decadência ocorrem extraprocessualmente – malgrado sejam ambas reconhecidas, no mais das vezes, dentro de um processo –, e suas finalidades projetam-se, também fora do processo: visam à paz e à harmonia sociais, bem como a segurança das relações jurídicas. Já a preclusão temporal ocorre, sempre e necessariamente, no bojo do processo, e sua finalidade precípua restringe-se, igualmente, à esfera processual; visa, sobretudo, ao impulso do desenvolvimento, de forma segura e ordenada, para que chegue ao seu ato final (prestação da jurisdição).⁴²

7. PRECLUSÃO PARA O JUIZ

A doutrina e a jurisprudência têm por sinônimas as designações *preclusão judicial* ou *preclusão pro iudicato*, que nada mais seriam do que a perda de um poder do juiz. Rigorosamente, porém, a melhor designação é preclusão para o juiz ou preclusão judicial. Preclusão *pro iudicato* significa julgamento implícito. Como afirma JOSÉ MARIA TESHEINER: “Preclusão *pro iudicato* não significa preclusão para o juiz. Em latim, *iudicato* significa *julgado*; juiz é *iudex (nominativo)* ou *iudicem* (acusativo). Preclusão *pro iudicato* significa “*preclusão como se tivesse sido julgado*”. Se houve decisão, e ocorreu preclusão, não há “*preclusão pro iudicato*”, porque esta supõe *ausência* de decisão. (...) Admitindo-se que haja preclusão para o juiz, diga-se, em bom português: “preclusão para o juiz”; não, preclusão “*pro iudicato*”, em mau latim”⁴³.

A preclusão *pro iudicato* foi concebida originariamente pelo italiano ENRICO REDENTI, no início da década de 1930, como

42. ARRUDA ALVIM. *Manual de direito processual civil*, v. 1, cit., p. 538; GIANNICO, Maurício. *A Preclusão do Direito Processual Civil Brasileiro*, 2005, cit., p. 88; FERAZ, Cristina. *Prazos no processo de conhecimento*, cit., p. 85. BARBOSA, Antônio Alberto Alves. *Da preclusão processual civil*, cit., p. 121.

43. TESHEINER, José Maria. *Preclusão pro iudicato não significa preclusão para o juiz*. Disponível em <http://www.tex.pro.br/>, consultado em 24.09.2007, às 17h30.

uma *técnica para tornar imutáveis e indiscutíveis direitos materiais sequer apreciados e decididos em juízo*. Essa nova técnica de imutabilização seria necessária, a seu ver, pois, se não havia decisão sobre tais direitos, não haveria como se formar coisa julgada, sendo possível rediscuti-los em processos posteriores.⁴⁴ O autor, seguido por renomados juristas italianos, defendeu que, por força da preclusão *pro iudicato*, a extinção da execução, com a satisfação do crédito, torna o direito material indiscutível, produzindo efeitos semelhantes à coisa julgada material.

“O exemplo utilizado pelo processualista italiano para melhor explicar sua teoria, e que mais se ajusta ao sistema brasileiro, é o do caso da execução extrajudicial fundada em contrato de obrigação de trato sucessivo, com parcelas periódicas e continuadas. Imaginemos que algumas dessas parcelas vençam e restem outras a vencer. O credor pode ingressar com ação executiva relativa àquelas parcelas vencidas. No caso de não ser embargada essa execução, o respectivo crédito é satisfeito, nada mais havendo a ser discutido nesse processo. No caso de novo inadimplemento do devedor, o credor pode novamente ingressar com a ação executiva, só que agora relacionada às outras parcelas que venceram posteriormente à primeira demanda e também não foram pagas. O executado pode opor embargos, com base, por exemplo, na nulidade absoluta do contrato. O referido processo incidente poderá ser julgado procedente, o que acarretará a extinção anormal da execução. Essa possibilidade é aberta ao executado, já que a sentença que extinguiu a primeira execução não fez coisa julgada material. Para os defensores da preclusão *pro iudicato*, mesmo admitindo-se por sentença judicial que o contrato é nulo, o executado não poderia reaver os prejuízos experimentados na primeira execução. Isso se daria por que aquela execução estaria sob o manto da preclusão *pro iudicato*, que dá a ela estabilidade e segurança definitiva”.⁴⁵

44. Discorrendo amplamente sobre o tema, NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz*. São Paulo: Método, 2004, p. 19-21.

45. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz*, cit., p. 21.

Já vimos, ao classificarmos as preclusões, que subsistem, indiscutivelmente, em nosso sistema, preclusões judiciais lógicas e consumativas. Não se cogita, doutrinariamente, em preclusão judicial temporal, já que os prazos para o juiz são impróprios. Essa lição doutrinária precisa ser revista. Não somente pelo fato de que os prazos para o juiz não podem ser anódinos, mas também diante de enunciados normativos expressos, como a hipótese de julgamento implícito prevista no Regimento Interno do STF, para o caso de o Ministro silenciar, após o prazo de vinte dias, sobre a existência de repercussão geral do recurso extraordinário (art. 324, § 2º, RISTF⁴⁶; aqui, haveria uma verdadeira preclusão *pro iudicato*).

Registre-se, ademais, que há forte polêmica no contexto das preclusões judiciais consumativas: trata-se da discussão sobre a existência de preclusão para o reexame de questões de ordem pública (principalmente aquelas relativas ao juízo de admissibilidade do processo) já decididas⁴⁷.

8. EFEITOS DA PRECLUSÃO

A observância ou inobservância da preclusão pode gerar consequências dentro e fora do processo em que ocorrida.

De um lado, a observância das preclusões simples, que ocorrem ao longo do processo, funciona como uma força motriz deste feito, impulsionando-o obstinadamente rumo ao seu destino final (provimento jurisdicional). Chegado o seu fim, tem-se a preclusão máxima – a irrecorribilidade da decisão final,

46. “Art. 324. Recebida a manifestação do(a) Relator(a), os demais Ministros encaminhar-lhe-ão, também por meio eletrônico, no prazo comum de 20 (vinte) dias, manifestação sobre a questão da repercussão geral. § 1º Decorrido o prazo sem manifestações suficientes para recusa do recurso, reputar-se-á existente a repercussão geral. § 2º Não incide o disposto no parágrafo anterior quando o Relator declare que a matéria é infraconstitucional, caso em que a ausência de pronunciamento no prazo será considerada como manifestação de inexistência de repercussão geral, autorizando a aplicação do art. 543-A, § 5º, do Código de Processo Civil”.

47. Sobre o assunto, conferir: DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 12 ed. Salvador: Juspodivm, 2010, v. 1, p. 539 e segs.

chamada por alguns de coisa julgada formal –, que, recaindo sobre provimento jurisdicional de mérito e fundado em cognição exauriente, projeta efeitos para fora do processo: forma-se a coisa julgada material.

De outro, a inobservância da preclusão pode conduzir a invalidades processuais.

Caso a parte/juiz, ao arrepio da preclusão, insista em exercer o poder processual perdido, praticando ato processual que não mais caberia praticar, este ato (contraditório ou repetitivo) será defeituoso. E ato processual defeituoso, quando gera prejuízos para as partes ou para o interesse público, deve ser invalidado.

Vejamos alguns exemplos.

A correção ou acréscimo de uma decisão judicial (exercício de poder judicial), depois de sua publicação, em regra, vai de encontro com a preclusão consumativa (CPC-1973, art. 463; NCPC, art. 481). Assim, este adendo decisório, porquanto viciado, em caso de recurso, deverá ser tido por inválido pelo tribunal.

A interposição de um recurso (exercício de faculdade processual) pela parte, depois que manifestou expressa ou tacitamente sua aceitação, é conduta contraditória, vedada pela preclusão lógica (CPC-1973, art. 503; NCPC, art. 954).

Constata-se, assim, que a preclusão tem um cunho eminentemente preventivo/inibitório. Visa inibir a prática de ilícito processual invalidante:

a) ao obstar que alguém adote conduta contraditória com aquela outra anteriormente adotada – o que denotaria sua deslealdade;

b) ao impedir que reproduza ato já praticado;

c) ao evitar a prática de atos intempestivos, inadmissíveis por lei. Mas, praticado o ilícito invalidante prejudicial às partes ou ao interesse público, inevitável é a imputação da sanção de invalidade.



