

**DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS (CCJ)  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO (PPGD/UNICAP)  
DOUTORADO EM DIREITO**

**ROBERTO PINHEIRO CAMPOS GOUVEIA FILHO**

**DA RECORRIBILIDADE AO RECURSO:**  
um caso emblemático do movimento processual

RECIFE 2020.1

**ROBERTO PINHEIRO CAMPOS GOUVEIA FILHO**

**DA RECORRIBILIDADE AO RECURSO:**  
um caso emblemático do movimento processual

Tese de Doutorado apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito, Processo e Cidadania pela Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP, sob a orientação do Prof. Dr. Lúcio Grassi de Gouveia.

**ROBERTO PINHEIRO CAMPOS GOUVEIA FILHO**

**DA RECORRIBILIDADE AO RECURSO:**  
um caso emblemático do movimento processual

**Área de concentração:** Acesso à Justiça

**Orientador:** Prof. Dr. Lúcio Grassi de Gouveia.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Dr. Lúcio Grassi de Gouveia – Presidente – UNICAP

---

Prof. Dr. Alexandre Freire Pimentel – examinador interno – UNICAP

---

Prof. Dr. Sérgio Torres Teixeira – examinador interno – UNICAP

---

Prof. Dr. José Mário Wanderley Gomes Neto – examinador interno – UNICAP

---

Prof. Dr. Nelson Nery Jr. – examinador externo – PUC-SP

---

Prof. Dr. Marcelo da Costa Pinto Neves – examinador externo – UNB

---

Prof. Dr. Beclaute Oliveira Silva – suplente externo – UFAL

INSERIR FICHA CATALOGRÁFICA

## DEDICATÓRIA

Aos professores Marcos Bernardes de Mello e José Monir Nasser, este *in memoriam*. Cada um a seu modo, ensinaram-me a arte da docência e os caminhos para o conhecimento.

## EPIGRAFE

“Ela [minha refutação] não é baseada em documentos da Fé, mas nas razões e afirmações dos próprios filósofos’. Seriam todos os doutores ortodoxos, em suas deliberações, tão razoáveis quanto foi Aquino em sua ira? Lembrariam os apologistas cristãos está máxima; e a gravariam em letras grandes na murada, antes que afixassem lá quaisquer de suas teses? No ápice de sua fúria, Tomás de Aquino compreende o que muitos defensores da ortodoxia não entenderão. Não é bom dizer a um ateu que ele é ateu; ou acusar alguém que nega a imortalidade com a infâmia de negá-la; ou imaginar que alguém pode forçar um oponente a admitir que esteja errado, provando que ele está errado com bases em princípios alheios, que não seus próprios. Depois do grande exemplo de Tomás de Aquino estabelece-se o princípio, ou mantém o que desde sempre já se havia estabelecido; que ou nós nunca devemos argumentar com homem nenhum, ou devemos fazê-lo em seus próprios termos, não nos nossos” (CHESTERTON, Gilbert Keith. *Santo Tomás de Aquino*. Campinas/SP: Ecclesiae, 2015, p. 83-84).

## **AGRADECIMENTOS**

Mais de doze anos se passaram desde que defendi, também na Universidade Católica de Pernambuco (nossa UNICAP) minha dissertação de mestrado. Meus professores à época ainda são (quase) os mesmos. O destino, porém, me colocou coincidentemente há (quase) doze anos como colega deles. Difícil, embora ao mesmo tempo engrandecedor, ser aluno de seus colegas. É dessa forma que começo o agradecimento: lembrando que, nesses doze anos, o aluno virou professor mas voltou a ser aluno. Até porque, afinal, nunca deixamos de sê-lo.

Primeiramente, a Deus, nas Três pessoas da Santíssima Trindade.

Logo em seguida, aos meus pais, Roberto e Vera Gouveia, por tudo, ontem, hoje e sempre.

À memória dos meus avós: Carmem e Eufrásio Gouveia; Eufrozinda e Antônio do Nascimento. A saudade de todos é imensa, mas o exemplo consegue contorná-la.

Aos meus irmãos, Bruno e Rodrigo Gouveia, por, cada um a seu modo, sempre me ajudarem.

Aos meus tios e tias, representados nas pessoas de Carmem Vieira, Carmem Gouveia, Helvécio Albuquerque e Carlos Gouveia.

Aos amigos do peito, e, já que são em número bem considerável, escolherei quatro para representá-los: Patrícia Henriques Ribeiro (Paty), Jaldemiro Rodrigues (Mirão), José Lopes de Oliveira Filho (Lopinho) e Eduardo José da Fonseca Costa (Edu).

À Universidade Católica de Pernambuco, na pessoa de seu Magnífico Reitor, Pe. Pedro Rubens SJ, porque, além de ser minha casa desde 2001 (quando ingressei no Bacharelado em Direito), aceitou-me no seu quadro docente e me proporcionou cursar o doutorado.

Em 2016, iniciei uma grande empreitada. Junto com alguns colegas fundei a Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro). Em pouco tempos, esses alguns se fizeram muitos e muitos. Eleito, ano passado, Presidente, agradeço a todos seus associados e colaboradores. Muitos dos amigos que tenho hoje me vieram por ela. A alguns, deixo um destaque: Mirão, Paty, Antonio Carlos Ferreira de Souza Jr. (Toninho), Edu, Antonio Carvalho (meu Vice-Presidente), Georges Abboud, Marcos Cavalcanti, Antonio de Moura, Lúcio Delfino, Glauco Gumerato, Evie Malafaia, Lorena Guedes, Ronnie Duarte, André Luiz Maluf (nosso Decano), Diego

Crevelin, Marco Paulo di Spirito, Daniel Colnago, Guilherme Carreira, Mateus Pereira, Maurício Cunha, Rodrigo da Cunha Lima Freire, Paula Saleh, Bheron Rocha, Ana Beatriz Presgrave, Beclaute Oliveira Silva, Paloma Mendes Saldanha, Danilo Cruz, André Lucas Fernandes, Lauro de Castro, Alberto Maia, Tamyres Tavares Lucena, Ravi Peixoto, Luciano Viana, Ronaldo Cramer, Juarez Felix, Radson Rangel, José Humberto Filho, Marsel Botelho, Otávio Oliveira, João Alves de Melo Jr., Alexandre de Paula, Pablo Medeiros, Antonio Mota, José Henrique Mouta, Alexandre Freire Pimentel, Vinicius Lemos, Julio César Rossi, Marcelo Pichioli da Silveira, Luiz Fernando Pereira, Adriana Pegini, Angélica Mota, Alexandre Senra, Iure Pedroza, Zulmar Duarte, Vitor Salino, Bruno Campos Silva, Alexandre Bartilotti, Rinaldo Mouzalas, Luiz Felipe Ribeiro, Eduardo Madruga, Delosmar Mendonça Jr., Rodrigo Ramos, Fernando Gama, Marcelo Pereira e Venceslau Tavares. E aos membros honorários, nas pessoas de Marcelo Neves, Nelson Nery Jr., Rosa Maria de Andrade Nery, Edson Ribas Malachini, João Maurício Adeodato, Araken de Assis, Lenio Luiz Streck, Ronaldo Brêtas, Rosemiro Pereira Leal, Ives Gandra da Silva Martins e Marcos Bernardes de Mello.

A todos meus colegas professores do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Católica de Pernambuco, nas pessoas de: Roney Lemos, José Viana Ulisses, Rafael de Menezes, Sílvio Neves Baptista, Maria Rita Holanda, José Durval Lins, Maria d´Lara, Catarina Oliveira, Nadja Wanderley, João Hélio Coutinho, Gustavo Carneiro Leão, Marcos Netto, José Alfredo Lázaro Guimarães, Ricardo Galvão, Pe. Caetano e ao nosso coordenador, Stefano Toscano.

Um agradecimento especial ao professor Ubiratan de Couto Maurício, nosso Decano.

Aos meus colegas da 1ª. Turma de Doutorado do Programa de Pós-Graduação em Direito, nas pessoas de Jorge André de Carvalho, Bruno Cavalcanti, Breno Duarte, André Galvão e Virgínia Dunda.

Aos colegas professores que também fazem parte do corpo discente do Doutorado: Luiz Henrique Nogueira, Vinicius Calado, Roberta Cruz, Manoel Moraes, Mateus Pereira e Marconi Borba.

A todos os demais colegas com quem convivi durante o doutoramento, especialmente ao amigo Vinicius Lemos, pelas amplas discussões e pelos almoços frequentes.



Aos meus professores Raymundo Juliano Feitosa, Sergio Torres Teixeira, Alexandre Freire Pimentel, José Mário Wanderley Gomes Neto, Virginia Colares, João Paulo Allain Teixeira, Marcelo Labanca, Gustavo Santos, Hélio Silvío Ourém Campos e Roberto Wanderley Nogueira.

Aos professores Pedro Henrique Pedrosa Nogueira e Beclaute Oliveira Silva, pela imensa contribuição que deram a esta tese por força de suas arguições perante a banca de qualificação.

Ao Tribunal de Justiça de Pernambuco, especialmente à sua Escola Judicial (ESMAPE), nas pessoas dos Des. Jones Figueiredo Alves, Antonio Carlos Alves da Silva e Eduardo Sertório Canto e dos Juizes de Direito Luiz Mário Moutinho, Igor Rêgo, Nehemias de Moura e Saulo Fabbiane.

Ao Tribunal Regional Eleitoral de Pernambuco, também na especialidade de sua Escola (EJE), na pessoa de seu Presidente, Des. Frederico Ricardo de Almeida Neves (a quem também agradeço pela amizade), do Diretor da Escola, Des. Ruy Trezena Patu Jr., e dos servidores Carla Sampaio, Eduardo Japiassu, Isabela Lessa, José Guerra e Adélia Santos.

Aos colegas e amigos que muito me ajudaram como interlocutores deste trabalho, sem os quais pouco do muito pouco que aqui se traz existiria. Muito obrigado, Mirão, Edu, Lúcio Delfino, Diego Crevelin, Toninho, André Lucas Fernandes, Roberto Paulino, Vinícius Lemos, Marcos Cavalcanti, Georges Abboud, José Henrique Mouta, Rodrigo Mazzei, Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Yuri Brandão, João Alves de Melo Jr., Adriano Soares da Costa, João Maurício Adeodato (grande exemplo de professor), Marcelo Lima Guerra, Bruno Campos Silva, Marcelo Pichioli Silveira, Edilson Vitorelli, Zulmar Duarte, Vitor Salino e Robson Renault Godinho.

Aos meus parceiros de advocacia, nas mais variadas frentes: Paty, Lauro de Castro, Rodrigo Numeriano, Ernesto Albuquerque e Sócrates Chaves.

Ao meu orientador e grande amigo, Lúcio Grassi de Gouveia, por toda a confiança em mim depositada e por, desde sempre, ter me possibilitado a mais irrestrita liberdade intelectual.

À querida Maria Auxiliadora Rodrigues, que muitíssimo me ajudou nos aspectos mais formais desta tese.

E, por fim, à querida Marynna Mader Gouveia Sampaio, de cuja amizade pude começar a desfrutar, intensamente, muito por força de seu ingresso no PPGD-UNICAP, além de ter muito me auxiliado com a tradução do resumo para o inglês.

GOUVEIA FILHO, Roberto Pinheiro Campos. Da Recorribilidade ao Recurso: um caso emblemático do movimento processual. 2020. 326 p. Tese de Doutorado. Orientação do Prof. Dr. Lúcio Grassi de Gouveia. Recife: Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP, 2020.

## RESUMO

O que é um recurso? Pergunta meio que intuitiva não para quem seja estudioso do direito processual, como também, e especialmente, para quem atua como agente do sistema processual. A resposta, porém, não é nem um pouco simples, basta ver que não há na processualística uma definição inquestionável deste que é dos mais importantes conceitos do direito. Este trabalho pretende responder à pergunta acima. Não, todavia, de um modo mais afeito ao que se produz no direito processual brasileiro; sem sair do âmbito da Dogmática Jurídica, o conceito de recurso será analisado numa perspectiva de *movimento*. Isto é: a partir da Concepção Aristotélica da passagem do *ser em potência* para o *ser em ato*. O trabalho por se desenvolver, de forma alguma, pretende rever conceitos filosóficos. Não se trata de *um fazer* filosofia; mas sim *um utilizar* desta (em específico, a tributária a Aristóteles) alguns de seus *conceitos fundamentais* para estabelecer uma base sólida ao estudo dogmático. Na perspectiva jurídica, adota-se como marco teórico a Teoria do Fato Jurídico, na vertente atribuída a Pontes de Miranda. O casamento entre a *ontologia aristotélica* e o *fato jurídico ponteano* revela-se muitíssimo adequado para o intento desta tese, porque, dentre outras coisas, ela aclara os conceitos inerentes à ideia ele. Daí o título da tese: “Da Recorribilidade ao Recurso”. A potência, que, na perspectiva ponteana, assume a feição de uma situação jurídica, antecede ao ato, que, na mesma perspectiva, é um fato jurídico. Embora seja um destes, o recurso, antes de o ser como tal, é, ao menos em possibilidade, a situação jurídica que lhe dá condições de ser. Esse movimento é *como que* totalmente processual, pois tanto a potência (a recorribilidade) quanto o ato (o recurso) são gerados no processo, entendido como um dos âmbitos jurídicos possíveis. Daí o subtítulo: “um caso emblemático *do* movimento processual”. No entanto, algo tão particular visto de uma perspectiva tão geral não poderia ser analisado já diretamente: é preciso, a partir de conceitos (mais) universais, que, à medida do necessário, precisam ser explicados, obter premissas para a dedução. A tese é, enfim, todo um movimento do geral ao (quase) particular.

**Palavras-chave:** potência-ato; fato jurídico-efeito jurídico; movimento processual; recorribilidade-recurso.

## ABSTRACT

What is an appeal? It is a kind of intuitive question, not for those who are experts in procedural law, but also, and, especially, for those who act as agents of the procedural system. The answer, however, is not at all simple, it is enough to see that there is no unquestionable definition in proceduralistics of this, which is one of the most important concepts of law. This work intends to answer the question above. However, not in a way more suited to what is produced in Brazilian procedural law; without leaving from the scope of Legal Dogmatics, the concept of appeal will be analyzed from a movement perspective. That is: from the Aristotelian Conception of the transition from being in potency to being in action. The work to be developed, in no way, intends to review philosophical concepts. It is not a matter of doing philosophy; but to use this (in particular, the tributary to Aristotle) some of its fundamental concepts to establish a solid base for dogmatic study. In the legal perspective, the Legal Fact Theory is adopted as a theoretical framework, in the aspect attributed to Pontes de Miranda. The marriage between Aristotelian ontology and the Pontifical legal fact proves to be extremely adequate for the purpose of this thesis, because, among other things, it clarifies the concepts inherent to his idea. Hence the title of the thesis: "The power to recourse an appear". Power, which, in the Pontifical perspective, takes on the appearance of a legal situation, precedes the act, which, in the same perspective, is a legal fact. Although it is one of these, the appeal, before being as such, is, at least in possibility, the legal situation that gives it conditions to be. This movement is almost entirely procedural, since both the power (the ability to appeal) and the act (the appeal) are generated in the process, understood as one of the possible legal areas. Hence the subtitle: "an emblematic case of the procedural movement". However, something so particular seen from such a general perspective could not be directly analyzed: it is necessary, based on (more) universal concepts, which, as necessary, need to be explained, to obtain premises for the deduction. The thesis is, in short, a whole movement from the general to the (almost) particular.

**Keywords:** power-act; legal fact-legal effect; procedural movement; resort capacity-appeal.

## RESUMEN

¿Qué es un recurso? Es una especie de pregunta intuitiva, no para quienes son expertos en derecho procesal, sino también, y especialmente para quienes actúan como agentes del sistema procesal. La respuesta, sin embargo, no es nada simple. No sin razón en la procesalística no hay una definición incuestionable de recurso, que es uno de los conceptos más importantes del derecho. Este trabajo tiene la intención de responder la pregunta anterior. Sin embargo, no de la manera como se produce en el derecho procesal brasileño; sin apartarse del alcance de la dogmática jurídica, el concepto de recurso se analizará bajo una perspectiva de movimiento. Es decir: desde la concepción aristotélica de la transición de lo ser en potencia a lo ser en acto. El trabajo a desarrollar, de ninguna manera, pretende revisar conceptos filosóficos. No se trata de hacer filosofía, pero sacar de ella (en particular, de la afluyente de Aristóteles) algunos conceptos fundamentales para establecer una base sólida para el estudio dogmático. En la perspectiva jurídica, se adopta como marco teórico la teoría de los hechos jurídicos de Pontes de Miranda. El matrimonio entre la ontología aristotélica y la teoría del hecho jurídico ponteana demuestra ser extremadamente adecuado para el propósito de esta tesis, porque, entre otras cosas, la primeira aclara los conceptos inherentes a la segunda. De ahí el título de la tesis: "De la recorribilidad al recurso". La potencia - que, en la perspectiva ponteana, adquiere la forma de una situación jurídica, precede al acto, que, en la misma perspectiva - es un hecho jurídico. Aunque sea un hecho jurídico, el recurso, antes de ser como tal, es, al menos en posibilidad, la situación jurídica que le da condiciones de serlo. Este movimiento es como si fuera completamente procesal, ya que tanto la potencia (la recorribilidad) como el acto (el recurso) se generan en el proceso, entendido como un de los ámbitos jurídicos posibles. De ahí el subtítulo: "un caso emblemático del movimiento procesal". No obstante, algo tan particular visto desde una perspectiva tan general no podría analizarse directamente: es necesario - desde conceptos (más) universales, que, a medida que sean indispensables, deben explicarse - obtener premisas para la deducción. La tesis es, en resumen, un movimiento completo de lo general a lo (casi) particular

**Palabras clave:** potencia-acto; hecho jurídico-efecto jurídico; movimiento procesal; recorribilidad-recurso.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>17</b>
<b>1. UMA BREVE EXPLANAÇÃO DA PERSPECTIVA DA TESE</b> .....	<b>17</b>
<b>2. PROBLEMAS E HIPÓTESES DA TESE</b> .....	<b>19</b>
<b>3. OBJETIVOS DA TESE</b> .....	<b>20</b>
<b>4. OPÇÕES METODOLÓGICAS ADOTADAS</b> .....	<b>21</b>
<b>5. DESENVOLVIMENTO.</b> .....	<b>23</b>
<b>CAPÍTULO I – DE UMA ANÁLISE DE (ALGUNS) CONCEITOS JURÍDICOS UNIVERSAIS À DESCRIÇÃO DO MOVIMENTO JURÍDICO</b> .....	<b>25</b>
<b>1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS</b> .....	<b>25</b>
<b>2. DA NORMA JURÍDICA AO FATO JURÍDICO</b> .....	<b>27</b>
<i>2.1. A norma jurídica e o suporte fático (Sachverhalt): causa remota e próxima da juridicidade</i> .....	<b>30</b>
2.1.1. A hipótese de incidência .....	<b>31</b>
2.1.2. Notas sobre a incidência jurídica .....	<b>33</b>
<i>2.2. O fato jurídico</i> .....	<b>35</b>
2.2.1. O plano da existência .....	<b>36</b>
2.2.1.1. Lícito e ilícito como espécies de fato jurídico .....	<b>37</b>
2.2.1.2. Espécies de fato jurídico lícito.....	<b>38</b>
2.2.2. Planos da validade e da eficácia .....	<b>44</b>
2.2.2.1. Relações entre os planos da validade e da eficácia .....	<b>46</b>
2.2.2.2. Um arremate quanto à validade .....	<b>47</b>
2.2.2.3. Idem quanto à eficácia .....	<b>49</b>
<b>3. DA EFICÁCIA AO EFEITO JURÍDICO</b> .....	<b>50</b>
<i>3.1. A relação jurídica e seu conteúdo</i> .....	<b>52</b>
3.1.1. Da ação e das ações .....	<b>57</b>
3.1.1.1. Da ação como efeito jurídico.....	<b>58</b>
3.1.1.2. Do fato jurídico gerador da ação .....	<b>60</b>
3.1.1.3. Da diversidade material da ação: o problema eficaz .....	<b>61</b>
3.1.1.4. Da ação e seus possíveis fins: uma breve apresentação .....	<b>75</b>
3.1.1.5. O viés universal das ações .....	<b>82</b>

<b>CAPÍTULO II – DA PRÉ-PROCESSUALIDADE À PÓS-PROCESSUALIDADE: PLENAMENTE UM MOVIMENTO .....</b>	<b>85</b>
<b>1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS .....</b>	<b>85</b>
<b>2. UM ESCLARECIMENTO PRÉVIO: PROCESSUALIDADE EM SENTIDO ESTÁTICO E EM SENTIDO DINÂMICO .....</b>	<b>85</b>
<b>3. A PRÉ-PROCESSUALIDADE .....</b>	<b>88</b>
3.1. <i>Processo como âmbito centralizado na relação jurídica processual .....</i>	89
3.2. <i>Os fatos e os efeitos pré-processuais .....</i>	91
3.2.1. A pretensão à tutela jurídica .....	92
3.2.1.1. Da capacidade de ser parte à pretensão à tutela jurídica: plenamente uma <i>atualização</i> .....	94
3.2.1.2. Pretensão à tutela jurídica: outras considerações necessárias.....	98
3.3. <i>O Direito ao Procedimento .....</i>	101
<b>4. A PROCESSUALIDADE .....</b>	<b>106</b>
4.1. <i>Definição de fato processual .....</i>	108
4.2. <i>A dupla necessidade de distinguir o fato processual em geral do ato do procedimento .....</i>	110
4.2.1. A comunicação processual como condição de possibilidade para o implemento dos eventos relevantes para o direito: problema gnosiológico..	110
4.2.2. A multiplicidade de regimes jurídicos: problema normativo .....	114
4.2.3. Por uma definição de ato do procedimento .....	117
4.3. <i>Os atos do procedimento: especificação.....</i>	119
4.3.1. Por uma classificação dos atos do procedimento.....	119
4.3.2. O ato postulatório .....	122
4.3.2.1. Em busca de um critério para definir o ato postulatório... ..	124
4.3.2.2. ...a petição como ato postulatório por excelência... ..	125
4.3.2.3. ...elementos do ato postulatório: considerações necessárias....	129
4.3.2.4. ...enfim, a distinção entre o ato em si e seu conteúdo como critério para a almejada definição .....	143
4.3.2.5. O problema do ato postulatório ineficaz.....	145
4.4. <i>Breves considerações acerca da natureza do procedimento considerado como um todo .....</i>	147
4.5. <i>Os efeitos processuais .....</i>	150

4.5.1. A relação jurídica processual .....	151
4.5.1.1. Um critério para definir o conceito de relação jurídica processual .....	151
4.5.1.2. Uma noção de tutela jurisdicional .....	153
4.5.1.3. O fato jurídico da relação processual e sua dinamicidade .....	155
4.5.1.4. Relação processual e relações jurídicas surgidas em virtude do processo .....	159
<b>5. A PÓS-PROCESSUALIDADE .....</b>	<b>163</b>
<b>CAPÍTULO III – UM MOVIMENTO ESTRITAMENTE PROCESSUAL: DA</b>	
<b>FORMAÇÃO DO FATO JURÍDICO RECURSAL.....</b>	<b>165</b>
<b>1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS .....</b>	<b>165</b>
<b>2. O PODER DE IMPUGNAR COMO PRETENSÃO À TUTELA JURÍDICA.....</b>	<b>166</b>
2.1. <i>Tutela jurídica impugnativa: em que sentido?</i> .....	167
2.2. <i>Tutela jurídica recursal como espécie da tutela jurídica impugnativa.....</i>	167
2.3. <i>Tutela jurídica recursal: renovação ou inovação?</i> .....	168
2.3. <i>Há direito fundamental à tutela jurídica recursal?</i> .....	171
<b>3. UMA NECESSÁRIA DISTINÇÃO TERMINOLÓGICA: FATO JURÍDICO RECURSAL X RECURSO .....</b>	<b>175</b>
<b>4. OS ELEMENTOS DO SUPORTE FÁTICO DO FATO JURÍDICO RECURSAL .....</b>	<b>176</b>
4.1. <i>Decisão judicial: elemento base</i> .....	177
4.1.1. Por um critério distintivo entre o despacho e a decisão.....	177
4.1.2. Da necessidade de uma decisão para a formação do fato jurídico recursal.....	179
4.1.3. <i>A omissão judicial</i> no contexto das decisões .....	181
4.1.3.1 Da não observância dos prazos pelo órgão julgante: exegese do art. 235, CPC .....	183
4.1.3.2. Da não análise de questões necessárias.....	185
4.2. <i>Da recorribilidade: considerações iniciais</i> .....	190
4.2.1. Da recorribilidade: <i>locus</i> normativo.....	191
4.2.1.1. <i>Locus</i> normativo da recorribilidade e os precedentes .....	193
4.2.1.2. <i>Locus</i> normativo da recorribilidade e os costumes .....	194
4.2.1.3. <i>Locus</i> normativo da recorribilidade e os negócios jurídicos .....	196
4.2.1.4. <i>Locus</i> normativo da recorribilidade e a legislação estadual .....	205



4.2.1.5. <i>Locus</i> normativo da recorribilidade e o direito regimental.....	207
4.2.1.6. O problema da tipicidade na taxatividade recursal.....	209
4.2.1.7. Há de se falar em unirrecorribilidade? .....	210
4.3. <i>A legitimidade recursal</i> .....	212
4.3.1. Legitimidade recursal: da posição processual à titularidade do direito ao recurso.....	214
4.4. <i>O interesse recursal</i> .....	217
4.5. <i>Os impedimentos recursais</i> .....	222
<b>5. A NATUREZA DO FATO JURÍDICO RECURSAL.....</b>	<b>224</b>
<b>6. O DIREITO AO RECURSO EM SEUS MÚLTIPLOS ÂMBITOS DE OCORRÊNCIA .....</b>	<b>225</b>
<b>CAPÍTULO IV – ...À OCORRÊNCIA DO RECURSO.....</b>	<b>228</b>
<b>1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS .....</b>	<b>228</b>
<b>2. O CONCEITO DE RECURSO.....</b>	<b>229</b>
2.1. <i>Conceitos lógico-jurídicos x conceitos jurídicos positivos: uma distinção falha</i> .....	230
2.1.1. Exposição da tese por se rechaçar.....	230
2.1.2. As críticas necessárias .....	231
2.1.3. A universalidade do conceito jurídico como atributo do próprio ente designado .....	234
2.1.4. O papel da Dogmática Jurídica: relevância dos conceitos jurídicos ...	235
2.1.4.1. Relações entre a Dogmática Jurídica e o direito positivo.....	235
2.1.4.2. Niklas Luhmann e a Dogmática Jurídica.....	237
2.1.4.3. A posição de Tércio Sampaio Ferraz Jr.....	239
2.1.4.4. Síntese da crítica .....	241
2.2. <i>Em busca da definição de recurso</i> .....	242
2.2.1. A doxografia sobre o tema .....	243
2.2.2. Recurso como ato postulatório de impugnação: determinação do gênero próximo.....	246
2.2.3. À procura da <i>diferença específica</i> : é possível falar de <i>essência</i> no conceito de recurso? .....	248
2.2.4. O que torna possível definir o conceito de recurso?.....	249
2.2.4.1. É possível defini-lo por sua finalidade?.....	249
2.2.4.2. Uma definição consagrada.....	250

2.2.4.3. A potencialidade de manter a litispendência como a diferença específica recursal: critério para definição do conceito de recurso .....	253
2.2.5. Em conclusão: a natureza jurídica do recurso.....	256
2.2.6. ...e das contrarrazões .....	258
<b>3. RECURSO E OUTROS MEIOS DE IMPUGNAÇÃO.....</b>	<b>259</b>
3.1. <i>Demandas impugnativas</i> .....	260
3.1.1. Recurso e reclamação .....	261
3.1.2. <i>Recurso e mandado de segurança</i> .....	261
3.1.3. <i>Recurso e pedido de reconsideração</i> .....	264
3.2. <i>Recurso e defesas impugnativas</i> .....	268
3.3. <i>Recurso e ações (materiais) impugnativas</i> .....	270
3.4. <i>O (complexo) problema da remessa necessária</i> .....	272
<b>4. O RECURSO EM SEU ACONTECIMENTO .....</b>	<b>275</b>
4.1. <i>A formação do ato jurídico recursal</i> .....	276
4.1.2. Os elementos completantes do suporte fático do recurso .....	279
4.1.2. O que significa a admissibilidade do recurso?.....	282
4.1.3. O problema do recurso ineficaz .....	283
4.2. <i>Outros aspectos do ato recursal</i> .....	287
4.2.1. A ação recursal .....	287
4.2.1.1. O modo como se dá a inovação causada pelo recurso .....	288
4.2.1.2. Recurso é algo diferente de ação recursal.....	292
4.2.1.3. Outras ações (e outros poderes) veiculáveis pelo recurso.....	294
4.2.2. Posições processuais no recurso .....	300
4.2.3. Natureza da decisão sujeita a recurso.....	302
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>304</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>307</b>

## INTRODUÇÃO

### 1. Uma breve explanação da perspectiva da tese

Recurso. Palavra polissêmica de um modo geral, refere-se no âmbito do direito processual a um dos mais relevantes conceitos da Disciplina que o analisa. Disciplina esta que aqui será chamada de Dogmática Processual ou, simplesmente, Direito Processual (realçando as maiúsculas).

Embora a relevância do mencionado conceito, não são muitos os trabalhos que, tanto no nível nacional quanto no estrangeiro, analisem seus aspectos mais analíticos. A existência de estudos dogmáticos sobre os mais variados temas referentes ao âmbito recursal é algo notório. Ao longo desta tese, muitos deles serão, na medida das necessidades, analisados. Contudo, até por, num maior ou menor grau, suas especificidades, pouco (ou mesmo nada) abordam sobre o cerne do conceito mesmo. Em sua maioria, repetem a definição de recurso em voga no contexto histórico em que se deram.

Portanto, tem-se a razão propulsora deste empreendimento: é necessário estudar esse velho tema, mas a partir de uma perspectiva diversa.

Esta última refere-se ao marco teórico adotado: a *Teoria do Fato Jurídico* atribuída a Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda. Isto é, sem perder em criticidade, a análise do problema será feita segundo as *categorias* estabelecidas em tal teoria, que, aqui, funcionarão como premissas para uma dedução.

O trabalho poderia seguir uma estrutura aparentemente mais tradicional: da exposição do marco teórico, passando pelo enfrentamento de hipóteses contrárias até o momento da síntese. Não que essa estruturação esteja de todo ausente; todavia, a fim de, sobretudo, apresentar um *outro olhar* sobre o marco teórico adotado, o trabalho seguirá uma estruturação dinâmica: como um grande movimento, que pode ser observado em duas perspectivas: tanto como uma dedução categorial (do conceito mais geral ao mais específico) quanto como a própria ocorrência de um fato do mundo qualquer que, relevante para o direito, vai desembocar no âmbito recursal.

Entende-se, como se demonstrará ao longo do desenvolvimento, que a mencionada Teoria do Fato Jurídico tem muito (se não tudo) a ver com a ideia de

*movimento*. Em que sentido, porém, este último encontra-se empregado? Possivelmente, do modo mais amplo possível: está-se a referir à *Teoria do Movimento* na *Ontologia aristotélica*. Isto é: a passagem do *ser em potência* ao *ser em ato*. Significa-se, entretanto, que essa perspectiva filosófica será (também) adotada no trabalho como marco teórico? Não, ao menos no sentido próprio da ideia deste último. Em rigor, ela desempenhará dupla função: *i)* de *reforço argumentativo* ao marco teórico adotado, de modo a robustecer a exposição das categorias próprias dele; e *(ii)* de *matéria-prima* sobre a qual as categorias do marco teórico serão desenvolvidas. Neste caso, uma espécie de caminho por ser percorrido. Até porque, como consta de seu próprio título, a ideia de movimento permeia a tese.

Delimitando, porém, desde logo, a matéria por ser trabalhada, o que releva da *Ontologia aristotélica* ao trabalho é basicamente o seguinte: das *Categorias*<sup>1</sup> e, de algum modo, da *Metafísica*<sup>2</sup>, as noções de substância e acidentes, bem como os predicáveis; já mais rente à *Física*<sup>3</sup>, as chamadas quatro causas e, principalmente, a potência e o ato. Estes dois últimos são as premissas mais relevantes do que se pretende expor. Como tudo que contém *ser*, os entes jurídicos iniciam-se como possibilidade e culminam como atualidade. Têm, portanto, um estado potencial e outro atual. Vão da potência ao ato.

Anunciando algo referente ao *desenvolvimento*: a potência (inicial) de toda realidade jurídico-positiva é a *norma jurídica*. Dela ao efeito jurídico concretamente produzido, movimentos acontecem: a começar pela incidência normativa, a culminar na emanção da eficácia do fato jurídico. É nítida, portanto, a influência da *Teoria do Fato Jurídico* atribuída a Pontes de Miranda.

Não se trata, porém, da adoção de algo afeito a uma espécie de *Teoria Ontológica do Direito Processual*: longe de se pretender redefinir o Direito Processual, nem mesmo alguns de seus conceitos, a partir de uma base ontológica e, neste aspecto, não normativa. Trata-se, registre-se de logo, de um trabalho de Dogmática Jurídica e, nalgum sentido, de Teoria Geral do Direito, não obstante

---

<sup>1</sup> Ref. a ARISTÓTELES. *Categorias*. Trad. José Veríssimo Teixeira da Mata. São Paulo: UNESP, 2018.

<sup>2</sup> Ref. a ARISTÓTELES. *Metafísica*. Trad. Giovanni Reale. 5. ed. São Paulo: 2015, v. 2.

<sup>3</sup> Ref. a ARISTÓTELES. *Física I e II*. Trad. Lucas Angioni. Campinas/SP: UNICAMP, 2013.

problemas que lhes estão sendo causados por determinada corrente doutrinária, a qual se encontra analisada (e, acredita-se, refutada) no trabalho. Está-se diante de um trabalho que se vale de categorias filosóficas, mas que não tem, nem de longe, por objetivo fazer Filosofia<sup>4</sup>, seque a específica quanto ao direito.

Dito isto, há de se expor por que da escolha do *conceito de recurso* para servir de mote a esta empreitada. Ela é devida não só, como mencionado acima, porque se trata de um dos mais relevantes conceitos da Dogmática Processual (e, também como dito, dos menos explorados), mas também por ser aquele que, possivelmente, mais bem represente a ideia de *movimento* no âmbito processual. Neste caso, tanto a potência (a *recorribilidade*) quanto o ato (o *recurso*) nascem desenvolvem-se e ultimam-se no ambiente processual. Mais, o conceito de recurso sintetiza todo o desenvolvimento processual, unindo a *pré-processualidade* à *pós-processualidade*.

Eis o porquê do emprego no título da tese do termo *emblemático* para designar o *movimento recursal*. Emblemático como aquilo que, sintetizando todas as propriedades de algo, se destaca em relação a outros. Arrisca-se dizer que, no sentido desta tese, nada é mais emblemático processualmente do que o recurso.

Diante de todo o exposto, pode-se passar aos aspectos mais atinentes à metodologia do trabalho.

## 2. Problemas e hipóteses da tese

Do que foi dito acima, três problemas apresentam-se: *i)* a partir do que as chamadas situações jurídicas processuais se formam? *ii)* é possível – de modo estrito – relacionar o direito ao recurso a alguma (ou algumas) delas? *iii)* a qual categoria (ou quais delas) do marco teórico adotado o conceito de recurso refere-se?

---

<sup>4</sup> Não se desconhece, porém, perspectivas doutrinárias que têm a pretensão de enquadrar o sistema processual numa perspectiva aristotélica (ou, mais propriamente, aristotélico-tomista). É o caso, acima de todos, de FERRAZ, Manuel Carlos de Figueiredo. *Apontamentos sobre a Noção Ontológica de Processo*. Campinas/SP: Julex, 1936. Sem esquecer de notórios expositores do Direito Processual que, nalguma medida, adotam tal perspectiva, dentre outros: LOBÃO, Manuel de Almeida e Sousa de. *Segundas Linhas sobre o Processo Civil*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1855, v. 1; e, para falar daquele que, quanto ao ponto, é quiçá o mais representativo no Direito Processual brasileiro, ALMEIDA JR., João Mendes. *Direito Judiciário Brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1940.

Disto, necessariamente, decorrerá: *i)* a delimitação da formação das situações jurídicas processuais, tendo o chamado direito ao recurso como o exemplo escolhido para ser desenvolvido; *ii)* a definição (no sentido mais próprio do termo) do conceito de recurso e, portanto, o apontamento de sua natureza jurídica.

Para (tentar) responder a tais perguntas, tem-se as seguintes hipóteses: *i)* nem toda situação jurídica processual é componente da relação jurídica processual formada, conquanto seja no âmbito desta que elas se formem; *ii)* o direito ao recurso é um caso referente à exceção mencionada, talvez o mais representativo disto; *iii)* o recurso é um ato postulatório, logo, no contexto dele, devem ser diferenciados o ato de recorrer e o conteúdo do recurso; *iv)* este último, consiste na afirmação referente a uma ação (no sentido mais próprio desta), distinta de qualquer ação dantes veiculada, que pode ser denominada de *ação recursal*. Logicamente, o recurso não se confunde com ela.

Antíteses por serem confrontadas: *i)* a processualidade como um todo é estritamente relativa ao chamado procedimento (e, no máximo, também aos efeitos diretamente emanados dos atos dele); *ii)* o direito ao recurso é apenas uma simples sequência do chamado direito de ação exercido; *iii)* o ato recursal não ocasiona nenhuma inovação, quer objetiva quer subjetiva, no processo formado.

### 3. Objetivos da tese

Busca-se provar as seguintes teses gerais: *i)* o fenômeno processual se desenvolve dinamicamente. O chamado *direito processual* existe de modo relacional, isto é: sempre em referência a outro direito, que pode ser chamado – numa nomenclatura clássica – de *direito material*. Portanto, a processualidade não é uma “simples” qualidade do ser jurídico; *ii)* o conceito de recurso refere-se a algo que tem uma *essência* própria, de modo que ele não pode ser simplesmente enquadrado num tipo mais genérico; *iii)* revelá-la (como, de resto para qualquer conceito no direito) é papel fundamental do dogmático (jurista, num sentido amplo do termo).

Especificamente, pretende-se: *i)* dado o viés relacional do direito processual revelar não só aquilo a quem ele se refere, como também demonstrar sua ocorrência (seu *movimento*), desde de uma etapa preparatória (*pré-processualidade*) até algo que lhe sobeja (*pós-processualidade*); *ii)* no caso, no âmbito da relação

jurídica processual (cerne da processualidade) formam-se situações jurídicas as mais diversas: dentre elas, o direito ao recurso, produzido naquilo que se pode denominar de *recorribilidade*; *iv*) esta, por sua vez, é *potência* que se *atualiza* no recurso e por ele; *v*) o recurso é um ato postulatório, logo é indispensável distingui-lo daquilo que nele se encontra veiculado; *vi*) o recurso é, mais especificamente, impugnação a algo que se formou dentro da processualidade, portanto não tem como ser apenas uma renovação do que precedia a ela; *vi*) o recurso é um meio (um deles, na verdade) de veicular ações de tipo impugnativo. Há, desse modo, algo referente à acionabilidade em seu conteúdo; *vii*) o que o diferencia é o fato de ele sustentar a relação jurídica processual formada, posta, na maior parte dos casos, a termo pela decisão recorrida.

#### 4. Opções metodológicas adotadas

Faz-se necessário apresentar os aspectos mais estritamente metodológicos do trabalho. Referem-se à estruturação do trabalho e ao corte epistemológico.

Quanto à primeira, seguem-se a linha de teses mais gerais. Não propriamente no sentido dado por Umberto Eco<sup>5</sup> (sentido atinente à ideia de abrangência), mas sim pelo fato de se utilizar de dois (de um total de quatro) primeiros capítulos para expor o marco teórico escolhido, máxime o primeiro capítulo. Parte-se do mais geral para o mais específico, fazendo propriamente uma dedução. Até por isso, o aquilo que for geral não constituirá estritamente um objetivo da tese.

A razão para a adoção dessa perspectiva está no fato de não se querer puramente expor o marco teórico, mas sim dialogar, na medida do possível, com ele. À conta e risco, estão apresentados entendimento próprios da *Teoria do Fato Jurídico* atribuída a Pontes de Miranda. Mais, à medida que o desenvolvimento for se especificando, menor será a vinculação àquilo que, na literalidade, o autor do marco teórico defende sobre os diversos pontos específicos.

Nada disso, porém, se encontra no que tange à exposição dos conceitos referentes à *Ontologia aristotélica*. Neste caso, buscou-se – pelas limitações de leitura e até mesmo de profundidade do entendimento quanto a ela - ser elementar. Neste caso, adote-se – no maior grau possível – a literalidade das lições de

---

5

Aristóteles e, até em maior medida, da doxografia que lhe é própria, destacando-se autores como Santo Tomás de Aquino, Ingemar Düring, Henri-Dominique Gardeil e Enrico Berti.

Dois pontos merecem destaque: *i)* muito por força da ressonância que certa concepção acerca da Teoria Geral do Direito vem ganhando no âmbito da processualística<sup>6</sup>, cujas conclusões destoam das premissas deste trabalho, decidiu-se confrontá-la. Isto consta do último capítulo (parte mais rente à tese em si). Na aparência ao menos, é natural dizer que se trata de algo mais afeito aos capítulos iniciais, já que se refere a algo com pretensões de (grande) generalidade. Não obstante, isso destoaria da linha expositiva da tese. Ademais, o conceito de recurso – desenvolvido no último capítulo – serve como importante exemplo para a refutação que se faz. Por isso, esta última encontra-se inserida em tal capítulo; *ii)* dos diversos conceitos apresentados ao longo do trabalho, aquele para o qual, de fato, dedica-se uma confrontação ampla com os (não muitos) autores que o analisam é o de *recurso*. Isto por se tratar, realmente, do conceito principal analisado na tese. Aos demais, a confrontação é feita, mas na medida das necessidades e numa forma que não interfira tanto na estrutura do texto.