REFERÊNCIAS

- ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo*. São Paulo: RT, 2007.
- _____. As Situações Jurídicas Processuais e o Processo Civil Contemporâneo. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Teoria do Processo – panorama doutrinário mundial* – segunda série. Salvador: JusPodivm, 2010.
- ALVIM, Arruda. *Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 1995, v. 1.
- _____. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: RT, 2003, v. 1.
- ALVIM, J. E. Carreira. *Teoria Geral do Processo*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 169, v. 1.
- AMORIM, Aderbal Torres de. *O Novo Recurso Extraordinário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- ANDOLINA, Italo. Il “giusto processo” nell’esperienza italiana e comunitaria. In: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, agosto/2005, n. 126.
- ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Sentença e Coisa Julgada*. Rio de Janeiro: AIDE, 1992.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 2.
- _____. Preclusão. *Estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.
- ARAÚJO, José Henrique Mouta; DIAS, Jean Carlos. É cabível a desistência em caso de recurso especial repetitivo já afetado pelo STJ? In: *Revista Brasileira de Direito Processual*, n. 66. Belo Horizonte: Fórum, abr/jun, 2009.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Teoria Geral do Direito Civil*, IV. Lisboa: FDUL, 1993.
- _____. *O Direito – Introdução e Teoria Geral*. 13. ed. Coimbra: Almedina, 2005.
- ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 11. ed. São Paulo: RT, 2007.
- _____. Eficácia da coisa julgada inconstitucional. In: DIDIER JR., Fredie (coord.) *Relativização da coisa julgada – enfoque crítico*. Salvador: Jus Podivm, 2004.
- ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus interesses privados*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BARBOSA, Antônio Alberto Alves. *Da preclusão processual civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 1992.
- BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. *Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas)*. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). São Paulo: RT, 2002.
- _____. "Nulidade processual e instrumentalidade do processo". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1990, n. 60.
- BETTI, Emilio. *Negoziio Giuridico*. In: *Novissimo Digesto Italiano*, XI. Torino: UTET, 1957.
- _____. *Teoria geral do negócio jurídico*. Fernando de Miranda (trad.). Coimbra: Coimbra Editora, 1969, t. 2.
- BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus interesses privados*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- BRAGA, Paula Sarno. Primeiras Reflexões sobre uma Teoria do Fato Jurídico Processual: Plano de Existência. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2007, n. 148.
- _____. *Aplicação do Devido Processo Legal nas Relações Privadas*. Salvador: Jus Podivm, 2008.
- BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Teoria dos Ilícitos Cíveis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 1.
- _____. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 2, t. 1.
- BÜLOW, Oskar. *La Teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales*. Tradução Miguel Angel Rosas Lichtscheim. Lima: Ara, 2008.
- CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no Processo Moderno – Contraditório, Proteção da Confiança e Validade Prima Facie dos Atos Processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- CALAMANDREI, Piero. *Appunti sulla Sentenza come Fatto Giuridico*. In: *Opere Giuridiche a cura di Mauro Cappeletti*. Napoli: Morano, 1965, v. 1.

- _____. Il processo come situazione giuridica. In: *Opere Giuridiche a cura di Mauro Capelletti*. Napoli: Morano, 1965, v. I.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, I. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil*, I. Tradução Adrián Sotero De Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000.
- _____. *Sistema de Direito Processual Civil*, I. Tradução Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000.
- _____. *Sistema de Direito Processual Civil*, II. Tradução Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000.
- _____. *Sistema de Direito Processual Civil*, III. Tradução Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000.
- _____. La sentencia condicional. In: *Estudios de Derecho Procesal*. Tradução Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1952, p. 185-186, v. II.
- _____. Dei rapporti giuridici processuali. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 1963, p. 359-360, v. XVIII.
- CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1974, v. 8.
- CASTRO, Artur Anselmo de. *Lições de Processo Civil*, I. Coimbra: Almedina, 1964.
- CASTRO, Torquato. *Teoria da Situação Jurídica em Direito Privado Nacional*. São Paulo: Saraiva, 1985.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile*. Napoli: Nicola Jovene, 1913.
- _____. *Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução Paolo Capittanio. Campinas: Bookseller, 1998, p. 78, v. 1.
- _____. *Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução Paolo Capittanio. Campinas: Bookseller, 1998, v. 3.
- _____. Cosa Juzgada y preclusión. Tradução Santiago Sentís Melendo. In: *Ensayos de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: EJE, 1949, v. 3.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- COSTA, A. Lopes da. *Manual Elementar de Direito Processual Civil*. Atualizado por Sálvio de Figueiredo Teixeira. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.
- COSTA, Eduardo José da Fonseca. Uma arqueologia das ciências dogmáticas do processo. In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Teoria do Processo – panorama doutrinário mundial – segunda série*. Salvador: Jus Podivm, 2010.

- COUTURE, Eduardo. *Fundamentos do Direito Processual Civil*. Campinas: Red Livros, 1999.
- _____. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 4. ed. Buenos Aires: Julio César Faria, 2009.
- _____. Sentencias provisionarias, condicionales y alternativas. In: *Estudios de Derecho Procesal Civil*, III. Buenos Aires: Ediar, s/a.
- CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Competência na Teoria Geral do Direito. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo (Coords.). *Teoria do Processo – panorama doutrinário mundial*. Salvador: Jus Podivm, 2008.
- CUNHA, Paulo. *Apointamentos de Processo Civil e Comercial*. Lisboa: s/e, 1938, v. 2.
- DALLAGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Porto Alegre: Letras Jurídicas, 1985, v. III.
- _____. *Invalidades processuais*. Porto Alegre: LEJUR, 1989.
- _____. Por um conceito de irregularidade processual. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (org.). *Saneamento do processo – Estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.
- DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Jurisdição, Ação (Defesa) e Processo*. São Paulo: Dialética, 1997.
- DENTI, Vittorio. Negozio processuale. In: *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1978, v. XXVIII.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 12. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010, v. 1.
- _____. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida*. Salvador: Jus-podivm, 2012.
- _____. *Pressupostos processuais e condições da ação*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____. *Fundamentos del Principio de Cooperación en el Derecho Procesal Civil Portugués*. Lima: Communitas, 2010.
- _____. *A nova reforma processual*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. Questões controvertidas sobre o agravo (após as últimas reformas processuais). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação das decisões judiciais*. In: WAMBIER, Teresa; NERY JR., Nelson (coord.) São Paulo: RT, 2003.
- _____. Princípio do contraditório: aspectos práticos. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênese, 2003, n. 29.

- DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010, v. 3.
- DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula Sarno. *Curso de Direito Processual Civil*. 5. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010, v. 2.
- DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula Sarno. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010, v. 5.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, II. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- _____. *Instituições de Direito Processual Civil*, II. São Paulo: Malheiros, 2001.
- DINAMARCO, Pedro. *Código de Processo Civil Comentado*. Antonio Carlos Marcato (coord.). São Paulo: Atlas, 2004.
- DONDINA, Mario. Atti Processuali Civili (civili e penali). In: *Novissimo Digesto Italiano*, I. Torino: UTET, 1957.
- ECHANDIA, Devis. *Teoria General del Proceso*. 3. ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, s/a.
- EHRHARDT JR., Marcos. *Direito Civil*. Salvador: Jus Podivm, 2009, v. 1.
- FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. VIII, tomo III.
- FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.
- _____. Processo. Teoria Generale. In: *Novissimo Digesto Italiano*, XIII. Torino: UTET, 1966.
- _____. La Dottrina Processualistica Italiana; Dall'«azione» al «Processo» (1864-1994). In: *Rivista di Diritto Processuale*, n. 4. Padova: CEDAM, 1994.
- FERRANDIZ, L. Prieto-Castro. *Derecho Procesal Civil*. Madrid: Tecnos, 1988.
- _____. *Derecho Procesal Civil*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1972, v. I.
- FERRARA, Luigi. *Studii e Questioni di Diiritto Processuale Civile*. Napoli: Jovene, 1908.
- FERRAZ, Cristina. *Prazos no processo de conhecimento*. São Paulo: RT, 2001.
- FONTES, André. *A Pretensão como Situação Jurídica Subjetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- FOSCHINI, Gaetano. Natura Giuridica del Processo. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 1948, v. 3, parte I.

- FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao Processo Civil – Conceito e Princípios Gerais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2009.
- FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. I.
- GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1.
- GÁLVEZ, Juan Monroy. *Teoría General del Proceso*. 3. ed. Lima: Communitas, 2009.
- GARROTE, Ángel Fermín. Los actos jurídicos procesales. In: *Estudios de nulidades procesales*. Buenos Aires: Hamurabi, 1980.
- GIANNICO, Maurício. *A Preclusão do Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- GÓES, Gisele. *Princípio da proporcionalidade no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- GOLDSCHMIDT, James. *Princípios Generales del Proceso*, I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1961.
- _____. *Derecho Procesal Civil*. Tradução Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1936.
- _____. *Direito Processual Civil*, I. Tradução Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller, 2003.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no processo*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1993.
- GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo Curso de Direito Processual Civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 1.
- GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. Existem Legitimações Puramente Processuais? In: *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, agosto/2008, n. 65.
- _____. Síntese didática de algumas teorias menos conhecidas sobre a natureza jurídica do processo. In: DIDIER Jr., Fredie; JORDÃO, Eduardo (coord.). *Teoria do processo – panorama doutrinário mundial*. Salvador: Jus Podivm, 2008.
- GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *Elementos de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Ediar, 2005.
- GRASSI, Lúcio. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2003, n. 06.

- GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 1966, n. 4.
- GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. I.
- _____. Os atos de disposição processual – Primeiras reflexões. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al. (Coords.). *Os Poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais – Estudos em Homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: RT, 2008.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 2.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- GUASP, Jaime. *Derecho Procesal Civil*, I. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1977.
- GUIMARÃES, Luiz Machado. *Estudos de Direito Processual*. Rio de Janeiro/São Paulo: Jurídica Universitária, 1969.
- HOHFELD, Wesley Newcomb. *Os Conceitos Jurídicos Fundamentais Aplicados na Argumentação Judicial*. Tradução Margarida Lima Rego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.
- INVREA, Francesco. La giurisdizione concreta e la teorica del rapporto giuridico processuale. In: *Rivista di Diritto Processuale*, v. IX, parte I. Padova: CEDAM, 1932.
- JAUERNIG, Othmar. *Direito Processual Civil*. Tradução F. Silveira Ramos. Coimbra: Almedina, 2002.
- KLIPPEL, Rodrigo. *Teoria Geral do Processo Civil*. 2. ed. Niterói: Impetus, 2009.
- KLIPPEL, Rodrigo; BASTOS, Antonio Adonias. *Manual de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*. São Paulo: RT, 1991.
- LEIBLE, Stefan. *Proceso Civil Alemán*. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike, 1999.
- LENT, Friedrich. *Diritto Processuale Tedesco*. Tradução Edoardo Ricci. Napoli: Morano, 1959.
- _____. Obblighi e oneri nel processo civile. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 1954, p. 151, v. IX, parte I.
- LEONEL, Ricardo de Barros. *Objeto litigioso e direito superveniente no processo civil*. Tese de Doutorado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2004.

- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*, I. Tradução e notas Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- _____. L'opera scientifica di James Goldschmidt e la teoria del rapporto giuridico processuale. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 1950, p. 336, v. V, parte I.
- _____. La Risoluzione convenzionale del processo. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 1932, v. IX, parte I.
- LÔBO, Paulo. Fatos Jurídicos como Fontes das Obrigações. In: DIDIER JR., Fredie; EHRHARDT JR., Marcos (coord.). *Revisitando a Teoria do Fato Jurídico – Homenagem a Marcos Bernardes de Mello*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- LOPES, João Batista. Os poderes do juiz e o aprimoramento da prestação jurisdicional. In: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1984, n. 35.
- _____. Breves considerações sobre o instituto da preclusão. In: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1981, n. 23.
- MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- _____. *Código de Processo Civil Interpretado*. 8. ed. Barueri: Manole, 2009.
- MAGRI, Berenice Soubhie Nogueira. *Ação Anulatória – art. 486 do CPC*. São Paulo: RT, 1999.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*. São Paulo: RT, 1999.
- MANDRIOLI, Crisanto. *Diritto Processuale Civile*, I. Torino: Giappichelli, 2002.
- MARDER, Alexandre S. *Das Invalidades no Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Processo*. São Paulo: RT, 2006, v. 1, p. 398.
- _____. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado Constitucional. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo (Coords.). *Teoria do Processo – panorama doutrinário mundial*. Salvador: Jus Podivm, 2008.
- _____. Elaboração dos conceitos de *ratio decidendi* (fundamentos determinantes da decisão) e *obiter dictum* no direito brasileiro. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A Força dos Precedentes*. Salvador: Jus Podivm, 2010.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário*. 2. ed. São Paulo: RT, 2009.
- MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*, I. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