Quanto ao segundo (corte epistemológico), segue, consoante já mencionado, uma perspectiva jurídico-dogmática. Logo, não há no trabalho momentos para análise da história dos conceitos analisados e para a comparatística a eles referente. Há uma ou outra menção histórica, muito a título de curiosidade; os autores estrangeiros citados têm a ver não com uma perspectiva de direito comparado, mas sim porque – ressaltando-se peculiaridades de cada lugar – analisam objetos idênticos aos estudados ao longo do trabalho.

Por ser um trabalho de Dogmática Jurídica (e de viés mais analítico) as fontes pesquisadas são, em sua quase totalidade, de cunho doutrinário, tanto livros, gerais e monográficos, quanto periódicos e coletâneas.

Duas observações finais são relevantes: *i)* a perspectiva de análise dos conceitos estudados ao longo do trabalho é sempre geral. Logo, não se adentra às especificidades do direito positivo relativo a cada um deles. Isso em termos de um

---

<sup>6</sup> Trata-se da tese representada na seguinte obra: DIDIER JR., Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida*. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.



trabalho sobre o conceito de recurso significa que as especificidades de cada recurso foram deixadas de lado. As razões para tanto são: *i.1)* a perspectiva contrária tornaria o trabalho uma empresa impraticável (escrever-se-ia um tratado sobre o tema, não uma tese); *i.2)* pretende-se estabelecer as bases para uma Dogmática Geral do Direito Recursal, que se poderia dizer Teoria Geral dos Recursos, se este termo não estivesse, hoje, tão carregado de más compreensões; *ii)* conforme já foi dito, há duas formas de leitura do trabalho: *ii.1)* primeiramente, como dedução de categorias: das mais geral a uma mais específica: do conceito de fato jurídico ao de recurso, por exemplo; *ii.2)* de um segundo modo, como a descrição (geral) do *movimento jurídico*, iniciando-se naquilo que se chama (não sem certa impropriedade) de *direito material* em direção ao *âmbito recursal*, passando, logicamente, pela *processualidade*, que, neste contexto, pode-se dizer *originária*.

## 5. Desenvolvimento.

A tese divide-se em quatro capítulos. Todos – algo denotado pelo próprio título de cada um – têm um viés dinâmico, como que indo de algo a outro. Segue-se com um resumo deles:

*i)* no primeiro, serão apresentados alguns conceitos jurídicos com pretensão de universalidade, os quais, sempre que houver margem considerável de adequação, serão relacionados aos conceitos aristotélicos acima apresentados. Estes, portanto, ingressarão no trabalho ao modo incidental. As necessárias referências, máxime aos segundos, serão apresentadas sempre, desde que possível, valendo-se tanto de seu formulador original (como o próprio Aristóteles) como de comentadores dele. Os conceitos jurídicos por serem expostos guardam grandíssima pertinência com os referentes à *Teoria do Fato Jurídico*. O capítulo findará com o *movimento* já a chegar aos umbrais da *processualidade*.;

*ii)* sendo assim, no segundo capítulo, apresentar-se-á o *movimento processual* como um todo, desde sua etapa *pré-processual* até aquilo que lhe sobeja, a *pós-processualidade*. Conquanto em menor grau dos relativos ao primeiro capítulo, conceitos universais também serão apresentados, como, especialmente, os de *pretensão à tutela jurídica, demanda e relação jurídica processual*.

*iii)* na pós-processualidade onde termina o capítulo anterior, existe o germe do movimento mais específico por ser demonstrado: nela está o chamado direito ao recurso, que sobeja à relação jurídica processual *finda*. Dentro da perspectiva proposta acima, é preciso, todavia, demonstrar o modo de formação desse direito, isto é: analisar o fato jurídico que o gera. Ter-se-á, com isso, a primeira perna do *movimento recursal*;

*iv)* por fim, em estado tendente ao atual, o recurso propriamente dito será apresentado. Para tanto, faz-se necessário – a partir de praticamente todas as conclusões obtidas ao longo do trabalho – analisar seus pormenores, incluindo suas vicissitudes: invalidade e ineficácia. Como dito acima, porém, não obstante a perspectiva dogmático-analítica, o trabalho, válido reafirmar, em nenhum momento versará sobre questões do direito vigente referentes aos tantos recursos neste último previsto. Isso não só acabaria por retirar o aspecto dinâmico que se pretende dar à tese, como também a tornaria quantitativamente muito grande, o que não acarretaria, necessariamente, algum ganho qualitativo.

## CAPÍTULO I – DE UMA ANÁLISE DE (ALGUNS) CONCEITOS JURÍDICOS UNIVERSAIS À DESCRIÇÃO DO MOVIMENTO JURÍDICO

### 1. Considerações iniciais

Conforme foi dito na introdução, todo o trabalho será desenvolvido em torno da ideia de *movimento*, mesclando com momentos mais estáticos, referentes às análises conceituais necessárias à compreensão do todo.

Na primeira perspectiva, não haverá propriamente uma dedução do particular para o geral, mas sim a descrição de um movimento jurídico qualquer, que culminará, já dentro da *processualidade*, no ato recursal, por ser visto no quarto capítulo.

Não obstante, caso o foco se dirija aos conceitos em si por serem apresentados ao longo do texto, máxime o deste primeiro capítulo, o viés dedutivo aparecerá: quando, por exemplo logo mais se falar em *fato jurídico*, isto no âmbito da descrição do movimento jurídico qualquer, estar-se-á a tratar de um conceito muito mais geral que o de recurso. Nesse sentido, como consta do próprio título deste capítulo, o propósito neste momento inicial perpassa por *conceitos universais*, que servirão como premissas para toda a dedução por ser feita ao longo do trabalho. O sentido de *universal*<sup>7</sup> ora empregado é o mais próprio possível: universal como aquilo que é extraível de todos os entes, ao menos todos de um determinado segmento<sup>8</sup>. Por óbvio, a universalidade que aqui interessa – dado o viés *dogmático analítico* deste empreendimento – é referente estritamente ao direito, à juridicidade. Portanto, serão apresentados conceitos *jurídicos universais*<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> *Unum aptum inesse multis*, um apto a ser inerente a muitos, nesse sentido: GARDEIL, Henri-Dominique. *Iniciação à Filosofia de São Tomás de Aquino*: introdução, lógica e cosmologia. Trad. Cristiane Negreiros e Carlos Eduardo de Oliveira. São Paulo: Paulus, 2013, p. 103.

<sup>8</sup> A noção de universal é relativa, pois se é universal de algo. Animal, por exemplo, é universal de ser humano, embora, em relação, a vivente seja o inferior. O universal máximo é o conceito de ente. Nesse sentido, ver GARDEIL, op. cit., p. 103.

<sup>9</sup> No quarto capítulo será feita a devida crítica a distinção cerrada entre os chamados conceitos lógico-jurídicos (ou, como alguns defendem, jurídico-fundamentais) e conceitos jurídico-positivos. A razão de ser deixar para o final uma crítica referente a algo mais geral se dá porque, dentre os conceitos por serem analisados neste trabalho, o mais relevante é o de recurso, objeto do último capítulo. Logo, até pelo fato de ele servir como exemplo para a demonstração do desacerto da

Nessa perspectiva, esses conceitos são referíveis a entes jurídicos. Sendo ente, porém, aquilo que de algum modo *existe*<sup>10</sup>, é necessário, desde logo, fazer uma distinção: há entes que subsistem e outros que somente existem em algo. Os primeiros são as *substâncias*; os segundos, *acidentes*. Ente é o universal de última ordem. Pelos limites deste intento, deixa-se de lado, até para facilitar o desenvolvimento do texto, a definição de ente jurídico. Logo, a exposição iniciar-se-á pelos entes jurídicos que existem por si, ou seja, as substâncias, até porque os acidentes, conquanto tenham entidade, delas dependem para existir.

Se se pode, ao menos metonimicamente, dizer que os conceitos são *categorias*<sup>11</sup>, os conceitos universais poder ser ditos *arquicategorias*, expressão utilizada por Eduardo José da Fonseca Costa<sup>12</sup>. No entender deste último, a quem, no ponto, se adere, elas, na perspectiva do direito, são: *norma jurídica*, *fato jurídico* e *efeito jurídico*<sup>13</sup>. Aqui, prefere-se a expressão *conceito* para designar os entes em geral, e *conceito universal* para designar os máximos na escala de generalidade.

Como esta tese tem por fio condutor a ideia de *movimento*, dos três acima, é o conceito de norma jurídica o menos relevante em termos de desenvolvimento analítico. Não que ele não importe, mas os pormenores de sua natureza não vão impactar nos resultados almejados. Aqui, a importância da norma jurídica está no fato de ser ela a causa (*eficiente*) mais remota do *movimento jurídico*, uma vez que, pela irradiação de sua eficácia, produz o fato jurídico. Logo, para fins ora almejados,

---

distinção acima (ou melhor: desacerto de determinada perspectiva em torno dela), é preferível analisar essa problemática posteriormente.

<sup>10</sup> Existir significa provir de algo. Tudo que existe tem uma causa.

<sup>11</sup> *Conceito* é aquilo que, por abstração, se extrai das coisas em geral. É um dado mental, portanto. O termo *categoria*, até na acepção empregada originalmente por Aristóteles (*Categorias*. Trad. José Veríssimo Teixeira da Mata. São Paulo: UNESP, 2018, p. 113 e segs) é designativo dos entes em geral, sejam substâncias ou acidentes. Nesse sentido, há o conceito de categoria, mas não há, propriamente, o conceito como uma categoria. Não é incomum tratar os termos como sinônimos, quando se diz, por exemplo: “as categorias fundamentais de determinada ciência”. Neste trabalho, o uso do termo conceito será empregado na sua acepção mais própria.

<sup>12</sup> COSTA, Eduardo José da Fonseca. *As Garantias Arquifundamentais Contrajurisdicionais: Não Criatividade e Imparcialidade*. <https://emporiiododireito.com.br/leitura/as-garantias-arquifundamentais-constrajurisdicionais-nao-criatividade-e-imparcialidade>. Acesso em 22/04/2020.

<sup>13</sup> Não é incomum (MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do Fato Jurídico: plano da eficácia – 1ª. Parte*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 84 e segs.), ou o de *relação jurídica* (VILANOVA, Lourival. *Causalidade e Relação no Direito*. 4. ed. São Paulo: RT, p. 216 e segs.) se dizer que o conceito de *situação jurídica*, na expressão aqui utilizada, é o mais universal, correspondente ao de *efeito jurídico* posto acima. Como será demonstrado abaixo, situação e, mais ainda, relação jurídica são apenas *efeitos jurídicos positivos*, logo o mais universal deve abranger também os *negativos*.

toma-se o conceito de norma jurídica por sua função. Em termos mais afeitos à linguagem ponteana: norma jurídica é aquilo que tem a possibilidade de incidir sobre um suporte fático que nela foi estabelecido.

Portanto, não é algo próprio deste trabalho discussões no âmbito da teoria normativa, tais como: a distinção entre regras e princípios, entre texto e norma, entre norma individual e geral ou entre norma concreta e abstrata. Ao menos que sejam estritamente necessárias à explicação das diversas questões por serem analisadas.

Passe-se, com isso, à análise do fato jurídico.

## 2. Da norma jurídica ao fato jurídico

O mote deste trabalho – como seu próprio título alude – é a noção de *movimento*. Mais, entende-se que o fenômeno jurídico se desenvolve de tal forma. Daí ser possível falar em *movimento jurídico* e, mais especificamente, *movimento processual*. Mas em que sentido o termo em questão é empregado? Entende-se por movimento aqui no sentido (aproximado do) aristotélico, isto é: a passagem da *potência* para o *ato*<sup>14</sup>. Isto merece uma explicação mais acurada.

---

<sup>14</sup> Duas observações são importantes: *i*) primeira é a de que o movimento em si não é a *passagem* da potência ao ato, mas sim algo se situa entre eles: “definiu-se o movimento: ‘a passagem não instantânea da potência ao ato’. E nisso há engano, pois são incluídas na definição de movimento noções que lhe são posteriores’. A ‘passagem’, com efeito, é uma espécie particular de movimento” (TOMÁS DE AQUINO, Santo. *Comentários à Física. Iniciação à Filosofia de São Tomás de Aquino: introdução, lógica e cosmologia*, op. cit., p. 437). Movimento, portanto, pode ser entendido como aquilo que está *entre* a potência e o ato ou, nalgum sentido, como um ato não completado (“movimento é o ato do ente em potência”, TOMÁS DE AQUINO, Santo. *Comentários à Metafísica de Aristóteles (IX-XII)*. Trad. Paulo Faitanin e Bernardo Veiga. Campinas/SP: Vide Editorial, v. 3, p. 33). Mais, tal como a noção de potência e ato, o movimento é algo relativo: depende do referencial. Se se tomar, por exemplo, uma obra como referencial, o projeto dela é a potência, a obra pronta, o ato, a obra pela metade, o movimento (ou, mais propriamente, a *marcação* de um momento dele). No direito, isso fica de ser assimilado nos atos procedimentais, pois que todo o seu desenvolvimento se dá para a produção do ato final, que é o ato propriamente; *ii*) A segunda é que, em rigor, movimento é propriedade do ente móvel. Designando, portanto, a mudança de lugar. Não obstante fala-se, talvez por analogia, em outros tipos de movimento (“Com efeito, como foi dito, é por seu termo que o movimento é denominado e especificado. Logo, se os predicamentos se encontram divididos em dez gêneros de coisas, substância, qualidade etc., e o movimento se encontra em três deles, resulta disso que deve haver três espécies de movimento, a saber, aquele que se encontra na quantidade, aquele que se encontra na qualidade, e por fim, aquele que se encontra no lugar, que é chamado de movimento local”, TOMÁS DE AQUINO, Santo. *Comentários à Física. Iniciação à Filosofia de São Tomás de Aquino: introdução, lógica e cosmologia*, op. cit., p. 441-442). Sem embargo de uma e coisa e de outra, até porque este trabalho não é de Filosofia: dela se vale para mais bem explicar os problemas jurídico-dogmáticos enfrentados e, muito por isso, tem forte carga analógica com os conceitos filosóficos utilizados, será utilizado – como do próprio título da tese – o termo *movimento* e, numa metonímia, o termo *passagem* para designá-lo. Talvez o mais adequado fosse utilizar o termo *atualização* (este sim de maior univocidade para designar a relação entre a potência e o ato). Não

Todo *ente* – salvo o *transcendente*<sup>15</sup> – antes de ter sua existência plena existe como possibilidade. A potência é, portanto, a possibilidade de algo vir a ser plenamente, ou seja, em ato. A potência, contudo, não é um nada; já tem, de algum modo, *ser*<sup>16</sup>, até porque: “do nada, nada pode surgir”. A macieira tem a potência de gerar a maçã, esta existe potencialmente na estrutura (*forma*) daquela. Por óbvio, mesmo dentro da limitação formal de cada ente, nem todas as potências irão se realizar. A vida de cada um é feita, inexoravelmente, de realizações e não realizações, os *acidentes* a permeiam.

Nesse sentido, movimento é exatamente a passagem da potência ao ato: da potencialidade à atualização. E são 6 (seis) os movimentos possíveis<sup>17</sup>: *i*) quanto à substância, *geração* e *corrupção*; *ii*) quanto à quantidade, *aumento* e *diminuição*; *iii*) quanto à qualidade, *alteração*; e *iv*) quanto ao lugar, *deslocamento*. Portanto, ao menos num contexto metafísico (do qual este trabalho se utiliza), movimento não se resume à mudança de lugar, como sói se entender de modo geral. Para a problemática a ser enfrentada, ademais, de todos os possíveis, o referente ao *lugar*

---

obstante, o termo movimento, por ser mais conhecido, desempenha importante função retórica. O que não impede de – vez ou outra, até por motivos estilísticos – utilizar o termo atualização.

<sup>15</sup> O termo acima empregado está em seu sentido tomístico, portanto designativo do ente que não tem nenhuma possibilidade de atualização, sendo tudo nele eternamente ato. É o conceito de ser em tal concepção, e todas as outras facetas que nele estão: o bom, o verdadeiro, o belo, que são, em verdade, aspectos da mesma coisa. Sobre o tema, ver GARDEIL, Henri-Dominique. *Iniciação à Filosofia de São Tomás de Aquino*: introdução, lógica e cosmologia, op. cit., p. 359 e segs.

<sup>16</sup> É cediço que, máxime na Filosofia Tomista, há distinção entre o *ser* e o *ente*. Sendo, em tal caso, o primeiro referente àquele que é o próprio subsistente (Deus, mais propriamente). Nesse sentido, ver AQUINO, Santo Tomás de. *O Ente e a Essência*. Trad. Carlos Arthur do Nascimento. Petrópolis/RJ: Vozes, 2018, p. 42-3. Não é o caso aqui de adotá-la, pois quase nada a este trabalho ela agregaria. Nesse sentido, entendendo que, conquanto a distinção tenha presença na obra aristotélica, ela não tem maiores relevâncias em tal âmbito, de modo que os termos podem ser tidos como sinônimos: “Os filósofos que vieram depois de Aristóteles, a começar pelos medievais, quer mulçumanos, quer cristãos, deram muita importância à diferença entre ente e ser. E com todo o direito – penso por exemplo em Avicena, penso em Tomás de Aquino –, pois na ótica das religiões monoteístas e criacionistas, como o cristianismo e o islamismo, na base de toda a concepção da realidade, há o conceito de criação. Ora, a criação consiste essencialmente em causar o ser, portanto, é o ser o tema, o objeto que deve ser explicado, e o ser não é o ente, não é cada ente, mas é aquilo em virtude do qual cada ente é, é o ato pelo qual cada ente é. Em minha opinião, em Aristóteles, essa distinção não tem grande importância; claro, Aristóteles conhece a diferença entre ente e ser. Porém, para Aristóteles, cada ente é tal enquanto dele se pode predicar o ser, por isso, tudo aquilo que se diz de um se deve dizer de também de outro, não há aquela que Heidegger chamará de ‘diferença ontológica’ entre ser e ente”, BERTI, Enrico. *Estrutura e Significado da Metafísica de Aristóteles*. Trad. José Bortolini. São Paulo: Paulus, 2012, p. 59.

<sup>17</sup> Nesse sentido, ver DÜRING, Ingemar. *Aristóteles: exposición e interpretación de su pensamiento*. Trad. Bernabé Navarro. México: Universidade Nacional Autónoma de México, 2005, p. 504 e segs.

é o menos relevante<sup>18</sup>. O mais relevante, pois que relativo ao próprio movimento descrito no título da tese, é o de *geração*: mudança que opera à formação de uma substância.

Embora *fenômeno cultural*<sup>19</sup>, ao menos numa perspectiva *analógica*<sup>20</sup>, o direito submete-se à estrutura acima. E, do ponto de vista de um dos marcos teóricos aqui adotado: a chamada Teoria do Fato Jurídico atribuída a Pontes de Miranda, o movimento, posto que não esteja revelado por seu autor, é a *tônica*<sup>21</sup>: seja no *âmbito da aplicação do direito*, seja, principalmente, no *âmbito da incidência normativa*. Somente este último aqui releva. E é por ele que se começará propriamente a exposição.

---

<sup>18</sup> Há no âmbito do direito processual movimento quanto ao lugar, por exemplo, quando, por força da declaração de incompetência, o juiz determina que o processamento da causa seja deslocado ao juízo tido por competente.

<sup>19</sup> Nesse sentido, com base em Edmund Husserl, Paulo de Barros Carvalho adere a distinção entre os objetos em: *naturais, ideais, culturais e metafísicos*, sendo o direito situado entre os terceiros, os quais, no seu entender são: “já os culturais são reais, têm existência espaço-temporal, susceptíveis, portanto, à experiência, além de serem valiosos, positiva ou negativamente. O acesso cognoscitivo se dá pela compreensão e o método próprio é o empírico-dialético, já que o saber, nesse campo, pressupõe idas e venidas da base material ao plano dos valores e, deste último, à concreção da entidade física” (*Direito Tributário: linguagem e método*. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2013, p. 15-17).

<sup>20</sup> No direito, os objetos não têm propriamente materialidade. Não há matéria num fato jurídico, por exemplo, embora possa haver na representação de uns, como o instrumento de compra e venda, que é representativo do contrato de compra e venda. Mas, exatamente, por esse dado representativo o instrumento não é o próprio ente jurídico. Claro, metafisicamente, existem as chamadas *substâncias separadas da matéria* (como aquilo que se convencionou chamar de *anjos*. Nesse sentido, ver TOMÁS DE AQUINO, Santo. *Suma Teológica: I parte – questões 44-119*. 4. ed. São Paulo: Loyola, v. 2, p. 113 e segs.). Esses objetos culturais, porém, acabam por ser verdadeiros entes de razão, no sentido que a estes é atribuído pelos escolásticos (ver, para tanto, TOMÁS, João de São. *Tratado dos Signos*. Trad. Anabela Gradim Alves. Lisboa: Imprensa Nacional, p. 69 e segs.). Logo, a aplicação aos entes jurídicos de conceitos como *substância* e *acidentes, causa formal* e *causa material, potência* e *ato, essência* e *ser*, só pode ser feita – como já se está a fazer neste trabalho – numa perspectiva analógica. A analogia possível para tal intento é a de proporcionalidade (e não propriamente a atributiva), isto significa que os entes jurídicos são *equiparados* aos entes materiais, e não que teriam algo dele (caso fosse uma verdadeira atribuição). Trata-se de uma *proporcionalidade de relação*: e. g., a relação entre *ação* e a sua *eficácia* é proporcional a da *cadeira* e a *madeira* de que ela é feita: se nestas últimas, a primeira é a forma e a segunda, a matéria; naquelas, algo análogo se dá. Sobre esses modos de analogia, ver SANTOS, Mário Ferreira dos. *Ontologia e Cosmologia*. 3. ed. Logos: São Paulo, 1959, p. 71-77, mais especificamente, quando a proporcionalidade por relação, p. 74.

<sup>21</sup> Talvez não à toa diga Pontes de Miranda, nas primeiras páginas de seu mais conhecido Tratado: “Todo fato é, pois, mudança no mundo. O mundo compõe-se de fatos, em que novos fatos se dão. O mundo jurídico compõe-se de fatos jurídicos” (*Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, t. 1, p. 5).

## 2.1. A norma jurídica e o suporte fático (*Sachverhalt*): causa remota e próxima da juridicidade

Como dito, a finalidade deste item é demonstrar como o conceito de movimento fixado acima dá-se na juridicidade. Para tanto, o conceito de norma jurídica posto acima deve ser tomado como ponto de partida. Norma jurídica é aquela que tem a possibilidade de incidir, algo que, conquanto não consonante com a adequada definição do termo, é suficiente aos propósitos deste trabalho.

Isto, porém, torna indispensável que se faça uma remissão à estrutura normativa, esta mais atrelada à essência, pois, sendo um dado relativo ao *dever-ser*, a norma compõe-se de dois elementos, sem os quais não assume forma normativa, sendo, no máximo, um “pedaço de norma”. Esses elementos são nominados de diversos modos<sup>22</sup>. Aqui, adota-se os seguintes: *hipótese de incidência* e *preceito*.

O primeiro, utilizado, dentre outros, por Geraldo Ataliba<sup>23</sup> é mais adequado para designar o antecedente normativo do que o termo *suporte fático*, utilizado, acima de tudo, por Pontes de Miranda<sup>24</sup> e, em direta consequência, Marcos Bernardes de Mello<sup>25</sup>. Aliás, como bem demonstra Marcelo Neves<sup>26</sup>, o termo alemão *Tatbestand*, o qual Pontes de Miranda utilizou para, inovando o vernáculo, falar em *suporte fático*<sup>27</sup>, só deve ser aplicado ao dado estritamente normativo e, por isso, lógico, até porque ao dado da realidade (fático) o termo alemão designativo é outro, *Sachverhalt*. Enfim, opta-se por utilizar *hipótese de incidência* para se referir ao dado normativo e *suporte fático* ao real.

---

<sup>22</sup> Tais como: *fattispecie*, *supuesto de hecho*, *Tatbestand*, suporte fático abstrato, para o primeiro caso, e, para o segundo, consequência jurídica, consequente normativo.

<sup>23</sup> ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 54.

<sup>24</sup> “O que *por ela* (a norma) é previsto e sobre o qual ela incide é o suporte fático”, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, op. cit., p. 3. O texto entre parêntesis foi aqui acrescentado.

<sup>25</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da existência*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 38-39.

<sup>26</sup> NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal no sistema jurídico*. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 4-6.

<sup>27</sup> Em Pontes de Miranda, a grafia do termo é com o uso do “c” mudo mesmo, à moda de Portugal. Não se trata, pelo que se acredita, de um mero apego à tradição linguística, mas sim em virtude de que, no entender do autor, o *fático* normativamente previsto não é um simples fato da realidade circundante ao direito, a qual ele chama de *mundo fático*. O trecho de sua obra, logo acima citado, bem denota isso.



O segundo elemento da estrutura da norma, o *preceito*<sup>28</sup>, dispõe sobre os efeitos jurídicos atribuídos à hipótese de incidência estabelecida. Tudo que ocorre no *mundo jurídico*<sup>29</sup> é consequência jurídica de um fato jurídico, e de nada mais. Este último é formado pela incidência de uma norma jurídica sobre um suporte fático previamente estabelecido. Não há, dessa forma, qualquer efeito jurídico que não se dê pela eficácia de um fato jurídico<sup>30</sup>. Por isso, é errado dizer que a lei é fonte de efeitos jurídicos. A lei, mais precisamente a norma, predispõe o efeito jurídico no seu enunciado. Essa predisposição é o preceito normativo, mas o efeito só se dá em concreto como decorrente da eficácia de um fato jurídico. Assim, presentes os pressupostos necessários para tanto, o preceito, na linguagem afeita ao marco teórico deste trabalho, *atualiza-se* como um todo na eficácia do fato jurídico. Por isso, tudo o que for dito, ainda neste capítulo, em relação a ela aplica-se, por reflexo, a ele.

Este momento é destacado à análise da hipótese de incidência, até por ser bem mais complexa. Antes, contudo, é de se frisar que o chamado suporte fático (no sentido de *Sachverhalt*) não é causado pela norma jurídica; ambos como que se ajuntam para causar outra coisa, o *fato jurídico*. Há entre eles, contudo, uma diferença lógica: como a norma, em seu antecedente, (pré-)estabelece o suporte fático, ela lhe é anterior, logo é *causa remota* do fato jurídico, sendo deste o suporte fático a *causa próxima*.

### 2.1.1. A hipótese de incidência

Trata-se, como dito, do primeiro elemento da norma jurídica. Nela, encontra-se regulamentado o que se denomina de *suporte fático*, que é o acontecimento

---

<sup>28</sup> Utiliza-se acima o vocábulo preceito para denominar a parte dispositiva da norma jurídica seguindo a nomenclatura proposta por MELLO, *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, op. cit., p. 66.

<sup>29</sup> Segundo André Lucas Fernandes, em obra dedicada ao estudo do pensamento ponteano deve-se entender por *mundo jurídico* não uma separação do *mundo fático*, mas apenas uma dimensão do fático, que é o total. A separação somente é possível numa perspectiva estritamente lógica, que, no entender do autor em análise, é incompatível com a proposta de Pontes de Miranda. Não à toa, segundo o mesmo autor, o labor do cientista do direito (que não é o jurista) deve abarcar o mundo total, e não apenas o (pequeno) fragmento que é o direito (*Entre o Sistema e o Tratado: o pensamento de Pontes de Miranda e modelização da sociedade*. Curitiba: CRV, 2018, p. 117-118).

<sup>30</sup> “Na base de toda relação jurídica, deve estar um fato. Fato jurídico é o acontecimento em virtude do qual as relações de direito nascem e terminam, como o nascimento, a morte, etc.”, CARVALHO DE MENDONÇA, Manuel Inácio. *Doutrina e prática das obrigações*. Atualização de José de Aguiar Dias. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956, t. 2, p. 151.

(*conduta* ou *evento*<sup>31</sup>) apto a integrar o mundo jurídico<sup>32</sup>. Existe diferença entre suporte fático e mero fato ou mero acontecimento fático. O primeiro é regulamentado, vai tornar-se fato jurídico ao sofrer a incidência da norma; o segundo não tem significado algum para o direito, não está regulamentado, sendo apenas um mero dado do mundo fático, que pode ser objeto de outras análises, não a da Dogmática Jurídica<sup>33</sup>. Outra questão importante é a de que nada impede que um fato jurídico seja um suporte fático, como se dá nos contratos, que têm como suporte fático dois negócios jurídicos: a oferta e a aceitação. O simples dado de o fato jurídico já pertencer ao mundo do direito não o retira do mundo dos fatos, já que aquele é um elemento deste<sup>34</sup>.

Pode-se dividir o suporte fático analisando seus elementos. Por questões de cariz metodológico, tratar-se-á, neste trabalho, apenas da divisão fundamental<sup>35</sup> dos elementos do suporte fático. Por ela, há de se falar em elementos nucleares e complementares.

Na maioria das vezes, a hipótese de incidência não é algo uno, sendo formado por diversos acontecimentos. Desse modo, existem acontecimentos que são fundamentais para a formação do suporte fático, são os elementos nucleares. A ausência de quaisquer deles implica a não formação. Os elementos nucleares

---

<sup>31</sup> Segundo Marcos Bernardes de Mello, essa divisão dos fatos em eventos e condutas deve-se a Lourival Vilanova (*Teoria do fato jurídico: plano de eficácia* 1ª parte. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 5, nota 9).

<sup>32</sup> A expressão mundo jurídico foi consolidada por Pontes de Miranda: “Os fatos do mundo ou interessam ao direito, ou não interessam. Se interessam, entram no subconjunto do mundo a que se chama mundo jurídico e se tornam fatos jurídicos, pela incidência de regras jurídicas, que assim o assinalam. Alguns entram duas ou mais vezes, de modo que a um fato do mundo correspondem dois ou mais fatos jurídicos. A razão disso está em que o fato do mundo continua lá, com a sua determinação no espaço e no tempo (...). Para que os fatos sejam jurídicos, é preciso que regras jurídicas – isto é, normas abstratas – incidam sobre ele, desçam e encontrem os fatos, colorindo-os, fazendo-os ‘jurídicos’” (*Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, t. 1, p. 6).

<sup>33</sup> “O direito, na escolha dos fatos, que não de ser regrados (= sobre os quais incide a regra), deixa de lado, fora do jurídico, muitos fatos, que alguns observadores e estudiosos parecem dignos de regulação; mas êsse julgamento dos técnicos do direito, ou dos não-técnicos, por mais procedente que seja, só se pode passar no plano político, moral ou científico, e nenhuma influência pode ter na dogmática jurídica” PONTES DE MIRANDA, op. cit., p. 21.

<sup>34</sup> “Quando fatos jurídicos são elementos de suporte fático, não deixam de ser fatos jurídicos, não volem a ser, apenas, elementos de fato; o elemento fático, que eles levam ao suporte fático, é exatamente o fato jurídico, donde parecer que nêle entram como direitos e não como os elementos fáticos do seu suporte”, Idem, p. 34.

<sup>35</sup> Fundamental porque baseia-se naquilo que causa o fato jurídico, ou seja, os elementos de seu suporte fático previstos na hipótese de incidência.

dividem-se em: *cerne* e *completantes*<sup>36</sup>. O primeiro, por óbvio, é o principal, é o acontecimento que caracteriza o suporte fático, *e. g.*, a vontade nos atos jurídicos. Os segundos, por sua vez, completam-no<sup>37</sup>. A falta de qualquer um deles, contudo, ocasiona a mesma consequência: insuficiência na formação do suporte fático.

Em seguida, há os elementos complementares. Por não dizerem respeito à suficiência, não impedirão, mesmo ausentes, a formação do suporte fático. Assim, suporte fático no qual não há presença de algum desses elementos é apto a ser fato jurídico. Classificam-se em<sup>38</sup>: *i*) elementos objetivos: o objeto deve ser lícito, determinado ou, no mínimo, determinável e possível<sup>39</sup>; *ii*) elemento formal: deve-se obedecer a forma prescrita ou não proibida pela norma; e *iii*) elementos subjetivos: capacidades para o agir, legitimidades e a perfeição na manifestação da vontade. Eis a estrutura analítica pode detrás do art. 104, CC, que, em parte, regula, na generalidade, tal matéria no direito brasileiro. Em parte, pois que o dispositivo se refere apenas à validade dos atos jurídicos quando alguns dos elementos citados podem se referir tão-somente à eficácia do ato.

Há, por fim, de se mencionar os chamados *elementos integrativos*. Eles não compõem o suporte fático de atos jurídicos. São, na verdade, fatos jurídicos que se integram tão-somente a outro fato jurídico, de modo a fazer com que este gere determinado efeito<sup>40</sup>. Abaixo, quando da análise da eficácia, voltar-se-á a este ponto.

### **2.1.2. Notas sobre a incidência jurídica**

A incidência jurídica dá-se quando existe a coincidência entre a hipótese de incidência e a ocorrência da imagem nela projetada no mundo fático, o suporte fático concreto. Havendo-a, este último torna-se fato jurídico, podendo estar apto ou não a

---

<sup>36</sup> Como se demonstrará no último capítulo, essa distinção – ao menos no que tange a certos atos jurídicos – é estritamente lógica, e não propriamente real. Como este trabalho não tem por objeto o estudo do suporte fático dos fatos jurídicos, apenas deste se vale para o enfrentamento de um tema mais específico, serão adotadas a divisão e a própria definição de elementos cerne e completante.

<sup>37</sup> O elemento completante serve para diferenciar determinadas espécies de fatos jurídicos. Por exemplo, é elemento completante do suporte fático do mútuo a coisa fungível; enquanto que no comodato, ele é a coisa infungível. Dessa forma, podemos diferenciar as duas modalidades de contrato de empréstimo (Nesse sentido MELLO, op. ult. cit., p. 52).

<sup>38</sup> Sobre o tema, Idem, p. 52.

<sup>39</sup> Sobre as diversas espécies de impossibilidade do objeto, ver MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da validade*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 112-118.

<sup>40</sup> Nesse sentido, MELLO, *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, op. cit., p. 53.

gerar os efeitos para os quais foi destinado. A incidência tem duas características básicas: a *incondicionalidade* e a *inesgotabilidade*.

Pela primeira, a incidência ocorrerá todas as vezes que houver a coincidência descrita acima<sup>41</sup>. Desse modo, não há como controlá-la. Não se trata de um dado referente à vontade<sup>42</sup>, embora a formação de alguns suportes fáticos dependam do elemento volitivo. Por isso, não se deve confundir incidência e aplicação da norma, esta última é logicamente posterior<sup>43</sup>, sempre devida a um operador, sendo este sobretudo magistrados<sup>44</sup>. Eis a razão do princípio da *inalegabilidade* da *ignorantia juris*, pelo qual ninguém pode alegar como excludente de ilicitude a ignorância da norma, já que ele incidiu na conduta indevida<sup>45</sup>.

---

<sup>41</sup> Os autores de direito tributário dão importante contribuição para a sistematização do tema. No sentido aqui defendido, há a posição de Geraldo Ataliba, que, numa metáfora, diz: “Com as cautelas que as comparações impõem, [incidência] é fenômeno parecido com uma descarga elétrica sob uma barra de ferro. Recebendo a descarga, a barra passa a ter a força de atrair metais. Substancialmente, a barra persistirá sendo de ferro. Por força, entretanto, da descarga, adquirirá a propriedade de ser apta a produzir esse específico efeito de imã. Incidência é a descarga elétrica” (op cit., p. 45, o texto entre colchetes acrescentado). Fazendo uma comparação parecida com a de Ataliba, BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. 3. ed. São Paulo: Lejus, 1998, p. 307-308. Entende o fenômeno da incidência do mesmo modo, BORGES, José Souto Maior. *Isenções Tributárias*. 2. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980, p. 158. No sentido totalmente oposto, afirmando que para se dar a incidência, deve haver o agir humano que estabeleça a subsunção do fato à norma e promova o que o preceito normativo determina, ficando a incidência, dessa forma, muito próxima da aplicação do direito, por todos, CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 09.

<sup>42</sup> Incidência e realidade, contudo, são coisas diversas: “Somente fato cuja ocorrência seja da ciência de alguém, apenas, ou que seja passível de prova pode ser considerado concretizado para os fins de incidência das normas jurídicas. É possível, diante dessa exigência, haver uma incompatibilidade entre a realidade e a concreção do suporte fático, desde que o fato, mesmo acontecido, não poderá ser tratado como integrante de suporte fático concreto, por não ser do conhecimento de alguém. No caso, por exemplo, da morte de uma pessoa durante uma caçada sem que lhe hajam encontrado o corpo, embora materialmente ocorrida, não se pode ser considerada como bastante para compor suportes fáticos que a tenham como elemento”, MELLO, *Teoria do Fato Jurídico*: plano da existência, op. cit., p. 83.

<sup>43</sup> Incidência e aplicação podem ocorrer ao mesmo tempo, isto quando a formação do suporte fático depender de um ato de aplicação. A incidência da regra que prevê a falência de uma empresa, por exemplo, somente tem como se dar com a sentença judicial respectiva, pois esta é elemento do suporte fático da falência.

<sup>44</sup> A incidência é infalível, pois se dá em relação de causalidade. O mesmo, entretanto, não se pode afirmar da aplicação. Como ato humano que é, a aplicação do direito é sempre passível de falha: “A incidência da norma jurídica não erra; o que pode errar – e sói errar a cada momento – é a aplicação. A aplicação erra, exatamente porque a autoridade, ou alguém, que teve de aplicar regra jurídica, não na aplicou tal como incidiu”, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: RT, 1967, t. 1, p. 106. Também nesse sentido, BORGES, José Souto Maior. *Curso de Direito Comunitário*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 43-44.

<sup>45</sup> Nesse sentido: MELLO, *Teoria do Fato Jurídico*: plano da existência, op. cit., p. 73; BORGES, José Souto Maior, op. ult. cit., p. 45-46.

A segunda característica sobre a incidência – a *inesgotabilidade* – refere-se ao fato de que o fenômeno dar-se-á tantas quantas forem as vezes que houver a coincidência mencionada<sup>46</sup>. Sempre que ocorrer a concreção do suporte fático, a norma incidirá.

Toda incidência, por fim, é “apenas” juridicante<sup>47</sup>, ou seja, é geradora do fato jurídico. É errado, portanto, atribuir-lhe efeitos que são próprios de sua consequência. Incidência nenhuma, por exemplo, *invalida, eficaciza, deseficaciza, desjuridiciza*, sequer mesmo *pré-exclui* outra *juridicização*. Tais consequências são próprias do produto da incidência, o fato jurídico, e somente dele<sup>48</sup>.

## 2.2. O fato jurídico

Como visto, o fato jurídico, noção fundamental do direito, constitui-se a partir da incidência de uma norma sobre um suporte fático. Ele desenvolve-se em três planos bem distintos, e isto fenomenicamente. São eles: *existência, validade e eficácia*<sup>49</sup>.

---

<sup>46</sup> Para ocorrer a incidência, a norma deve estar em vigor. Vigência da norma não quer dizer a sua existência no mundo jurídico. Essa acontece quando a norma é promulgada ou, dependendo das espécies, simplesmente publicada, como nas medidas provisórias. A vigência é a possibilidade de a norma surtir efeitos. Uma norma em *vacatio legis*, por exemplo, existe, mas não está vigorando. Uma norma viciada, por exemplo, por ser inconstitucional, vigora até que o STF (ou, no contato local, o respectivo TJ), em controle concentrado de constitucionalidade, declare sua inconstitucionalidade, de modo a desconstituí-la ou modificá-la. Nesse sentido, vale consultar, MELLO, op. ult. cit., p. 77-82.

<sup>47</sup> A juridicização pode ser entendida, no contexto aristotélico deste trabalho, como um *movimento referente à substância*: uma *geração*, mais especificamente. Isto somente é possível, entretanto, se isolarmos – numa redução de complexidade – o direito da realidade que o circunda. Em rigor, o fato jurídico já é realidade, conquanto não jurídica, antes da incidência. Mas há, de algum modo, o fato. Neste sentido, a incidência atribuiria ao fato uma *qualidade*, sendo um movimento de *alteração*. Dado o viés dogmático deste trabalho, opta-se pela redução de complexidade, tendo a incidência normativa como algo gerador de uma substância, o fato jurídico.

<sup>48</sup> Algo que percebido de há muito por Marcelo Neves (A Incidência da Norma e o Fato Jurídico. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado, ano 21, n. 84, out/dez de 1984, p. 273-272).

<sup>49</sup> A adoção do critério tripartite aludido acima está longe de ser unânime na doutrina. Nesse sentido, por todos, “Em meu entender, não se deve modificar a sistemática seguido no Anteprojeto, quanto aos negócios jurídicos, para ajustá-la, rigidamente, à tricotomia *existência-validade-eficácia*”, MOREIRA ALVES, José Carlos. *A parte geral do Projeto do Código Civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 44-45. Frise-se, no entanto, que, na nota de rodapé n. 7, o autor afirma que tal divisão é de todo conveniente. Em sentido oposto, também por todos, “O texto do NCC, em boa parte escoimado dos defeitos do antigo, harmoniza-se com a sistematização científica que distingue três planos – o da existência, o da validade e o da eficácia-, se bem que ausente referência expressa ao primeiro. Não obstante tal silêncio, é intuitivo que para se pôr questão relativa à validade, ou relativa à eficácia, é preciso que nos encontremos diante de negócio jurídico *existente*”, MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Invalidez e ineficácia do negócio jurídico*. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre: Síntese, 2003, n. 23, p. 122-123.