- MARTINS-COSTA, Judith. A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium*. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, n. 376.
- MAYER, Lucie. *Actes du procès et théorie de l'acte juridique*. Paris: IRJS, 2009.
- MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo Civil Moderno – Recursos e Ações Autônomas de Impugnação*. São Paulo: RT, 2008, v. 2.
- MEIRELES, Edilton. *Legitimidade na Execução Civil e Trabalhista*. São Paulo: LTr, 2001.
- MELERO, Valentín Silva. Actos Procesales. In: *Nueva Enciclopedia Jurídica*, II. Barcelona: Francisco Seix, 1950.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico – plano da existência*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- _____. *Teoria do Fato Jurídico – Plano da Validade*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- _____. *Teoria do Fato Jurídico – Plano da Eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MENDES, João de Castro. *Direito Processual Civil*, I. Apontamentos das lições redigidas com a colaboração de um grupo de assistentes. Lisboa: Associação Acadêmica, s/a.
- MENDEZ, Francisco Ramos. *Derecho Procesal Civil*, I. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1986.
- MICHELLI, Gian Antonio. *Curso de Derecho Procesal Civil*. Tradução Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires, EJEA, 1970, v. I.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das Ações*, I. Campinas: Bookseller, 1998.
- _____. *Tratado de Direito Privado*, I. Rio de Janeiro: Borsói, 1954.
- _____. *Tratado de Direito Privado*, IV. 3. ed. São Paulo: RT, 1983.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*, VI. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- _____. *Tratado de Direito Privado*, I. 4. ed. São Paulo: RT, 1983.
- _____. *Tratado de Direito Privado*, II. São Paulo: RT, 1974.
- _____. *Tratado de Direito Privado*, IV. Rio de Janeiro: Borsói, 1954.
- _____. *Tratado de Direito Privado*, V. Rio de Janeiro: Borsói, 1955.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*, III. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*, IV. Rio de Janeiro: Forense, 1974.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*, V. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*, VI. Rio de Janeiro: Forense, 1975.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*, X. Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*, XI. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- _____. *Tratado da Ação Rescisória das Sentenças e de Outras Decisões*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- MITIDIERO, Daniel. *Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2005, t. 2.
- _____. *Colaboração no Processo Civil – Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: RT, 2009.
- _____. O problema da invalidade dos atos processuais no Direito Processual Civil brasileiro. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênese, 2005, n. 35.
- MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. *Código de Processo Civil Comentado Artigo por Artigo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010.
- MITIDIERO, Daniel; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Curso de Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2010, v. 1.
- MODESTO, Paulo. *Controle jurídico do comportamento ético da Administração Pública no Brasil*. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, nº. 13, abril-maio, 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, V. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 5.
- _____. Convenções das Partes sobre Matéria Processual. In: *Temas de Direito Processual*, terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984.
- _____. O Neoprivastimo no Processo Civil. In: *Temas de Direito Processual*, nona série. São Paulo: Saraiva, 2007.