Esses planos, porém, não estão separados substancialmente. Mais, não é que o fato tenha três planos em sua vida. Esta não se dá em três momentos. A existência, como se verá, é o próprio fato, no sentido de ser a juridicidade dele, até porque, tal como se referendará, *existir juridicamente é um pertencer*. A validade e a eficácia são *qualidades* do fato jurídico. Portanto, o que ocorre, em verdade, é: com a incidência, dá-se a existência do fato válida e eficazmente; e não a existência dele e, com isso, o advento da validade e, por último, da eficácia. Não se trata de uma “escada”. Claro, caso faltem à *substância jurídico-factual*, a validade e a eficácia podem *vir depois*, já que, neste caso, por serem ausentes, podem ser supridas. O que é inválido e/ou ineficaz pode se tornar válido e/ou eficaz.

Não obstante, em virtude de ser uma perspectiva de análise já consagrada, será nominalmente adotada a ideia da ocorrência de três planos na vida do fato jurídico.

### 2.2.1. O plano da existência

O plano da existência já foi, em parte, descrito acima, pois que tem a ver com a coincidência da hipótese de incidência e do suporte fático, momento em que se dará a incidência. Lembre-se que, para esta última, é necessária suficiência do suporte fático concreto, isto diante da ocorrência de todos os elementos nucleares deste. É no plano da existência que as divisões do fato jurídico devem ser observadas, pela simples razão de ser nele, e somente, em que há *diferença essencial* entre os fatos jurídicos.

Em verdade, falar em *plano da existência do fato jurídico* é falar dos aspectos substanciais deste, desprezando todos os acidentes seus. Isto porque: *existência jurídica e fato jurídico* são a mesma coisa<sup>50</sup>. A *substância* é o próprio fato jurídico. Assim, validade/invalidade, eficácia/ineficácia são, em rigor, *qualidades* do último, logo *acidentes* dele.

---

<sup>50</sup> A existência jurídica não se confunde com a existência em geral. Algo pode existir e não existir juridicamente. Mais, pode existir juridicamente de um jeito, e não de outro. O contrato de compra e venda pelo qual o vendedor pactuou receber coisa e não dinheiro, não é compra e venda, mas sim troca. Daí porque, com inteira razão, Marcelo Neves dizer que a existência jurídica é uma pertinência a determinado sistema (*Teoria da Inconstitucionalidade das Leis*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 39 e segs., especialmente p. 42)

Neste trabalho, adota-se o critério classificatório sugestionado por Pontes de Miranda<sup>51</sup> e levado a cabo por Marcos Bernardes de Mello<sup>52</sup>. Por ele, considera-se o suporte fático do fato jurídico para tal intento. A correção metodológica dessa classificação é, portanto, plena, visto que diferencia o objeto por aquilo que lhe é específico e, mais, a partir daquilo que o causa.

### 2.2.1.1. Lícito e ilícito como espécies de fato jurídico

Chama-se de fato jurídico *lato sensu* o gênero máximo, abarcante, indistintamente, de todas as divisões. A primeira destas baseia-se na *licitude/ilicitude*. Definindo a ilicitude, conseguir-se-á estabelecer essa divisão, já que tudo o que não for ilícito será, necessariamente, lícito.

Costuma-se dizer que o fato jurídico ilícito *lato sensu* ou, simplesmente, fato ilícito *lato sensu* tem dois elementos que caracterizam seu suporte fático<sup>53</sup>: um objetivo, a contrariedade a direito<sup>54</sup>; outro subjetivo, a imputação a alguém<sup>55</sup>. Mas o que é contrariar direito? Em que consiste esse ato? De pouco adianta dizer que ele reside numa infração a uma norma jurídica, muito menos ao ordenamento jurídico como um todo. A norma, em sua abstração, não é propriamente descumprida. Descumprido é o dever, tipo de situação jurídica a ser visto abaixo. Este é atribuído a alguém pela incidência de regras jurídicas de tipo primário<sup>56</sup>. Por exemplo, a regra que proíbe o homicídio, em sua inesgotabilidade, incide diante da ocorrência de qualquer ser humano (desde que, para fins penais criminais, este tenha

---

<sup>51</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, t. 2, p. 184.

<sup>52</sup> MELLO, *Teoria do Fato Jurídico*: plano da existência, op. cit., p. 112.

<sup>53</sup> Como existem elementos complementares no suporte fático dos ilícitos, não há de se dividi-lo em núcleo e complemento. O núcleo é abrangente do todo.

<sup>54</sup> Assim, MELLO, op. ult. cit., p. 219.

<sup>55</sup> Marcos Bernardes de Mello (*Teoria do Fato Jurídico*: plano da existência, op. cit., p. 219) alude que a imputabilidade é um tipo de capacidade de fato. Não se trata disso, rigorosamente. Capacidade de fato é uma aptidão para agir. Não é do que se trata aqui, as imputabilidades são formas de responsabilização. Não importa se o agente (ou, até mesmo, paciente do fato contrário a direito) pode ou não agir, mas sim se ele há ou não de ser responsabilizado.

<sup>56</sup> Claro, aqui se reporta a classificação proposta por Lourival Vilanova (*As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 111 e segs.), em inversão daquela proposta por Hans Kelsen, em que a norma da conduta é a secundária. Com maior rigor, Marcelo Neves aponta ser a classificação cossiana entre *perinorma* (correspondente à primária kelseniana) e *endornorma* (à secundária) ser a melhor, porquanto reste claro que não se tratam de duas normas, e sim de dois aspectos de um tipo normativo, que é o das normas sancionatórias (*A Incidência da Norma e o Fato Jurídico*, op. cit., p. 269).

imputabilidade), atribuindo-lhe o dever de não matar. O ato de matar, antes de ser violador de tal regra, é descumpridor do dever que decorre da incidência dela. Ademais, os deveres, para serem descumpridos, precisam ser exigíveis. Há a possibilidade, como se demonstrará, de dever de cumprimento facultativo.

Por fim, não se deve confundir a conduta ou evento danoso com a contrariedade a direito. Existe dano sem ela, *v. g.*, a caça e a pesca, quando permitidas, podem causar danos, e indenizáveis. Do mesmo modo, pode haver contrariedade a direito sem dano, por exemplo, a exposição à venda de um produto lesivo aos consumidores, sem que esses ainda tenham-no adquirido<sup>57</sup>.

De todo o exposto, percebe-se que a ilicitude é um modo de ser do jurídico. Ele é como que composto por ela, de sua base: a contrariedade, mais precisamente. Não se trata de uma simples qualidade, algo que se agrega à essência; é o próprio ato que assim o é.

### 2.2.1.2. Espécies de fato jurídico lícito

No âmbito da licitude, o fato jurídico *lato sensu* é considerado como fato jurídico lícito *lato sensu* ou, simplesmente, *fato jurídico lato sensu*. E assim ele será denominado, reservando-se aos ilícitos a expressão *fato ilícito* pura e simplesmente.

Sem entrar aqui em discussões mais específicas, adotando a classificação de Pontes de Miranda<sup>58</sup>, especifica-se o fato jurídico *lato sensu* em *fato jurídico stricto sensu*, *ato-fato jurídico* e *ato jurídico*.

No primeiro, o suporte fático é baseado num dado extra-humano (dito natural), pois, caso haja, desconsidera-se a participação humana para a composição factual. É necessário, no entanto, que ele refira-se à esfera jurídica<sup>59</sup> de alguém. São

---

<sup>57</sup> Sobre o tema, Luiz Guilherme Marinoni fala longamente das tutelas dos direitos nos casos em que não há dano. São as tutelas inibitória, que visa prevenir a ocorrência, a repetição ou a continuação de um ilícito, e de remoção do ilícito, que visa à retirada do ilícito já existente e que está produzindo seus efeitos maléficos. Para a concessão dessas tutelas, é totalmente irrelevante a existência ou a possível ocorrência de um dano (*Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008, *et passim*).

<sup>58</sup> PONTES DE MIRANDA, op. ult. cit., p. 184.

<sup>59</sup> Por *esfera jurídica* deve-se entender o conjunto das situações jurídicas ativas e passivas referentes a alguém. É mais ampla que *patrimônio jurídico*, pois este, pela própria definição, refere-se àquilo que tem valor econômico. A esfera é composta tanto de coisas patrimoniais (como crédito e dívidas) como



exemplos: a morte, o nascimento, a avulsão, a aluvião, a confusão etc. Para exemplificar, observe-se o caso da morte. O suporte fático da morte funda-se no acontecimento de um humano perder a vida, não a sua causa (por exemplo, se ela foi fruto de um homicídio).

O ato-fato jurídico é caracterizado não por um evento natural, mas sim por um agir, uma conduta. É um dado essencialmente humano, portanto. A questão é que nele o elemento volitivo (vontade) não importa para qualificar o suporte fático. É irrelevante, abstraído. A razão para tanto está na proeminência dada ao resultado gerado pela conduta (o ato). Esta serve como propulsora da mudança na realidade (o fato). Daí a o termo *ato-fato*. A intenção de seu formulador – Pontes de Miranda – foi exatamente a de exprimir que a conduta (agir humano) é considerada apenas no que tange à mudança que ela ocasiona. Essa definição de ato-fato, porém, é *análoga*. Isto porque, se completamente presente nos chamados *atos-fatos reais*<sup>60</sup>, nos quais a mudança é irreversível materialmente, é bem menos intensa em relação a fatos jurídicos como o pagamento<sup>61</sup>, que pode ser *repetido*, logo ausente a irreversibilidade. Em rigor, sob o “teto” deste conceito uma gama bastante considerável de fatos jurídicos se encontra presente: alguns mais, alguns menos, outros poucos totalmente abarcados. Uma analogia de tipo atributivo, portanto.

---

de coisas não patrimoniais (como os direitos da personalidade e da cidadania). O conceito de esfera jurídica é atribuído a Marcos Bernardes de Mello (*Teoria do Fato Jurídico*: plano da eficácia, op. cit., p. 74-77).

<sup>60</sup> Dos quais são exemplos: a especificação, a pesca, a descoberta etc. A construção acima, que, de resto, é baseada na perspectiva ponteana (op. ult. cit., p. 372 e segs.) tem muito a ver – tanto que referenciada – com a construção germânica dos chamados atos reais. Sobre o tema na literatura alemã, ver ENNECCERUS, Ludwig. *Derecho Civil*: parte general. Trad. Blas Pérez Gonzáles e José Alguer. Barcelona: Bosch, 1944, p. 14-15.

<sup>61</sup> Nem sempre o pagamento tem natureza de ato-fato jurídico. Quando consiste numa emissão de declaração de vontade (caso típico dos contratos preliminares), o pagamento é negócio jurídico. Não se pode ter o problema como um *a priori*, do tipo: “pagamento é ato-fato independentemente do direito positivo”. Trata-se de um erro gravíssimo: uma substituição da ordem das coisas pelo querer do *sujeito cognoscente*. A Teoria do Fato Jurídico de Pontes de Miranda – invocada pelos que assim procedem – não dá guarida a tal concepção. Ela estabelece categorias fundamentais para explicar a realidade do direito, mas não fixa de antemão se algo no direito é, por exemplo, um ato jurídico ou um ato-fato jurídico ou se determinado déficit de formação ocasiona a invalidade ou ineficácia. Nesse sentido, a seguinte passagem do próprio Pontes de Miranda mostra-se esclarecedora: “Certamente, o legislador é livre no incluir, ou não, no conjunto da inexistência, ou no conjunto da existência (mundo jurídico), o nulo”. Porém terá de o tratar, sempre, como se o incluiu nesse” (*Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, t. 4, p. 13). Incide no erro acima apontado, operando verdadeiros malabarismos retóricos para sustentar a posição (previamente) tomada SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Adimplemento e Extinção das Obrigações*. São Paulo: RT, 2006, p. 57-60.

Ainda sobre os atos-fatos, é de se registrar algo relevante e, ao que tudo indica, original. Nalguns, a base se dá em *punctualidade*; noutros, *espraia-se* no tempo. Isto significa que o suporte fático pode, num caso, ser no ponto fixado do tempo ou, noutro, de formação ao longo do tempo. O ato-fato jurídico da *prescrição* é bastante representativo do segundo tipo; o *pagamento* o é do primeiro. Essa distinção será de extrema importância para que se possa rechaçar algumas posições doutrinárias que, com base no conceito de ato-fato jurídico, operam uma análise errada do direito recursal vigente, mormente quanto ao próprio *conceito de recurso*.

Eis, enfim, a talvez mais importante espécie de fato jurídico: o ato jurídico. Seu suporte fático é formado por uma conduta, na qual a vontade exteriorizada<sup>62</sup> é o elemento cerne. A forma a exteriorização completa o núcleo factual e, basicamente, dá-se de dois modos: por manifestação e por declaração<sup>63</sup>. A primeira é o modo mais comedido de exteriorização da vontade, por exemplo, jogar algo fora; a segunda consiste numa exteriorização qualificada: em vez de só se jogar algo fora, comunica-se a outros que se vai fazê-lo<sup>64</sup>. Como diz Pontes de Miranda, declaração é *exteriorização tornada clara*<sup>65-66</sup>. Ambas são formas<sup>67</sup> de exteriorizar a vontade, compõem o elemento nuclear completante do suporte fático, não o seu elemento

---

<sup>62</sup> “Do ponto de vista do direito, somente vontade que se exterioriza é considerada suficiente para compor suporte fático de ato jurídico. A necessidade de que o elemento volitivo da conduta seja conhecido das pessoas constitui imperativo de ordem prática, vivencial, que o direito incorpora. A vontade que permanece interna, como acontece com a *reserva mental*, não serve à composição de suporte fático do ato jurídico, pois que de difícil, se não impossível, apuração”, MELLO, Teoria do fato jurídico: plano da existência, op. cit., p. 139.

<sup>63</sup> Desse modo, pode-se dizer que a forma (manifestada ou declarada) é essencial ao ato jurídico: “A vontade, reiteradamente dissemos, só adquire relevância jurídica, só penetra na esfera do direito, quando assume uma forma exterior, isto é, quando se manifesta, ou declara”, RÃO, Vicente. *Ato jurídico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 175.

<sup>64</sup> MELLO, *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, op. cit., p. 139. A seu turno, Antônio Junqueira Azevedo afirma ser a declaração de vontade uma manifestação qualificada (*Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 17).

<sup>65</sup> Nesse sentido, PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, op. cit., t. 1, p. 92-93

<sup>66</sup> Não há, porém, de limitar a declaração de vontade à sua expressão manifesta, algo meramente acidental. Há declarações de vontade silentes, como uma votação em assembleia condominial em que se convencionou ser o silêncio forma de aprovação. Nesse sentido, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, t. 3, p. 4-5.

<sup>67</sup> A forma como já se disse é necessária à existência do ato, até porque, máxime na perspectiva adotada neste trabalho, é a própria causa formal, é o próprio ato individualizado. O que tange à validade dele é a formalidade, do tipo: necessidade de instrumento público. Apenas alguns atos jurídicos têm a formalidade como elemento de sua existência, como é o caso de algumas modalidades de testamento.

cerne, que é composto pela vontade. A ausência da forma fixada na hipótese de incidência leva à insuficiência do suporte fático.

O ato jurídico é *lato sensu*, por isso mesmo tem espécies: ato jurídico *stricto sensu* e negócio jurídico<sup>68</sup>. Qual é o critério dessa divisão? Fugindo da proposta apresentada por Marcos Bernardes de Mello – que ressoou sobremaneira, inclusive entre processualistas que escreveram sobre o tema<sup>69</sup> – e adotando a ideia de que não há possibilidade de, ao menos neste caso, estabelecer uma classificação estanque, em que as espécies são puras, apresenta-se, como já se pôde fazer alhures<sup>70</sup>, o seguinte critério classificatório: a presença, ou não, do *elemento dispositivo*.

*Dispor* é um “abrir mão”. A disposição, porém, deve ser entendida de forma muito mais abrangente que a renúncia, que é apenas sua espécie mais contundente. Aquele que compra, por exemplo, ao aceitar pagar pela coisa, dispõe de elemento de seu patrimônio, embora o faça visando a por algo (à coisa) no lugar. Aquele que renuncia, obviamente, dispõe de modo muito mais intenso.

Nos atos jurídicos *stricto sensu*, de outro modo, o elemento dispositivo é irrelevante. Neles predomina ou a *comunicação de fato* (dizer que um fato ocorreu ou não ocorreu) ou a *comunicação de vontade* (requerer uma providência a quem possa atribuí-la, como o *Estado-juiz* num processo judicial).

---

<sup>68</sup> Existe a possibilidade de haver a existência de atos mistos formados por um ato jurídico *stricto sensu* e um negócio jurídico. Sobre o tema, MELLO, *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, op. cit., p. 151. O misto, porém, não pode ser entendido puramente como um híbrido, não, ao menos, em regra. É preciso espécie e espécie e, sendo o caso, indivíduo a indivíduo verificar que elemento prepondera. Nos atos postulatórios, por exemplo, por serem analisados mais minuciosamente adiante, há a possibilidade de elementos negociais sem que isso, porém, façam deles verdadeiros negócios jurídicos.

<sup>69</sup> Seguem o critério bernardiano, dentre outros, cada um a seu modo: DIDIER JR., Fredie *Curso de Direito Processual Civil*. 19. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017, v. p. 425; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Jurídicos Processuais*. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 131 e segs.; GODINHO, Robson. *Negócios Processuais sobre o Ônus da Prova no Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 137; CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais: entre publicismo e privatismo*. Tese de Livre-Docência apresentada perante Banca Examinadora da Faculdade de Direito do Largo do São Francisco. São Paulo, 2015, p. 34-35

<sup>70</sup> GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; DI SPIRITO, Marco Paulo. Sobre o Negócio Jurídico de Espraiamento Sentencial. *Revista Brasileira de Direito Processual*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 270 e segs.

Ao elemento dispositivo – base dos negócios jurídicos – dá-se o nome de *declaração de vontade*. O termo é utilizado, aqui, para se referir à própria dispositividade, e não, como também é possível ser utilizado (vide Marcos Bernardes de Mello<sup>71</sup>), uma forma mais robusta de exteriorização de vontade, tal como descrito acima.

A posição bernardiana – provavelmente majoritária – leva em conta o chamado *autorregramento da vontade* (algo como um *poder de escolha*) para diferenciar o ato jurídico *stricto sensu* do negócio jurídico. No primeiro, não haveria a possibilidade de autorregrá-la; o que seria o cerne do segundo. O praticante do ato, por exemplo, não pode escolher a *categoria jurídica* (como, no caso do casamento, as diversas modalidades de regime de bens), nem delimitar a eficácia.

Entende-se tal posição como equivocada, tanto do ponto de vista analítico como por questões pragmáticas. Na analítica, o erro está no fato de que, ao se dizer que o negócio jurídico tem por base um poder de escolha, mira-se em algo que dele advém (no caso de sua eficácia) ou, no mínimo, que é a ele contemporâneo (no caso da categoria jurídica). Não se observa, com isso, aquilo que antecede à própria ocorrência do negócio jurídico, algo que, por isso, deve prevalecer para fins da definição de sua essência: entre defini-lo pelo que lhe gera ou pelo que lhe é concomitante e defini-lo pelo que lhe antecede, o correto, do ponto de vista analítico, é optar pela antecendência<sup>72</sup>, que não é apenas cronológica, mas, acima de tudo, ontológica.

---

<sup>71</sup> MELLO, *Teoria do Fato Jurídico*: plano da existência, op. cit., p. 139 e segs.

<sup>72</sup> Isso não significa, porém, que não haja poder de escolha na *negociabilidade jurídica*. Mais, sequer se pode dizer que o *autorregramento* não lhe seja próprio. Este último é o dado normativo que pode vir a ocorrer nos atos jurídicos em geral. Ou seja, como o próprio nome denota, há *regramento*. Só que, diversamente da lei (do costume e, até mesmo, do precedente), o regramento estabelecido repercute para si próprio, isto é: ao negociante, daí o termo *auto* prefixar o termo *regramento*. É nesse sentido que é um negócio jurídico é (fonte de) norma jurídica. O nível de intensidade do regramento, porém, é variável, não por uma maior ou menor margem para disposição (que é algo acidental), mas sim pela própria *forma substancial* do ato: o estatuto de sociedade anônima, a convenção condominial, o estatuto de associação e o ato instituidor fundacional são muito mais propícios ao regramento que, por exemplo, a renúncia a direito. Antes de o negócio *ter* normatividade ele é disposição, porque, até para regram, o negociante só poderá fazê-lo para si próprio. Essa é a diferença específica entre o negócio e os outros atos jurídicos em geral, mormente, como será visto alhures, os de *natureza impositiva*, como as decisões, que, por essência, repercutem (até mesmo regramdo) para outros, não para o praticante.

Antecede a todo negócio jurídico uma *situação jurídica*<sup>73</sup>. O ato de disposição dela é o cerne do suporte fático do negócio jurídico. Em todo ele há, portanto, uma situação jurídica prévia que por intermédio dele é disposta. Entende-se, aqui, situação jurídica como atribuição juridicamente relevante, seja de vantagem (ativa), como um direito subjetivo, uma pretensão, uma exceção e várias outras, seja de desvantagem (passiva), como um dever. A própria titularidade do poder de dispor, chamado de *legitimidade negocial*, é passível de disposição, como ocorre no negócio jurídico de outorga de poder para representação ou, valendo-se de uma metonímia, simplesmente *procuração*.

A questão analítica acima levantada, por poder gerar problemas de definição do regime jurídico aplicável ao ato, pode ocasionar sérios problemas pragmáticos, algo que torna, dentro da Dogmática Jurídica, relevante a redefinição do conceito de negócio jurídico, tal como se pretende. Por exemplo, ao se dizer que apenas nos negócios jurídicos é possível a modulação de eficácia, tira-se a possibilidade de se valer nos atos jurídicos *stricto sensu* das chamadas *determinações inexas*, como a condição e o termo.

Necessário, por fim, falar do ato complexo<sup>74</sup>. Trata-se de um tipo destacado de ato jurídico *stricto sensu*, pois seu suporte fático é composto de uma série de atos sucessivos objetivando a um ato final. Portanto, o ato complexo diferencia-se por sua forma e, acima de tudo, por sua finalidade. Acontece que, e isso o diferencia dos atos simples de suporte fático complexo<sup>75</sup>, sua formação perfaz-se a cada ato, e não apenas com o ato final. A ausência deste impede a ocorrência do resultado almejado, mas não a formação do suporte fático, que se dá quando do ato inicial. O procedimento é um ato complexo<sup>76</sup>. No próximo capítulo, demonstrar-se-á esta

---

<sup>73</sup> Ainda neste capítulo, tratar-se-á do conceito de situação jurídica.

<sup>74</sup> Há quem fale na existência de atos compostos, que se diferenciam dos atos complexos. A distinção entre eles é feita, em regra, pelos administrativistas: "Finalmente, ato administrativo composto é o que exige a manifestação de vontade de um único órgão para se tornar eficaz, mas depende de manifestação de vontade de outro órgão para se tornar exequível", MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 112.

<sup>75</sup> Como nos contratos: ato simples de suporte fático complexo, até porque composto de dois negócios jurídicos: oferta e aceitação. Pode-se dizer que o contrato é o ato final de um ato complexo, tal como a decisão o é no procedimento judicial, mas não que ele próprio assim o seja.

<sup>76</sup> Entendendo dessa forma: CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del Proceso Civil*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEJA, s/a, v.1, p. 420; CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma Teoria das Nulidades Aplicada às Nulidades Processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.

última afirmação. Será feita, ademais, uma exposição de outros relevantes aspectos do ato complexo, especialmente o problema de sua *totalidade*, que não se confunde com o somatório de suas partes.

### 2.2.2. Planos da validade e da eficácia

Além do plano da existência, há – em princípio – outros planos na vida do fato. São, consoante dito acima, o da *validade* e o da *eficácia*. Ambas, no entanto, são qualidades do fato, existem não por si, mas apenas nele. Em rigor, não há sequer de falar em fato jurídico *existente, válido e eficaz*, uma vez que, como visto, a *existência* é, em seus limites, a própria *essência* do fato jurídico, e não uma decorrência dela; diferentemente da *validade* e da *eficácia*, que são simples acidentes dessa existência.

Antes de tudo, é necessário frisar que a eficácia é uma propriedade de qualquer fato jurídico. Claro, até por ser ela uma propriedade dele, pode não ocorrer, tal como o ser humano, dada alguma deficiência, pode não ter a capacidade de rir.

Já a validade é restrita: apenas os atos jurídicos têm a propriedade de ser válidos ou não. Uma afirmação categórica como esta carece de melhores explicações. Dentro da perspectiva adotada neste trabalho, a validade tem a ver com o estado de perfeição do agir. Assim: *i)* quanto aos ilícitos, o agir não tem como ser perfeito ou imperfeito, pois, sendo algo indesejado, é preciso que todo o acontecimento previsto ocorra para que se perfaça a ilicitude e, com isso, se possa punir o responsável. Não há *meio* ilícito. Toda a diferença na ilicitude é estritamente valorativa, levando-se em conta o princípio da *proporcionalidade*<sup>77</sup> da sanção; *ii)* ademais, no direito, somente aquilo que está sob o crivo da vontade humana pode ser tido como perfeito ou imperfeito. O que não pode ser controlado pelo agente não lhe pode ser imputado. Desse modo, tanto o avolitivo, caso dos fatos jurídicos *stricto sensu*, quanto o de vontade irrelevante, caso dos atos-fatos jurídicos, ou perfazem-se plenamente ou não se perfazem.

---

83. Em sentido oposto, afirmando que o procedimento não é um ato-complexo, BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 447.

<sup>77</sup> Proporcionalidade aí está empregada como máxima geral de ordem prática, e não especificamente como aquilo que se convencionou chamar de princípio jurídico da proporcionalidade.

Diferenciar uma de outra não é tarefa difícil. Validade, com dito, é a perfeição do ato; eficácia, por sua vez, a aptidão para ele produzir seus efeitos. Inversamente, inválido é o imperfeito; ineficaz, o impotente. Por vezes a imperfeição repercute na potência, como será demonstrado alhures.

Validade e eficácia, ademais, são estados produzidos pela ocorrência de determinados pressupostos<sup>78</sup>, além da inoccorrência de certos impedimentos. Estes, por isso, comumente denominados de pressupostos negativos. Aqui, prefere-se a expressão *impedimento*, dado não só o fato de sua maior precisão para denotar o objeto, como também, e especialmente, porque os pressupostos coincidem com os elementos complementares do suporte fático, vistos acima. Obviamente, os impedimentos nada que tem a ver com a composição deste último. Diante de tudo isso: *i)* se presentes os pressupostos de validade, o ato é válido; *ii)* analogamente, se presentes os de eficácia. Quanto a estes últimos, é fundamental distingui-los das chamadas *determinações inexas* e daquilo que se conhece por *elemento integrativo*, brevemente mencionado acima.

Pressuposto de eficácia é aquilo que se faz necessário para que o ato tenha a qualidade de eficaz, ou seja: tenha a aptidão para produzir seus efeitos. Nas determinações inexas (como a condição e o termo), pelo contrário, pressupõe-se que o ato tenha eficácia. Ou seja, tenha a potencialidade de produzir efeitos, sendo estes submetidos a alguma modalização. Uma coisa, por exemplo, é uma alienação praticada por quem não tem o poder de alienar (caso de ineficácia); outra é a alienação submetida a algum evento futuro e incerto (condição), caso do proprietário que aliena a coisa sob a condição de o adquirente constituir família. Neste último caso, o ato, em si, é eficaz, todavia algo que lhe é externo (e, portanto, não lhe é

---

<sup>78</sup> Não é incomum falar que o termo pressuposto deve ser designado para se referir à existência, reservando-se requisito para a validade e condição para a eficácia. Com uma ou outra modificação nominal, é isso que dizem Antônio Junqueira Azevedo (op. cit., p. 26-28), que fala em elementos (de existência), requisitos (de validade) e fatores (de eficácia), José Orlando Rocha de Carvalho (*Teoria dos Pressupostos e dos Requisitos Processuais*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 99 e segs.), que, sem falar da eficácia, sustenta, a partir de uma argumentação tendente à ontologia do problema, o dito acima. Já Francesco Carnelutti (op. cit., p. 456-57), que alude a elementos, requisitos e circunstâncias, denotando que os coloca, respectivamente, como antecedente, contemporâneo e sucessivo ao ato. O termo pressuposto pode ser utilizado como aquilo que é necessário à ocorrência de outro. Portanto, em tal acepção, é sempre relativo. Se o referencial é, por exemplo, a validade não é incorreto dizer pressuposto de validade ou para ela. O mesmo em relação à eficácia. Desse modo, sem razão o citado Rocha de Carvalho.

causa) modula sua eficácia, tolhendo-a. Daí, com toda a propriedade, Pontes de Miranda<sup>79</sup> usar o substantivo *inexa* para designar esses acontecimentos. Já os chamados elementos integrativos não dizem respeito à eficácia em si do ato jurídico, mas sim a algum determinado efeito específico. A distinção entre efeito precípua e efeito específico é, desse modo, a chave para a diferenciar o autêntico requisito de eficácia daquilo que se entende por elemento integrativo. No exemplo da alienação, em se tratando de um bem sujeito a registro, como os imóveis, este não é necessário para a eficácia do ato de alienação propriamente: entre os acordantes, a alienação é eficaz; contudo, ele faz-se indispensável para que o acordo produza o efeito – contra quem for – de transmissão da titularidade do domínio.

Esta última distinção se apresenta no âmbito processual com muita importância, máxime no que tange aos *negócios jurídicos processuais*. Há na processualística quem, ao menos de algum modo, não compreenda a distinção acima<sup>80</sup>.

### 2.2.2.1. Relações entre os planos da validade e da eficácia

Chega-se ao momento de estabelecer as relações possíveis entre o plano da validade e o da eficácia. O que se coloca aqui é uma verdadeira sintaxe deles. Ou seja, do ponto de vista lógico, como um se apresenta tendo o outro por referente. Por óbvio, até pelo já adiantado neste texto, o plano da existência é, sempre, necessário aos demais. Trata-se, aqui, de uma questão ontológica, logo estranha a contingências do direito positivo. Por sua vez, o plano da validade, quando existente, antecede ao da eficácia, embora não necessariamente o subordine. Trata-se, de igual modo, de uma questão ontológica. O que não se tem, todavia, é a necessária sucessão: existência e, por isso, validade e, com esta, eficácia.

---

<sup>79</sup> “Os termos e condições são determinações necessariamente insertas nos atos jurídicos; são neles, *in-nexam*, porque de dentro deles lhe traçam, no tempo, limite de eficácia”, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, t. 5, p. 93.

<sup>80</sup> Por exemplo, Rodrigo Ramina de Lucca, que, a pretexto de falar de decisões ineficazes (embora, pelo que se percebe de sua obra, não há definição do que seja uma delas, nem mesmo alguma exemplificação), diz: “Chama-se eficácia a aptidão de um ato jurídico de produzir os efeitos que lhe são previstos. Nem sempre o ato válido produz os efeitos que a lei lhe comina, *pois* sujeito a condição suspensiva”, itálico acrescentado (*O Dever de Motivação das Decisões Judiciais: estado de direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 247). Posto que acerte quanto à definição de eficácia, a exemplificação que dá não é correta, máxime pelo uso da conjunção conclusiva *pois*, o que leva a entender que, para o autor, a condição é pressuposto de eficácia do ato, quando, em verdade, é apenas limitativa da produção dos efeitos.



Conquanto, como um todo, o plano da validade venha antes do plano da eficácia, o estado de validade não necessariamente condiciona o de eficácia. Por isso, existe o inválido e eficaz. Observe-se, porém, antes de ser eficaz ele é inválido. Na *factualidade*, há sempre antecedência; na *normatividade*, não necessariamente há condicionamento.

Em verdade, o ato (logo existente) pode ser válido e eficaz; inválido e ineficaz; válido e ineficaz e, por fim, inválido e eficaz. Tudo isso tem a ver com o preenchimento, ou não, dos respectivos pressupostos: como colocado, há os referentes à validade e outros à eficácia.

Não obstante, é possível que a validade do ato condicione a eficácia dele. Aqui, a validade estrutura-se como antecedente lógico da eficácia. Assim, a falta de um requisito de validade, além de implicar invalidade do ato, acarreta o estado de ineficácia. O contrário, entretanto, não é possível. Não por uma questão normativa, mas sim motivado pela própria essência do ato. Não é crível que o estado de ineficácia implique defeituosidade. Primeiro porque esta é, embora logicamente posterior, cronologicamente idêntica à formação do ato; segundo porque o plano da validade situa-se entre o da existência e o da eficácia, antecedendo-lhe, como demonstrado.

Diante disso, dizer que a validade condiciona a eficácia é algo que soa natural; não obstante, é ao direito positivo que se reserva a operacionalização de tal condicionamento. Por motivos dos mais variados, como a questão em torno da previsibilidade (fundamento da segurança jurídica), imputa-se eficácia ao chamado ato jurídico defeituoso. No âmbito do direito privado, todavia, por força de uma interpretação conjunta dos arts. 166, *caput*, 172 e 177, todos do CC, tem-se, como regra, a ineficácia do ato por força de sua defeituosidade. O mesmo dá-se no âmbito do direito do consumidor (art. 51, CDC).

#### **2.2.2.2. Um arremate quanto à validade**

Em termos gerais, importa acerca da validade fixar quatro conclusões: *i)* a invalidade é uma carência, que, a seu modo, “reside”<sup>81</sup> no ato. Logo, não pode ser confundida com a causa do déficit, muito menos é o desfazimento do ato por força dela; *ii)* posto que possa ser causa de um, o ato inválido não é ilícito; *iii)* há desconstituições por invalidade que não são sancionatórias; *iv)* não se pode especificar *a priori* as consequências pela invalidade. O máximo que pode ser feito é o estabelecimento de certos padrões, os quais, até por isso, precisam ser compatibilizados com as nuances do direito positivo. É, dessa forma, que se fala – com esteio ou não na literalidade do texto normativo – em *nulidade*, *anulabilidade* e coisas do tipo. Há, de algum modo, analogia nesses conceitos.

A primeira encontra-se já subentendida pois se demonstrou ser a validade uma qualidade do ato jurídico. Por isso, de todo equivocado confundi-la com aquilo que a causa. A capacidade do agente não é a validade do ato; esta decorre daquela. Assim, analogamente, não se pode dizer que a invalidade é a própria incapacidade do agente, ou dolo deste, ou a não observância da forma prescrita etc. Estes são apenas causas dela. Ademais, o ato é válido ou inválido quando de sua ocorrência. Não se tornará de tal modo quando eventualmente vier a ser desconstituído. Caso venha a sê-lo, não será mais inválido, e sim “morto”, desfeito, ou seja, terá perdido a própria existência. É, por isso, e somente, que se pode falar – das mais diversas formas – em sanção do ato inválido.

A segunda e a terceira são demonstráveis a partir do seguinte. Primeiro, não se pode confundir o ato jurídico inválido com o fato jurídico que, por força da invalidade, dá causa ao poder de desconstituir. Por exemplo, dada a incapacidade absoluta do agente, deve-se invalidar o contrato de compra e venda. Não que esta seja geradora do poder de desconstituir a si própria. O poder de desconstituir um ato não pode derivar dele próprio. Seria *teratogênico*, como um *uróboro*. Há outro fato jurídico dotado de tal eficácia, em cujo suporte fático está a invalidade. Pode-se chamá-lo de fato jurídico invalidativo. Ocorre que este último nem sempre é um

---

<sup>81</sup> Em rigor, apenas metaforicamente pode-se dizer que o ato tem uma carência, porque esta é uma *ausência*, um *não ser*. Só é perceptível, pois, diante de determinada substância na qual falte algo que lhe seja próprio. Não é que, numa casa sem teto, exista um não teto; simplesmente não há o teto: ele falta, inexistente, portanto.

ilícito, como há quem o diga<sup>82</sup>. Para tanto, a invalidade há de ter se dado em descumprimento de dever. Por exemplo, o vendedor não pode, dolosamente, iludir o comprador. Se o faz, comete ato ilícito, cuja eficácia é invalidante da compra e venda. Mas há invalidades que ocorrem por simples não observância de *ônus*<sup>83</sup>, bem frequentes, aliás, no âmbito processual: não anexar à petição inicial os documentos indispensáveis à propositura, é um bom exemplo. Ademais, há invalidades cuja função é nitidamente proteger o praticante do ato. É o que acontece nas incapacidades. De todo esdrúxulo seria dizer que a razão da desconstituição por incapacidade do agente seria puni-lo. Logo, há invalidades de função sancionatória, quando causadas por ilícitos; outras, tipicamente em tutela do agente praticante do ato.

Para provar a quarta, basta atentar que há diversos regimes jurídicos referentes aos atos inválidos. Se, no âmbito, por exemplo, do direito civil e do consumerista é possível falar, consoante já explanado, em *atos nulos de pleno direito*, no âmbito processual isso é algo excepcionalíssimo<sup>84</sup>. Eis um exemplo que, por si só, confirma a hipótese.

### 2.2.2.3. Idem quanto à eficácia

Falar de ineficácia é, porém, algo mais complexo. É preciso analisar de forma pormenorizada a que efeito se está a aludir quando se diz que tal ato é ou não eficaz. Por exemplo, ao se dizer ser um contrato de compra e venda eficaz, alude-se ao fato de ele, gerando uma relação jurídica obrigacional, atribuir ao comprador o direito à coisa e, ao vendedor, o direito ao preço. Isso porque a eficácia desse tipo contratual é, precipuamente, a mencionada. Em contrapartida, dizê-lo ineficaz é referir-se à impossibilidade de ele produzir tal alteração nas esferas jurídicas dos sujeitos por ele envolvidos.

---

<sup>82</sup> MELLO, *Teoria do Fato Jurídico*: plano da existência, op. cit., p. 249; DIDIER JR., *Fredie*, op. cit., p. 454

<sup>83</sup> Ônus é dos conceitos mais complexos da Dogmática Jurídica. Mais adiante, será devidamente analisado.

<sup>84</sup> Se por *nulo de pleno direito* entende-se o ato que, por conta de seu estado deficitário, não é apto a produzir seu efeito precípua, é de se dizer que, no âmbito processual, isso está restrito à nulidade causada pela falta ou pelo déficit de citação, já que, conforme art. 239, *caput*, CPC, somente a citação válida é apta a produzir os efeitos descritos nesse texto normativo.

Quando se fala que não é ato de todo ineficaz deve-se, caso se tenha por fundamento as premissas ponteanas, colocar o problema em perspectiva. A razão é que, com mais propriedade, a eficácia do ato jurídico ineficaz é, em verdade, a eficácia de outro fato jurídico que tem o ato ineficaz na composição de seu suporte fático. É o que se dá com a alienação por quem não pode alienar, que, conquanto ineficaz, “gera”, presentes os respectivos requisitos, para o adquirente o direito ao ressarcimento por perdas e danos. Em rigor, a ineficácia do ato de alienação é reintroduzida no sistema como elemento da hipótese de incidência do fato jurídico indenizativo.

Não obstante, a chamada eficácia precípua do ato jurídico pode ser muito complexa, de modo a ser possível ao ato ser, numa parte, eficaz e, ao menos numa outra, não o ser. Isso é fundamental para a compreensão dos atos do procedimento, especificamente dos atos postulatórios, por serem vistos no momento oportuno.

### 3. Da eficácia ao efeito jurídico

Como visto, o fato jurídico é dotável de *eficácia*. O que vem a ser esta, porém? Reforçando o dito acima, no contexto aqui empregado, que é o mais próximo da própria definição do termo, eficácia é uma potencialidade, propensão para produzir, gerar um efeito. A eficácia não tem subsistência, não existe por si. É um atributo de algo e neste existe. Essencialmente é um acidente, da espécie *qualidade*<sup>85</sup>. Por isso se fala em eficácia do remédio, eficácia do revólver etc. A eficácia, ademais, refere-se à *finalidade* da coisa. Por exemplo, o remédio tem por finalidade a cura, a eficácia dele é o seu poder de curar. Da eficácia emana-se o efeito, sendo este já uma realidade diversa daquilo que o produziu. Não se pode dizer, por exemplo, que a perfuração no corpo gerada pela bala é o próprio revólver que a possibilitou. O efeito subsiste, portanto.

Em termos do direito, a eficácia é do fato jurídico, sendo este, e apenas ele, o ente apto a produzir efeitos jurídicos<sup>86</sup>. Obviamente, o efeito jurídico depende do fato jurídico. Este funciona como *causa (eficiente)* daquele. Isto, todavia, não faz do

---

<sup>85</sup> Um dos acidentes da substância, conforme Aristóteles (*Categorias*, op. cit., p. 113)

<sup>86</sup> Mais uma vez, o acerto de Marcelo Neves quanto ao ponto (*Incidência da Norma Jurídica e o Fato Jurídico*, op. cit., p. 276)

primeiro um mero agregado do segundo: como efeito que é, já tem subsistência. É por isso que o efeito perdura ao fato, que, por definição, é instantâneo. Celebrado um contrato de locação, surge a relação locatícia pelo tempo estabelecido. Ela perdurará<sup>87</sup>; ele, não. Isto não significa, porém, que o fato deixou de existir; sua existência está naquele momento em que se deu sua formação. Em termos jurídicos, o *deixar de existir* não é o simples acontecer de um fato, algo próprio de todos eles, mas sim um ser *desconstituído*. No exemplo dado, o contrato não foi desconstituído, apenas *enquanto* fato que é está marcado no momento em que se deu.

O conceito de efeito jurídico é o mais universal no âmbito das consequências possíveis de um fato jurídico, tendo o mesmo nível de universalidade deste último, já que de um não se pode *predicar* o outro. Por conseguinte, é mais amplo do que o conceito de *situação jurídica*. Nem todos os efeitos jurídicos são situações jurídicas. Esta afirmação necessita, porém, de maiores explicações.

Mesmo se se entender situação jurídica como gênero em que uma de suas espécies é a relação jurídica, seu conceito será insuficiente para abarcar a totalidade dos efeitos jurídicos possíveis, uma vez que, ao menos na já citada classificação bernadiana, seu termo é denotativo de eficácia positiva. Ou seja, referente a fatos jurídicos atributivos de algo a alguém: como a oferta, que atribui ao destinatário o direito potestativo a aceitar (exemplo de situação jurídica complexa unilateral na invocada classificação<sup>88</sup>), e a maioridade, que atribui capacidade civil absoluta ao ser humano (exemplo de situação jurídica simples na mesma classificação<sup>89</sup>). Em rigor, há fatos jurídicos cuja eficácia não gera atribuição, mas sim desconstituição<sup>90</sup>. Um exemplo é o fato jurídico preclusivo, cujo efeito é a extinção do poder de praticar determinado ato. Este tipo de fato jurídico, ao invés de gerar, extingue situações jurídicas. É notória, portanto, a insuficiência do conceito para abarcar o universo das consequências jurídicas.

---

<sup>87</sup> Nem todo efeito jurídico tem a propriedade de perdurar, uma vez que há efeitos de duração instantânea. Quando o devedor paga, o efeito jurídico do pagamento é a imediata extinção da dívida, que, por motivos óbvios, se dá instantaneamente.

<sup>88</sup> Nesse sentido, MELLO, *Teoria do Fato Jurídico: plano da eficácia*, op. cit., p. 163-164

<sup>89</sup> Idem, p. 88-90

<sup>90</sup> Ademais, há os fatos jurídicos de eficácia modificativa, como a revisão contratual.

Não obstante, a situação jurídica é o mais relevante de todos os efeitos jurídicos. E, por isso, ressaltando-se o seu menor nível de universalidade, é fundamental aos propósitos desta tese. Dentre elas, destaca-se a *relação jurídica*.

### 3.1. A relação jurídica e seu conteúdo

Já se demonstrou que situação jurídica é espécie do gênero efeito jurídico. Ademais, ficou subentendido que, por sua vez, ela é gênero, tendo como uma de suas espécies a relação jurídica<sup>91</sup>. Relações jurídicas supõem lados. Em cada um

---

<sup>91</sup> Mas, em sendo assim, qual seria a outra espécie de situação jurídica? Em Marcos Bernardes de Mello (op. ult. cit., p. 83) *situação jurídica* é gênero, a *relação jurídica* uma de suas espécies. Em seu entender, relação jurídica é composta, além de *intersubjetividade*, por *correspectividade*, tal como se disse acima. As coincidências da perspectiva *bernardiana* para a aqui adotada param aqui, todavia, não obstante o fato de já se tê-la adotado (GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. *A Capacidade Postulatória como uma Situação Jurídica Processual Simples*: ensaio em defesa de uma teoria das capacidades em direito. Dissertação de Mestrado apresentada à Universidade Católica de Pernambuco. Recife, 2008). Diz o autor acima que, além das relações jurídicas, há situações jurídicas simples (*unissubjetivas*) e complexas (*intersubjetivas*), tanto bilaterais (*relações jurídicas*) quanto unilaterais. Estas últimas ocorrem, no exemplo dado pelo próprio autor, como decorrentes do negócio jurídico de oferta, que gera *vinculação* (ou, no mínimo, *vinculabilidade*) ao oferente, e *direito formativo gerador* ao destinatário. Ora, bem pensadas as coisas, o fato de – e isso é reconhecido pelo próprio Marcos Bernardes de Mello (vide, especificamente, o terceiro parágrafo da p. 165 da obra citada logo acima) – a vinculação estar atrelada ao direito formativo já *mostra* a *correspectividade*. Um está em função do outro. Há aí relação jurídica pré-contratual, o que não há ainda é prestação devida, salvo a de não impedir a formação do contrato pelo exercício do direito formativo a aceitar. Como dizer que algo (a vinculação) que está em função de outro (o direito formativo) é apenas unilateral? A reciprocidade dessa função bem demonstrar não poder assim o ser. Não à toa, o chamado direito potestativo (ou, noutra referência que lhe é possível, formativos) é tipo de direito subjetivo, e, sendo direito, o é em *relação* a alguém. Quanto à possibilidade de uma *situação jurídica unissubjetiva*, maior acerto não há. Ora, é incoerente defender a existência de relações jurídicas de direito absoluto, tal como o faz Marcos Bernardes de Mello (op. ult. cit., p. 200-201), e dizer que situações jurídicas como as capacidades são unissubjetivas. Todos que são capazes o são de algo (como adquirir e exercer direitos), mas também o são em relação a outros. As capacidades são conteúdos de relações jurídicas de direito absoluto, como a de pura *sujeição jurídica* e a de *personalidade*. Salvo se se deixar de lado a possibilidade de uma relação jurídica desse tipo, não se mostra coerente dizer que a propriedade ou a personalidade jurídica são relações jurídicas e a capacidade *mera* situação jurídica unissubjetiva. O que há nelas é a *uniposicionalidade*, expressão cunhada por Torquato Castro (*Teoria da Situação Jurídica em Direito Privado Nacional*. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 70-71, citando o exemplo da *personalidade jurídica*), exatamente por isso pode-se dizer ser o autor em análise refratário à ideia de relações jurídicas de direito absoluto, até porque o lado passivo não tem propriamente um ocupante.

Portanto, respondendo à pergunta acima, relação jurídica é espécie do gênero situação jurídica pois há situações jurídicas que, sem formarem relação jurídica, surgem no conteúdo de uma. Por exemplo, a pretensão que surge numa obrigação. Assim, há uma situação jurídica básica que é formativa de relação jurídica (a “casca”) e há as situações jurídicas decorrentes, que se formam no conteúdo de uma relação jurídica (o “recheio”). Nesse sentido, não obstante não perceba (no mínimo, não está expresso em sua obra) a existência de efeitos jurídicos não relacionais, até porque negativos, correto está Lourival Vilanova (*Causalidade e Relação no Direito*, op. cit., p. 110 e segs.) ao sustentar o viés relacional de toda situação jurídica.

A crítica posta à concepção *bernardiana* será fundamental para a demonstração da natureza do *ônus jurídico* (ou *situação de necessidade*), tão utilizada por processualistas afeitos ao tema das situações jurídicas (máxime, Pedro Henrique Nogueira) e caríssima a este trabalho.

deles há, ao menos, uma posição, ocupável por alguém, um sujeito de direito. Daí elas serem essencialmente intersubjetivas. Em si, porém, são como que uma casca, um invólucro. Em seu conteúdo, formam-se outras situações jurídicas.

Em última instância, faz-se necessário distinguir a relação jurídica (“casca”) das diversas situações jurídicas (“recheio”) que podem preenchê-la pelos seguintes motivos: *i)* é possível que alguma vicissitude – como a extinção e o encobrimento eficaz – dê-se para uma delas sem que o todo seja afetado; *ii)* há a possibilidade de relações jurídicas sujeitas a determinações inexatas de tipo impeditivo, como as condições suspensivas. Aqui, haverá relação jurídica sem nenhuma situação jurídica outra a compô-la.

Outro dado fundamental das relações jurídicas é a *correspectividade*<sup>92</sup>. Isto é, cada uma das situações jurídicas formada no conteúdo da relação é correspondida por um oposto, cujos conteúdos são contrários: um atribui vantagem; o outro, necessariamente, desvantagem. Não há relação jurídica em que os opostos se neutralizem, portanto.

A base dessa composição são os direitos subjetivos<sup>93</sup>. Estes, acima de tudo, acrescem algo à esfera jurídica de alguém, acarretando, em consequência, uma limitação à esfera de outrem<sup>94</sup>. O direito é, pois, vantagem auferida pela incidência da norma<sup>95</sup>. Direito subjetivo, como qualquer situação jurídica, tem um aspecto estático<sup>96</sup>. Tê-lo significa titularizá-lo, sem que, necessariamente, seja ele exercido<sup>97</sup>. A correspectividade do direito é o dever.

---

<sup>92</sup> Nesse sentido, MELLO, op. ult. cit., p. 179-181.

<sup>93</sup> Seja de modo manifesto, seja de forma latente (caso, por exemplo, das relações jurídicas sujeitas à condição suspensiva), o direito subjetivo é o conteúdo mínimo de uma relação jurídica.

<sup>94</sup> NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria da Ação de Direito Material*. Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 115.

<sup>95</sup> Nesse sentido, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, op. cit., t. 5, p. 225-226.

<sup>96</sup> Desse modo, ASSIS, Araken de. *Cumulação de Ações*. 4. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 75. As relações jurídicas, porém, salvo as de definição instantânea (compra e venda de produto ofertado em vitrine com o pagamento à vista, *e. g.*), movimentam-se, porque sua causação é sucessiva. Quando da análise da relação jurídica processual, no próximo capítulo, essa *dinamicidade* será demonstrada.

<sup>97</sup> Por óbvio, o não exercício de uma situação jurídica, como o direito ou, especialmente, a pretensão, pode ser um dado de todo relevante para o direito positivo, visto que pode ser elemento componente de suporte fático de fatos jurídicos dos mais diversos, como do ato-fato jurídico da prescrição ou o da preclusão pelo não exercício (temporal). Direito, pretensão e ação são situações jurídicas, estão no plano da eficácia, portanto. Daí dizer serem estáticos, no sentido de apenas titularizados por alguém.

Além disso, os direitos subjetivos são integrados por poderes, que são outras situações jurídicas formadoras do conteúdo da relação jurídica. Dentre esses poderes, há o de exigir: a *pretensão*. A partir do momento em que a prestação - objeto da relação jurídica - for exigível surge a pretensão<sup>98</sup>, caracterizada por ser o grau de *exigibilidade* do direito subjetivo<sup>99</sup>. A pretensão agrega-se a ele, robustecendo-o. No polo contrário à pretensão encontra-se a *obrigação*. Dessa forma, sem pretensão o direito não obriga o sujeito passivo. A pretensão, tanto no que tange à sua existência quanto em relação ao seu exercício e à sua observância, situa-se no âmbito da licitude. Portanto, não se pode condicioná-la ao descumprimento do direito a quem ela se vincula.

Com o descumprimento da prestação devida, surge a *ação*, que é o grau de *impositividade* do direito subjetivo<sup>100</sup>. Com a ação, o sujeito ativo não necessita da cooperação do sujeito passivo para a satisfação de seu direito, já que, em virtude dela, poderá impor-se a ele. No que tange à pretensão, todavia, o agir do sujeito passivo é relevante. Este, diante disso, como obrigado ao cumprimento da prestação devida, há de fazê-lo nos moldes estabelecidos, em momento oportuno; ao não o fazer, o sujeito ativo passa a ter o poder de satisfação, a ação. Vale frisar que, embora dela titular, o sujeito ativo poderá ou não exercê-la, de modo que, enquanto não exercida, permanece em potencialidade<sup>101</sup>.

Na perspectiva desta tese – ir do mais universal ao, dentro das possibilidades, mais particular – é chegado o momento de analisar a situação jurídica chamada *ação*. Até porque um dos objetivos a serem alcançados é provar a existência de uma *ação recursal*.

---

O exercício deles, sempre por um ato (= agir humano, conduta), seja ou não jurídico, os dinamiza, fazendo com que seu conteúdo repercuta. O não exercício da situação jurídica é estático em relação a ela, porque, como dito, o conteúdo de tal direito não vai repercutir. Tudo, enfim, é um problema de referencial: em relação ao seu conteúdo, o não exercício da situação jurídica é estático; em relação a suportes fáticos de fatos jurídicos como a prescrição, dinâmico.

<sup>98</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. Direito Subjetivo, Pretensão de Direito Material e Ação. MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (orgs.). *Polêmica sobre a Ação*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006, p. 17.

<sup>99</sup> Expressão cunhada por MELLO, op. ult. cit., p. 183.

<sup>100</sup> Expressão também cunhada por MELLO, op. ult. cit., p. 203.

<sup>101</sup> É necessário registrar que a ação em si não é uma simples potência, no sentido aristotélico do termo, ou seja, aquilo que *meramente* pode vir a ser. Propriamente, ela já é algo (uma *substância*, na perspectiva analógica dantes referida). Contudo, o efeito de seu exercício encontra-se apenas em potência enquanto a ação estiver apenas em titularidade, e não efetivamente exercitada.



Antes, porém, é fundamental falar acerca da ideia de *ônus* como elemento componente de situações jurídicas e, por conseguinte, de relações jurídicas. Trata-se de noção indispensável a diversas análises por serem feitas neste trabalho, incluindo o ponto central da tese: o direito ao recurso. A explicação do ônus principiará pela ideia de *faculdade*, que, por guardar com ele algumas similitudes, acaba por ser um facilitador da análise.

A *faculdade* é um elemento que pode compor o conteúdo de várias situações jurídicas, mas não constitui uma delas propriamente. Não existe por si própria, mas somente dentro de algo. Não é, portanto, uma substância, mas uma qualidade de uma. Mais, além dos direitos e dos poderes a ele relacionados, ela pode preencher até mesmo os deveres. É o que se dá nas dívidas de jogo lícito e nas dívidas prescritas, pelo fato de ou, no primeiro caso, não terem exigibilidade, ou, no segundo, terem-na perdido, o que, num caso ou noutro, faz com que o cumprimento da dívida deixe de ser obrigatório para ser facultativo. Em rigor, facultatividade e obrigatoriedade são, em oposição, conteúdos possíveis de situações jurídicas das mais variadas. Em geral, um direito subjetivo contém faculdade, pelo fato de não ser obrigatório o seu exercício; isso, porém, não ocorre com os chamados direitos-deveres<sup>102</sup>, como o poder familiar, nos quais o exercício é obrigatório.

De igual forma, é o *ônus*; todavia, diferentemente da faculdade, não se refere à *questão da obrigatoriedade*. Seu âmbito tem a ver com o *problema da necessidade*. Toda situação jurídica ativa precisa ser exercida para poder repercutir. Daí se ter uma *necessidade de exercício*, o que faz com que em todas elas haja um quê de ônus. Os direitos subjetivos em geral e os poderes que a ele podem estar ligados (como a pretensão e a ação) são carregados de ônus, porque só repercutirão em benefício a seu titular se forem exercidos. Por isso se fala, por exemplo, em *ônus de recorrer*, conquanto, antes disso, se tenha verdadeiro *direito*

---

<sup>102</sup> *Direitos-deveres* é expressão que tem (muito) a ver com aquele que, dentre outros, Jean Dabin chama de direito-função: “Se entiende por derechos-función aquellos derechos generales o especiales que se atribuyen a su titular, persona física o, eventualmente, persona moral, en cuanto que está encargado de una función – y en este sentido, órgano – al servicio de otro, pudiendo significar esta palabra <otro>, en más amplio sentido, bien una persona física (así el niño respecto a sus padres, o su tutor), bien varias personas físicas (así los miembros de una familia respecto al cabeza de la misma), bien una persona moral (así los individuos órganos de la persona moral respecto a ésta y su finalidad)” (*El derecho subjetivo*. Trad. Francisco Javier Osset. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, p. 276-277).

*subjetivo ao recurso*<sup>103</sup>. O ônus, portanto, tal como a faculdade, é algo que preenche o conteúdo de situações jurídicas. Há alguns ônus, porém, em que essa necessidade é mais forte, visto que o não exercício, além de impossibilitar a realização do conteúdo precípua da situação jurídica, produz outra consequência em detrimento do onerado. O caso do recurso é emblemático, pois, como adiante se verá, o não exercício do direito de recorrer acarreta, salvo determinada especificidade, o trânsito em julgado da decisão recorrida, que é, obviamente, contrária ao interesse do recorrente. A esse tipo de ônus costuma-se adjetivar de *perfeito*<sup>104</sup>, sendo, por lógica, *imperfeito* aquele que não tem tal propensão.

O ônus só atinge um dos lados da relação jurídica, por isso se diz dele unilateral: não por ser, como alguns acham, algo *extrarrelacional*<sup>105</sup>; mas sim em

---

<sup>103</sup> Por conta disso, quanto ao ponto, é analiticamente débil a catalogação das situações jurídicas existente no art. 190, CPC. Não se negocia sobre ônus, porque deles não se propriamente dispõe. Dispõem-se dos direitos e poderes que são preenchidos de ônus. Não é que aquele que está onerado de provar disponha sobre esse ônus; algo que, de resto, seria ridículo. Quem negocia é o outro lado, o sujeito não onerado, titular de um direito subjetivo a não ter colocada sobre si o *peso da prova*. Neste negócio jurídico, é o onerado que se beneficia. Uma catalogação mais adequada mencionaria a possibilidade de negociar sobre direitos subjetivos e poderes que a ele se agregam, como a pretensão e a ação.

<sup>104</sup> Nesse sentido, GOLDSCHMIDT, James. *Teoría General del Proceso*. Barcelona: Labor, 1936, p. 99-100, dando o exemplo do recurso como o de ônus do primeiro tipo.

<sup>105</sup> Como, por exemplo, NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Processuais*, op. cit., p. 72-73. O autor, ademais, identifica o ônus como situação jurídica complexa unilateral (ao modo bernardiano acima exposto). Mais, entende que, no âmbito processual, o ônus deve ser entendido como um poder processual não relacional (o autor em comento é dos maiores defensores da ideia de a relação jurídica ser algo estático, algo por ser rechaçado adiante. Nesse sentido, ver op. ult. cit., p. 83-85). Indo além, e para comparar com essa sua ideia acerca do ônus, defende a existência de poderes judiciais relacionais e não relacionais (idem, p. 73-74). Por fim (antes, na cronologia da obra), diz ser o ônus uma situação ativa, daí porque pode ser entendido como poder (idem, p. 73). Deve-se dizer, porém, que comete erros: *i*) primeiro, relação jurídica não é algo estático, como se demonstrará no próximo capítulo; *ii*) o ônus não é situação ativa (ou, no mínimo, não é como um todo): ora, se ele, com o perdão da redundância, onera, há algo de não benéfico que é colocado sobre (não à toa, pode-se dizê-lo *carga*) o sujeito onerado. Mais, não pode ser ativa pelo fato de seu titular não agir sobre alguém: metaforicamente, não se tem como empurrar a carga para outro; *iii*) além disso, como pode existir um poder não relacional? Poder é sempre sobre algo. Poder não relacional é termo que se pode ser utilizado num nível muito alto de analogia, que, por isso, é impróprio para ser o nome próprio do ente designado; *iv*) não obstante, os exemplos citados para designar esse poder não relacional (requisitar documentos e exigir o comparecimento de testemunhas à audiência) mostram exatamente o oposto: há relação. O juiz requisita (uma solicitação com ordem em potencial) algo a alguém: ao sujeito (em geral, uma autoridade) que se encontra de posse do documento. Como também, intima a testemunha a comparecer. São poderes que o juiz tem, respectivamente, contra o sujeito possuidor do documento requisitado e contra a testemunha cujo depoimento se entende necessário; *v*) claro, tais relações não são propriamente a formada pela admissão da demanda, mas sim das tantas que podem surgir no âmbito processual, com o detalhe de que estão em função dessa relação. O autor criticado, portanto, embora acerte em dizer que não são a relação jurídica-processual, erra duas vezes: primeiro, tal como já de demonstrou, por dizer que tais poderes são não relacionais; segundo, por não entender que, embora próprias, estão atreladas à relação jurídica-

virtude de sua própria essência: já que necessita de um agir, este tem de ser pelo próprio titular da situação jurídica onerada, e não pelo sujeito adverso. Unilateral no ônus não é ele em si (até porque não tem existência própria), mas sim a repercussão por sua não observância<sup>106</sup>.

Tendo sido feita esta última digressão, pode-se passar à análise da ação como elemento de relações jurídicas, até porque sem a *possibilidade* dela o movimento processual (e, por conseguinte, o recursal) não tem como existir.

### 3.1.1. Da ação e das ações

O termo *ação* é dos mais polissêmicos no Direito Processual. É necessário para tanto, não só pela polissemia, mas também, e em especial, pelo fato de todos os objetos referenciados pelo termo *ação* estarem estritamente relacionados, apresentar, ao longo do desenvolvimento, cada um deles. Neste capítulo, cuidar-se-á do sentido mais próprio do termo.

A apontada polissemia é devida não só pelo termo se referir a coisas distintas (*diversidade de formas*): ela dá-se sobretudo pelo fato de, dentro de cada uma delas, existirem composições das mais diversas. De que matéria se faz uma *ação*? Eis a pergunta. Antes de tudo, é preciso deixar claro que a alusão aqui ao termo *matéria* é *analógica*, e não *unívoca*, visto que os entes jurídicos, como já visto, não têm corporeidade. Dito isso, como toda matéria somente tem existência numa

---

processual. Ao que parece, a posição de Pedro Henrique Nogueira decorre da necessidade de se afastar do tradicional conceito de *relação jurídica-processual* (o qual ele acaba, crê-se que involuntariamente, a fazer de um *espantalho*), conceito este fundamental para esta tese, por ser desenvolvido no próximo capítulo. Seria mais adequado, como fizeram alguns dos autores que ele mesmo referencia ao longo de seu texto, abandonar o conceito por ele relativizado.

<sup>106</sup> Eis o porquê da seguinte passagem de Pontes de Miranda, citado por Pedro Henrique Nogueira para robustecer a argumentação que está logo acima criticada: “A diferença entre *dever* e *ônus* está em que (a) o dever é em relação a alguém ainda que seja a sociedade; há relação jurídica entre os dois sujeitos um dos quais é o que deve: a satisfação é do interesse do sujeito ativo; ao passo que (b) o ônus é em relação a si mesmo, não relação entre sujeitos: satisfazer é do interesse do próprio onerado” (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, v. 4, p. 217). Não que Pontes de Miranda esteja aí a dizer que ônus existe fora de uma relação jurídica, apenas que não se refere a alguém, além de seu próprio titular, pois, e isso se encontra com certo realce estilístico na parte final do texto citado, o resultado da não observância do ônus atinge apenas o sujeito onerado, tal como se defende neste trabalho. Não obstante, ao menos reflexamente, o outro lado da relação é “atingido” em benefício. Se, por exemplo, o titular do direito ao recurso não o exercer, aquele que poderia ser recorrido é beneficiado pelas situações que advêm da preclusão de tal direito. Rigorosamente, o que não há uma repercussão negativa para os dois lados, como se dá no descumprimento do dever, que lesa o titular do direito e enseja sanções para o descumpridor.

forma<sup>107</sup>, é preciso definir a última para analisar a primeira. A *materialidade* da ação depende de sua *formalidade*, pode-se concluir.

No entanto, ainda dentro de cada uma das formas, é preciso verificar o *agente*. Isto é: o que as produziu. Na conhecida Teoria das Quatro Causas, de Aristóteles<sup>108</sup>, trata-se da *causa eficiente* ou *motora*. Em termos de conceitos da Dogmática Jurídica, essa verificação ganha muita importância dada a necessária relação causal *suporte fático-incidência-fato jurídico-efeito jurídico* na mencionada teoria de Pontes de Miranda. Mais, o estudo do fato jurídico da ação (*causa eficiente*) deve preceder ao próprio estudo da composição (*causa material*) dela. Assim, quando se alude à distinção entre ação como *poder de imposição* e ação como *pretensão à tutela jurídica* (direito de ação, como se costuma dizer) está-se no âmbito da diversidade formal; já quando se fala em ação de reintegração de posse em confronto com a ação reivindicatória está-se diante de espécies distintas do mesmo gênero (*forma*), diferenciando-se cada uma delas pela causa eficiente.

Isso, porém, ainda não é o bastante. É preciso diferenciar as ações pelos seus fins (*causa final*), uma vez que o mesmo fundamento pode servir a objetivos distintos. Logo, embora possam ter a mesma base fática (*causa eficiente*, neste contexto), haverá *substâncias* distintas. Esta última diferenciação é necessária, por exemplo, à compreensão, no âmbito dos recursos, dos *embargos declaratórios*.

### 3.1.1.1. Da ação como efeito jurídico

Como visto, a ação é elemento componente de uma relação jurídica. Não há, por isso, ação fora de uma relação jurídica, uma vez que, sendo poder de alguém sobre outrem, necessita de dois lados em *correspondência*. Não por outro motivo, o lado passivo encontra-se na *situação de acionado*. Sendo assim, dentre os

---

<sup>107</sup> Nesse sentido, “Diz, primeiro, que a *espécie*, isto é, a forma, é anterior à matéria. A matéria é ente em potência e a espécie é o seu ato. O ato naturalmente é anterior à potência. E absolutamente falando, é anterior no tempo, porque não se move da potência ao ato senão pelo ente em ato, embora e em um mesmo, que às vezes está em potência e, às vezes, está em ato, a potência precede no tempo ao ato. Por isso, é evidente que a forma é anterior à matéria, e que é também mais ente do que a matéria, porque, por causa da forma, qualquer coisa é algo mais. **Ora, a matéria torna-se ente em ato só pela forma.** Daí porque a forma deve ser mais ente do que a matéria”, TOMÁS DE AQUINO, Santo. *Comentários à Metafísica de Aristóteles (V-VIII)*. Campinas/SP: Vide Editorial, 2017, v. 2, p. 274-75. Negritos acrescentados.

<sup>108</sup> Acima de tudo, ARISTÓTELES. *Metafísica*. Trad. Giovanni Reale. 5. ed. São Paulo: 2015, v. 2, p. 191 e segs.

conceitos universais do direito, a ação é referente ao de *efeito jurídico*. Isto não apenas pelo fato de ser conteúdo relacional, mas sobretudo por ser efeito possível de alguns *atos jurídicos*.

Embora como regra decorra de fatos jurídicos ilícitos, a ação pode dar-se para alguém por uma simples *necessidade* de ordem prática. É o que acontece nas arrecadações de *herança jacente* e de *coisas vagas*. Aqui, a ação é o meio necessário para a satisfação de um determinado interesse, sem que isto implique imposição de algo a alguém. Um credor, por exemplo, quer a arrecadação da herança jacente a fim de receber aquilo a que faz jus. Não se pode dizer que ele o faz em virtude de um inadimplemento, mas sim porque o estado de jacência torna inviável a satisfação do crédito.

Porém, mesmo em tais casos, há algo de *impositividade*, que fica latente, em mera potência. Ninguém, especialmente o curador, pode obstar ao credor a satisfação de seu crédito reconhecido no âmbito da *arrecadação da herança*. Se o fizer, comete ilícito e, com isso, é possível impor-lhe a satisfação. A possibilidade de imposição já se encontra em potência na própria ação arrecadatória titularizada pelo credor. E é exatamente algo do tipo que ocorre nas ações de homologação. Quando se leva um acordo para ser homologado, exerce-se ação, sobretudo se ele for extrajudicial (inciso III do art. 515, CPC), já que, neste caso, é necessário gerar um processo judicial, além de outros aspectos de ordem mais prática. E essa ação, frise-se, não deriva de um ilícito cometido por qualquer dos acordantes: estes, simplesmente, *levam* o ato que praticaram ao juiz. Não confundir esse (não) ilícito com qualquer um que tenha sido *causa eficiente* do litígio resolvido pelo acordo. No entanto, como há a possibilidade de o acordo ser descumprido, a ação de homologação contém, em potência, a impositividade a ser invocada quando do descumprimento: “descumpra o acordo e sofra as consequências”, é, em imperativo, aquilo que se encontra subentendido na decisão homologatória.

Em conclusão, pode-se dizer: em toda ação há um elemento de impositividade, o qual, nalgumas, fica apenas latente. É a ocorrência dele que faz com que todas elas sejam, de alguma forma, ligadas a um ilícito. Há ações, porém, que, em virtude de uma *necessidade* de ordem prática, se antecipam a qualquer

ilícito, que pode sequer vir a ocorrer, embora exista em potência; há outras que, também antecipadas a qualquer tipo ilicitude, se baseiam num dado de *conveniência*. A arrecadação da herança jacente promovida pelo credor é um exemplo das primeiras; a homologatória de acordo extrajudicial o é quanto às segundas. Nelas, cada uma a seu modo, outros elementos preponderam à impositividade. Por isso, pode-se dizê-las análogas à ideia de ação, se se tiver esta última (caso deste trabalho) como *essencialmente* o poder de imposição. A ação, como efeito jurídico que é, sempre é causada por fatos jurídicos. Embora, pelos motivos invocados, seja possível uma ação ser gerada por um fato jurídico não ilícito, há, pelos mesmos motivos, em potência algo de ilicitude em todas elas. Isto é fundamental à compreensão da já aludida e doravante pormenorizada ação recursal numa de suas possibilidades.

Dito isso, tem-se, em síntese, o *aspecto formal* da ação. Agora, é necessário mais bem explicar a ideia de fato jurídico enquanto causador de ações.

### 3.1.1.2. Do fato jurídico gerador da ação

Tendo estabelecido como premissa que toda ação é relacional e sabendo que todas elas decorrem de fatos jurídicos, tem-se por consequência que todo fato jurídico produtor de ações é referente a uma determinada relação jurídica. Alguns deles são geradores da própria relação jurídica continente da ação. Aqui, a ação surge no exato momento da formação daquilo que a contém, posto que *ontologicamente* o pós-ceda. É o que ocorre nas relações jurídicas oriundas de ilícitos absolutos. Na responsabilidade civil por ofensa a direito referente à personalidade (como o direito a honra), surge, no exato momento da ofensa, relação jurídica entre o ofensor e o ofendido, tendo este, concomitantemente, direito, pretensão e ação indenizatória contra aquele. Neste tipo de caso, há um fato jurídico originário tanto do todo, a relação jurídica, como da (última<sup>109</sup>) parte, a ação.

---

<sup>109</sup> Em rigor, não é a ação o último conteúdo possível de uma relação jurídica, não necessariamente. Isso porque a relação jurídica pode ter seu conteúdo eficaz preenchido por outra situação jurídica: a *exceção*. Exceção é uma posição jurídica ativa atribuída tanto ao titular da situação do acionado como, embora menos ocorrente, da situação de exceptuado. Como posição jurídica ativa, ela tem algo a quem se opõe, que pode ser um *direito*, uma *pretensão*, uma *ação* ou até outra *exceção*, conquanto em geral o seja em relação à pretensão. Em definição, pode-se dizer que exceção é poder (*contrapoder*) de encobrir a eficácia do direito, da pretensão, da ação ou de outra exceção a quem ela se opõe. Tem por características, portanto: *i*) ser situação jurídica, por isso, para repercutir seus

Há, todavia, e em grande medida, relações jurídicas formadas sem que se tenha qualquer tipo de ação. Mais, nelas, a ocorrência de ações é algo não só acidental, como também, e especialmente, indesejado. Acidental, pois a ação pode sequer ocorrer, caso a prestação devida seja de todo cumprida. Indesejado, porque a ação será decorrência de algo que é contrário a direito, o descumprimento da obrigação. Isto ocorre nas relações decorrentes de negócios jurídicos. Quando da emissão de um cheque, por exemplo, surge a relação jurídica creditícia. Caso ele venha a ser compensado, a dívida extingue-se. Nada de ação haverá, até porque ela depende exatamente do oposto: o inadimplemento em virtude da não compensação do cheque.

Impende destacar que, nesse segundo tipo de situação, a existência de uma relação jurídica é necessária ao suporte fático do próprio fato jurídico da ação, porque, sendo este formado por um descumprimento de dever, à sua base estão alguns dos elementos daquela, quais sejam: a dívida, a obrigação e os seus correspondentes. Caso essa ação venha a ser processualizada, faz-se necessária, em observância ao inciso III do art. 319, CPC, a descrição de tais elementos, como verdadeiros componentes daquilo que se chama de *causa de pedir remota*.

### 3.1.1.3. Da diversidade material da ação: o problema eficaz

O que compõe as ações? Analogamente, a resposta a esta pergunta passa pela ideia de *matéria*, ou seja: aquilo de que são feitos os entes<sup>110</sup>. Em termos mais jurídicos, refere-se ao problema das *eficácias acionais*, por serem logo abaixo destrinchadas. Eficácia é um *poder*, no sentido possibilidade de algo produzir determinado efeito. É, em suma, uma *potencialidade*. No exemplo já utilizado: a eficácia de um revólver é o seu poder de destruição, algo que lhe é intrínseco; outra

---

efeitos, necessita ser exercida em moldes fixados; ii) ter eficácia apenas neutralizante da situação jurídica oposta, e não eficácia extintiva, o que a diferencia, por exemplo, dos direitos formativos extintivos, como o direito a compensar.

<sup>110</sup> Sobre a matéria (ou, dinamicamente, causa material) como aquilo de que são compostos os entes: “Assim, de um modo, denomina-se ‘causa’ o item imanente de que algo provém, por exemplo, o bronze da estátua e a prata da taça, bem como os gêneros dessas coisas, de outro modo, denomina-se ‘causa’ a forma e o modelo”, ARISTÓTELES. *Física I e II*. Trad. Lucas Angioni. Campinas/SP: UNICAMP, 2013, p. 48. Obviamente, o Estagirita, definindo a causa material, está contrapondo-a à formal.

coisa é a efetiva destruição causada pelo acionamento do revólver, esta já é algo fora dele, embora dele decorrente.

Contudo, em sendo assim, uma questão prévia se coloca: sendo a ação um ente, de modo que algo já atualizado, como se pode dizer que a matéria que a compõe é uma “mera” potência? A resposta não é tão simples, mas perpassa pelos cânones da Teoria do Fato Jurídico aqui adotada. A ação, visto que, em tal teoria, é efeito de um fato jurídico, está no sistema como atualização da *potência* referente à norma jurídica que a prevê. Ou seja, por força do suporte fático juridicizado, aquele poder dado a alguém para impor algo a outrem, que, antes, no *plano normativo*, era mera potência, atualiza-se, tornando-se, visto que um indivíduo o titulariza contra outro, um dado da realidade fenomênica. O poder de impor já não é mais simples possibilidade, existe no *mundo do ser*.

A ação, porém, não é a próprio efeito almejado. Uma ação anulatória não é a anulação do ato; é apenas a possibilidade de isto ocorrer. Daí se dizer que a ação é potência, ou melhor: contém potências. Estas (a quem se prefere aqui denominar de eficácias, pois que nomenclatura mais rente à Dogmática Jurídica) são como que a *matéria* da ação. Quando do exercício desta (por intermédio de um ato jurídico), o relato (comunicação de fato) de tais eficácias será a matéria componente do ato de exercício.

### **Das eficácias acionais: das categorias fundamentais à relação entre elas**

A multiplicidade material de eficácias acionais é dado inegável. *Reintegração, anulação, declaração, condenação, expropriação, rescisão, resolução, compensação, autorização, mandamento, nulificação, desapossamento, imissão, despejamento* são muitas das tantas existentes. Mais, é possível dizer que, por cada uma ter um complemento necessário (*reintegração de posse, declaração de falsidade, condenação a ressarcir, rescisão de sentença*, dentre muitos outros casos), o nível de complexidade praticamente impossibilita qualquer catalogação.



Cientificamente faz-se necessário, por isso, predicar<sup>111</sup> as eficácias, de modo a estabelecer conceitos fundamentais que as abarquem. E é exatamente isso que se faz – embora de modo incompleto e imperfeito – quando se alude às eficácias *declaratória*, *constitutiva* e *condenatória* como as concernentes às diversas ações. Incompleto pelo fato de, por motivos variados, se ignorar a existência de outras duas espécies, ou, de modo mais ainda censurável, dizê-las meros efeitos da condenação<sup>112</sup>. Estar-se a aludir, obviamente, à eficácia *mandamental* e à *executiva*. Imperfeito, porque não só deixa de se ater ao que, de fato, importa para a conceituação da eficácia (o efeito produzido caso seu mecanismo seja “acionado”<sup>113</sup>, para lembrar da metáfora do *revólver* feita anteriormente), bem como, e isto muito em virtude do primeiro defeito, não se percebe, de início, a multiplicidade de eficácias que toda e qualquer ação contém e, em consequência, a relação de *antecedência ontológica* que pode existir entre as eficácias. Havendo, por fim, imperfeição quando não se observa (ou, no mínimo, nada se diz sobre) que tais eficácias podem ter um sentido inverso, isto é: a *declaração ser negativa*, a *mudança*<sup>114</sup> *ser para desconstituir*<sup>115</sup>, ao *acusado conceder-se a absolvição* etc.

Há, porém, toda a doutrina de Pontes de Miranda acerca da temática<sup>116</sup>, que, inegavelmente, se trata de algo deveras clarificador. É imperioso, contudo, esclarecer determinados pontos das muitas ideias lançadas pelo Alagoano (algo já feito por alguns<sup>117</sup>, de modo mais ou menos completo e preciso). Neste trabalho,

---

<sup>111</sup> Predicar significa *dizer algo* de outro. Predica-se algo de um sujeito pois esse algo de algum modo está presente no sujeito. A *racionalidade* é predicada do termo *homem*. Toda predicação revela, portanto, algo que transcende ao ente predicado, que é da espécie. Nesse sentido, ver

<sup>112</sup> Nesse sentido, por todos dada a relevância dos escritos e da autoridade de cada um, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões Velhas e Novas em Matéria de Classificação das Sentenças*. Temas de Direito Processual – Oitava Série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 136-142; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, v. 3, p. 227-230.

<sup>113</sup> Nesse sentido, SILVA, Ovídio Baptista da. *Conteúdo da Sentença e Coisa Julgada*. *Sentença e Coisa Julgada*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 176-183.

<sup>114</sup> Como será pormenorizado adiante, a eficácia constitutiva é aquela que mais tem a ver exatamente com a ideia de movimento adotada neste trabalho.

<sup>115</sup> Movimento referente à *substância*, mais especificamente de *corrupção* do ente.

<sup>116</sup> Especialmente, o Tratado das Ações, cujo primeiro tomo, em virtude de seu aspecto introdutório, é o mais representativo da ideia como um todo (*Tratado das Ações*. São Paulo: RT, 1970, t. 1, *passim*)

<sup>117</sup> Dentre outros, SILVA, Ovídio Baptista da. “Ação” e Ações na História do Processo Civil Moderno. *Teoria Quinária da Ação*. COSTA, Eduardo José; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords.). Salvador: JusPODIVM, 2010, p. 423 e segs.; MELLO, Marcos Bernardes de. Da Ação como Objeto Litigioso no Processo Civil. *Teoria Quinária da Ação*. COSTA, Eduardo José; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords.). Salvador: JusPODIVM, 2010, p. 376-383; MALACHINI, Edson Ribas. *As Ações (e Sentenças) Condenatórias*,

quando for algo afeito a seus objetivos, tal empreendimento será realizado, logo a seguir ou alhures.

Neste momento, duas questões se põem: *i)* o porquê de todas as eficácias possíveis poderem ser sintetizadas nas cinco categorias mencionadas acima e *(ii)* a relação de antecedência (*ontológica*) existente entre as eficácias acionais.

### **A razão de existirem “apenas” cinco categorias de eficácias acionais**

Em qualquer categorização deve-se verificar se uma determinada espécie é pertinente a um determinado gênero. Para tanto, faz-se necessário saber se a espécie escolhida é pertinente à diferença específica entre o gênero indicado e aqueloutro que o abarca. O *ser humano*, por exemplo, é um *animal* pelo fato de, dotado de *sensibilidade* (diferença específica), ser um *ente vivente* (gênero próximo referente à espécie animal). A ação de *reintegração de posse* é *executiva* porque possibilita, via desapossamento do réu e, com isso, retribuição da coisa esbulhada ao autor, uma transmutação entre as esferas jurídicas de ambos (diferença específica) por intermédio de um *agir impositivo* (gênero próximo em relação à espécie *execução*) ao primeiro em benefício do último.

Pelo exemplo, observa-se que se vai de uma espécie mais determinada a um gênero bem mais amplo. Ocorre que este já é tomado de antemão. Ou seja, no caso, o conceito de *execução* (transmutação das esferas jurídicas) não foi objeto de discussão prévia, foi tomado como verdadeira premissa do raciocínio. Isto porque toda construção há de partir de uma noção minimamente pré-estabelecida, sob pena de um *regresso ao infinito*<sup>118</sup>, logo de todo impossível de ser feita.

---

Mandamentais e Executivas. *Teoria Quinária da Ação*. COSTA, Eduardo José; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords.). Salvador: JusPODIVM, 2010, p. 121 e segs.; ASSIS, Araken de, op. cit., p. 93-102; MACHADO, Fábio Cardoso. *Jurisdição, Condenação e Tutela Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.178-191; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Teoria...*, op. cit., p. 169-179; COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Teoria Trinária vs. Teoria Quinária: crônica de um diálogo de surdos*. *Teoria Quinária da Ação*. COSTA, Eduardo José; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords.). Salvador: JusPODIVM, 2010, p. 195-204; MARANHÃO, Clayton. *A Consagração da Teoria Quinária no Direito Positivo Brasileiro*, p. 83-100; *Teoria Quinária da Ação*. COSTA, Eduardo José; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords.). Salvador: JusPODIVM, 2010,

<sup>118</sup> Sobre a impossibilidade do regresso ao infinito, de modo ilustrativo ao que pretende se dizer acima: “Se, de fato, tudo que move está em função do que é movido, e se todo movimento é movimento de algo que é movido, não poderá haver nenhum movimento que tenha por fim a si mesmo ou outro movimento, mas deverá ter por fim os astros. Com efeito, se existisse um movimento

No caso deste trabalho, há o conceito de *ação* (poder de imposição de algo a alguém). Trata-se do gênero máximo a que se pode ir; mais genérico a ele seria o próprio conceito de *poder*, ao menos em seu sentido estritamente jurídico. Deste conceito, outros podem ser deduzidos, uma vez que dele derivam. Resta saber, dentre os muitos possíveis, quais são aqueles que, reduzidos ao mais amplo (*ação*), diferenciem-se entre si.