- _____. A responsabilidade das partes por dano processual no direito brasileiro. In: *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977.
- _____. Invalidade e ineficácia do negócio jurídico. In: *Revista de Direito Privado*. São Paulo: RT, 2003, n. 15.
- _____. Execução sujeita a condição ou a termo no processo civil brasileiro. In: *Doutrina*. Rio de Janeiro: Instituto de Direito, 2000, v. 9.
- NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil*, nota 5 ao art. 284.
- NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*. 8ª ed. São Paulo: RT, 2004.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Método, 2009.
- _____. *Preclusões para o juiz*. São Paulo: Editora Método, 2004.
- NOESTE, José Almagro. *Derecho Procesal*, I. Madrid: Trivium, 1995.
- NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios Jurídicos Processuais: Análise dos provimentos judiciais como atos negociais*. Salvador: Tese de Doutorado da UFBA, 2011.
- _____. *Teoria da Ação de Direito Material*. Salvador: Juspodivm, 2008.
- _____. Situações Jurídicas Processuais. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Teoria do Processo – panorama doutrinário mundial – segunda série*. Salvador: Jus Podivm, 2010.
- _____. Notas sobre Preclusão e *Venire contra Factum Proprium*. In: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2009, n. 168.
- NUNES, Dierle. O princípio do contraditório: uma garantia de influência e de não surpresa. In: DIDIER Jr., Fredie; JORDÃO, Eduardo (coord.). *Teoria do processo – panorama doutrinário mundial*. Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 151 e segs.
- _____. Preclusão como fator de estruturação do procedimento. In: LEAL, Rosemiro Pereira (coord). *Estudos Continuados de Teoria do Processo*. Síntese: Porto Alegre, 2004, v. 4.
- _____. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do Formalismo no Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. In: *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênese, 2003, n. 27.
- _____. O Formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2006, n. 137.

- OLIVEIRA JÚNIOR, Waldemar Mariz de. *Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 1971, v. 1.
- OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. Preclusão elástica no novo CPC. In: *Revista de Informação Legislativa*, n. 190, t. 2. Brasília: Senado Federal, abril-junho/2011.
- PALERMO, Antonio. *Contributo alla Teoria degli Atti Processuali*. Napoli: Jovene, 1938.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma Teoria das Nulidades Aplicada às Nulidades Processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- _____. *Esboço de uma Teoria das Nulidades Aplicada às Nulidades Processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- PANNAIN, Remo. *Le Sanzioni degli Atti Processuali Penali*. Napoli: Jovene, 1933.
- PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. 5. ed. Napoli: Jovene, 2010.
- PODETTI, J. Ramiro. *Teoria y Técnica del Proceso Civil*. Buenos Aires: Ideas, s/a.
- PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Lições de Direitos Fundamentais no Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- PRATA, Edson. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, v. II, tomo I.
- RAMOS, Manuel Ortells; RUIZ, Juan Cámara; SÁNCHEZ, Ricardo Juan. *Derecho Procesal – Introducción*. 2. ed. Valencia: Punto y Coma, 2003.
- REDENTI, Enrico. *Diritto Processuale Civile*, I. Milano: Giuffrè, 1957.
- _____. Atti processuali civili. In: *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1959, v. IV.
- REIS, José Alberto dos. *Comentário ao Código de Processo Civil*, II. Coimbra: Coimbra, 1945.
- RICCA-BARBERIS, Mario. Due Concetti infecondi: <<negozio>> e <<rapporto processuale>>. In: *Rivista di Diritto Processuale*, v. VII, parte I. Padova: CEDAM, 1930.
- RIVAS, Adolfo. *Teoría General del Derecho Procesal*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2005.
- ROCCO, Ugo. *Diritto Processuale Civile – Parte Generale*. Napoli: Jovene, 1936.
- ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- ROJO, Margarita Baladiez. *Validez e Eficacia de los Actos Administrativos*. Madrid: Marcial Pons, 1994.

- ROSA, Eliézer. *Dicionário de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Editôra de Direito, 1957.
- ROSENBERG, Leo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*, I. Tradução Angela Vera. Buenos Aires: EJE, 1955.
- _____. *Tratado de Derecho Procesal Civil*, I. Tradução Angela Romera Vera. Lima: Ara, 2007.
- _____. *Tratado de Derecho Procesal Civil*, II. Tradução Angela Romera Vera. Lima: Ara, 2007.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1.
- _____. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 2.
- _____. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 3.
- SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- SATTA, Salvatore. *Direito Processual Civil*, I. Tradução e Notas Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003.
- SCHÖNKE, Adolf. *Direito Processual Civil*. Revisão Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003.
- SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. São Paulo: Atlas, 2006.
- SILVA, Beclate Oliveira. A (In)Consistência do Plano da Validade Na Concepção Pontiana – Ato Jurídico Inválido: Argumento Ou Artifício. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, v. 35.
- SILVA, Clóvis V. do Couto. *A Obrigação como Processo*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2008.
- SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo civil*. 5. ed. São Paulo: RT, 2000, v. 1.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, v. 1.
- SILVA, Ovídio Baptista da; GOMES, Fábio da Silva. *Teoria Geral do Processo Civil*. São Paulo: RT, 1997.
- SILVA, Paula Costa e. *Acto e Processo – o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra, 2003.