Longe de ser uma tarefa fácil; é possível dizê-la difícilíssima, já que, como visto acima, são inúmeras as espécies e, em muito mais grau, os indivíduos. Muito por isso e, mais, por não ser este o objeto do trabalho, partir-se-á das cinco categorias mencionadas: *declaração, constituição, condenação, mandamento e execução*, estabelecendo-se, a partir da doutrina ponteana, a definição delas, uma a uma, para, com isso, utilizando-se de exemplos, verificar se, primeiramente, não há incompatibilidade classificatória, ou seja, se a *essência* de cada uma delas difere de qualquer outra, e, em seguida, também com base em exemplos, verificar se não seria possível falar numa *sexta espécie* e outras que possam vir em sucessão. Utilizar-se-á de uma ordem a fim de facilitar a compreensão:

i) a eficácia *declaratória* baseia-se no reconhecimento de um *dado pretérito*<sup>119</sup>. Logo, é próprio desse tipo eficaz o *voltar-se ao passado*, mas não no sentido de mudar algo lá ocorrido (*efeito retroativo*). Esse *voltar-se* é o de alguém que, pelos meios que fazem isso ser possível (as provas, amplamente falando), “enxerga” aquilo que *ocorreu* ou não *ocorreu*. A eficácia declaratória existe a fim de *tornar claro* o dado pretérito<sup>120</sup>, uma vez que paira incerteza quanto ocorrência dele;

---

que tivesse por fim outro movimento, este deveria ter, por sua vez, algum outro fim; dado que é impossível ir ao infinito, o fim de todo movimento deverá ser algum dos corpos divinos que se movem no céu”, ARISTÓTELES. *Metafísica*, op. cit., p. 573.

<sup>119</sup> O dado a que se refere acima é referente ao problema do chamado objeto da declaração, que será detalhado alhures.

<sup>120</sup> E, por isso, fazer dele certo: “As ações declarativas têm como elemento predominante o de enunciado de fato: ou nelas se diz, em primeira plana que algo existe, ou que algo não existe. Sim ou não. Depois é que vêm os outros pesos. O que nelas mais importa, o que preponderantemente se estabelece, é o que se contém na proporção existencial” (*Tratado das Ações*. São Paulo: RT, 1970, t. 2, p. 5).

ii) já a eficácia *constitutiva* liga-se à ideia de *mudança*<sup>121</sup>. É aquela que, por essência, tem a ver com a passagem da *potência* ao *ato*. Eis a razão de toda ação ter um quê de *constitutividade*, porque, antes de tudo, cria a própria condição para a produção das demais eficácias<sup>122</sup>. Nalgumas, porém, a mudança é o próprio fim almejado, algo que permite, pela prevalência, nominar a ação de constitutiva. A mudança, contudo, pode ser de *substância*, de *quantidade* e de *qualidade*. No primeiro caso, há tanto a *geração* (constituição), como nas ações homologatórias, quanto a *corrupção* (desconstituição), como nas ações de rescisão e de anulação; no segundo, *aumento* e *diminuição*; no terceiro, *alteração*. É próprio das ações revisionais<sup>123</sup> essas três últimas possibilidades de mudança.

iii) por sua vez, a eficácia *condenatória* refere-se a ideia de imputação de algo indevido a alguém. Em termos jurídicos, esse *indevido* é a contrariedade a direito, o descumprimento de dever. Toda condenação tem a ver, portanto, com um ilícito. Em

---

<sup>121</sup> Não é incomum atrelar as *ações constitutivas* aos *direitos potestativos* (também chamados de *formativos*), sendo Fredie Didier Jr. talvez o mais destacado autor a fazê-lo (Curso... op cit., p. 329-330). Entende-se, porém, tal posição como equivocada. A relação não é necessária. Conquanto seja certo que não sejam ligados a uma pretensão, uma vez que não há prestação devida pelo sujeito passivo, que apenas se submete ao ser exercício, é igualmente certo que há direitos potestativos ligados a ações declaratórias. É o caso da *ação de compensação*, que se baseia no exercício do direito a compensar (e, com isso, extinguir, com a anulação das dívidas recíprocas, a dívida do devedor-compensador para com o credor-compensado). Nela, não se desconstitui a dívida cobrada, já que isso se faz pelo simples exercício do direito a compensar, mas sim declara-se a ocorrência do efeito compensatório. Quando processualizada a ação, pede-se a declaração do mencionado efeito, e não a desconstituição da dívida. A decisão, desse modo, nada muda quanto à dívida, até por esta não mais existir. E, ainda, é possível dizer que, quando o direito potestativo está atrelado a uma ação constitutiva, como nas ações anulatórias, há uma mitigação da força dele, visto que se faz necessário outro ato além de seu exercício para a *mudança* ser realizada. Na ação de anulação, como se sabe, não é o exercício do direito a anular que desconstitui o ato jurídico, mas sim a decisão judicial que a acolhe, sendo o exercício dele apenas um elemento do suporte fático da desconstituição. Ademais, sendo possível a anulação pelo próprio sujeito passivo, como ocorre nos atos administrativos, há *pretensão à anulação* paralela à *ação anulatória*, de modo que o titular do direito pode escolher entre exigir do sujeito passivo a desconstituição do ato ou propor a ação anulatória contra ele.

<sup>122</sup> Daí porque Pontes de Miranda afirma que toda decisão tem a *constitutividade* de ter sido proferida (Tratado das Ações, op. cit., t. 1, p. 142).

<sup>123</sup> A ação de revisão nada que tem com as chamadas ação modificatória. Nesta, dada à mudança da realidade sobre a qual se praticou determinado ato (mormente uma decisão), há a eficácia atributiva de uma contraordem ao que fora, antes da mudança, estabelecido. O juiz autoriza, por exemplo, que o alimentante, dado o seu decréscimo remuneratório, pague menos ao alimentando. As ações modificatórias, por isso, podem funcionar como meios de impugnação a uma decisão judicial (art. 505, I, CPC), de modo que, nalguma medida, são análogas aos recursos; naquelas, investigando a gênese do ato praticado, altera-se o conteúdo estabelecido (seja ou não com eficácia retroativa). São as revisionais autenticamente ações constitutivas, algo que nas modificatórias é residual. Não é incomum, porém, atribuir nomes equívocos a esses tipos de ação, vide a conhecida *revisional de alimentos*. Sobre o tema, especialmente quanto as do segundo tipo, ver PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1975, v. 5, p. 191-202.

suma, o condenar é a emissão de um juízo reprobatório de uma conduta indevida. “Condenar é ordenar que sofra”, diz Pontes de Miranda<sup>124</sup>. Em toda e qualquer ação fundada num ilícito cometido pelo sujeito passivo o elemento condenatório estará presente, seja como fim, seja como meio. Na ação anulatória de compra e venda fundada em dolo do vendedor, por exemplo, condena-se o réu-vendedor pelo ato lesivo (o dolo) para, em virtude disso, anular o contrato em benefício do autor-comprador. Já nas ações indenizatórias, a condenação é o elemento preponderante<sup>125</sup>. Isto pelo fato de ser necessário punir o causador do dano, impondo-lhe a *reparação*, que já deveria ter ocorrido, logo o descumprimento está na ausência do ressarcimento devido. Sendo o dano oriundo de um agir ilícito, a condenação é ainda mais preponderante, uma vez que, além da reprovação pelo não ressarcimento, há a reprovação pelo próprio ilícito danoso. O lado oposto da *condenação* é o juízo de *absolvição* (como defende Eduardo José da Fonseca Costa<sup>126</sup>), tão caro no *âmbito processual penal*. A absolvição não é uma declaração de não cometimento de ilícito, é um *manto de idoneidade* colocado sobre aquele que foi acusado;

---

<sup>124</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*, op. cit., t. 1, p. 209.

<sup>125</sup> Sem dúvida, a eficácia condenatória é mais *polêmica e complexa* de todas. Para uns, como José Carlos Barbosa Moreira, ela não está necessariamente ligada ao agir ilícito (Reflexões Críticas acerca da Condenação Civil. Temas de Direito Processual – Primeira Série. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 74-75); para outros, como Ovídio Baptista da Silva (A Ação Condenatória como Categoria Processual. *Da Sentença Liminar à Nulidade da Sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 233-251), ela não tem *presença* no âmbito do *direito material*, sendo *pura processualidade*, posições estas que diferem das defendidas neste texto. De modo sintético, até por fugir à temática proposta, responde-se:

i) à posição *barbosiana* de que há agir ilícito na condenação nas despesas processuais e nos honorários advocatícios, já que, em si, a propositura da ação e a defesa não são fatos ilícitos, deve-se dizer que, no caso, a condenação é referente ao futuro: por força da sucumbência (ou, sendo o caso, a pura causalidade), a parte deve pagar as despesas processuais e os honorários advocatícios e, caso não o faça, estará condenada, porque terá inadimplido. Trata-se, por óbvio, de *condenação antecipada* sujeita, porém, à *condição resolutiva* pela ocorrência do pagamento das dívidas reconhecidas;

ii) à tese do segundo, o qual sustenta ser a condenação uma mera etapa para a satisfação do direito violado, algo que se dará com a execução, não havendo, por isso, no plano material, elemento condenatório, sendo ele interposto na eficácia acional pela norma processual, deve-se objetar o seguinte: primeiro, pode haver condenação sem que haja executividade, como no exemplo acima da ação anulatória por dolo; segundo, as ações não servem necessariamente a direitos, mas sim a interesses, muito mais difusos e, até mesmo, existentes fora do mundo jurídico, como os de ordem *puramente moral*, por exemplo. Neste caso, o ofendido pode não querer nada que advinha do ofensor, não querer que este o ressarça etc. Seu interesse pode ser apenas o de obter algo que reprove o ofensor, colocando-lhe uma mácula pelo ilícito cometido.

<sup>126</sup> Desconhece-se escrito do autor sobre o ponto; já se presenciou, porém, não uma só vez, o autor se pronunciar de tal modo.

iv) a seu turno, a *mandamentalidade* tem a ver com o binômio *autoridade/submetido*. É própria de toda e qualquer decisão, visto que só é possível falar em agir decisório se o agente estiver em posição de submeter alguém. Não há como existir *decisionabilidade* entre iguais. Por isso, tal como defende Pontes de Miranda, toda decisão tem eficácia mandamental, até mesmo aquelas ditas “meramente<sup>127</sup>” declaratórias. A ordem, entretanto, somente se faz necessária se o ato do *ordenado* não puder ser praticado de outro modo. Há uma espécie de *dupla exclusividade*: só a autoridade pode emitir a ordem, visto que se encontra em posição superior; só o submetido pode cumprir a ordem, porque dele depende o *resultado esperado*. Ocorre que o submetido à ordem não é necessariamente alguém que sofra as consequências do cumprimento dela. É preciso, desse modo, diferenciar o destinatário da ordem daquele que sofre as consequências em virtude dela. Este último é o réu da ação; aquele, o detentor do poder de praticar o ato ordenado<sup>128</sup>. Na *ação de manutenção de posse*, por exemplo, o destinatário da ordem é o próprio réu-turbador, uma vez que o *não turbar* (conduta desejada) é devido por ele. Já na *ação de cancelamento de protesto* o destinatário da ordem não é o beneficiário do título protestado, mas sim o tabelião de protesto, que é quem tem

---

<sup>127</sup> Tal como dito, não há sentença (e, por antecedência ontológica, ação) meramente declaratória. Uma sentença declaratória sempre vem, de modo implícito, enxertada de uma eficácia mandamental, a qual funciona como preceito do Estado-juiz dirigido a todos para que não atentem contra a certeza jurídica gerada pela declaração judicial. Caso o façam, é possível pleitear a execução indireta da sentença, por intermédio de medidas coercitivas. Um caso talvez ajude na compreensão. Suponha-se a existência de uma sentença declaratória da inexistência de uma dívida. Suponha-se, além disso, que a "dívida", declarada inexistente, esteja representada por um título, o qual vem a ser protestado. Ora, no caso, o protesto é fato do mundo real que atenta contra a eficácia mandamental da sentença declaratória, de modo que o prejudicado pode, de logo, pleitear a execução indireta da sentença. Não precisa, por óbvio, propor qualquer ação pela qual possa se discutir, de modo definitivo ou provisório, a dívida já declarada inexistente. Nesse sentido, as ditas cautelares inominadas de sustação de protesto, se este ainda não tiver sido consumado, ou, já tendo o sido, de cancelamento dele, medidas estas muito comuns como preparatórias da ação declaratória em questão, são, na verdade, meios que possibilitam a antecipação da eficácia mandamental da futura e provável sentença declaratória de inexistência da dívida consubstanciada no título a ser protestado ou, conforme o caso, já o feito. O uso de tal técnica como ação cautelar inominada deu-se pelo fato de, até 1994, como cediço, não se ter, genericamente, a possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela satisfativa do direito. Sobre a eficácia imediata mandamental da sentença de força declaratória, ver PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*. São Paulo: RT, 1970, t. 2, p. 62-63 e, especialmente, 77-79.

<sup>128</sup> É por isso que a posição processual da autoridade coatora no mandado de segurança e em meios análogos (como o *habeas corpus*) é a de destinatária da ordem. Não é ré da ação, porque que não sofre as consequências dela. Quando a conduta a ela atribuída for de natureza ilícita, há a possibilidade de a pessoa natural ocupante da função vir a sofrer, em sua esfera funcional (além de outras, como a cível e a penal), consequências reflexas da decisão. Isto legitima-a a intervir no feito, como terceira que pode ser prejudicada. Eis a razão de a Lei do Mandado de Segurança prever expressamente o recurso pela autoridade coatora.

o poder de cancelar. Observe-se que, neste caso, o tabelião de protesto nada sofre em virtude da ordem de cancelamento, sua esfera jurídica não é diminuída por conta disso; quem sofre os efeitos do cancelamento é o beneficiário do título, que passa a não poder fruir dos efeitos do protesto. A eficácia mandamental, além disso, nem sempre está atrelada a um agir ilícito. Na ação de alvará referente a valores depositados em conta de FGTS movida pelos herdeiros do beneficiário há a presença preponderante do elemento mandamental, visto que se ordenará ao agente gestor do fundo a liberação dos valores depositados sem que ilícito nenhum ele tenha cometido. Quando relacionados, a mandamentalidade é uma consequência punitiva pelo agir ilícito, decorrente sempre de condenação por força dele;

v) por último, a *executividade*. Ela possibilita uma *transmutação das esferas jurídicas*. Ou seja, algo sai de um lugar e vai para outro<sup>129</sup>. Há, aqui, a ideia de *movimento como mudança de lugar*. Retira-se algo de alguém, atribuindo-o a outrem. *Univocamente*, isto ocorre no *desapossamento*, porque, nele, coisa é retirada do réu (ou, em se tratando de imóvel, ele sendo dela retirado) e, em consequência, dada (por entrega ou restituição) ao autor. Em menor grau, já como *analogia*, tem-se execução na *expropriação por adjudicação ao credor*, porque é tirado bem pertencente ao devedor (logo, o bem deste se afasta) para atribuí-lo ao credor<sup>130</sup>. Também em analogia, há execução na *alienação de bens do devedor* e na *adjudicação com obtenção de dinheiro em favor do credor*<sup>131</sup>. Na chamada

---

<sup>129</sup> É necessário distinguir a mudança de lugar em duas perspectivas: uma de um ponto de vista ideal, no mundo jurídico; outra, na própria realidade. Observe-se, como exemplo, a sentença na ação de reintegração de posse, tipicamente uma ação executiva. Com sua prolação, já se opera a mudança da posse da coisa, de modo que o réu-esbulhador já resta *juridicamente* desapossado. É preciso, todavia, descer à realidade, concretizando o desapossamento. Isto, porém, dar-se-á como uma decorrência direta da eficácia sentencial, e não por intermédio de outra decisão. O juiz já determina: “reintegre o autor na posse da coisa esbulhada”. Sem isto, a decisão não passaria de uma *simples* condenação pelo esbulho cometido. Tanto não é “apenas” condenatória que há a pronúncia do comando acima (em rigor, uma ordem dada àquele que tem o poder de reintegrar, como um oficial de justiça e, até mesmo, o *braço policial* do Estado). Assim, o mandado de reintegração de posse é, numa metáfora, um braço da decisão que desce à realidade fática.

<sup>130</sup> A adjudicação ao credor é execução em menor *univocidade* do que o desapossamento, pois que acarreta uma *alteração* (mudança na qualidade) na ação executiva. Esta passa não mais a ser uma ação para a obtenção de dinheiro, mas sim, por exercício do direito potestativo do credor a adjudicar, para atribuição do bem penhorado ao credor.

<sup>131</sup> Aqui, a menor univocidade deve-se ao fato de também haver uma alteração, não na ação em si, mas sim na *situação do acionado*, já que este não perde dinheiro propriamente, mas sim um bem,

*transformação*, na qual a dívida passa a ser de pagar pelo fato de o *fazer devido* ter sido realizado às expensas do credor, há uma carga analógica ainda maior em relação à ideia de execução, uma vez que a retirada de algo do devedor dá-se como resultado da alteração da dívida. Se na adjudicação em favor do credor tira-se algo do devedor para, com a coisa tirada, pagar-se ao credor; na transformação, a alteração da dívida é condição necessária para que se possa retirar algo do devedor. Por fim, menor univocidade ainda se tem na execução por *substituição*. Nesta, simplesmente não se chegar sequer a *tocar* na esfera jurídica do executado, visto que se atribui ao ato de outrem a mesma força do ato devido por ele. Isto só é viável porque o que se almeja é algo a operar no mundo “meramente” jurídico. A transmissão da propriedade imobiliária, por exemplo, que depende de emissão de declaração de vontade por aquele que prometeu alienar, passa a depender *apenas* de uma decisão, por ser esta última verdadeira *condição suficiente* para produzir o mesmo efeito da declaração de vontade não emitida. Trata-se, por isso, de mudança muito mais no sentido *constitutivo* do termo do que propriamente no *executivo*<sup>132</sup>.

De todo o exposto, percebe-se que tais categorias, posto que se relacionem, diferem substancialmente. Nenhuma delas é simples reflexo ou mera decorrência de outra. Não se pode, por exemplo, reduzir a *eficácia executiva* a simples efeito da *condenação*; do contrário, não só se ignoraria o fato de a condenação poder produzir outros efeitos, como a desconstituição do ato jurídico da ação anulatória decorrente de agir ilícito do réu, bem como se olvidaria a possibilidade de execução sem condenação, como acontece na *ação de adjudicação de herança jacente* movida pelo *herdeiro* que atendeu ao chamado lhe feito no procedimento da *arrecadação dos bens hereditários*. Aqui, embora a transmissão do bem tenha se dado com a abertura da sucessão, é preciso atribuir a posse deles ao *herdeiro comparecente*, já que, até então, se encontravam na esfera jurídica da *herança*. Como se sabe, o *estado de jacência* nada tem a ver com qualquer tipo de ilicitude.

Algo análogo ocorre na equivocada mistura feita entre a condenação e o mandamento. Além de, como demonstrado, ser possível que ele independa de

---

cuja “saída” de sua esfera resultou em dinheiro em favor do autor. Contudo, há maior univocidade em relação à ideia de *execução* do que na adjudicação em favor do credor.

<sup>132</sup> Daí, portanto, a não total falta de razão de autores como



qualquer tipo de ilicitude (condição necessária dela), por vezes pode ser utilizado em decorrência dela, como medida paralela ou substitutiva da medida executiva. Ou seja, tanto não se confundem que o mandamento pode ser decorrência da condenação.

O certo é que, como bem demonstra Ovídio Baptista da Silva, tais eficácias compõem o conteúdo das decisões, não são algo externo a ele. “O fato da lâmpada iluminar-se não impede que ela também ilumine”, eis mais ou menos o teor da metáfora utilizada pelo professor gaúcho<sup>133</sup>. Quando se condena e, em consequência, se ordena, a ordem não está fora da decisão, pelo fato de se tratar de algo a mais a preencher o conteúdo decisional.

Por fim, impende verificar se não é possível falar numa 6<sup>a</sup>. (sexta) categoria para designar as eficácias acionais e, dela, outras sucessivamente. Trata-se de tarefa que somente pode ser realizada se, a partir da observação dos fatos, pinçar-se possibilidades a fim de checá-las com a hipótese sustentada, qual seja: a ocorrência de apenas cinco categorias. Tomando por base já certa tradição sobre o ponto, duas hipóteses são agora levantadas: *i*) a questão da *exortação* e *ii*) o problema da *cominação*.

Quanto à primeira, deve-se refutar por um simples motivo. Diz-se que a *exortação* seria a eficácia que possibilita ao réu da ação cumprir o comando acional lhe imposto. O cumprimento lhe seria franqueado. Uma verdadeira chance de cumprir ser-lhe-ia dada. Há quem chegue a dizer que a *eficácia condenatória* consiste propriamente na *exortação*<sup>134-135</sup>. Ledo engano, que muito contribui para a

---

<sup>133</sup> SILVA, Ovídio Baptista da. Conteúdo da Sentença e Coisa Julgada, op. cit., p. 167 e segs., nas quais tece longa crítica à posição de José Carlos Barbosa Moreira acerca do tema.

<sup>134</sup> É o que é feito, acima de todos, por NOGUEIRA, Pedro Henrique, Teoria... op. cit., p. 174.

<sup>135</sup> É preciso consignar que, durante muito tempo, se defendeu que a eficácia condenatória consistia no juízo de *exortação* dirigido ao sujeito passivo, o devedor, por exemplo. Em tal forma de pensar, a condenação dá-se quando o Estado-juiz, ao reconhecer um dever descumprido, oportuniza à parte lesante a possibilidade de cumprimento, como se ela tivesse uma “segunda chance”. A diferença, pois, entre uma sentença (de força) condenatória e outra (preponderantemente) executiva está no fato de que, na segunda, o reconhecimento do descumprimento do dever já dá ensejo a que o Estado-juiz aja contra o devedor, como num desapossamento e numa expropriação. Ledo engano, porém. A partir do Trabalho de Conclusão de Curso apresentado por Mariana Silveira Malta de Alencar, que, orientado pelo professor Alexandre Freire Pimentel, aborda a problemática referente à condenação como pressuposto da atividade executiva (tecendo, com isso, uma espécie de crítica analítica à possibilidade de execução de uma decisão “meramente” declaratória), percebeu-se, com base no próprio Pontes de Miranda (dantes mal compreendido), que a condenação mesma reside no

má compreensão que se tem do real sentido do ato de condenar. Primeiro que, em existindo uma *eficácia exortatória*, ela seria apenas um efeito possível do ato de condenar: ao condenado, dar-se-ia uma chance de pagar, em vez de já se constrangê-lo a tanto. Ou seja, ao menos em hipótese, ter-se-ia a possibilidade de, ao condenar, ordenar o cumprimento ao condenado, iniciar a execução contra ele (com penhora de bens seus, por exemplo) ou franquear-lhe o cumprimento, numa exortação. Logo, equiparar o *condenar* ao *exortar* é confundir a causa com um (possível) efeito dela. Ademais, não há *eficácia exortatória*. O que se entende como direito de cumprir dado ao condenado (que, de fato, existe, como o é na decisão condenatória ao pagamento de quantia, *caput* do art. 523, CPC) é decorrente de uma *eficácia modificativa* da ação condenatória. Ou seja, vindo alguém a ser condenado, a relação obrigacional reconhecida na decisão é modificada com o acréscimo de um direito subjetivo à esfera jurídica do devedor. Algo análogo existe no chamado direito ao parcelamento da dívida, previsto no art. 916, CPC. A exortação, em verdade, tem a ver com a *constitutividade* (no viés *mudança* quanto à *qualidade*, isto é, por *alteração*), não sendo ela, por isso, uma eficácia própria.

Quanto à segunda, é preciso analisar sob dois aspectos: *i) a cominação como punição* e *(ii) a cominação como premiação*. No primeiro, caso da multa cominatória, há condenação sujeita à resolução: “cumpra sob pena de estar condenado a pagar uma multa”, eis um modelo de transcrição da cominação. Não à toa, tradicionalmente existem as chamadas ações cominatórias (típicas ao tempo do CPC de 1939, art. 302) como espécies de ações condenatórias<sup>136</sup>. No segundo caso, o *prêmio* atribuído ao condenado, seja estabelecido por lei, por disposição negocial ou, até mesmo, por decisão (com esteio, acima de tudo, no § 1º do art. 536, CPC), refere-se, tal como se dá na dita exortação, a um direito atribuído ao condenado a fazer (incluindo o dar ou o pagar) ou deixar de fazer algo. Ou seja, um

---

juízo de reprovação pelo ilícito, dele vindo a decorrer, conforme o caso, variados tipos de eficacias, como a exortação, o mandamento, a própria execução e, até mesmo, a eficácia constitutiva (notadamente, quando negativa) (*A Teoria Quinária Ponteana na Era do Sincretismo Processual e a Executividade das Sentenças Declaratórias*. Recife, UNICAP, 2014, p. 20 e segs.). Em verdade, a eficácia condenatória, como será demonstrando neste trabalho, funciona como eficácia-meio dessas outras.

<sup>136</sup> Nesse sentido, por todos, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*. São Paulo: RT, 1974, t. 5, p. 157 e segs.

direito que decorre de uma eficácia constitutiva-modificativa atribuída à ação condenatória.

### **Do relacionamento entre as eficácias**

Não há como uma ação ter apenas uma única eficácia. Esta ousada afirmação é, sem dúvida, das mais relevantes descobertas da processualística. Não que, para confirmar a correção teórica dela sejam necessárias maiores fundamentações. Para tanto, basta atentar para o fato de que, sendo um poder de impor algo a alguém, a ação não se resume à possibilidade de um simples dizer (*constatatividade*), trazendo consigo verdadeira interferência no mundo (*performatividade*).

Talvez a maior contribuição dada por Pontes de Miranda à Dogmática Processual seja a demonstração de que todas as ações são compostas de mais de uma eficácia<sup>137</sup>. Estabelecendo serem cinco as espécies desta, o Alagoano, indo além, preconizou que, em qualquer ação, todas elas estão presentes.

Não é relevante, aqui, saber se há acerto na última afirmação. Necessário se faz, até por ser premissa de uma das conclusões por ser apresentadas, demonstrar que as eficácias existentes se relacionam entre si. Trata-se, além disso, de uma relação ontológica, de modo que uma determinada eficácia funciona como causa de outra<sup>138</sup>.

Registre-se que a alusão à *complexidade eficaz* das ações refere-se a algo individualmente delimitado. Um indivíduo não é composto apenas de uma substância, mas sim formado pela união de, no mínimo, mais de uma. Isso tal como se diz que a água é composta de duas moléculas de hidrogênio e uma de oxigênio. Trata-se da chamada *união substancial*. Neste caso, uma ação ao conter *eficácia declaratória* e *eficácia condenatória* não existe como duas ações cumuladas, mas o

---

<sup>137</sup> Ver, acima de tudo, PONTES DE MIRANDA, *Tratado das Ações*, op. cit., t. 1, p. 124 e segs.

<sup>138</sup> Em rigor, a causa mesma dá-se pelo efeito da eficácia antecedente, não ela própria. Isto é, quando do ato, o agir impositivo. Por exemplo, por força da condenação do devedor a pagar, forma-se título executivo (eficácia executiva da decisão condenatória) contra ele. Mas isso só ocorre porque, em potência, uma eficácia contém outra. Eis o motivo de, metonimicamente, se ter dito, como se continuará a dizer, ser determinada eficácia causada por outra.

é pelo fato de que a condenação pressupõe uma declaração. A ação condenatória é formada por declaração e condenação.

No caso das ações, a razão de sua complexidade eficaz está exatamente no fato de uma eficácia depender de outra. Mas como verificar esse escalonamento? Uma resposta possível parte da identificação da *eficácia final*. Ou seja, a partir do que, em verdade, a ação possibilita para seu titular. Do efeito consegue-se descobrir a causa, *raciocínio quia*. Observe-se o caso de uma ação condenatória por não pagamento de dívida contratualmente estabelecida. Para se obter a *condenação* do réu (*eficácia fim*) é necessário *reconhecer* a existência da dívida inadimplida (*eficácia meio*). Assim, esta última é causa da primeira. Frise-se que o sentido de *eficácia final* aqui empregado não tem a ver, necessariamente, com aquilo que vem por último, mas sim com a função, isto é: para o que determinado *ente* serve. No exemplo dado, advinda da *condenação*, pode-se ter uma *eficácia executiva*, mas a produção desta última não é a *causa final* da ação condenatória, até porque seu titular pode querer, dentro de sua liberdade, tão-somente a condenação.

Além disso, toda ação se baseia numa declaração, já que, sendo um dado da experiência, o *agir impositivo* (a suma *propriedade* acional) tenha a constatação desta como verdadeira condição de possibilidade<sup>139</sup>. Dá-se a essa declaração o adjetivo *base*, de modo a ser *declaração-base*, até porque é possível que, além dela, a ação tenha outra eficácia declaratória. É o que ocorre com as ações “meramente” declaratórias. Nelas, da declaração-base surge outra, dita *declaração-fim*. Na ação declaratória de existência de propriedade, por exemplo, existem a declaração do próprio poder de declarar (*situação jurídica declarativa*), algo ínsito a qualquer ação, e a declaração da existência da propriedade (*situação jurídica declaranda*). Esta é a *declaração-fim*; aquela, a *basilar*. Mais do que isso, a declaração-base, por ser a

---

<sup>139</sup> Em termos sentenciais, para onde, ao menos em potência, se destinam a imensa maioria das ações, isso fica mais evidente, porque, por ser um dado linguístico, toda decisão pressupõe um dizer (*dictum*) sobre aquilo que foi posto à discussão. Por menor que seja, as decisões – até mesmo aquelas antecipatórias da tutela – têm um dizer. No caso destas, o dizer é relativo à pretensão processual a antecipar, que tem o Estado-juiz como sujeito passivo, obrigado a prestá-la. A parte constativa (o *dictum*) das decisões antecipatórias da tutela, que tem na ideia de *antecipação da cognição* (e, com isso, de *execução antecipada*) de Pontes de Miranda (ver, para tanto, *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, v. 9, p. 63-74) sua base epistêmica, é comumente ignorada pela processualística brasileira em geral.

primeira na ordem causal<sup>140</sup>, não tem nenhuma outra eficácia como seu pressuposto. Como efeito jurídico que é, decorre de um fato jurídico, sem que, porém, na composição deste exista outra eficácia acional. Contudo, isso não é restrito às ações declaratórias. Na ação de nulidade, por exemplo, tem-se a declaração de ineficácia do ato nulo, que deriva da declaração da existência do poder de nulificar o mesmo ato, além, por óbvio, da eficácia desconstitutiva dele.

Está aí a justificação teórica da *complexidade eficaz* das ações.

#### 3.1.1.4. Da ação e seus possíveis fins: uma breve apresentação

O problema do *fim* nas ações é complexíssimo. E assim o é pela própria noção do que ele venha a ser. Logo, faz-se necessário traçar os pontos cardeais dela. Também chamado de *causa final*<sup>141</sup>, o fim deve ser entendido como a razão de existir dos *entes*, aquilo para o qual eles servem. Todo ente tem um fim, embora, quando referente a algo meramente racional, seja possível abstraí-lo<sup>142</sup>. Todo fim, além disso, move o ente a quem se refere. “O primeiro motor imóvel atrai os entes tal como o objeto amado o amante”, diz o Estagirita<sup>143</sup> ao falar do fim dos fins.

---

<sup>140</sup> Rigorosamente, a primeira das eficácias na ordem causal é a *constitutividade-mínima*, pois o implemento de toda ação cria a situação para a produção das demais eficácias, incluindo a declaração-base. Isso se dá porque todo agir opera uma mudança na realidade. Em virtude de sua obviedade e do fato de não ter maiores consequências jurídicas (diferentemente da *declaração-base*, que é, além de tudo, condição de possibilidade para a formação da coisa julgada), sequer se fez alusão a ela no texto principal.

<sup>141</sup> Enquanto a causa material e a formal podem ser analisadas diante do ente em si mesmo, a eficiente e a final só têm sentido em termos dinâmicos, ou seja, na perspectiva da atualização (da potência ao ato). Talvez por isso tenham maior relevância no direito do que as demais. Não à toa Torquato Castro ter dedicado monografia ao tema, a partir da perspectiva contratual (*Da Causa no Contrato*. Recife: Imprensa Universitária, 1966, p. 7-10, em especial).

<sup>142</sup> É exatamente isto que ocorre nos chamados *títulos de créditos abstratos*. Se se tiver como entes os negócios jurídicos, há de se identificar neles uma causa final, além, por óbvio, das demais. Daí se dizer que a *doação* tem por fim agregar algo ao patrimônio de alguém, o donatário. Contudo, por diversas razões, pode-se abstrair o negócio jurídico de sua causa, tanto a *eficiente* quanto a *final*. Quando de sua circulação, por exemplo, abstrai-se o *cheque* da causa de sua emissão a fim de possibilitar uma maior segurança jurídica ao endossatário. Assim, não mais importa se ele fora emitido para fins de possibilitar o pagamento de uma compra, que veio a não se consumir por não ter havido a entrega da mercadoria comprada. No caso, o cheque deixou de ter por causa final o pagamento da dívida do comprador. Em rigor, analogamente o que se tem é uma *substituição* de *causas-finais*, porque a finalidade do negócio jurídico de emissão do cheque é deixada de lado em observância à finalidade do negócio jurídico de endosso.

<sup>143</sup> Na tradução de Giovanni Reale: “<O primeiro movente> move como o é que amado, enquanto todas as outras coisas movem sendo movidas”, ARISTÓTELES. *Metafísica*, op. cit., 563.

Eis o porquê de a *ideia de fim* ter a ver com a *de movimento*, ou seja, com a passagem da *potência* para o *ato*. Todavia, esse *passar* não esgota as possibilidades finalísticas dos entes. Uma roseira, por exemplo, tem a possibilidade de gerar rosas como uma de suas potências; quando de sua geração, as rosas correspondem, em ato, à potência roseiral. Pode-se dizer, com isso, que um dos fins da roseira seja o de gerar rosas. Contudo, a roseira não o faz por meramente fazê-lo. As rosas constituem uma etapa da vida da roseira, já que, por gerarem sementes, a permitem reproduzir-se. Do exposto, pode-se concluir que o gerar rosas é uma espécie de *fim-meio* da roseira, cujo *fim-último* é o de se reproduzir.

Nas ações, há um *fim* na transformação das eficácias nos atos a elas correspondentes, tais como: a *declaratividade* tornar-se *declaração*; a deconstitutividade, *desconstituição*; a *condenatoriedade*, *condenação*; ou, no nível das espécies, a *reintegrabilidade*, *reintegração*; a *anulabilidade*, *anulação*. Isto, porém, não é o *fim-último* delas. A declaração de inexistência de uma dívida pouco serviria ao titular da ação se não possibilitasse a ele algo a mais do que a *certeza jurídica*. De nada adiantaria, por exemplo, se, não obstante a certificação, se pudesse continuar a constranger o autor, protestando o título representativo da dívida; a resolução de um contrato de compra e venda também caso não atribuísse ao vendedor o direito de reaver a coisa. Eis exemplos que demonstram não ser a *atualização* da eficácia o objetivo final das ações. O que vai defini-lo é o real interesse do titular, desde que, claro, o interesse seja compreensível na *forma*<sup>144</sup> acional.

Diante de todo o exposto, dois subproblemas apresentam-se: *i)* o modo como se dá a atualização das eficácias, ou seja, aquilo que permite a ocorrência de seus *fins-últimos*; *ii)* a possibilidade, ou não, de categorizar o plexo de interesses que o titular de uma ação possa vir a ter e, conseqüentemente, estabelecer quais seriam os *fins-últimos* possíveis.

---

<sup>144</sup> Como substância que é, a ação, tal qual já se viu acima, tem *forma*. E esta é limitativa de todo o viver acional. Tal como o homem não pode voar, uma vez que incompatível com sua *forma humana*, uma ação não pode “caminhar” a algum lugar para qual não foi designada. A ação de cobrança, por exemplo, não pode retirar bem do patrimônio do devedor, porque isto não lhe é dado. O interesse deve, portanto, *se adequar* à forma acional titularizada.

### Da atualização da eficácia acional

Sabe-se que, em si, a eficácia é uma potencialidade. Daí ser necessário analisar o que a torna *ato*. Aqui, está-se no âmbito do *agir*, do exercício do *poder de impor*. E é este exercício, e somente, que possibilita a atualização da potência acional, logo o *fim* da ação depende dele. No entanto, por se tratar de ações, há algo que torna isto ainda mais complexo. Salvo exceções (por serem analisadas oportunamente), o exercício de uma ação só é lícito se o for pela via processual, incrustrado num ato jurídico comumente chamado de *demanda*. Adiantando, o implemento de uma eficácia acional depende do agir de um outro sujeito, em geral<sup>145</sup> um juiz<sup>146</sup>, que age em substituição ao titular da ação. A demanda, mais especificamente o *pedido* nela contido, funciona, assim, como *causa eficiente remota* da atualização em comento, sendo a *decisão* a *causa próxima*.

Não que essa atualização não possa se dar pelo exercício bastante em si do próprio titular da ação. Entretanto, além do fato de isto poder ser algo sem nenhuma efetividade (quando o acionante, por exemplo, não tiver condições materiais de se impor ao acionado), o exercício, tirante exceções, configurará ato ilícito. É por isso

---

<sup>145</sup> Em geral, porque é possível que o agente do implemento eficaz seja um árbitro, e não um juiz. Quando da análise da *pretensão à tutela jurídica* (segunda forma referente ao termo *ação*), voltar-se-á a este problema.

<sup>146</sup> Opta-se pela expressão juiz, em vez de Estado-juiz, dada a sua simplicidade linguística. Poder-se-ia, porém, objetar: “sujeito do processo é o Estado, não a pessoa do juiz”. Trata-se, porém, de uma objeção falaciosa. Explica-se, pedindo-se vênias para transcrever um texto já publicado referente ao ponto ora em análise: “Que me perdoem os que pensam o oposto, mas das coisas mais sem sentido que tomei ciência nos últimos tempos é a seguinte: ‘Por força do CPC/15, não se deve mais endereçar a petição à pessoa de um juiz, mas sim ao juízo’. Tal afirmação, ao que parece, se baseia na redação do inciso I do art. 319, CPC, que, ao mencionar *juízo* e não *juiz*, difere do CPC de 1973, como, de resto, da tradição. Ora, petição é um ato comunicativo, uma mensagem dirigida por alguém (parte) a outrem (juízo). Não se comunica com uma ideia (a abstração do juízo), mas sim com o ‘ente’ que a incorpora. Até *segunda ordem* esse *ente* é um *humano*; talvez um dia possa ser uma IA, como um todo. Dirige-se, como sempre o foi, ao juízo, claro, mas ele ocupado por um humano: o juiz *no* juízo. Este sem aquele não existe, pois mera ideia; aquele sem este perde juridicionalidade. Os dois, quando juntos, misturam-se, como que numa espécie de *união hipostática*. O que não se tem, como nunca se deveu ter em boa analítica, foi a pessoalidade do *ente humano* que ocupa o juízo. O ‘senhor fulano titular do CPF X’ não importa, pois, pelo sistema, sempre haverá alguém que está no juízo a fim de que este tenha ‘vida jurisdicional’. Tal como deve-se dizer que se impetra MS contra o ato do Exmo. Sr. Presidente da República; não contra ato da Presidência da República. Não importa, porém, a pessoa que lá está, se o Senhor Jair Messias Bolsonaro, se o Senhor Hamilton Mourão, se o Senhor Rodrigo Maia, se o Senhor Davi Alcolumbre e se, até mesmo, o Senhor José Antônio Dias Toffoli. No processo, a pessoalidade do juízo só tem relevância para a questão de sua imparcialidade. É o único momento em que (dentro dos limites existentes) se adentra (ou o único em que se deveria fazê-lo) a substância individual do juiz, pois a parcialidade (‘mal’ a ser extirpado), por óbvio, nela reside”.

que, como regra, a transformação da potência acional em ato tem muito mais a ver com o ambiente do *direito processual* do que com o referente ao *direito* (dito) *material*. É muito mais uma questão de *sentença* que de *ação*<sup>147</sup>.

Quiçá isso justifique o porquê de num trabalho sobre o *movimento processual* “gastar-se” tantas linhas com a *ação* (de direito) *material*.

### **Da possibilidade de categorizar a *causa final-última* das ações**

Sabe-se que as cinco categorias fundamentais referentes às eficácias: *declaração, constituição, condenação, mandamento e execução*, mesmo quando já em ato, tal como a *forma substantiva* empregada denota, não se referem ao *fim-último* das ações. Este é sempre algo externo a elas, como que delas um efeito, embora não necessariamente jurídico. A declaração de inexistência de dívida, ao gerar certeza quanto ao que foi declarado, coloca sobre aquele que estava sendo tachado de devedor uma blindagem, de modo que nada baseado na dívida tida como inexistente pode ser feito contra ele. A rescisão de contrato de depósito por inadimplemento do depositante desonera o depositário dos deveres de guarda e de conservação da coisa. A condenação de devedor inadimplente a pagar, além de colocar sobre ele a pecha de *mau pagador*, produz título executivo judicial em favor do credor lesado. A autorização ao devedor realizar a consignação em pagamento impede, até segunda ordem, que a dívida lhe seja cobrada. O alvará para levantamento de valores oriundos de alienação de bem em hasta pública agrega soma em dinheiro ao patrimônio do exequente, possibilitando-lhe coisas das mais diversas, como o pagamento de dívidas suas.

Desses poucos exemplos dá para se perceber a imensa dificuldade (se não que verdadeira impossibilidade) que seria a catalogação dos *fins* possíveis das ações. Mesmo que se ficasse na estrita juridicidade, como nos quatro primeiros casos, a empresa teria tudo para ser inglória. Não obstante, partindo da ideia que,

---

<sup>147</sup> Como será pormenorizado adiante, *ação* e *sentença* são os dois conceitos-chave da problemática eficaz, já que são os únicos entes que as têm como elementos. A *ação* está mais para a potencialidade; a *sentença* (entendida aqui como sinônimo de decisão), por sua vez, para a atuação. A *sentença* é, por isso, de algum modo a *atualidade* da potência acional. Ademais, está sempre no plano processual; já a *ação*, seja quem for seu causador, no material. Por fim, e por tudo isso, analogamente, *sentença é forma*, e *ação é matéria*.



em verdade, aquilo que move o titular de uma ação é a *satisfação*<sup>148</sup> de um interesse seu, é possível estabelecer, como causas finais-últimas das ações, algumas categorias: a *prevenção*, a *recomposição* e a *punição*.

Explica-se. Bem vistas as coisas, alguém age contra outrem a fim de *proteger* algo que está em risco ou para *revigorar* algo que tenha sido violado. Tudo isto, obviamente, se o agir situar-se no âmbito da licitude<sup>149</sup>, que é o que, de fato, importa neste texto. Age-se, enfim, em prol de um interesse, para *preservá-lo* ou *restabelecê-lo*. Conquanto em regra esse agir seja referente a direitos subjetivos, é possível fazê-lo em favor de um interesse não juridicizado, desde que o *sistema jurídico* o proteja. É o que acontece com a *posse*. Assim, mais do que em *direitos tuteláveis* deve-se falar em *interesses juridicamente relevantes*. As nuances de cada um dos tipos acima serão observadas quando da análise da *pretensão à tutela jurídica*: a segunda forma referente ao termo *ação*. Não obstante, é preciso de logo defini-los.

Por *prevenção* deve-se entender tudo aquilo que venha impedir a lesão a determinado interesse, mesmo que ela já tenha ocorrido<sup>150</sup>. Obviamente, não entram na definição da *ação preventiva* os requisitos necessários à sua ocorrência, os quais têm a ver com a *causa eficiente* dela. A *prevenção*, porém, divide-se em duas grandes espécies: a *inibição* e a *garantia*. Na primeira, objetiva-se o impedimento da prática de um agir indevido, como uma ofensa à honra; na segunda, assegurar *ressarcimento*.

Já na *recomposição* almeja-se refazer um interesse lesado<sup>151</sup>, seja pela *reintegração* (voltar ao que era antes), seja pelo *ressarcimento*, em que *bem* análogo ao que fora lesado é atribuído ao ofendido.

---

<sup>148</sup> Em rigor, toda atuação é satisfativa, porque, ao menos em potência, sacia o interesse daquele que atuou. É comum, falar em *tutela satisfativa* dos direitos em oposição a uma *tutela não satisfativa*, de que seria exemplo a *tutela cautelar*. Ocorre que, mesmo nesta última, há satisfação de interesse, referente à proteção de um direito (ou situação de mesmo valor) em risco. A *satisfatividade* está, portanto, sempre presente.

<sup>149</sup> O estudo das causas finais do agir ilícito é objeto de uma disciplina própria, como a Criminologia.

<sup>150</sup> No caso, a *prevenção* será ou para obstar a *continuação* da violação ou para impedir a *repetição* dela.

<sup>151</sup> O sentido do termo *lesado*, utilizado acima, não se restringe, por um lado, ao dano *stricto sensu* (base do ressarcimento), nem, de outro, ao ilícito (base da reintegração). A reintegração nada depende da ocorrência do dano, mas sim do agir contrário a direito; já o ressarcimento pode

*Prevenção e recomposição* são assimétricas, por isso contraditórias. Neste sentido, a *inibição* está para a *reintegração* assim como a *garantia* está para o *ressarcimento*. Mais, há um escalonamento entre os quatro. *Inibição* é a prevenção por essência; já *reintegração* o é quanto à recomposição. *Garantia* e *ressarcimento* são, correspectivamente, seus análogos. Tudo isso demonstra que não há, necessariamente, estado de pureza nesses fins, uma ação pode se encontrar entre a inibição e a garantia<sup>152</sup>, tendendo para um dos dois lados; ou entre a reintegração e o ressarcimento<sup>153-154</sup>.

Todavia, por motivos dos mais variados, age-se também para *punir* o ofensor. Sem dúvida, de todos os fins é o mais difícil de ser categorizado, até porque deve ser proporcional ao delito. Liga-se a uma necessidade do ser humano e, de algum modo, de toda a sociedade. Mais, pode ser feito tanto cumulativamente a um dos dois outros mencionados como autonomamente, tendo, muito em virtude disso, de

---

independe da contrariedade a direito, embora, como regra, a tenha como elemento necessário, por força do art. 186, CC. *Lesão*, portanto, é termo que abarca tanto o dano relevante (aquele que gera *ressarcibilidade*) como a contrariedade a direito, que, por ser violação a um dever, já é ofensiva à esfera de alguém.

<sup>152</sup> Um exemplo auxilia a compreensão. Suponha-se que, por força de uma compra e venda, *Marco* deva entregar o *cavala X* a *Roberto*. Este, por meio de testemunhas, toma ciência de que a entrega não será realizada na data apazada, pois, inadvertidamente, *Marco* vendeu, numa data posterior, o mesmo animal a *Eduardo*. Diante disso, o que resta a *Roberto*? Seu direito a receber o animal está na iminência de ser lesado. Caso houvesse algum risco ao animal ou à obtenção da posse dele, poderia o comprador pleitear o sequestro. Aqui, porém, o elemento risco de dano ao direito, referente às aludidas vicissitudes, teria de ser demonstrado. Caso, de outro modo, *Roberto*, por força da possibilidade do inadimplemento, viesse a pedir, de logo, a condenação do vendedor a entregar o animal, ter-se-ia, em verdade, uma *condenação antecipada* por força do inadimplemento possível, algo que só se legitima diante de regras que, como as previstas no art. 333, CC, estabeleçam o vencimento antecipado da dívida. Essa condenação nada teria a ver com um agir inibitório, sendo relativa à própria tutela referente à execução contratual. Se, porém, *Roberto* pleiteasse, de plano, não a condenação para a entrega da coisa, mas sim uma “simples” emissão de uma ordem para que, no dia apazado, a coisa lhe fosse entregue, e não a *Eduardo*, estar-se-ia, dentro das possibilidades do caso, a fixar medida de natureza inibitória. Mesmo na *ação de arresto*, quiçá a que mais se aproxima da ideia de garantia, tem (ou, no mínimo, pode ter) um quê de inibição. Arrestam-se bens do suposto devedor para garantir o pagamento, mas, ao menos quando ocorrido antes do inadimplemento, o arresto funciona como fato impeditivo deste último.

<sup>153</sup> A *ação de cobrança* referente à dívida negocial inadimplida não se liga propriamente à ideia de *ressarcimento*, porque, por ela, se quer o que já se fazia jus antes do inadimplemento: o objeto da dívida. Também não se trata de um *reintegrar* puramente, visto que este tem a ver com fazer voltar ao que se tinha antes da contrariedade a direito. Ora, o credor já não tinha o objeto a que faz jus, seja porque o cedeu (dívida de restituição), seja porque nunca o teve (dívida de entrega). Por isso, não parece ser forçoso dizer que a ação de cobrança se situa, quanto ao fim, entre a *reintegração* e o *ressarcimento*.

<sup>154</sup> Entender que uma ação pode ser *impura* quanto ao seu fim pode ser fundamental de um ponto de vista estratégico. A depender do caso, é possível direcionar a ação mais para um lado ou para o outro, ou, até mesmo, cumular, de modo alternativo, os fundamentos que levam a um e ao outro. O exemplo acima do *sequestro* bem demonstra isso.

se falar em *ações punitivas*, como o é, por antonomásia, a *ação penal*. As *multas*, por exemplo, não reintegram, nem ressarcem, muito menos garantem; punir é a sua função, embora, de algum modo, possam inibir, mas isso é um *acidente* de sua *essência*. A *perda de função pública* desempenha função semelhante<sup>155</sup>.

Talvez restem dúvidas, porém, quanto à pertinência da categorização apresentada quanto às ações declaratórias e às constitutivas.

Seria o *declarar* uma prevenção ou uma recomposição? Como explicitado, as ações se graduam entre uma coisa e outra, sendo poucas as que atingem verdadeiramente os extremos. Uma ação declaratória em geral tem *função preventiva*, isto notadamente quando tida antes da violação àquilo que se pretende declarar<sup>156</sup>. Ao se certificar a existência da propriedade, por exemplo, inibe-se que se atente contra o proprietário. Não por outro motivo, sustenta-se, com razão, haver uma *eficácia mandamental* em qualquer ação declaratória<sup>157</sup>. Já se a declaração ocorreu após a violação, haverá, no mínimo, a *condição necessária* para a *recomposição* do que foi violado.

Mais simples é a questão em torno das ações constitutivas. Qualquer que seja, a *constitutividade* não serve a si própria. Bem observadas as coisas, sua função refere-se às três categorias postas acima. Exemplos: *i*) na *produção antecipada* de uma prova que está para deixar de existir age-se para prevenir; *ii*) na

<sup>155</sup> Daí, não obstante a amplitude, ser insuficiente a classificação apresentada por Luiz Guilherme Marinoni (cuja síntese se encontra em *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*, op.cit. p. 113-128, em termos de apresentação), pois não contempla a tutela propriamente punitiva.

<sup>156</sup> Observe-se que a prevenção pode, nalgum sentido, ser entendida como uma espécie de fim-último das ações declaratórias, não porque a simples certificação (de resto, um simples *fim-meio*) altere a realidade mesma das coisas, mas sim em virtude da eficácia mandamental que lhe compõe. Nesse sentido, talvez por certa atomização que fazem da eficácia acional, não têm razão quando criticam esse viés preventivo da declaração: BARBI, Celso Agrícola. *Ação Declaratória Principal e Incidente*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 69 e segs; LOPES, João Batista. *Ação Declaratória*. 5. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 50; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *O Interesse de Agir na Ação Declaratória*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 147-149. Conquanto não repila, acaba por condicionar esse aspecto da declaração não a um aspecto intrínseco desta, mas sim à observância da parte submetida à decisão daquilo que for declarado, algo que acaba por confundir o ser (consciência do indivíduo) e o dever-ser (comando decisório), BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Tutela Sancionatória e Tutela Preventiva. Temas de Direito Processual – Segunda Série*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 27; Reconhecendo a existência da eficácia mandamental acima aludida, mas sustentando ser isso insuficiente para corroborar a hipótese do viés preventivo da declaração, SILVA, Clóvis do Couto e. *Tutela Preventiva. Digesto de Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1988, v. 5, p. 295.

<sup>157</sup> Nesse sentido, ver PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*. São Paulo: RT, 1976, t. 6, p. 4.

*resolução de contrato de compra e venda* por inadimplemento do comprador, ao possibilitar-se a restituição da coisa ao vendedor, recompõe-se; *iii*) na *ação anulatória* de licitação fraudulenta, pune-se, especialmente o licitante vencedor.

### 3.1.1.5. O viés universal das ações

Em que sentido se pode falar em *universalidade* da ação? O termo está aqui empregado para designar o fato de que em toda e qualquer relação jurídica pode haver *acionabilidade*. Não se trata de uma propriedade específica de algumas relações jurídicas. Por isso, é equivocado restringir à ideia de ação ao chamado direito material, conceito este, aliás, relativo, como será demonstrado adiante.

Por óbvio, só há de se falar em ocorrência de ação no âmbito de uma relação jurídica quando ocorrido, nos moldes acima descritos, o *fato jurídico acional*. Assim, a relação jurídica em si nasce, no mínimo, com acionabilidade em potência. Daí o predicável *próprio* (ou *propriedade*)<sup>158</sup> ser adequado para designar essa situação. Pode-se dizer que, tal como os seres humanos têm a sociabilidade como uma propriedade sua, de igual modo as relações jurídicas têm a acionabilidade.

Todavia, e exatamente por ser um próprio, e não sua essência (esta que se encontra na *correspectividade*), há relações jurídicas que podem surgir mutiladas<sup>159</sup> carentes de acionabilidade<sup>160-161</sup>.

---

<sup>158</sup> *Próprio* é dos *predicáveis* ou *antepredicamentos*, tal como o são o *gênero*, a *diferença*, a *espécie* e o *acidente* (na lista atribuída a PORFÍRIO. *Isagoge*. Trad. Bento Silva Santos. São Paulo: Attar, 2002, p. 35). Nesse sentido, GARDEIL, Henri-Dominique. *Iniciação à Filosofia de São Tomás de Aquino: introdução, lógica e cosmologia*, op. cit., p. 105-110. Assim se chamam porque exprimem todo aquilo que se pode dizer de algo. *Próprio* é aquilo que, necessário a um sujeito, não compõe a sua essência, estabelecida pela definição, que é síntese entre o gênero próximo e a diferença específica. Assim, SANTOS, Mário Ferreira dos. *Ontologia...*, op. cit., p. 45. Difere do acidente porque este é contingente (GARDEIL, op. ult. cit., p. 109), pertencendo a várias espécies. Ser *alto* não é próprio do ser humano, mas mero acidente de sua essência; já poder ter a *capacidade de rir* o é. A falta de algo próprio no indivíduo acarreta uma deficiência.

<sup>159</sup> Ver, acima de todos, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, t. 6, p. 40 e segs.

<sup>160</sup> O que também pode ocorrer com a exigibilidade, que antecede, como se sabe, à acionabilidade.

<sup>161</sup> Talvez por isso Marcos Bernardes de Mello (*Teoria do Fato Jurídico: plano da eficácia...*, op cit., p. 181-182) sustente que não é princípio necessário da relação jurídica a coexistência de direito, pretensão e ação, fazendo ele mesmo alusão aos direitos mutilados. Ocorre que isso não nega a universalidade, apenas mostra que, dada certa deficiência, o ente não é apto a desenvolver determinada propriedade, com o ser humano cuja constituição física não o permite rir.

Esta conclusão servirá como uma das premissas mestras deste trabalho, porque, conforme se provará, até a chamada *relação jurídica processual* tem tal propriedade. Não só ela, em verdade, *a fortiori*, tem-na também a *relação jurídica pré-processual*.

Eis a base analítica para a compreensão das chamadas *ações impugnativas*.

\*\*\*

O objetivo deste capítulo foi o de apresentar os conceitos fundamentais que serão utilizados ao longo de todo o trabalho. Conceitos estes de natureza jurídica, para cuja análise, entretanto, valeu-se de uma base mais universal, buscando-se na *Filosofia Aristotélica* (e, de algum modo, *Tomista*) o *lastro conceitual* apropriado para tanto. Daí a utilização de conceitos como *essência, substância e acidentes, próprio, princípio, causa, potência e ato*. Aos três últimos, deu-se ainda mais relevância, especificando-se, quanto ao conceito de *causa*, seus quatro tipos: *eficiente, material, formal e final*; quanto aos dois últimos, explicitou-se aquilo que os relaciona: o *movimento*, isto é, a passagem da *potência* ao *ato*. O conceito de movimento – na perspectiva aristotélica, que aqui se adotada – é o verdadeiro fio condutor da tese. Relevou-se, já neste capítulo, seu (quase) perfeito encaixe com a *Teoria do Fato Jurídico de Pontes de Miranda*, porque as *passagens* (no sentido de mudança) que a compõem – especialmente as relativas à *incidência* e à *irradiação eficaz*, são legítimos movimentos. Não por outro motivo, no próprio título, empregou-se o termo *a partir*, o que denota a ideia de movimento. No caso, conceitos universais transformam-se, no contexto do trabalho, em premissas para uma dedução. A exposição deles é o a ponto de partida da demonstração de um *movimento jurídico* geral.

No próximo capítulo, um pouco menos dedutivo e, por isso, um pouco mais conclusivo, a ideia de movimento ganhará ainda mais respaldo, visto que será menos conceitual e mais fenomênico. Nessa perspectiva, observar-se-á, na essencialidade, o *movimento processual*, desde sua preparação até aquilo que lhe sobeja.



## **CAPÍTULO II – DA PRÉ-PROCESSUALIDADE À PÓS-PROCESSUALIDADE: PLENAMENTE UM MOVIMENTO**

### **1. Considerações iniciais**

Este capítulo inicia-se nos umbrais da *processualidade*. Em que sentido põe-se esta expressão? Processualidade pode ser dita como a *essência* daquilo que é processual. Embora o quê tautológico da afirmação, ela já revela algo fundamental: existe um *ser* processual. Não se pode, portanto, ter a processualidade como uma simples qualidade do ser jurídico. Ela é mais que isso: existe como espécie dele. Se, como visto no capítulo anterior, os entes jurídicos são, basicamente, norma, fato e efeito jurídico, é de se dizer que há norma, fato e efeito processual.

Nesse sentido, no âmbito da espécie, o fato ingressa no mundo jurídico já como processual, tal como o símio já nasce chimpanzé. Disto, pode-se sumariamente apresentar uma conclusão: há substâncias propriamente processuais, que não são simples qualidades das substâncias jurídicas; destas, porém, são espécies, sendo a processualidade aquilo que as diferencia. Portanto, há norma, fato e efeito processual.

Há duas formas, porém, de analisar a processualidade: na primeira observa-se o ente processual em si mesmo, como *substância*; na segunda, a referência dele a outro: categoria da *relação*. Esta será o foco deste capítulo; aquela, conquanto de passagem, até porque não tem maiores relevâncias ao desiderato almejado, sê-lo-á de logo. Na segunda, dado o viés dinâmico que a fundamenta, há, cronológica e (principalmente) ontologicamente, algo que antecede à processualidade e outro que à pós-cede. Eis a *pré* e a *pós-processualidade* aludidas no título: o princípio e o fim do *movimento processual*.

### **2. Um esclarecimento prévio: processualidade em sentido estático e em sentido dinâmico**

Estática e dinâmica são – em Física – relacionadas ao movimento. Estão em oposição, ademais: se a primeira tem a ver com o não movimento (estado de repouso), a segunda, com o próprio. Metaforicamente, é correto dizer que há

*estaticidade* e *dinamicidade* no direito, de modo que esses conceitos podem ser utilizados na Dogmática Jurídica<sup>162</sup>. Aqui, tomando-os de empréstimo, entende-se que a estática tem (mais) relevância diante da questão normativa; a dinâmica refere-se (em maior grau) à factual. Isto, claro, numa perspectiva ponteana de normatividade e factualidade.

Assim sendo, pode-se aludir a direito processual tanto no sentido de norma processual quanto no de situação jurídica processual<sup>163</sup>. No primeiro caso, direito processual é aquele previsto em normas do tipo, a começar pelas estabelecidas na própria CRFB, além de outras por ela designadas, acima de tudo, no inciso I de seu art. 22; no segundo, é o fenômeno jurídico (fatos e efeitos) na especificidade processual, portanto refere-se ao processo, e não a normatização sobre ele, entendendo-o, sobretudo, como a *relação jurídica processual*. Obviamente, tal fenômeno não se resume a ela: engloba tanto demais relações jurídicas que nele possam surgir como, obviamente, todos os fatos que, de algum modo, a referenciem. À totalidade desse complexo dá-se, aqui, o nome de *âmbito processual*.

---

<sup>162</sup> Nesse sentido, é notória a alusão de Hans Kelsen à estática e à dinâmica para designarem tipos distintos de fundamento da ordem jurídica. Numa passagem deveras didática diz ele: “O princípio estático e o princípio dinâmico estão reunidos numa e na mesma norma quando a norma fundamental pressuposta se limita, segundo o princípio dinâmico, a conferir poder a uma autoridade legisladora e esta mesma autoridade ou uma outra por ela instituída não só estabelecem normas pelas quais delegam noutras autoridades legisladoras mas também normas pelas quais se prescreve uma determinada conduta dos sujeitos subordinados às normas das quais – como o particular do geral – podem ser deduzidas novas normas através de uma operação lógica. Nos Dez Mandamentos não só se instituem os pais como autoridade legislativa mas também se fixam normas gerais a partir de cujo conteúdo podem ser logicamente deduzidas normas particulares sem que seja necessário ato legislativo, como v. g. a norma: Não farás imagens (ou ídolos), etc. A partir do Mandamento do Amor posto por Cristo pode logicamente deduzir-se uma pluralidade de normas morais. Na fundamentação das normas que são logicamente deduzidas do Mandamento de Deus e do Mandamento de Cristo entra em aplicação o princípio estático; na fundamentação do Mandamento de Deus pela norma fundamental: devemos obedecer aos mandamentos de Deus, e da validade do Mandamento de Cristo pela norma fundamental: devemos obedecer aos mandamentos de Cristo, entra em aplicação o princípio dinâmico” (*Teoria Pura do Direito*. Trad. João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 218-219). Obviamente, o uso que faz Kelsen dos termos *dinâmica* e *estática* é bastante diverso do que se faz aqui.

<sup>163</sup> É claro que as situações jurídicas processuais podem ser observadas no aspecto estático: a incidência das normas processuais gera, obviamente, fatos processuais, que, por sua vez, produzem efeitos processuais! Mas isso somente é possível se forem observados isoladamente, em si mesmos. Como será visto, a *diferença específica* do ente processual para o jurídico é exatamente ele se referir a outro.



Além disso, o nível estático tem a ver com o significado do texto normativo (*semântica*); o dinâmico, com a relação de algo com outro (*sintática*). Aplicando-se ao processo: *i*) no primeiro nível, há de se levar em conta que o direito processual é um dentre tantos ramos existentes, como o civil, o penal, o consumerista, o administrativo, o tributário, o ambiental. Releva identificá-lo para, no mínimo, fins de competência legislativa (arts. 22, I, e 24, XI, CRFB, especialmente); *ii*) no segundo, direito processual não existe isolado, ele está em relação a outros: daqui se tem a clássica e mencionadíssima distinção *direito material x direito processual*<sup>164</sup>. Observe-se, neste nível, não há distinção do direito material, que pode ser qualquer um, inclusive, adiantando a hipótese por ser demonstrada, o próprio direito processual. Direito processual, portanto, é como que um *ponto* num *plano* ou, no máximo, um *lado* deste.

Mas, se assim o é, impende estabelecer um critério para iniciar a análise do problema. Há de se começar por algo. Em rigor, nesta perspectiva, o direito é *processual* quando está relacionado a outro: àquilo que se chama de *direito material*. Conjugando, ademais, esse viés sintático (relacional) com a dinamicidade acima aludida, verifica-se que apenas diante do fenômeno se pode determinar o que seja uma coisa e o que seja outra. Esse fenômeno é a *relação jurídica processual*. Isto porque o termo *direito* está aí empregado no sentido de *situação jurídica*, algo que, como visto no capítulo anterior, compõe relações jurídicas.

Nesse sentido, *direito processual* é aquele que tem a ver com o conteúdo da dita relação; é *material* o direito que compõe o objeto dela, ou seja, aquilo que há de ser analisado pelo juiz. Mas, até por ser fenomênica, a relação jurídica processual não surge do nada. Há algo que a antecede. É o que se denomina de *direito pré-*

---

<sup>164</sup> No âmbito da normatividade (nível estático), não há *direito pré-processual*, *direito processual*, *direito material* e *direito pós-processual*. Há *direito civil*, *direito constitucional*, *direito processual civil* etc. Ambas as perspectivas são fundamentais e não se excluem entre si. Este trabalho, salvo uma especificidade por ser analisada no capítulo seguinte, limita-se à primeira. Um exemplo serve de esclarecimento: regra jurídica sobre competência jurisdicional é, na estática, fonte de direito processual (civil, penal etc., a depender da espécie); na dinâmica, entretanto, pode se apresentar das mais variadas formas. Em si, a competência, como efeito jurídico, não é processual, pois seu surgimento antecede a qualquer processo, salvo as competências que decorrem da prevenção. É, de outro modo, elemento de suporte fático de atos processuais, como a sentença, funcionando como pressuposto para a validade desta. Pode, além disso, compor o núcleo do direito material, porque, sendo questionada, passa a ser o objeto de uma decisão judicial.

*processual* ou, mais amplamente, *pré-processualidade*. Aqui, é preciso frisar, o ser processual não é propriamente uma substância, mas sim um de seus acidentes: o da relação<sup>165</sup>.

Eis o objeto do item seguinte.

### 3. A pré-processualidade

*Pré* é termo preposicional, portanto indica antecedência. Mais, uma antecedência preparatória. Logo, algo somente é *pré-processual* pelo fato de estar relacionado a outro, ao processual. Pré-processual tem a ver, desse modo, com tudo aquilo que é necessário à formação do processo. Mas, se assim o é, antes de tudo é necessário definir o que seja o último para depois fazê-lo quanto ao primeiro. Identifica-se o fenômeno para, depois, ir em busca de suas causas. É o que será feito a seguir.

---

<sup>165</sup> Talvez o mais complexo de todos os acidentes da substância aristotélica, a *relação* configura-se a partir de três elementos, que são: o sujeito, o termo e o fundamento. Por exemplo, determinado homem é igual a outro: o primeiro é o sujeito, o último, o termo e a igualdade é o fundamento (nesse sentido, GARDEIL, Henri-Dominique. *Iniciação à Filosofia de São Tomás de Aquino: psicologia e metafísica*. Trad. Paulo Eduardo Arantes. São Paulo: Paulus, 2013, p. 397). Em Aristóteles, extrai-se que a relação pode ser: *i*) de tipo numérico (dobro, múltiplo etc.); *ii*) de tipo atual (entre agente e paciente: entre o ente cortante e o que pode ser cortado). A seguinte passagem é elucidativa para o que se pretende aqui dizer: “todas as relações entendidas segundo o número ou segundo a potência são chamadas relações justamente porque sua própria essência consiste numa referência a algo distinto, e não simplesmente pelo fato de algo distinto em relação com elas; *por sua vez, o mensurável, o cognoscível e o pensável se dizem relativos enquanto algo distinto está em relação com eles. O pensável, com efeito, significa que dele existe um pensamento, mas o pensamento não é relativo àquilo de que é pensamento, senão repetir-se-ia duas vezes a mesma coisa*” (*Metafísica*. Trad. Giovanni Reale. 5. ed. São Paulo: 2015, v. 2, p. 237-39, esta última referente ao texto transcrito). O segundo tipo descrito pelo Estagirita tem mais a ver com a ideia de direito processual acima colocada. Claro que o direito processual tem um sentido próprio (*estático*, na linguagem no texto principal utilizada). Não à toa, a CRFB (inciso I do art. 22, acima de tudo) o menciona. Mas esse sentido não é suficiente para a compreensão da dualidade *direito material x direito processual*. Neste caso, o direito somente é processual por sua relação com o direito material. E se este último é estável, o primeiro é móvel, porque, como se demonstrará ao longo deste capítulo, pode vir a ser direito material. Ou seja, o processual é conversível em material, conquanto a recíproca não seja verdadeira. Enfim, fazendo uma analogia de proporcionalidade com a ideia aristotélica acima descrita: em essência, direito processual é aquele definido no citado texto constitucional; por acidente, é aquele relacionado ao direito (dito) material. Em rigor, seria mais adequado falar em *direito formal x direito material*, sendo o formal, claro, o conversível. Não é assim, porém, que, ao menos hodiernamente, a processualística trabalha com a questão, logo, até porque não é pretensão deste trabalho redefinir por completo o conceito de direito processual, adotar-se-á tal nomenclatura para designar os dois problemas postos anteriormente: o estático e o dinâmico. Por este último, aplicando-se a lição de Gardeil, direito processual é o *sujeito*, direito material, o *termo* e a relação jurídica processual, o *fundamento*.

### 3.1. Processo como âmbito centralizado na relação jurídica processual

Como cediço, o marco teórico deste trabalho é o referente à conceituação do fato jurídico e de seu efeito. Portanto, tudo que vier a ser visto será enquadrado num ou noutro. Incluindo aquilo que, não sendo propriamente nem um e nem outro, neles tenha existência. É disso tudo que se obtém o conceito de processo.

Processo é termo que pode indicar muita coisa e indicar algo específico: pode ser *contrato*<sup>166</sup>; *quase-contrato*<sup>167</sup>; *relação jurídica*<sup>168</sup>; *situação jurídica*<sup>169</sup>;

---

<sup>166</sup> Na chamada *fase privatística*, o processo era considerado um contrato. Isso se deve ao fato de ele ser iniciado por um acordo entre os litigantes, no qual se estabelecia a controvérsia, que, logo após, era levada à apreciação de um árbitro – o *iudex*. O nome dado a esse acordo era *litiscontestatio*. Segundo José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo, há muita controvérsia sobre a natureza jurídica da *litiscontestatio*, contudo, ao que eles informam, predomina o entendimento, notadamente na doutrina mais moderna, de que ela era um consenso progressivo (*Lições de História de Processo Civil Romano*. São Paulo: RT, 2001, p. 100). A seu turno, Enrico Tullio Liebman defende a natureza contratual da *litiscontestatio* (*Embargos do Executado*. 2. ed. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1968, p. 11). De acordo com Ovídio Baptista da Silva, o caráter negocial de natureza privada da *litiscontestatio* foi dado pelos romanistas e pandectistas modernos, quando definiram o processo como um quase-contrato (*Jurisdição e Execução na Tradição Romano-canônica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 62).

<sup>167</sup> A expressão quase-contrato não é de todo correta, “Já de hoje a expressão ‘quase contrato’ é pouco usada e desaconselhada. Por outro lado, imprópria, porque de modo nenhum se há de pensar, nas espécies, de quase-contratar”, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, t. 2, p. 507. Manuel de Almeida e Souza, de Lobão, fala que a ideia de quase-contrato é algo que se deve declinar, “Esta [idéia de quase-contrato] he huma das ficções do Direito Romano, que se deve declinar quanto possível” (*Segundas Linhas sobre o Direito Processual Civil*. Adições de Joaquim José Caetano Pereira e Sousa. Lisboa: Imprensa Nacional, 1855, v. 1, p. 340-341, o texto entre colchetes foi acrescido). Válido lembrar que Affonso Fraga, conquanto tenha escrito em plena época em que a teoria relacional do processo estava em voga, fazendo, inclusive, boa resenha sobre a citada teoria, continua, de certo modo, defendendo a concepção privatística, “No direito actual moderno, as investigações dos processualistas, procurando rasgar novos horizontes ao direito processual, dão como destruidas as bases fundamentaes sobre que descansava o *judicium romano*. Mas, das suas cinzas ainda se não levantara uma theoria que definisse com solidez a natureza da relação processual; e se for exacto o conceito de que em relação ao seu conteúdo, domina a mais absoluta obscuridade, então não ha esperanças de que venha a apparecer. O que não se póde negar, porém, é que, no processo moderno, a litiscontestação, com o fixar importantissimo no desdobraimento da contenda judiciária, ainda produz varios e relevantes efeitos” (*Instituições do Processo Civil do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1940, t. 1, p. 27-28).

<sup>168</sup> Talvez a teoria que definiu o processo como sendo uma relação jurídica tenha sido a primeira a demonstrar a sua autonomia. O certo é que se atribui a Oskar Bülow (*La Teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales*. Trad. Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: EJE, 1964, p. 2-3) a sistematização dessa teoria, mas não a sua criação. Fala-se que o filósofo alemão Georg Wilhelm Friedrich Hegel, em sua obra *Filosofia do Direito*, já defendia que o processo seria uma relação jurídica, e que Bethmann-Hollweg a positivou: “Daí a idéia singelíssima, e, não obstante, fundamental, vislumbrada por Hegel, positivada por Bethmann Holweg, e explanada especialmente por Oskar Bölow, e depois por Kholer e muitos outros”, CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969, v. 1, p. 55. No mesmo sentido: ALSINA, Hugo, *Tratado Teorico Practico de Derecho Procesal Civil y Comercial*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 1956, v. 1, p. 416.

*procedimento em contraditório*<sup>170</sup>, no segundo sentido; *instituição*<sup>171</sup>, especialmente se de *garantia*<sup>172</sup>, no primeiro. A identificação dependerá da realidade jurídica (dir-se-ia, com mais especificidade, [do] direito positivo) e, acima de tudo, da perspectiva daquele que a analise. Na perspectiva aqui adotada, porém, mais analítica e universalista, ele subsume-se à ideia de fato e/ou de efeito jurídico. É claro que, até por definição, processo não é algo *punctual*. Tem movimento, sequência e, até mesmo, fases. Mais, é fonte de outras situações: na linguagem mais afeita a este trabalho: no todo ou, principalmente, em parte, é reinserido no sistema como suporte fático de fatos jurídicos os mais diversos. Daí se falar em *âmbito processual*.

Pode-se, desse modo, entender por âmbito processual como a totalidade dos fatos e efeitos processuais. Ocorre que, antes de existir algo do tipo, há de haver uma centralidade, da qual o restante é entorno. Por isso, não é incorreto dizer que há uma processualidade *lato sensu* (o âmbito) e outra *stricto sensu*. Desta última, poder-se-ia dizer um fato jurídico. Sabe-se, todavia, que este tem *punctualidade*, havendo, no máximo, o chamado ato complexo, formado por uma série encadeada de atos jurídicos. Dada essa complexidade, centrar o âmbito processual na ideia de fato jurídico não é algo de todo adequado. Ademais, o fato jurídico sem referência ao seu efeito (que, em rigor, é sua *causa final*) é um *flatus vocis*. Por óbvio, também no âmbito processual, pode existir fato jurídico ineficaz, mas isso é uma anomalia<sup>173</sup>, tendo de ser assim observada. Aqui, analisa-se a normalidade das coisas, logo a centralização do âmbito processual está em outra *substância*, na chamada *relação*

---

<sup>169</sup> GOLDSCHIMDT, James. *Teoría General del Proceso*. Barcelona: Labor, 1936, p. 55.

<sup>170</sup> FAZZALARI, Elio. *Istituzione di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 1975, p. 5-6.

<sup>171</sup> GUASP, Jaime. *Derecho Procesal Civil*. 3. ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1977, v. 1, p. 21-23.

<sup>172</sup> COSTA, Eduardo José da Fonseca. *As Garantias Arquifundamentais Contrajurisdicionais: Não Criatividade e Imparcialidade*. <https://emporiiodireito.com.br/leitura/as-garantias-arquifundamentais-constrajurisdicionais-nao-criatividade-e-imparcialidade>. Acesso em 22/04/2020.

<sup>173</sup> Ao mencionar acima a expressão *anomalia* quer-se dizer que, embora plenamente possível, a ineficácia do ato não lhe é natural. Muito mais em se tratando de um ato jurídico, que existe num plano de razão, sendo prevista para um determinado fim, que é seu efeito, ao menos primacialmente. Nada que tem a ver, desse modo, com a quizila de existir ou não a possibilidade de um fato processual ineficaz, coisa que negada por alguns, acaba por encetar verdadeiro a priori do conhecimento processual. Como visto no capítulo pretérito, o problema da eficácia dos (f)atos jurídicos deve ser visto em perspectiva, levando-se sempre em contra a eficácia precípua a eles atribuída.

*jurídica processual* (ou, simplesmente, *relação processual*), efeito jurídico que é. Ela é, portanto, o cerne do âmbito processual, de modo que *pré* e *pós-processual* são, respectivamente, o que lhe antecede e o que lhe pós-cede<sup>174</sup>.

Chega-se ao momento de analisar propriamente a pré-processualidade, já tendo em vista que ela engloba todo o necessário à formação da relação jurídica processual.

### 3.2. Os fatos e os efeitos pré-processuais

Como dito acima, o plano pré-processual refere-se àquilo que prepara a formação da relação jurídica processual. De que ele é composto especificamente? De fatos e efeitos jurídicos que visam à formação dela, é de se supor. Se assim o é, das duas uma: ou o efeito pré-processual é auto-formativo de sua finalidade, de modo que, ocorrido, ela é produzida; ou ele é apenas a potência formativa dela, o que torna necessária a ocorrência de outro fato para o atingimento da finalidade.

A primeira hipótese há de ser descartada, por completo. Do contrário, ao formar-se o fato jurídico pré-processual, estaria produzida a relação jurídica processual. Isto, além de contrariar a liberdade das pessoas de irem ou não a juízo, não é previsto no sistema positivo brasileiro. Resta, portanto, a segunda hipótese. Desse modo, pré-processualmente, existe a potência gerativa do processual. Uma

---

<sup>174</sup> É preciso detalhar um pouco a distinção entre o *pré-processual*, o *processual* e, até mesmo, o *pós-processual*, ainda por ser apresentado. Consoante posto acima, pré-processual é aquilo que é necessário (e, por isso, antecede) à formação da relação jurídica processual; já o pós-processual tem a ver com aquilo que segue ao término dela. Faz-se necessário, no entanto, frisar que todas essas noções dependem de um referencial, que é o direito material, objeto da referida relação, e até mesmo esta pode ser o direito material, objeto de outra relação jurídica processual (num recurso, por exemplo, pode-se questionar a eficácia da relação jurídica processual originária). Não se trata, porém, de antecedência *temporal*, nem *espacial*, mas sim de antecedência *ontológica*. Algo é pré-processual não porque surgiu antes da formação de uma RJP, mas sim porque é condição para a formação de uma. No curso de uma relação jurídica processual, por isso, pode haver *pré-processualidade*. Esses tipos de antecedência referem-se, de algum modo, às prioridades relativas às prioridades aristotélicas. Dentre elas, destacam-se as em relação ao tipo e à natureza, esta tem a ver com a antecedência ontológica referida acima. Nesse sentido, ver ARISTÓTELES. *Categorias*. Trad. José Veríssimo Teixeira da Mata. São Paulo: UNESP, 2018, p. 185-87 e, em relação à sistematização entre de *tipo* e de *natureza*, GARDEIL, Henri-Dominique. *Iniciação à Filosofia de São Tomás de Aquino*: introdução, lógica e cosmologia. Trad. Cristiane Negreiros e Carlos Eduardo de Oliveira. São Paulo: Paulus, 2013, p. 115-16.

situação jurídica, a quem se costuma dar o nome de *direito de ação* ou, de acordo com, dentre outros<sup>175</sup>, Pontes de Miranda, *pretensão à tutela jurídica*<sup>176</sup>.

Dentro da perspectiva lançada no capítulo passado, o termo ação designa objetos distintos, dentre eles: a pretensão à tutela jurídica, que, neste trabalho, vem a ser a *segunda forma acional*, nos moldes lançados anteriormente. Se se trata, porém, de uma situação jurídica, há um fato jurídico que a possibilita. Eis o *fato jurídico pré-processual*, que dela é *causa eficiente*.

### 3.2.1. A pretensão à tutela jurídica

Logo acima, demonstrou-se a existência da pretensão à tutela jurídica a partir de uma perspectiva analítica. Num *raciocínio quia*, chegou-se a ela por um de seus fins: a relação jurídica processual. Neste momento, é preciso, antes de analisar os aspectos estruturais da situação jurídica em análise, justificar sua razão de ser: o porquê de ela existir no sistema.

Já se analisou a ação *como* poder de imposição. Além disso, verificou-se o seu *aspecto estritamente relacional*, ou seja, ela existe apenas como conteúdo de relações jurídicas. Mais, em qualquer uma destas, a ação pode se fazer presente: *universalidade*. Ocorre que uma coisa é a titularidade dela; outra, seu exercício. Como visto, embora já tenha *entidade*, a ação é *potência* (não por outra razão tem natureza jurídica de *poder*). Quando da análise de sua *causa final*, já se explicitou tal aspecto. É preciso, porém, esmiuçar como se dá essa passagem: da *potência*

<sup>175</sup> O termo pretensão (*Anspruch*) lançado por Bernhard Windscheid (La “Actio” del Derecho Civil Romano, desde el Punto de Vista del Derecho Actual. Polemica sobre la “Actio”. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJEA, 1977, p. 8-12) foi amplamente utilizado por Adolf Wach, especialmente para designar a pretensão à declaração dirigida, por um lado contra o Estado, e, por outro, contra a parte contrária, de modo que daí se diz ter sido Wach, conquanto consolidador da autonomia do direito de ação, o marco teórico do chamado concretismo, por ser visto adiante (WACH, Adolf. *La Pretension de Declaracion*. Trad. Juan M. Semon. Buenos Aires: EJEA, s/a, p. 59, acima de tudo).

<sup>176</sup> O autor, ademais, é crítico do termo direito de ação (“A ação é inflamação do direito ou da pretensão. ‘Direito de Ação’, no sentido privatístico, é expressão que se deve evitar: há ação, se há direito, ainda que de outrem; direito de ação é confusão entre ação e a ligação dela ao direito. A confusão vai mais longe, porque, no direito público, se fala direito de ação (Klagerecht) como direito subjetivo à tutela jurídica, a que corresponde pretensão à tutela jurídica, que, exercendo-se, suscita a ‘ação’. Ora, deduzindo-se *in iudicium*, há direito deduzido, pretensão deduzida e ação deduzida; não há direito à pretensão, nem direito à ação. Direito de ação seria direito de ‘ação’, direito e pretensão à tutela jurídica”, Tratado das Ações. São Paulo: RT, 1970, t. 1, p. 116). Ação, como já se sabe, é impositividade.

*acional ao ato eficaz*. Em termos jurídicos, é preciso lançar mão de outro conceito universal para explicar tal acontecimento: o de *fato jurídico*, por ser ele, já se sabe, a causa de qualquer efeito no direito. No caso da *ação*, esse acontecimento consiste num *exercício*, até porque, como *poder*, necessita do agir de seu titular ou de algum outro legitimado. Tudo isso por intermédio de um ato jurídico<sup>177</sup>, sendo este *como que* o exercício de uma *situação jurídica pré-existente*<sup>178</sup>.

É preciso, portanto, analisar o *ato jurídico de exercício da ação*. Há um complicador, todavia: como poder de imposição que é, a ação traduz certa forma de violência de seu titular sobre o sujeito passivo, que, não obstante a redundância, se submete. Desse modo, salvo exceções, a passagem mencionada acima depende da atuação de outro sujeito: o Estado, em sua *participação Estado-juiz*<sup>179</sup>, porque, desde que impossibilitou aos sujeitos a realização da justiça de mão própria<sup>180</sup>, detém o monopólio da jurisdição<sup>181</sup>. Em contrapartida, ao menos no ordenamento pátrio, atribui a todos o direito de instá-lo a solucionar situações das mais diversas,

---

<sup>177</sup> Seria possível que o exercício da ação ocorresse na forma de um ato-fato jurídico? Em princípio sim, pois há atos-fatos jurídicos que também consistem em exercício de situações jurídicas. Caso, por exemplo, do pagamento feito por terceiro interessado (art. 304, *caput*, CC). Não obstante, o elemento volitivo, como será demonstrado em momento oportuno, nele prepondera, o que afasta, na realidade do direito positivo, essa possibilidade.