- _____. O Processo e as Situações Jurídicas Processuais. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo (Coords.). *Teoria do processo – panorama doutrinário mundial*. Salvador: Jus Podivm, 2008.
- SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. *Teoria da Inexistência no Direito Processual Civil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.
- SOARES, Fernando Luso. *Tópicos e Sumários de Processo Civil*, I. Lisboa: FDUL, 1991.
- _____. *Direito Processual Civil*. Coimbra: Almedina, 1980.
- SOUSA, Miguel Teixeira de. *Introdução ao Processo Civil*. Lisboa: LEX, 1993.
- _____. *Estudos sobre o Novo Processo Civil*. 2. ed. Lisboa: Lex, 1997.
- _____. Sobre o sentido e a função dos pressupostos processuais. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1991, n. 63.
- SOUZA, Wilson Alves de. *Sentença Civil Imotivada*. Salvador: Jus Podivm, 2008.
- TALAMINI, Eduardo. Notas sobre a teoria das nulidades no processo civil. In: *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2005, n. 29.
- TARUFFO, Michele. Dimensioni del precedente giudiziario. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, n. 2, anno XLVIII. Milano: Giuffrè, 1994.
- _____. Precedente ed esempio nella decisione giudiziaria. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, n. 1, anno XLVIII. Milano: Giuffrè, 1994.
- _____. General report – abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness. In: TARUFFO, Michele (coord.). *Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness*. Haia/Londres/Boston: Kluwer Law International, 1999.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Código de Processo Civil anotado*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. *Prazos e Nulidades em Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Saraiva. 1993.
- _____. *Pressupostos Processuais e Nulidades no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- _____. Situações subjetivas e processo. In: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, julho-setembro/2002, n. 107.
- _____. Sobre o Ônus da Prova. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de Direito Processual Civil – Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: RT, 2006.

- _____. *Preclusão pro judicato não significa preclusão para o juiz*. Disponível em <http://www.tex.pro.br/>, consultado em 24.09.2007, às 17h30
- THEODORO Jr., Humberto. *Teoria geral dos recursos civis. O processo civil no limiar do novo século*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- _____. *Curso de Direito Processual Civil*. 51. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. I.
- TORNAGHI, Helio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1978, v. 2.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004.
- VILANOVA, Lourival. *Causalidade e Relação no Direito*. 4. ed. São Paulo: RT, 2003.
- VIOLIN, Jordão. Julgamento monocrático pelo relator: O artigo 557 do CPC e o reconhecimento dos precedentes pelo direito brasileiro. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). *A Força dos Precedentes*. Salvador: Jus Podivm, 2010.
- VITIRITTO, Benedito Mário. Reflexões sobre o Negócio Jurídico Processual. In: *O Julgamento Antecipado da Lide e Outros Estudos*. Belo Horizonte: Lemi, s/a.
- WACH, Adolf. *Manual de Derecho Procesal Civil*, I. Tradução Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJEA, 1977.
- WALTER, Gerhard. I Diritti Fondamentali nel processo Civile Tedesco. In: TARUFFO, Michele; VARANO, Vincenzo (org.). *Diritti Fondamentali e Giustizia Civile in Europa*. Torino: Giappichelli, 2002.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do Processo e da Sentença*. 6. ed. São Paulo: RT, 2007.
- _____. *Nulidades do processo e da sentença*. 5. ed. São Paulo: RT, 2004.
- _____. Fungibilidade de “meios”: uma outra dimensão do princípio da fungibilidade”. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. In: WAMBIER, Teresa; NERY JR., Nelson (coord.) São Paulo: RT, 2001.
- ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional – O modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- ZANNONI, Eduardo A. *Ineficácia y nulidad de los actos jurídicos*. 3. reimpressão. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2004.
- ZANZUCCHI, Marco Tullio. *Diritto Processuale Civile*, I. Milano: Giuffrè, 1964.
- ZAVASCKI, Teori. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003, v. 8.
- _____. Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva dos julgados. In: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, jan-mar/2003, n. 109.