<sup>178</sup> O ato jurídico em si *não é* o exercício de situação jurídica. Daí ter se valido da expressão *como que em*, que denota *analogia*. Isso porque pode-se agir sem se ter aquilo que, aparentemente, funda o ato: a situação jurídica pré-existente. Em rigor, o ato é composto (*causa material*) de uma afirmação acerca da situação jurídica. Eis o porquê de o ato ser passível de *juízo de procedência/improcedência*, ou seja: se a afirmação nele feita tem fundamento na realidade ou não.

<sup>179</sup> Neste trabalho, serão adotadas tanto a expressão *Estado-juiz* quanto simplesmente a expressão *juiz*. O uso de uma ou de outra dependerá do contexto linguístico, inclusive estilístico.

<sup>180</sup> Nesse sentido, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*, op. cit., p. 231.

<sup>181</sup> Dois temas aparentemente falseiam a afirmação acima referente a um suposto *monopólio estatal da jurisdição*. São eles: a *autotutela* (justiça de mão própria, na expressão de Pontes de Miranda, *Justiça de Mão Própria no Passado e no Presente. Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, v. 5, p. 223-260) e a *arbitragem*. Em ambos, de algum modo, há imposição de um sujeito a outro, logo exercício de ação. O falseamento, porém, é apenas aparente. Quanto à primeira, o correto não é dizer que a atividade judicial é *substitutiva* da atividade do indivíduo; *este é que age em substituição ao Juiz*, resta saber se de forma lícita ou ilícita. E o faz, basicamente, *declarando, constituindo, condenando, ordenando e executando*. Ela presta, para si, tutela jurídica. Eis o porquê de não serem atividades em autotutela as *funções essenciais do indivíduo*: como a *auto-executoriedade* típica da Administração Pública; nem também o serem aquelas que, no plano *“meramente” fático*, existem para *evitar a lesão ao indivíduo*, como a *legítima defesa* e o *estado de necessidade*. Não obstante a defesa da jurisdicionalidade arbitral (hoje quase um *mantra*), o certo é que o árbitro não tem poder de império: sua jurisdição é – além de *temporária*, pois que vinculada à eficácia do ato de sua instituição, e, por isso mesmo, *pontual* – como que pela *metade*. Um *juiz partido ao meio*. O monopólio do uso (legítimo) da força, portanto, permanece.

litigiosas ou não<sup>182</sup>. Por haver essa limitação, existe em favor dos indivíduos o *direito à tutela jurisdicional*, ao qual é agregada a *pretensão à tutela jurídica*. O surgimento deles é algo aparentemente simples, como se faz notar do que se disse acima; escondida, porém, reside uma complexidade bastante considerável. Eis um dos pontos centrais desta tese. Verdadeira *chave de abóboda* para a sua compreensão.

### **3.2.1.1. Da capacidade de ser parte à pretensão à tutela jurídica: plenamente uma atualização**

Costuma-se dizer que o direito à tutela jurisdicional é abstrato<sup>183</sup>. Isto significa que ele independe do direito material. Assim, mesmo inexistindo este último, o direito à tutela jurisdicional ergue-se. A questão, porém, é que *abstração* aí não significa alheamento a uma causa; apenas não vinculação ao direito material<sup>184</sup>, sobretudo – de um ponto de vista pragmático – quando este estiver em *estado de afirmação*. Logo, não se pode negligenciar a análise dela. A causa de que aqui se trata é a *motora*, que, no direito, é o fato jurídico. Portanto, há de se desvendar qual é o fato jurídico do direito à tutela jurisdicional. Trata-se de tema que, caso não completamente ignorado, é estudado de modo muito superficial pela processualística, salvo exceção por ser vista logo mais.

---

<sup>182</sup> Válido tecer breves comentários acerca da *pretensão à tutela jurídica nos processos de jurisdição voluntária*. Em determinadas situações os sujeitos de direito são autorizados, quando necessário, a solucionar seus conflitos sendo necessária a homologação das vontades por parte do Estado é o que se chama de *jurisdição voluntária*. Nesse tipo de jurisdição não há falar em conflito propriamente dito, e sim em *tutela de interesses*. A doutrina diverge acerca da natureza jurídica da jurisdição voluntária, havendo, corrente tradicional, aqueles que defendem não se tratar de jurisdição, mas sim de simples ato da Administração Pública protegendo interesses privados. De outro lado, há importante parcela da doutrina que sustenta a *natureza jurisdicional* da chamada jurisdição voluntária. A natureza jurisdicional ressalta pelo simples aspecto que a homologação (como no penhor legal). Para tanto, ver, com argumentos similares aos ora defendidos, por todos, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, t. 16, p. 5-6; SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 1, t. 1, p. 31-34. Complementarmente, GRECO, Leonardo. *Jurisdição Voluntária Moderna*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 19-21.

<sup>183</sup> Cada um a seu modo, seguem tal concepção no direito brasileiro, dentre outros, PASSOS, José Joaquim Calmon de. *A Ação no Direito Processual Civil Brasileiro*. Salvador: Imprensa Oficial, 1960, p. 7 e segs.; SILVA, Ovídio Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria Geral do Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 90 e segs. Importante frisar a teoria da ação como direito de petição de Eduardo J. Couture (*Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma, 1976, p. 74-79), o que acaba equiparando-a à teoria abstrata. Isto para não falar da chamada *teoria eclética* de Enrico Tullio Liebman. *Manual de Direito Processual Civil*. 3. ed. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005, v. 1, p. 197-203 e outras que dela derivam.

<sup>184</sup> Logo, a pretensão à tutela jurídica tem um fato jurídico que a gera, como se demonstrará abaixo.



Como é possível, no entanto, romper com essa perspectiva? A partir de que se faz possível revelar esse fato jurídico? De textos normativos que o prevejam, dir-se-ia. Não há, porém, texto normativo explícito quanto ao ponto. Costuma-se invocar o inciso XXXV do art. 5º., CRFB, como base normativa do direito à tutela jurisdicional<sup>185</sup>, é preciso registrar. Mas será que, em sua textualidade, o dispositivo prevê esse direito? “A lei não afastará da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, eis a íntegra. Se, por um lado, ao expressar “lei não afastará”, fica nítido o estabelecimento de uma regra de natureza proibitiva dirigida ao legislador (verdadeira *garantia*), este referente às formas previstas no art. 59, CRFB; por outro, denota algo ao relativo ao Judiciário, porque fica claro ser deste o poder de analisar lesão ou ameaça a direito<sup>186</sup>, devendo-se entender o último, dada a indeterminação do termo empregado, do modo mais abrangente possível, ou seja: “direito” aí está no sentido de *qualquer* direito<sup>187</sup>. É o Poder Judiciário, assim sendo, o responsável (e, mais, o *sujeito obrigado*) a agir contra qualquer ato que, de modo manifesto ou latente, fira direitos. Não obstante a ausência de explicitação, no texto, indubitavelmente, encontra-se estabelecido um preceito normativo de cunho obrigacional, atribuindo direito ao indivíduo e dever ao Poder Judiciário. Disto, no entanto, uma pergunta e uma (parcial) conclusão põem-se.

*Primeiramente*, a pergunta: quem é o sujeito que titulariza tal direito? Em resposta, há de se dizer que, na normatividade posta acima, a titularidade dele pertence a qualquer *ente* que tenha a condição de *sujeito de direito*. Não há restrição; ao invés, há *universalidade*. É direito, portanto, dos que têm *capacidade*

---

<sup>185</sup> Nesse sentido, MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. São Paulo: RT, 1993, p. 123-128; MITIDIERO, Daniel. *Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 117-121; DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 19. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017, v. 1, p. 321-324; Também nesse sentido, embora afirme que é mais adequado falar em *direito ao processo adequado*, OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Direito Material, Processo e Tutela Jurisdicional. Polêmica sobre a Ação*. MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (orgs.) Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 285-319, especialmente a p. 291; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Teoria da Ação de Direito Material*. Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 86 e segs.

<sup>186</sup> Pedro Henrique Nogueira identifica três regras presentes no dispositivo: uma de conduta, outra de estrutura e uma terceira de natureza sancionatória, sendo a primeira dirigida ao Poder Judiciário, em moldes similares aos expostos acima (op. cit., p. 96-100).

<sup>187</sup> Em rigor, como demonstrado no capítulo passado, direito deve ser entendido não apenas como o autêntico *direito subjetivo*, mas sim como qualquer *situação tutelável*, incluindo as meramente fáticas, caso da posse.

*jurídica*, algo mais amplo do que o conjunto dos dotados de *personalidade jurídica*<sup>188</sup>. Em relação à capacidade, sabe-se ser uma aptidão para algo: há capacidades para aquisição de direitos; outras, para a prática de atos. São exemplos destas, a capacidade civil, a capacidade de estar em juízo e a capacidade postulatória; daquelas, além da mencionada capacidade jurídica (*capacidade das capacidades*), a capacidade de votar e a *capacidade de ser parte* são destaques. Esta última é, no sentido mais próprio da palavra, fundamental ao que se está aqui a analisar. A pretensão à tutela jurídica, ademais, é devida a qualquer das partes<sup>189</sup>, ao autor ou ao réu<sup>190</sup>.

Agora, a conclusão acima mencionada: o direito à tutela jurisdicional não está desvinculado de qualquer coisa, pois que é referível a uma situação concreta, a uma realidade: a de *lesão* ou de *ameaça* a direito, na expressão do texto. Ao contrário do que por vezes se faz parecer, todo direito refere-se a uma situação concreta, encontra-se ele, portanto, numa realidade. Esta, conforme o próprio texto, é a de se estar diante de uma lesão ou de uma ameaça a algo que seja passível de proteção pelo sistema jurídico. Isto não quer dizer, porém, que o direito à tutela jurisdicional só exista diante da ocorrência de uma agressão, manifesta ou latente, ao direito (dito) material. O sistema não faz esse condicionamento, que, de resto, tem raízes no velho *immanentismo*; apenas estabelece que é necessária uma *realidade* na qual *possa* (frise-se bem, *possa*) estar a ocorrer lesão ou ameaça ao direito material. Isto, consoante se demonstrará abaixo, tem a ver com a própria causa da pretensão à tutela jurídica. Em tal realidade, além da capacidade de ser parte, encontra-se um elemento que, embora conhecidíssimo da processualística, é, com a ressalva de

---

<sup>188</sup> Adota-se aqui, como já se fez quando da Dissertação de Mestrado (GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. *A Capacidade Postulatória como uma Situação Jurídica Processual Simples*: ensaio em defesa de uma teoria das capacidades em direito. Dissertação de Mestrado apresentada à Universidade Católica de Pernambuco. Recife, 2008, p. 50-54), a ideia de que há mais sujeitos de direito do que entes dotados de personalidade jurídica. Logo, antes dessa aptidão para a aquisição de direitos e deveres, há outra, mais genérica: a capacidade jurídica. Segue-se, neste ponto, a linha de Marcos Bernardes de Mello (Acheegas para uma Teoria das Capacidades em Direito. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: RT, 2001, n. 03, p. 09-34).

<sup>189</sup> Na noção de *parte* posta acima incluem-se os terceiros intervenientes, mesmo aqueles que o fazem em adesão à postulação feita, como os assistentes. O termo empregado, portanto, designa qualquer *sujeito processual principal com interesse na causa*.

<sup>190</sup> Nesse sentido, ver PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Relação Jurídica Processual*. SANTOS, J. M. Carvalho (org.). *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Borsoi, s.a., p. 92.

Pontes de Miranda<sup>191</sup>, pessimamente por ela alocado: o *interesse de agir*<sup>192</sup>. Bem vistas as coisas, tudo isto é assim não porque o inciso XXXV do art. 5º., CRFB, define; é-o pela própria *estrutura da realidade*: todo direito – por ser fenômeno – refere-se a algo. Pode-se “bater às portas” do Poder Judiciário para pedir, mesmo que não se tenha direito ao que se pede<sup>193</sup>; mas é necessário referir o ato de pedir a algo, daí a conexão com o interesse de agir.

Interligando a pergunta à conclusão, pode-se dizer que a capacidade de ser parte, que também se encontra no mundo fenomênico, é o *estado mais potencial* da pretensão à tutela jurídica. Ou seja, para adquirir esta, é preciso, dentre outras coisas, ser titular daquela. Uma comparação mostra-se adequada: do mesmo modo que os cidadãos têm capacidade de votar e, quando do alistamento eleitoral, adquirem o direito a tanto (que cessa ao término do período de votação<sup>194</sup>), os sujeitos dotados de capacidade de ser parte (isto é, todos) encontram-se na

---

<sup>191</sup> Ver, nesse sentido, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, v. 1, p. 266-267.

<sup>192</sup> Há quem entenda que o termo *interesse de agir* é uma faceta do *interesse processual*: “esta condição de admissibilidade (...) corresponde a um ângulo específico do interesse processual que constitui condição de admissibilidade dos atos processuais em geral. Assim se pode falar em interesse em recorrer, no interesse em produzir prova e no interesse em impugnar” (ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para Agir no Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: RT, 1979, p. 57). Não se adere a esse posicionamento, porquanto equivocado. O termo *agir* presente na expressão acima refere-se não apenas ao ato de acionar, mas sim a qualquer prática, tais como as citadas pelo autor. Não é, portanto, um interesse na demanda, mas sim no agir – qualquer que seja – que vise à obtenção da tutela jurídica. O adjetivo *processual*, ademais, não lhe é adequado, porque – e, como regra, dá-se de tal modo – ele pode surgir no âmbito pré-processual, não à toa é tido como pressuposto da pretensão à tutela jurídica.

<sup>193</sup> E aqui, como diz Pontes de Miranda, não há falar – tal como Heinrich Degenkolb – em boa-fé (de consciência) no ato de pedir: “Falou-se de direito abstrato de agir, a cuja concepção servia a alusão à boa-fé. Que direito subjetivo seria esse que pertenceria a quem não pertence e cujos resultados, no caso da má-fé do titular abusivo, seriam os mesmos que os obtidos pelo titular de boa-fé? Não seria mais fácil recorrer à noção de faculdade jurídica, em vez de direito subjetivo? Que diferença existe entre o que não tem direito e crê tê-lo, o que não tem direito e sabe não o ter e o que tem direito e exerce ação não crendo tê-lo? Tudo isso mostra que andou bem um dos fundadores de tal teoria, H. Degenkolb, em mais tarde a rejeitar” (op. ult. cit., p. 131).

<sup>194</sup> Nesse sentido, Adriano Soares da Costa diz que a chamada elegibilidade é uma situação jurídica que decorre do ato (administrativo) de registro de candidatura. Ademais, segundo o autor, a duração dessa situação jurídica é temporária: perdura até o fim do período eleitoral. Noutras palavras (até porque o autor não se vale exatamente da perspectiva seguida neste trabalho), o sujeito é, de acordo com as condições para tanto, dotado de capacidade política passiva, mas elegível somente, também preenchidas as condições necessárias, é por determinados períodos. Ou seja, a capacidade política ativa atualiza-se a cada período do tipo (*Instituições de Direito Eleitoral*. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 73, em especial).

condição de, diante de uma situação real, adquirir pretensão à tutela jurídica. O que demonstra ser esta uma atualização da capacidade de ser parte.

Assim sendo, diante de uma situação concreta, tais como: a ocorrência de um contrato, a titularidade de um imóvel, a circulação de mercadorias, a realização de uma licitação, a morte de alguém, o pedido de registro de candidatura, a demissão de um emprego e, até mesmo, a edição de uma lei abstrata, o titular da capacidade de ser parte adquire o direito à tutela jurisdicional e, ao mesmo tempo, a pretensão à tutela jurídica. Para mais bem designar esse composto, deve-se utilizar o nome pretensão à tutela jurídica, e não apenas direito à tutela jurisdicional, pois ele, base sobre a qual ela repousa, já nasce dotado de exigibilidade. Muito embora sejam entes distintos, coincidem no tempo. Logo, ao se fazer alusão à pretensão, o direito ao qual ela se ajunta é implicitamente mencionado.

### **3.2.1.2. Pretensão à tutela jurídica: outras considerações necessárias**

Diante do exposto acima, toda pretensão à tutela jurídica é concreta, não por vincular-se ao *direito material* (não se trata do conhecido *concretismo*, é sempre bom frisar, para evitar *ruídos de comunicação*), mas sim por referir-se à determinada realidade. Portanto, não há uma única; são várias, uma para cada realidade que se apresenta. Única é a *potência máxima*, que, como visto, é a capacidade de ser parte, atualizável, ao menos em princípio, inúmeras vezes. É por isso que se pode falar em pretensão à tutela jurídica declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental, executiva ou, saindo da causa formal e mirando na final, inibitória, reintegratória, ressarcitória, punitiva etc<sup>195</sup>. Algo, há de se reconhecer, até usual na processualística recente, máxime pelas obras de Luiz Guilherme Marinoni<sup>196</sup> e Carlos Alberto Alvaro de Oliveira<sup>197</sup> (sem esquecer do *neoconcretismo* de Cássio

---

<sup>195</sup>Menciona as tutelas mais ou menos do mesmo modo, MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil*. São Paulo: RT, 2009, p. 144-145

<sup>196</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008.

<sup>197</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, um dos maiores críticos da teoria da ação material, mas que adota, quase que em sua inteireza, as eficácias acionais vista no capítulo passado como formas de tutela jurisdicional, sendo, portanto, o direito a elas como que afetado à realidade: p. 103 e segs. da obra citada para uma visão sistemática do que acaba de ser dito.

Scarpinella Bueno<sup>198</sup>), mas que já era, a seu modo, feito por Pontes de Miranda<sup>199</sup> (logo ele, o baluarte da teoria da ação de direito material!).

Um aspecto fundamental da pretensão em análise é seu viés *pré-processual*<sup>200</sup>, já que a relação *Estado-sujeito de direito* dá-se anteriormente ao próprio processo, *pré--existindo*, pois, a ele<sup>201</sup>. Daí ser possível afirmar que, havendo no plano material situação jurídica processualizável (ações, em regra), há, no plano pré-processual, situações jurídicas a ela correlatas, embora totalmente independentes. Por isso, não é de todo errado falar que, com o monopólio estatal da tutela jurídica, as pretensões a esta última acabaram, especialmente de um ponto de vista *pragmático*, absorvendo as eficácias acionais. Aqui, indispensável um esclarecimento. É cada vez mais comum a propagação da ideia de que, dada a limitação feita ao seu exercício, ação deixou de existir, salvo hipóteses permissivas da justiça de mão própria<sup>202</sup>. Chega-se a dizer que isso funda-se numa consequência lógica. Ledo engano, todavia. *Primeiro*, do ponto de vista (onto)lógico, a possibilidade de a pretensão à tutela jurídica absorver a eficácia acional depende da possibilidade de a ação existir. Sem haver impositividade, não pode ocorrer imposição. A ação (material) é a impositividade; a pretensão à tutela jurídica possibilita a imposição. *Segundo*, em si, a pretensão à tutela jurídica não traz

---

<sup>198</sup> O autor citado defende a ideia de um *neoconcretismo* no entendimento do direito de ação (pretensão à tutela jurídica). No entanto, sua perspectiva não é a deste trabalho: verificar que, como tem um fato jurídico que o gera, tal direito não pode independer do que seja, tendo sempre uma realidade. Não que Scarpinella Bueno negue isso; simplesmente não analisa. A perspectiva que adota é de falar no concretismo em virtude da necessidade de focar no fim do processo: a prestação da tutela jurisdicional. Em suas palavras: “O *neoconcretismo* entende e defende que não tem sentido estudar o direito processual civil exceto na perspectiva de viabilizar a *concreta* prestação da *tutela jurisdicional* a quem faz jus a ela na perspectiva do plano material. Já não se trata, assim, de confundir ou, quando menos, sobrepor os planos material e processual, vinculando a compreensão de institutos do direito processual civil, inclusive os fundamentais, a um direito cuja existência ou inexistência não infirma o plano do processo (...). E que, assim, todos os institutos do direito processual civil só têm sentido na dinâmica da prestação da tutela jurisdicional, justificando sua razão de ser nela” (*Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, v. 1, p. 363).

<sup>199</sup> Por isso, dentre outras, fala em pretensão à tutela jurídica executiva e à tutela jurídica cautelar (respectivamente, *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, v. 9, p. 47, e *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, v.12, p. 14 e 15)

<sup>200</sup> Também sustenta isso (ou sustentava?), MITIDIERO, *Elementos...*, op. cit., p. 117.

<sup>201</sup> Assim, MELLO, Marcos Bernardes de. Da Ação como Objeto Litigioso no Processo Civil, op. cit., p. 393.

<sup>202</sup> Caso do já citado Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, cujo ponto em questão também já foi referenciado.

consigo a eficácia impositiva, visto que independe da existência da relação jurídica material, na qual se encontra a ação. Como será demonstrado logo mais, ter pretensão à tutela jurídica, a princípio, é ter um *direito de demandar*, de exigir do Estado-juiz uma resposta à *oferta* por ele feita. Logo, não se pode dizer que, em si, a pretensão à tutela jurídica é *declaratória* etc., ela pode assim se tornar se, e somente se, existir, na realidade em que se funda, o direito material correspectivo.

Mais, a concretude da pretensão à tutela jurídica é, ao que parece, a única base analítica para explicar diversas situações do direito processual, cujo *abstratismo generalista*<sup>203</sup> não tem como dar conta. Dentre outras, destacam-se: *i)* a *perempção*, que, sem atingir o direito material, extingue a pretensão à tutela jurídica ligada ao caso; *ii)* a *convenção de arbitragem*, que é negócio pré-processual de disposição da pretensão à tutela jurídica ligada a uma determinada situação ou situações determináveis (*cláusula compromissória*). Ao se convencionar pela arbitragem, resta encoberta, a eficácia da pretensão enquanto perdurar a convenção; *iii)* a *coisa julgada*, que, entre outras coisas, gera, para o beneficiário da decisão, *exceção substancial* contra a pretensão à tutela jurídica do caso; *iv)* o chamado *pacto de non petendo*, quando versa apenas sobre a não *acionabilidade judicial*<sup>204</sup>. Neste caso, encobre-se a eficácia da pretensão à tutela jurídica concreta; *v)* a *legitimidade para a causa*, que, pelo direito vigente, encontra-se como hipótese de inadmissibilidade, logo, alheia à titularidade da ação material, referindo-se à titularidade da pretensão à tutela jurídica; *vi)* mais especificamente, a *legitimidade extraordinária*, que, na pré-processualidade<sup>205</sup>, faz alguém titular de pretensão à

---

<sup>203</sup> Expressão que serve para designar a ideia – ontologicamente impossível – da existência de um direito não atrelado a nenhuma realidade, com sói ocorrer com o chamado *direito de ação*.

<sup>204</sup> O *pacto de non petendo* consiste numa disposição a fim de que o titular do direito não atue, pelo tempo fixado no acordo, sobre o obrigado. Essa restrição pode atingir à própria pretensão, de modo que sequer é possível exigir; pode atingir à ação; e pode, por fim, limitar-se ao acionar judicialmente. Aqui, atinge-se tão-somente a pretensão à tutela jurídica. Só neste último caso, há, propriamente, negócio jurídico (pré-)processual. Nos demais, o acordo é de direito material refletindo, por consequência necessária, no âmbito (pré-)processual. Sobre o *pacto de non petendo*, embora adotando uma perspectiva diversa da aqui apresentada de acionalidade, até porque defende ser ela referente ao *ajuizamento de pretensões perante órgão jurisdicional*, ver CABRAL, Antonio do Passo. *Pacto de Non Petendo: a promessa de não processar no direito brasileiro*. Texto Inédito, já aprovado para ser publicado na Revista de Processo, gentilmente cedido pelo autor.

<sup>205</sup> Daí porque Pontes de Miranda dizer ser equívoca a utilizadíssima expressão *substituição processual* (*Comentários...*, op. cit., t. 1, p. 251-52). Com inteira razão, pois o ato de substituir não ocorre no processo, no qual o substituto é parte, mas sim no plano que lhe antecede.

tutela jurídica relativa a interesse alheio. Hoje, atribuível até mesmo por disposição negocial<sup>206</sup>; *vii*) o *âmbito recursal*, que é possibilitado por uma nova pretensão à tutela jurídica, surgida no processo. Esta última, objeto que é deste trabalho, será tratada em seus pormenores.

Diante de todo o exposto, pode-se dizer que o fato jurídico da pretensão à tutela jurídica é formado por toda e qualquer realidade que seja tutelável pelo sistema. Numa linguagem mais sintetizada, à moda bernardiana, o suporte fático desse fato jurídico é composto da capacidade de ser parte e do interesse de agir. Ao último, conquanto se trate de um assunto geral, será dedicado um item próprio no capítulo seguinte, já quando da análise do *fato jurídico recursal*.

### 3.3. O Direito ao Procedimento

Muito embora nalgum sentido a pretensão à tutela jurídica seja meio, ela o é como qualquer outra situação jurídica. Nenhuma delas, em verdade, é um fim em si, pois servem a algum interesse que as subjaz. Assim, o sentido mais próprio de *meio* (ou *instrumento*) refere-se aos atos jurídicos, já que, em essência, consistem no exercício de situações jurídicas que lhes antecedem. Eles são, portanto, instrumentos a serviço delas. Logo, a pretensão em análise relaciona-se a um exercício, que se faz pela *demand*a. Não é, porém, efetivada instantaneamente ao seu exercício, deveras limitado, aliás. Está-se ante à questão do *direito ao processo* ou *devido processo legal* (inciso LIX do art. 5º., CRFB).

Em tese, como a pretensão à tutela jurídica baseia-se num poder, bastaria, para sua efetivação, o seu exercício puro e simples. Dar-se-ia uma *espada* ao sujeito que se entende por violado ou na iminência de sê-lo, algo que lhe permitiria agir em seu favor. Acontece que o sistema jurídico não permite um ataque dessa espada se o sujeito atacado estiver sem proteção. É-lhe dado um *escudo*. Nesta metáfora, pretensão à tutela jurídica é a *espada*; devido processo legal, o *escudo*.

---

*Processualmente*, o substituto é posicionado como parte; *pré-processualmente*, é substituto, representante ou coisa que o valha.

<sup>206</sup> Nesse sentido, com pioneirismo, DIDIER JR. Fredie. Fonte Normativa da Legitimação Extraordinária no Novo Código de Processo Civil: a legitimação extraordinária de origem negocial. *Coleção Novo CPC: doutrina selecionada*. MACÊDO, Lucas Buri; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 244-248.

São dois direitos subjetivos fundamentais em *tensão*. Desse modo, nem o escudo pode ser pequeno demais, a ponto de partes do corpo do atacado ficarem totalmente desprotegidas, e feito de um material que possa ser traspassado pelo simples golpe da espada; nem a espada pode estar não afiada ou com a ponta quebrada, a ponto de, atingindo o alvo, poucos ou nenhum dano causar-lhe. A síntese dessa tensão é o direito ao procedimento<sup>207</sup>.

Mas a quem pertence tal direito, ao atacante ou ao atacado? Como síntese que é, a ambos. Claro, tende a pender para um dos lados, o qual, em regra, é o do atacado, réu<sup>208</sup> do processo judicial. O chamado *procedimento comum* (arts. 318 e

---

<sup>207</sup> Costuma-se, como já mesmo se fez (GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; MIRANDA, Gabriela Expósito. O Fenômeno Processual de acordo com os Plano Material, Pré-Processual e Processual do Direito: breves considerações do tema a partir (e além) do pensamento de Pontes de Miranda. *Coleção Novo CPC: doutrina selecionada*, op. cit., p. 195-197), chamar de procedimento o remédio jurídico processual. Trata-se de um equívoco, no entanto. O procedimento é uma síntese entre dois interesses em tensão: o do acionante e o do acionado; o remédio é próprio daquele que se põe na condição de acionar, pois afirma ter tido algo seu violado ou que esteja por sê-lo.

<sup>208</sup> Sem embargo de outras possibilidades, pode-se entender a noção de parte em duas perspectivas: uma *dinâmica* e outra *estática*. *Dinamicamente*, parte tem a ver com o sujeito que, posicionado no processo, sofre os influxos do movimento processual, especialmente os advindos da decisão. Deste modo, *autor* é o beneficiário do resultado decisional; *réu*, quem sofre tal resultado. Neste sentido, ambos fazem jus ao devido processo legal, pois este é um direito dado àquele que se encontra na condição de poder de submeter ao poder. *Estaticamente*, contudo, considera-se como *autor* aquele que posiciona, e *réu* como o sujeito posicionado (e neste sentido que, por exemplo, Pontes de Miranda define autor e réu, *Comentários ao Código de Processo Civil*, op. cit., v. 1, p. 139-140 e 159-160, respectivamente). Aqui é necessária uma explicação. Tal como os corpos, os sujeitos do processo precisam estar posicionados para poderem ser agentes do movimento processual. No caso dos sujeitos interessados, como as partes, tal posicionamento advém de dois modos: ou o sujeito se posiciona ou é por outrem posicionado. Assim, tal como dito acima, autor posiciona; réu é posicionado. E o autor o faz quando, por algum meio processual (como a demanda), propõe ação contra alguém, colocando-o na posição processual de réu. Embora a petição inicial seja o meio por excelência para tanto, há, por óbvio, outros meios que para isso funcionam. O réu encontra-se em tal posição desde o momento em que se pode considerar proposta a ação. Ou seja, ele é réu desde então, e não apenas no momento em que é validamente citado. A citação válida tem o condão de possibilitar a *oponibilidade* da decisão a ser proferida, caso ela venha a ser contrária ao réu. É nesse sentido que se deve dizer ser a citação um “*pressuposto processual*” de *eficácia*. A eficácia aqui restringe-se à tal oponibilidade. Não se trata da eficácia processual como um todo. Tanto isso é verdade que, para beneficiar o réu, a citação se torna desnecessária. Assim, no intervalo procedimental existente entre a propositura da ação e a citação (válida) do réu há existência válida e eficaz do processo, com a “mera” ressalva de *inoponibilidade* (*ineficácia relativa*) ao réu, não obstante o fato de este já compor a relação processual. Logo, são de todo equivocadas afirmações de que, antes da citação válida, o réu seria um “simples” terceiro, e não ainda parte, permanecendo como tal caso não venha a ser citado ou ser o for nulamente (é o que parece defender Elie Pierre Eid: “Se não ocorreu ou se foi nula a citação, o réu da fase de conhecimento jmais deixou a condição de terceiro e, portanto, o título foi formado sem sua participação”, *Repercussões do Litisconsórcio Unitário sobre a Eficácia da Sentença e os Limites da Coisa Julgada. Coisa Julgada e outras Estabilidades Processuais*. DIDIER, JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo (coords). Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 449). Réu ele é, até porque apontado como tal na decisão; o problema é de oponibilidade, como colocado acima. Um réu pode até ter sido terceiro ao processo (à relação processual, mais



segs, CPC) é a concretização disto. Por consequência, toda regulação de *procedimento especial* é, em verdade, um “puxar a corda” para um lado ou para o outro. Há procedimentos especiais bem mais tendentes ao atacante, como o mandado de segurança (Lei n. 12.016/09), e outros, mais do que o comum, ao atacado, como o da ação de interdição (art. CPC). No entanto, mesmo quando deveras benéfico ao réu, há algo que resta em favor do autor, porque, no mínimo, é um óbice a que não lhe seja imposto nada além do que o previsto por lei. De algum modo, por conseguinte, tem o autor *direito ao procedimento*.

Mais, há casos em que, paralelo ao comum, se atribui ao indivíduo a titularidade do direito a um procedimento especial, facultando-se, portanto, o uso de um ou de outro. É o exemplo do procedimento das ações executivas fundadas em título extrajudicial (art. 785, CPC). Nesses casos, o indivíduo tem o direito subjetivo de escolher qual procedimento utilizará. Eis outro direito subjetivo de natureza pré-processual.

Tudo o que foi dito nos quatro parágrafos acima demonstra que ter pretensão à tutela jurídica significa, antes de tudo, titularizar um *direito de demandar*<sup>209</sup>, de

---

especificamente), caso a propositura da ação contra ele tenha ocorrido com o processo em curso, como, por exemplo, em ações incidentais. Deixa de sê-lo, porém, de imediato com a propositura. Em ações iniciais, o réu, por lá estar assim posicionado, nunca terá como ser terceiro, salvo se excluído da relação processual. Portanto, *réu* se é desde o momento em que há ação proposta, momento este em que ele é colocado como tal; a citação válida funciona como condição necessária para a oponibilidade de qualquer medida que a ele seja contrária. Em conclusão, faz-se necessário, todavia, analisar o seguinte problema: a *anterioridade/posterioridade temporal* da decisão em relação à citação. Para tanto, é preciso distinguir três situações, deduzindo delas as conclusões: *i*) decisão a ser proferida após a citação do réu. Aqui, a citação é pressuposto de validade (condicionante da eficácia) da decisão e, por isso, necessária à oponibilidade ao réu; *ii*) decisão proferida antes da citação do réu cuja oponibilidade, porém, depende da citação deste. Trata-se aqui a citação de pressuposto de eficácia “puro” (pois não condicionado à validade) da decisão; *iii*) decisão proferida antes da citação do réu cuja efetivação também se dá anteriormente a ela. Aqui, a citação funciona como determinação inexa à eficácia decisional. A não citação opera a resolutividade da eficácia.

<sup>209</sup> Ao longo de sua atualização, a capacidade de ser parte origina um direito de demandar e, havendo correspondência com a realidade do direito material, gera, propriamente, a pretensão à tutela jurídica (nas muitas formas possíveis). O direito de demandar opera em dois frentes: *i*) requerer do Estado-juiz uma resposta à oferta por ele feita e *ii*), como essa resposta dá-se contra alguém, um poder de *acionar*, isto é: colocar alguém na posição de poder sofrer a imposição judicial. Neste sentido, o direito de demandar tem um quê de *potestatividade*, pois o destinatário da imposição encontrar-se-á em tal posição independentemente de seu querer: ele é compulsoriamente inserido no processo. Claro, o acionamento é mínimo, porque o acionado (réu, no sentido estático do termo) terá – à medida do procedimento que lhe garante – possibilidade de defesa. Portanto, a teoria *chiovendiana* da ação como direito potestativo não poder ser tida como de todo equivocada (ver, para tanto, CHIOVENDA, Giuseppe. La Acción en el Sistema de los Derechos. *Ensayos de Derecho Procesal Civil*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1949, v. 1, p. 29 e segs.), pois

pedir algo a quem tenha poder para tanto. Eis a *demanda*. Como também é limitada pelo devido processo legal, torna-se, em verdade, o ato inicial do procedimento. Por isso, antes de tudo, exerce-se o direito ao procedimento, exigindo do juiz a tutela prometida. Daí se dizer que a demanda é o ato de exercício da pretensão à tutela jurídica. Não obstante, pode haver ato de demandar sem a ocorrência do direito a ele, o que torna o primeiro um ato jurídico ineficaz. O (mais) correto é dizer que o exercício da pretensão à tutela jurídica se faz *pela* demanda, e não que consiste *nela*.

Há outro conceito que tem a ver com o problema acima. Trata-se do *remédio jurídico processual*. O que este nome significa? Será ele sinônimo de *demanda*? Abaixo, quando da análise dos atos do procedimento, tais questões serão analisadas.

Retornando ao ponto anterior, o direito ao procedimento é, obviamente, dotável de pretensão, e desde sua formação. Pretensão a exigir do respectivo sujeito passivo o não óbice (prestação negativa) ao do meio, tal como a lei o estabeleceu. Por opção linguística, será usada a expressão *direito ao procedimento* para designar não só ele mesmo como também a pretensão que lhe corresponde. Ademais, tal como a pretensão à tutela jurídica, dele o Estado-juiz é sujeito passivo. A bem da verdade, ambos compõem uma *grande* relação jurídica de direito pré-

---

realça esse aspecto impositivo da atuação sobre o réu, que nesta condição é colocado. A concepção do *direito de demandar* aqui defendida guarda, nalgum sentido, similitude com a defendida por Guilherme Estellita, que, se não o primeiro, foi dos pioneiros a defender no Brasil a autonomia (no sentido ao menos próximo de abstração) do direito de ação (expressão que ele, após longo escorço histórico, diz, àquele tempo, sofrer uma série de transformações) em relação ao direito material (*Direito de Ação, Direito de Demandar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1942, p. 126 e segs., sobretudo). Ademais, defende a ocorrência de algo análogo ao direito em análise, ao qual dá o nome *direito de provocar a atividade judicial*, DIDIER JR., *Curso...*, op. cit., p. 322. O autor, porém, não faz a diferenciação entre o *requerer* e o *posicionar* no ato demandar, a qual é necessária pois apenas no último há potestatividade. Válido lembrar, claro, a lição – já antiquíssima – de Francisco de Paula Baptista diferenciando a ação do exercício dela: “ação e exercício de ação, exprimem noções distintas. Ação pertence ao direito civil ou comercial, conforme for a matéria de que se trate com relação à lei: o exercício d’ação é demanda propriamente dita, a qual já então pertence ao regime judiciário” (*Compêndio de teoria e prática do processo civil comparado com o comercial e de hermenêutica jurídica*. 7. ed. Rio de Janeiro: H. Garnier, 1907, p. 12). Embora não haja, pelo autor, diferenciação entre ação e direito de ação (pretensão à tutela jurídica), ao tempo dele (data de 1855 a primeira edição de sua obra), colocar o exercício da ação no âmbito processual e dizê-lo demanda é algo que, sem dúvida, impressiona.

processual<sup>210</sup>. Como já é de conhecimento, a pretensão à tutela jurídica somente é exercitável mediante um procedimento, o qual a onera. Há um viés de *ônus* no procedimento<sup>211</sup>.

Por fim, é preciso diferenciar o direito ao procedimento da ação de direito material. Algo que, aparentemente óbvio, ainda é muito confundido na prática processual e até mesmo na processualística. No mínimo, a distinção é fundamental por ser possível ocorrer preclusão<sup>212</sup> (ou, conforme o caso, prescrição) de um sem que o outro seja atingido. Exemplos pululam no direito positivo, dentre outros: *i*) primeiramente, ocorrido o transcurso no prazo do art. 23 da Lei n. 12.016/09, extingue-se o direito (e, conseqüentemente, a pretensão) ao mandado de segurança, sem que, com isso, se perca a ação material mandamental processualizável, algo que terá de ser feito por outra via; *ii*) do mesmo modo, ultrapassado o prazo do art. 558, *caput*, CPC, perde-se o direito ao procedimento específico dado às ações possessórias de reintegração e manutenção, não se perde – a própria literalidade do dispositivo denota isso – a ação, que, no plano material, permanece possessória e, por isso, sumária; *iii*) por fim, ocorrida a hipótese prevista no art. 59 da Lei n. 7.357/85, resta prescrita a ação executiva que exsurge do cheque (o título cambiariforme perde a executividade) e, conseqüentemente, precluso o direito ao procedimento executivo, surgindo, com isso, nos moldes do art.

---

<sup>210</sup> O que se assemelha, com as devidas ressalvas, da posição de Fredie Didier Jr. acerca do direito de ação como plexo de situações jurídicas (*Curso...*, op. cit., p. 321-24). Em verdade, o direito de ação é elemento de uma grande relação jurídica, e não a base formativa dessas outras situações.

<sup>211</sup> Em rigor, ao autor, o procedimento é, ao menos em geral, muito mais um ônus que propriamente um benefício. Isto no sentido de ele ter de suportar todo o *iter procedimental* (que, para o réu, é uma garantia) para poder ter seu direito analisado. A especialização procedimental, tanto feita previamente (como no mandado de segurança) como por decisão judicial (como nas antecipações de tutela que não são da essência – caso da execução de título extrajudicial – de determinado tipo de procedimento), faz pender a balança para o lado do benefício. Por isso, não é equivocado falar em *ônus do procedimento*.

<sup>212</sup> O termo *preclusão* acima colocado guarda sinonímia com o termo *decadência* utilizado, hoje, largamente pelos juristas dos diversos ramos do direito positivo, em especial o direito privado. A razão pela opção do nome preclusão no lugar do habitual decadência deve-se ao equívoco etimológico do último: “o direito cai; não decai”, diz Pontes de Miranda (*Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, t. 6, p. 135). Decair é verbo que denota processo. Em linguagem comum, ao se dizer, por exemplo, estar uma determinada empresa em decadência, é porque ela está em processo (ou, numa etapa final deste, na iminência) de últimação. Tal realidade, por certo, não acontece com o direito sujeito a prazos “decadenciais”: ocorrido o ato-fato jurídico, o direito é extinto inexoravelmente. A opção pelo uso do termo preclusão, espécie do gênero caducidade (= perda de situações jurídicas ativas, como, e em especial, o direito), na esteira de Pontes de Miranda, que o utiliza em toda sua obra.

61 da mesma lei, a ação material de locupletamento sem causa, de igual sumariedade à ação executiva prescrita, visto que, uma vez transmitido o título, sua causa não poderá ser discutida. Resta, porém, ao titular acionar o responsável tanto pelo meio monitório (enunciado n. 299 da Súmula do STJ) como pelo procedimento comum. Há no plano pré-processual, portanto, direitos a ambos procedimentos, bem como à escolha de um deles, consoante visto acima.

#### 4. A processualidade

Sendo o plano pré-processual uma etapa de preparação e sabendo ser ele composto de situações jurídicas – como a pretensão à tutela jurídica e o direito ao procedimento-, o plano processual inicia-se exatamente pelo ato que as invoca. Posto que seja possível alguma variação dos legitimados, não há outro modo de formação do processo. Ele, antes de tudo, é ato jurídico, visto que possibilita o surgimento de uma nova realidade, a relação jurídica processual.

Esse agir, porém, não é bastante em si. Obviamente, o ato processual inicial não é suficiente para a satisfação do interesse do agente. Outro sujeito, como dito, atua para tanto. Trata-se do órgão judicante (o Estado-juiz, como regra). Há viés *comunicacional* na atuação. Manifesta-se vontade comunicando algo a alguém: ao juiz se diz querer a tutela jurídica, em síntese. Há, por isso, de se falar em *necessidade de comunicação* como condição de possibilidade desse tipo de ato processual<sup>213</sup>.

Mais, há outra necessidade, de viés normativo: a de *procedimentalização*. Significa dizer que o ato processual, em virtude do direito ao devido processo legal atribuído ao sujeito que pode ser submetido, só poderá ser levado a cabo se se observar o procedimento estabelecido. O ato processual inicial, portanto, é o *princípio*<sup>214</sup> de uma série encadeada de atos, à qual se dá o nome de procedimento.

---

<sup>213</sup> Conforme se verá de modo pormenorizado logo mais.

<sup>214</sup> O termo princípio está utilizado de *primeiro*: “Portanto, o primeiro sentido se diz ‘princípio’ aquela parte da coisa que primeiramente é gerada e a partir da qual a geração da coisa começa, assim como no navio se faz primeiro a quilha ou a base, que é como o fundamento do navio, sobre a qual todas as madeiras do navio serão dispostas” (TOMÁS DE AQUINO, Santo. *Comentário à Metafísica de Aristóteles (V-VIII)*. Trad. Paulo Faitanin e Bernardo Veiga. Campinas/SP: Vide Editorial, 2017, p. 31). Princípio, portanto, como o primeiro na ordem causal.

Este, como visto no capítulo anterior, é um ato complexo, logo, tendo unidade substancial, deve ser entendido em sua totalidade como um ato jurídico; e, segundo o demonstrado acima, refere-se a um direito que lhe antecede. Conseqüentemente, por ser ato jurídico, é apto a produzir efeitos, como, dentre outros, a *relação jurídica processual*. Analiticamente, processo é o procedimento e o somatório dos efeitos pelos atos deste gerado. Limitá-lo ao procedimento, é torná-lo um *flatus vocis*, como num estudo balístico que só analisa as características da arma, ignorando os efeitos causados pelo acionamento dela; defini-lo apenas pelos efeitos, é, além de tudo, operar uma abstração totalmente inviável, pois, tendo em vista sua propriedade hermenêutica, já que composto de comunicação, o fim do processo só pode ser atingido a partir de algo que está nos atos que compõem o procedimento<sup>215</sup>. Uma definição, portanto, errada em si mesma.

Há algo a mais, todavia. Além de seu fim precípua, tanto todo o composto, procedimento e seus efeitos, como cada uma de suas partes pode ser reintroduzido no sistema: vindo a ser elemento de hipóteses de incidência de fatos jurídicos os mais diversos. Estes, de algum modo, são fatos processuais, mas – por definição – não atos do procedimento. Há, portanto, em termos processuais algo estrito: todo o composto referente ao procedimento, e algo amplo: o somatório de tudo aquilo que, de algum modo, referencie-se ao processo. A este último, consoante já adiantado, dá-se o nome de *âmbito processual*. É fundamental efetuar essa distinção para a correta compreensão de diversos problemas existentes. Um deles, necessário a este trabalho, conforme se verá.

Por isso, é relevante demonstrar o fundamento analítico da distinção: *fato processual em geral e ato do procedimento*. Contudo, até este momento,

---

<sup>215</sup> De algum modo, essa é posição de Cândido Rangel Dinamarco (Os Institutos Fundamentais do Direito Processual. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 103), para quem o processo é uma entidade complexa, de modo que devem ser criticadas tanto a teoria da relação jurídica, por não dar ênfase ao procedimento, como a teoria do procedimento em contraditório, por relegar a relação jurídica. Logo, o processo seria “o procedimento animado pela relação jurídica processual” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 128). Seguem-no: FERNANDES, Antônio Scarance. *Incidente Processual: questão incidental, procedimento incidental*. São Paulo: RT, 1991, p. 79-80; YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela Jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 166.

mencionou-se a definição de fato processual; é imperioso destrinça-la. Em seguida, partir-se-á para a demonstração citada acima.

#### 4.1. Definição de fato processual

Ultimamente, vem se entendendo que a razão de ser *processual* um *fato jurídico* está na possibilidade de ele repercutir num processo<sup>216</sup>. Ou seja, sua eficácia tem de ter a propensão de interferir processualmente. O *fato é processual*, portanto, pelo seu efeito. Tal ideia é, no mínimo, imprecisa, porque não observa a essência do fato jurídico: a juridicização de seu suporte fático. Além disso, pode contribuir para a confusão dos regimes jurídicos aplicáveis a cada um dos fatos processualmente relevantes, o que a torna pragmaticamente ruim.

À evidência, o *ser processual* encontra-se no suporte fático do fato jurídico. Para mais bem entender, é preciso falar em *processualidade*, que, já se sabe, é a essência desse ser. Aqui, leva-se em conta este último não isoladamente, mas sim diante de outro (perspectiva dinâmica). Nesse sentido, processualidade é uma *relação*, isto é: dá-se na interação de algo com outro. Como é próprio de qualquer outra do tipo, só se pode verificar sua ocorrência se se tomar algo como referencial. Assim, na busca deste último, possivelmente nada é mais adequado que aquilo no qual toda a processualidade centra-se: o procedimento, como visto acima. Mas este, também como visto, já que fato jurídico, é a causa de algo. Mais do que na causa, a centralidade da relação está no efeito. Logo, é a relação jurídica processual – efeito que é do procedimento – o *ponto arquimédico* do problema em investigação<sup>217</sup>.

Por tudo isso, um fato jurídico será processual quando em seu suporte fático estiver presente algo que componha o conteúdo eficaz de uma relação jurídica

---

<sup>216</sup> É a posição ao que parece de Fredie Didier Jr., que, num primeiro momento, diz que a processualidade do fato tem a ver com a referência a um procedimento e, logo após, que “ato processual é todo aquele comportamento humano volitivo que é apto a produzir efeitos jurídicos num processo, atual ao futuro” (*Curso...*, op. cit., p. 421-22).

<sup>217</sup> Ressalte-se, mais uma vez, que a *faticidade processual* não se resume à relação jurídica processual. Engloba não só as demais relações jurídicas existentes na processualidade, além de, obviamente, todos os fatos que, de algum modo, têm relevância para o processo, acima de tudo o *procedimento*.

processual, seja ela *presente* (no sentido de pendente), *passada*<sup>218</sup> ou *futura*<sup>219</sup>. Um exemplo é interessante. Leve-se em conta o caso da *morte* como fato do mundo, ou seja, a ocorrência de um ser humano perder a vida. Esse dado fático pode ser elemento de suportes fáticos dos mais diversos, como o do *fato jurídico da sucessão*. Para isso, é preciso que o defunto tenha, minimamente, patrimônio e herdeiros. Do ponto de vista processual, se o defunto era parte de um processo (ou seja, sujeito de uma relação processual), há elemento componente de outros suportes fáticos, como, sendo o direito em discussão transmissível, o da *suspensão do processo* para fins de *sucessão processual* (art. 313, I, CPC), e, caso intransmissível, o da extinção do processo sem análise do mérito (art. 485, IX, CPC). Do ponto de vista linguístico isso fica muito evidente. Uma coisa é o relato fático: “Fulano de tal, dono do imóvel X, pai de Beltrano, faleceu; outra é o relato: “Fulano de tal, dono do imóvel X, pai de Beltrano, litigante no processo Y, no qual se discute a titularidade de X, faleceu”. Neste caso, há um elemento diferenciador: o ser *litigante*, o ser *parte* de um processo. A *processualidade* está, pois, aqui: no ser *parte*, que é componente do espectro eficaz de uma relação processual.

Não obstante, mesmo com tal balizamento, a gama de fatos processuais é imensa. Distingui-los é empresa ainda por terminar, sem embargo de relevantes obras que, direta ou incidentalmente, tem-na por objetivo. Para os fins deste trabalho, releva o ato do procedimento e, mais especificamente, o da espécie postulatória. Assim, diferenciá-lo do todo (quase amorfo) onde se encontra é tarefa aqui indispensável. Mas qual é o critério a ser utilizado para tanto? Em vez de apenas apresentá-lo, demonstrar-se-á a razão que torna fundamental a distinção em análise: uma *dupla razão*, rigorosamente.

---

<sup>218</sup> É possível falar em fato jurídico cujo *elemento de processualidade* lhe anteceda. Por exemplo, para aqueles que defendem sua viabilidade constitucional (o que não é o caso da autoria deste texto), é o que se tem no acordo de desconsideração da coisa julgada, porque, aqui, se está a dispor sobre um elemento processual já ocorrido: a eficácia da coisa julgada.

<sup>219</sup> Quando, por exemplo, se convencionou que, em determinada relação processual, qualquer lide advinda será resolvível até o esgotamento das esferas ordinárias, excluindo-se, com isso, a jurisdição dos tribunais superiores, está-se por negociar sobre algo (poder de recorrer) hipotético, que, por compor uma relação jurídica processual (embora de ocorrência apenas possível), é tido por processual. Eis a razão de ela ser futura em relação ao ato de disposição.

## 4.2. A dupla necessidade de distinguir o fato processual em geral do ato do procedimento

A distinção entre *atos do procedimento* e demais *atos* (mais especificamente, os *atos*) *processuais* é clássica, dispensando, inclusive, maiores referências sobre. Ocorre que, muito por força do advento do CPC vigente e, curiosamente, em virtude de certa análise dos fatos processuais a partir da Teoria do Fato Jurídico de Pontes de Miranda<sup>220</sup>, tal distinção vem se perdendo. Há uma dupla necessidade na distinção, todavia. A primeira referente é a um *problema gnosiológico*; a segunda, a uma *questão normativa*.

### 4.2.1. A comunicação processual como condição de possibilidade para o implemento dos eventos relevantes para o direito: problema gnosiológico

Os *atos do procedimento* contêm *comunicações*<sup>221</sup> entre os sujeitos processuais. Quando peticona, a parte, antes de tudo, comunica algo ao juiz<sup>222</sup>. Este, por sua vez, ao se pronunciar, comunica algo às partes. Já o MP ao apresentar parecer ou cota também comunica; o perito também o faz quando apresenta o laudo etc. O próprio juiz quando conhece algo de ofício comunica ao dizê-lo que conheceu<sup>223</sup>. Mesmo que isso só ocorra no ato decisório, ele está a fazê-lo.

---

<sup>220</sup> É o que se dá com Fredie Didier Jr., que, conquanto confirme a diferença entre fato processual e ato do procedimento, acaba (segundo ele, em virtude de questões de ordem metodológica) por dizer: “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” (*Curso...*, op. cit., p. 421-423).

<sup>221</sup> É necessário registrar que não se pretende neste trabalho analisar o problema (do direito) processual sob o enfoque de uma teoria comunicativa, quaisquer que sejam. Nem sequer se adota à ideia de que a juridicidade somente se diante do fato comunicativo, nos moldes desenvolvidos, por exemplo, por Paulo de Barros Carvalho (*Direito Tributário: linguagem e método*. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2013, p. 168-70), até porque o marco teórico adotado é, conforme descrito no primeiro capítulo, o ponteano. Apenas se pretende destacar que o *viés comunicativo* é da *essência* de alguns atos processuais, sobretudo os atos postulatórios. Longe, portanto, de “reduzir” toda processualidade, muito menos a juridicidade, ao aspecto estritamente comunicativo.

<sup>222</sup> Daí se dizer (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, v. 4, p. 18) que, entre outras coisas, a petição contém comunicação de fato.

<sup>223</sup> No chamado *conhecimento de ofício* é dado ao juiz o poder de, constatando-o, levar em conta algo sem a necessidade de alegação pelo sujeito interessado. Ou seja, o conhecimento da matéria pode dar-se validamente sem a necessidade de ato de comunicação expressa por tal sujeito. Não obstante, não há total liberdade, tal como ocorre quando um cientista analisa seu objeto de estudo. Para que o conhecimento de ofício possa, validamente, ocorrer é preciso que, além de tudo, a matéria (objeto cognoscível) esteja provada nos autos. Não se trata, desse modo, de um



Observe-se a nuance deste último caso: o ato de comunicar sempre acontece, ainda que a matéria conhecida de ofício só seja apresentada na decisão. Está-se diante de um problema ontológico. Do ponto de vista deontológico, há, porém, transgressão, pois ao juiz não é lícito julgar com base em algo sobre o qual os demais sujeitos processuais não puderam falar (art. 10 c/c art. 9º., *caput*, ambos do CPC). Ocorre que, e isso se percebe dos próprios exemplos dados, esse aspecto comunicacional é muito maior em alguns atos que noutros. As decisões, por exemplo, comunicam não porque lhes seja necessário, mas sim por uma imposição normativa (art. 93, IX, CFRB); já os atos postulatórios têm, conforme se verá abaixo, a comunicabilidade como algo que lhes é essencial.

Desse modo, se tais atos são essencialmente comunicação, neles, por óbvio, há a presença de um elemento comunicado. E o que, por eles, assim o é? Essa é uma resposta cuja compreensão é relativamente simples. Nesse sentido, comunicáveis são os *eventos*<sup>224</sup>, sobretudo os que têm relevância para o direito<sup>225</sup>. Por evento deve-se entender aquilo que é único e irrepetível, de modo que somente é apreensível mediante um relato linguístico. Eis o *abismo gnosiológico* a que alude João Maurício Adeodato<sup>226</sup>. Os chamados fatos jurídicos são eventos em tal perspectiva<sup>227</sup>. Já a relevância para o direito é algo estritamente normativo. Assim,

---

conhecimento privado, mas sim, a partir de sua comprovação no âmbito procedimental, obtido por outros meios de comunicação diversos da alegação expressa da ocorrência (ou inoocorrência) do fato, tal como acontece nas comunicações de fato externadas em petições e coisas do tipo.

<sup>224</sup> O termo encontra-se aí empregado para designar qualquer fato comunicável, e não apenas fatos naturais, na forma que menciona Marcos Bernardes de Mello (*Teoria do Fato jurídico: plano da existência...*, op. cit., p. 38). Tem a ver, nesta perspectiva, com o emprego que dele o faz Paulo de Barros Carvalho (op. cit., p. 168-69), Tarek Moysés Moussallem (*Fontes do Direito Tributário*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2006, p. 134-35) e Gabriel Ivo (*Norma Jurídica: produção e controle*. São Paulo: Noeses, 2006, p. 56). Ressalte-se – algo que, de resto, se percebe do texto acima – que não se adota neste trabalho a premissa seguida pelos últimos autores. Fato jurídico é independentemente da aplicação (salvo se em sua hipótese de incidência houver como elemento nuclear o a presença de um ato de aplicação); contudo, dada sua punctualidade, entra como evento comunicado em atos jurídicos de tipo comunicativo, como é o caso dos atos postulatórios.

<sup>225</sup> Em rigor, somente se deveria comunicar ao juiz algo que tivesse relevância para o direito. Não é isso que sempre acontece, por óbvio. A comunicação de algo não relevante leva à inadmissibilidade do ato, mas, até por isso, não o torna um *nada*; ineficaz é o que ele é.

<sup>226</sup> ADEODATO, João Maurício. *Uma Teoria Retórica da Norma Jurídica e do Direito Subjetivo*. São Paulo: Noeses, 2011, p. 33-5.

<sup>227</sup> Como já destrinçado, adote-se neste trabalho a concepção fato jurídico numa perspectiva estrutural, tal como, por exemplo, Pontes de Miranda o alude como produto da incidência normativa sobre um suporte fático ocorrido. Nessa perspectiva, pode-se enquadrá-lo como algo que existe e,

tautologicamente, diz-se que todo o juridicizável é relevante para o direito. Do ponto de vista da comunicação processual, porém, só terá relevância aquilo que puder ser analisado pelo juiz. No direito constitucional brasileiro, sabe-se, isso se confunde com o juridicizável (inciso XXXV do art. 5º., CRFB).

A comunicação é, sem dúvida, *condição de possibilidade* para o conhecimento desses eventos, a fim de que, das mais variadas formas, possam ser processualmente implementados. Exemplos facilitam a compreensão: *i)* quando numa ação de cobrança o réu alega prescrição, ele o faz para que, sendo devidamente constatado o evento referente a ela, possa ser aplicada a regra jurídica que a estabelece, de modo a ser tida por neutralizada a pretensão afirmada pelo autor; *ii)* quando numa ação de usucapião o autor afirma ter adquirido a propriedade, ele o faz para que o juiz, constatando a ocorrência do evento afirmado, declare à dita aquisição. Esse *implemento processual* é, em rigor, a tão decantada tutela jurisdicional<sup>228</sup>. Em linguagem mais afeita à teoria de conhecimento: comunicam-se eventos (ato do sujeito interessado) para que possam ser implementados (tutela jurisdicional). *Gnosiologicamente*, tem-se: comunicar para conhecer e, com isso, implementar. Assim sendo, os eventos relevantes para o direito são comunicáveis ao juiz por intermédio dos atos procedimentais. Além daqueles referentes ao dito *direito material*, os *atos processuais* (ou a não ocorrência deles) como um todo também são comunicáveis. Eis o ponto nevrálgico. É necessário agora demonstrar o porquê de os fatos processuais também se submeterem à estrutura gnosiológica posta acima.

Isso se dá porque, do ponto de vista do implemento processual, os diversos fatos processuais só têm relevância se puderem ser objeto de conhecimento, algo que, para tanto, exige sua comunicação. Embora mantenham – na estrutura – sua

---

além disso, tem, conforme o caso, validade (ou invalidade) e eficácia (ou ineficácia). Outra coisa é a perspectiva comunicacional (própria do conhecimento). Aqui, não importa sua estruturação: existente ou não existente e, no primeiro caso, válido ou inválido, eficaz ou ineficaz, o fato jurídico é “apenas” um evento comunicável.

<sup>228</sup> O *implemento processual* é algo que, por isso, nada tem a ver com a estrutura do fato jurídico, ou seja, referente à sua existência, validade (se for o caso) e eficácia. Não é um quarto momento na vida dele, portanto. Em verdade, o *implemento* tem a ver com a questão da aplicação do direito: comunica-se o evento para que, em sendo constatado, possa ocorrer a aplicação do regramento jurídico adequado ao caso.

condição de fato jurídico (sendo o caso, válidos e, conforme a espécie, eficazes), não terão operacionalidade caso não sejam comunicados. Se, por exemplo, a *morte da parte* (fato processual *stricto sensu*, como dizem) não vier, pelas diversas formas de comunicação permitidas (um relato testemunhal é suficiente para tanto), ao conhecimento do juiz do processo ela não tem como ser implementada. Isto não pré-exclui sua eficácia como fato jurídico, apenas, por não ser conhecida, não tem como ser levada a cabo.

Do mesmo modo que, para ter um negócio jurídico implementado processualmente, é preciso comunicar a ocorrência (ou inoocorrência) de um fato processual: ambos são eventos. Não se trata, importa frisar, de um problema de ordem normativa, sujeito, por isso, a alterações do direito positivo: tem a ver, consoante dito acima, com o *problema gnosiológico*. Uma convenção de arbitragem, posto que, na estrutura, possa existir válida e eficazmente, não será implementável se o réu (ou outro legitimado) não comunicar sua ocorrência ao juiz, a fim de que, em virtude dela, inadmita o pedido. No caso, o réu, em geral por petição, comunica o acontecimento da convenção de arbitragem (comunicação de fato) para que, conhecendo-a em sua existência válida e eficaz, o juiz possa implementá-la, de modo a extinguir o processo sem resolução do mérito (inciso VII do art. 485, CPC).

Rigorosamente, os negócios jurídicos processuais, em especial os do art. 190, CPC<sup>229</sup>, são eventos por serem comunicados ao juiz<sup>230</sup>. Não enfrentar a

---

<sup>229</sup> Não é que nos atos do procedimento – sobretudo nos postulatórios – não possa haver *negociabilidade* (no sentido de *dispositividade*). Quando o réu, prioritariamente, pede a extinção do processo sem resolução do mérito e, apenas subsidiariamente, a improcedência da ação, ele está a dispor de seu direito ao julgamento prioritário (por força do disposto no § 1º do art. 282, CPC) ao julgamento do mérito (Antonio do Passo Cabral, frise-se, faz alusão à cumulação eventual de pedidos como forma de disposição, *Nulidades no Processo Civil Moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie* dos atos processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 140). O autor, a seu turno, por determinar aquilo que submete à apreciação judicial, podendo deixar algo de fora, dispõe: não do direito material em si, mas da possibilidade de submetê-lo, naquele momento, à análise judicial. O mesmo se dá com o réu que deixa de apresentar uma das tantas defesas que tem. Talvez por isso, como já mencionado, Pontes de Miranda diga que as petições são compostas, além de comunicação de fato e de comunicação de vontade, de *declaração de vontade*, no sentido de disposição (*Comentários...*, op. cit., v. 4, p. 3-4).

<sup>230</sup> Por óbvio, se o negócio jurídico é celebrado em algum âmbito de *comunicatividade imediata* (como uma audiência), a comunicação ao juiz perfaz-se de plano. Em rigor, o chamado *princípio da imediatidade* é um corolário lógico do problema gnosiológico acima apontado. Sua construção dá-se cientificamente, e não normativamente, algo similar ao que Pontes de Miranda chama de *lei jurídica* (*Sistema de Ciência Positiva do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, t. 2, p. 190 e segs.).

dimensão gnosiológica que os atinge é ignorar algo imprescindível à correta compreensão deles. A processualística que os analisa precisa, sob pena de perder em cientificidade, observar essa dimensão.

Tudo isso é próprio dos fatos processuais. Eis o porquê de, no título deste subitem, ao menos em sugestão, ter-se fixado que a contraposição é entre o *ato do procedimento* e os demais *fatos processuais*, e não apenas os atos jurídicos processualmente relevantes. Estes como espécies daqueles<sup>231</sup> submetem-se ao mesmo modelo. A contraposição clássica *ato do procedimento x ato processual*, redutora da amplitude deste último tipo, ocorre (e nisso é, metodologicamente, correta) porque todos os atos que compõem a cadeia procedimental são atos jurídicos em sentido estrito, incluindo o próprio procedimento.

#### 4.2.2. A multiplicidade de regimes jurídicos: problema normativo

Saindo da questão gnosiológica, há o âmbito da Dogmática Jurídica. A função desta, como se sabe, é a solução de problemas: o seu aspecto *pragmático-finalístico*<sup>232</sup>. É papel do jurista, portanto, revelar o regramento jurídico aplicável ao caso posto em análise. Aqui, a perspectiva analítica (rigor conceitual, classificações metodologicamente corretas, observância dos rigores lógicos etc.) tem relevância se, e somente se, servir para a resolução do problema. Em tempos em que, muito por força de se superestimar uma suposta Teoria Geral do Direito formada por conceitos jurídicos *a priori*, acaba-se por se reduzir a importância da Dogmática Jurídica<sup>233</sup>, um alerta se faz válido: “o jurista não pode ter vergonha do *fazer dogmático*”.

---

<sup>231</sup> Conforme diz Pontes de Miranda (*Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, t. 1, p. 77), *fato* é expressão que denota *acontecimento, evento*; já *ato* diz respeito à *conduta*, aquilo, portanto, fundado no agir humano. Toda conduta é antes de tudo um acontecimento, este é universal em relação àquela. Eis o fundamento filosófico de se dizer que o ato jurídico é espécie de fato jurídico *lato sensu*.

<sup>232</sup> Expressão que denota o chamado problema da decidibilidade próprio do saber jurídico-dogmático. Nesse sentido, FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Função Social da Dogmática Jurídica*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 79 e segs.

<sup>233</sup> No quarto capítulo, quando da análise do conceito de recurso, far-se-á uma explanação crítica acerca desse *hiperdimensionamento* da Teoria Geral do Direito.

Se não bastasse a séria questão filosófica acima apontada, referente à própria estruturação do conhecimento no direito processual, a distinção que aqui se defende tem um fundamento de ordem dogmática, ou seja, inerente à *normatividade* posta. E, frise-se, caso se tenha de estabelecer uma ordem de prioridade: o problema normativo sobleva, pois que, de sua má compreensão, não só se perderá apenas em cientificidade: verdadeiras injustiças são cometidas quando, baseando-se numa concepção dogmática equivocada, o juiz aplica regramento jurídico impertinente ao caso.

A distinção entre os atos do procedimento e os demais (f)atos processuais é imperiosa do ponto de vista normativo pelo simples dado de que há regramentos jurídicos distintos para ambos os tipos. Aos atos do procedimento há, por exemplo, regramento jurídico específico no que tange à sua validade (arts. 276-283, CPC). Aliás, mais especificamente, há atos do procedimento submetidos a regimes jurídicos mais específicos, como o recurso, cuja regência da *sanabilidade* de seus defeitos é tratada em artigos como o 932, parágrafo único, CPC, isto quando não há regras ainda mais específicas, como a prevista no § 3º do art. 1.029, CPC, referente aos recursos excepcionais.

Não são essas as regras que regem, por exemplo, a validade dos negócios processuais do art. 190, CPC. Aqui, além do próprio dispositivo (que, rigorosamente, só fixa as bases mínimas, tendo de ser complementado por outros dispositivos), regerá a validade o regramento jurídico existente no ramo do direito que regula o tipo negocial. Se um consumidor celebra uma convenção de arbitragem, *e. g.*, a validade (e, portanto, a possível *nulidade* mencionada no próprio art. 190, parágrafo único, CPC) é aquela prevista, acima de tudo, nas disposições do CDC (inciso VII do art. 51)<sup>234</sup>. Se o negócio jurídico envolve, de outro modo, o Poder Público, o *regime*

---

<sup>234</sup> Aqui, é de se perguntar: se antes do advento do CPC, a convenção de arbitragem era regível pelo CDC, por qual motivo ela não mais o é? Por força do art. 190, CPC (mais especificamente, de seu parágrafo único), talvez se diga. Ora, tal resposta padece de equívocos: primeiro, por não entender o problema gnosiológico posto acima, não se dá conta que os negócios jurídicos processuais (em rigor, a convenção de arbitragem é pré-processual, todavia) são elementos comunicados processualmente, e não o próprio ato comunicativo; segundo, e pior, pois, em sendo assim, deixa de se perceber que, ao falar de *nulidade*, o mencionado dispositivo não fecha a aplicabilidade de outras disposições, mas, ao contrário, abre-se a regramentos jurídicos próprios, como o previsto no CDC. São esses regramentos que, portanto, preenchem o conteúdo do termo *nulidade* mencionado no parágrafo único do art. 190, CPC.

*jurídico de validade dos atos administrativos* (cuja sistematização está longe de ser delineada pela doutrina) é regente do caso, sendo o aplicável a este, ao menos em geral, o disposto no art. 2º. da Lei n. 4.717/65. E tudo isso são apenas exemplos. A análise deve ser *fenomenológica*, ou seja: deve-se observar cada ato isoladamente (inclusive os próprios atos do procedimento), a fim de o correto regramento jurídico a ele aplicável ser *desvelado*.

Mais ainda, ressalte-se, não só aquilo que seja referente à validade, e sim a todo regime jurídico, desde o indispensável à concreção do suporte fático (*plano da existência*), passando por aquilo que é necessário à produção de seus efeitos (*plano da eficácia*), indo até mesmo, se for o caso, aos *elementos integrativos* necessários à produção de determinado efeito<sup>235</sup>, às *determinações inexas*, ao problema da *distratabilidade* e aos diversos problemas de outras *vicissitudes* na vida de um ato jurídico, como a *revogabilidade*, a *denunciabilidade*, a *resolutividade*, a *rescindibilidade*, a *revisibilidade* etc.

Tudo isso, aparentemente, compõe uma tarefa “chata”, mas própria do jurista.

---

<sup>235</sup> Por exemplo, não se pode invocar o art. 200, CPC, para reger os atos do procedimento. Ao fixar que os atos processuais das partes (incluindo os bilaterais) produzem efeitos de plano (isto é, independentemente de homologação judicial), o dispositivo acaba por ter um âmbito bem menos amplo do que se costuma entender. Isso porque ele não tem sentido para os *atos procedimentais* das partes, especialmente os *atos postulatórios*. Estes dispensam qualquer tipo de homologação por um motivo simples: *são postos para a análise judicial, a fim de, em seu conteúdo, serem acolhidos ou rejeitados*. Homologação é algo que lhes é estranho. Não se homologa atos como a petição inicial, a contestação, o recurso etc.: eles procedem ou não. Homologação dá-se para atribuir ao ato um efeito que, em sua essência, não existe, efeito este que só o agente homologatório pode atribuir. Como a chancela pelo fisco no lançamento sujeito à homologação e a força de coisa julgada para o acordo celebrado pelos litigantes. O sentido do *caput* do art. 200, portanto, é estabelecer o óbvio: os *atos dispositivos* das partes, para produzirem seu efeito precípua, não precisam ser homologados. A transação sobre o objeto da lide, por exemplo, enseja a extinção desta última, desde que, claro, seja válida e eficaz conforme seus próprios requisitos. A ressalva do parágrafo único feita à desistência da ação também está por motivos óbvios. Embora o ato de desistir já produza o efeito de desfazer a demanda (pois a revoga), ele não tem como gerar a imediata extinção do processo, porque tal extinção só ocorre por decisão judicial. É inconcebível dizer que a parte possa, ela mesma, extinguir o processo. Em verdade, trata-se de uma falsa homologação: não há o que se homologar; deve-se apenas, verificando a validade e a eficácia do ato de desistência, extinguir o processo sem resolução do mérito. Já no recurso a “homologação” é desnecessária pois a extinção do processo já se deu, conquanto esteja condicionada pelo recurso. Assim, por força da desistência, ao se retirar este último, a extinção do processo se desprende de suas amarras.

### 4.2.3. Por uma definição de ato do procedimento

Como visto acima, nalguma medida, os atos do procedimento são comunicações. Mas isso não serve para diferenciá-los dos demais fatos processuais, já que nalguns, caso das decisões, a comunicação é apenas um elemento a mais em sua estrutura. Além de que fatos não procedimentais também podem ter viés comunicativo, como a notificação feita ao credor pelo devedor acerca da prescrição da dívida<sup>236</sup> e a interpelação ao possuidor daquele que se diz dono da coisa. Portanto, a diferenciação somente se faz possível a partir do procedimento como um todo. É preciso verificar quais fatos que o formam.

Para isso é indispensável identificar a natureza do procedimento em análise, até porque a definição usual deste baseia-se tanto em algo estrutural: “complexo de atos logicamente estruturado...”, quanto finalístico: “...objetivando um ato final”<sup>237</sup>. Por exemplo: no procedimento de tipo deliberativo, como o de escolha de pessoa para o cargo de ministro de tribunal superior, a definição é de um jeito; já no procedimento de tipo impositivo, como, ao menos na imensa maioria dos casos<sup>238</sup>, é o judicial, outra.

Como a este trabalho importa apenas o segundo, pode-se dizer que a *forma substancial* do procedimento é composta por postulação e imposição; noutras palavras, por pedido e decisão. Mais que isso, os atos deste último tipo são a própria forma, porque, em hipótese, seriam suficientes para o atingimento do fim almejado (a prestação da tutela jurisdicional). Logo, não é que a decisão seja o fim do procedimento; ela é a forma substancial dele, já que, em verdade, é quem produz esse fim. Os demais atos do procedimento, claro, convergem ao ato final (a decisão, no que releva a este trabalho), mas assim o fazem porque o procedimento ainda é

---

<sup>236</sup> Pode-se considerar que a obrigação se desenvolve em processo (SILVA, Clóvis do Couto. *A Obrigação como Processo*. São Paulo: FGV Editora, 2006, p. 118.). Todavia, não há propriamente um procedimento obrigacional. Os atos jurídicos referentes ao surgimento, desenvolvimento e extinção de uma obrigação, embora estejam de algum modo ligados, não formam um ato único, uma forma substancial própria. A comparação de Couto e Silva é apenas analógica. Não obstante, serve para questionar a suposta estaticidade das relações jurídicas em geral, algo que será feito adiante.

<sup>237</sup> Em rigor, o desenrolar procedimental como um todo não é necessário ao ato final, mas, como visto anteriormente, à formação válida dele.

<sup>238</sup> Ressalva a ações em que, como visto no primeiro capítulo, a impositividade é meramente potencial, caso da arrecadação de coisas vagas.

um *ente* em formação, que só se completa com o ato final. Este é, portanto, o *termo* do movimento procedimental, o próprio momento da atualização. Ademais, como dito, para o atingimento do fim, bastaria a decisão. Os demais atos existem por uma imposição do sistema, funcionam como *fatores de legitimação* dela<sup>239</sup>, incluindo o próprio ato postulatório, visto que é possível a produção de decisão mesmo sem haver um pedido (não à toa, fala-se na possibilidade de concessão da tutela provisória de ofício). A partir do momento em que, para a produção de decisão, fez-se necessária a série de atos preparatórios, a decisão foi incorporada ao procedimento, até porque eles só têm relevância por estarem em função dela<sup>240</sup>. Assim, não é que, caso fosse possível uma decisão sem procedimento, existiriam, paralelamente, os demais atos compondo um procedimento. Se assim o fosse, estes últimos seriam *coisas* sem sentido, sem nenhuma função. Há procedimento porquanto para a produção do ato decisório passou-se a exigir os atos preparatórios, de modo que se estabeleceu um procedimento de tipo impositivo. Em suma, a decisão é a síntese do ato-procedimento; sem ela, ele não existe como tal, é tão-somente um ente em formação.

Por tudo isso, define-se os atos do procedimento como todos aqueles que servem de preparação para o ato final, a decisão. Essa definição, ressalte-se, é referente aos atos do procedimento; não a do próprio. Para tanto, há de se levar em conta o ato final: daí a própria especificação: *procedimento* (de tipo) *impositivo*. Ademais, está-se a definir os atos do procedimento como um todo, não a *especificidade* de cada um, o que se fará a partir de agora.

---

<sup>239</sup> Daí legitimação *pelo* procedimento, e não legitimação *do* procedimento. “A função do procedimento é, portanto, a especificação do descontentamento e o fracionamento e absorção dos protestos (...). A força motriz do procedimento é, porém, a incerteza quanto aos resultados. Esta incerteza constitui a força impulsionadora do procedimento, o fator efetivo de legitimação (...). Daí que ela tenha de ser tratada e mantida no procedimento com todos os cuidados e através dos meios de protocolo – por exemplo, através da declaração enfática da independência e imparcialidade do juiz”, LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo Procedimento*. Trad. Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: UNB, 1980, p. 97-98. Daí Hernando Devis Echandía dizer que a unidade do processo está não só na concatenação dos atos, mas também no valor que a lei outorga a tais atos (*Teoría General del Proceso*. 3. ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2003, p. 156).

<sup>240</sup> O termo *estar em função de* não significa, necessariamente, um *estar subordinado a*. O ato postulatório não é subordinado à decisão, mas só existe como tal porque refere-se a ela, até porque por ele pode-se a produção dela. A *necessidade de decisão* para a prestação da tutela jurídica faz que agir do interessado tenha de ser um agir postulatório; do contrário, o ato já seria de satisfação do interesse do indivíduo.



### 4.3. Os atos do procedimento: especificação

Tendo, no contexto dos fatos processuais, distinguido os atos do procedimento, passa-se à análise destes últimos, que, de resto, são os mais relevantes para a tese. O objetivo aqui é especificar o *ato postulatório*, que é o gênero do qual o *recurso* é espécie. Poder-se-ia tomá-lo como algo dado; opta-se, porém, em nome da perspectiva analítica fundante desta tese, demonstrar o que o diferencia das demais espécies. Segue-se, assim, com uma proposta de classificação.

#### 4.3.1. Por uma classificação dos atos do procedimento

Posto que, ao diferenciar os atos do procedimento dos demais atos processuais, tenha-se reduzido a complexidade do objeto de estudo, a espécie determinada, por sua vez, é bastante genérica e, por isso, complexa. É preciso ir além. Deve-se, todavia, buscar um critério que relacione todos os atos do procedimento, a fim de que, já diante de uma espécie da espécie, se possa prosseguir.

Sem dúvida, um critério que cumpre tal exigência centra-se nos *sujeitos do processo*<sup>241</sup>. Como se sabe, há sujeitos interessados e não interessados<sup>242</sup>. Desse modo, o critério é *quanto ao sujeito processual*, sendo as espécies classificatórias os *atos dos sujeitos interessados* e *atos dos não interessados*. Aqui, as comunicações encontram-se no primeiro tipo, os atos impositivos, no segundo. Estes últimos serão abordados no capítulo seguinte; daqueles, tratar-se-á agora.

Todo ato procedimental de um sujeito interessado é uma comunicação. Nem todos, porém, o são em postulação. Há, portanto, as *simples comunicações* e as *comunicações postulacionais*. As primeiras têm por finalidade a declaração; as

---

<sup>241</sup> Nesse sentido, CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969, v. 3, p. 15-17.

<sup>242</sup> Dentre esses sujeitos, há os chamados de auxiliares. Trata-se daqueles que se encontram subordinados a outro, denominados, por óbvio, de principais. São inequivocamente do primeiro tipo os auxiliares do juiz, como o escrivão e o oficial de justiça. Não o são o advogado e os demais representantes processuais, já que não se encontram subordinados. O agir deles deve ser observado por outro prisma: o da representação. São sujeitos secundários, contudo, porque não diretamente envolvidos.

segundas, a obtenção de algo. Pode-se, com isso, dizer que os atos procedimentais dos sujeitos interessados – as partes, sobretudo – são *declarações e postulações*<sup>243</sup>. Todavia, a tradicional classificação dos atos desses sujeitos é mais ampla. Ao menos, alude-se à existência de quatro espécies: atos *instrutórios, dispositivos, postulatórios e reais*<sup>244</sup>.

Não se segue essa tradição. A razão está no fato de nela estarem misturados atos do procedimento e atos processuais outros. Para demonstrar esse erro metodológico, é preciso analisar cada um dos tipos acima descritos. É o que se fará. Antes, porém, relembre-se que as comunicações ou podem ser de fato ou de vontade. As primeiras têm a ver com a declaração da ocorrência ou inoocorrência de um fato; as segundas, com um querer algo, caso por exemplo dos requerimentos.

Primeiramente, o *ato instrutório*. É possível falar em ato da parte que consista em instrução, isto é: produção de prova? A hipótese aqui defendida é pela negativa. Tome-se a confissão para um primeiro teste. A premissa aqui sustentada é a de que todo ato procedimental, mormente se dos sujeitos interessados, é, antes de tudo, espécie de comunicação. Seria a confissão assim? Nela, comunica-se, sem dúvida, fato. Não se tem como, no entanto, determinar indubitavelmente a razão que leva alguém a confessar, a qual pode ser devida a variados motivos. O que move alguém a confessar pode ser algo totalmente alheio a qualquer questão probatória, como na confissão qualificada, cuja função é possibilitar a defesa indireta de mérito: “não posso ser condenado pois a dívida cobrada foi paga”, diz um réu de uma ação de cobrança qualquer. Por isso, sequer se pode dizer que a confissão é um ato

---

<sup>243</sup> Essa proposta classificatória guarda alguma similitude com a lançada por James Goldschmidt, que diferencia os atos em petições e afirmações (GOLDSCHMIDT, James. *Direito Processual Civil*. Trad. Lisa Pary Scarpa. Campinas/SP: Bookseller, 2003, p. 283-295). Não obstante, as diferenças superam. Para o citado autor, as afirmações são classificadas como atos postulatório (op. ult. cit., p. 283 e 285), até porque, ao que parece, têm a ver com as comunicações de fato componentes do ato-petição na fórmula seguida neste trabalho. Em outros termos, correspondem à causa de pedir (op. ult. cit., p. 286, em especial). Possivelmente, Goldschmidt separa o ato de pedir do ato de afirmar, algo que, no contexto deste trabalho, não se faz possível, porque segue a ideia de que, como o sistema vigente impõe que o primeiro esteja lastrado no segundo (inciso III do art. 319, CPC), ambos formam um único ato, no sentido de componentes de uma mesma substância. A ocorrência de um sem a do outro é causa de déficit no ato postulatório (ou até de não ocorrência dele), o que demonstra a impossibilidade normativa da separação.

<sup>244</sup> Nesse sentido, MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1962, v. 2, p. 311.

instrutório; o servir à formação de prova lhe é acidental<sup>245</sup>. Em termos essenciais, a único dado que se pode apreender da confissão é o seu viés de comunicação de fato, uma *declaração* mais especificamente, ou seja, reconhecer (no caso, ao juiz) que o fato alegado é (ou foi) existente. Tal como a confissão, o depoimento pessoal – seja o por provocação, seja o por iniciativa do depoente, seja o interrogatório – tem forma de declaração. A finalidade dele varia<sup>246</sup>, mas na perspectiva do sujeito depoente ou há declaração de um fato ou ato não existe como depoimento, tal qual se tem na recusa em depor. Assim, resta demonstrado que tais atos não são instrutórios, sendo a formação de prova um elemento que ou lhes é antagônico, caso da confissão, ou lhes é meramente acidental, caso do depoimento. O que lhes é essencial é o elemento declaratório. Não podem ser igualmente classificados como instrutórios o requerimento para a produção de determinada prova e a “juntada” aos autos de um documento. No primeiro caso, há, evidentemente, *postulatoriedade* como elemento essencial<sup>247</sup>; no segundo, além de o ato de anexar não ser da parte: é próprio do serventuário, o ato de juntada não é constitutivo da prova, que é apenas revelada. A *constitutividade* (no sentido geracional), no caso, é do dever de analisar a admissibilidade e, em consequência, o conteúdo do documento, afora outros deveres que disso derivam, como o de possibilitar à parte adversa a oportunidade de falar sobre o documento.

Quanto aos atos dispositivos, há de se dizer serem todos “meros” elementos comunicáveis; nunca verdadeiros atos do procedimento. Isso já ficou demonstrado quando da análise acima acerca do *problema gnosiológico dos atos processuais*.

---

<sup>245</sup> Em verdade, sequer a confissão pode ser entendida como meio de prova. Meio de prova é aquilo do qual se extrai prova, ou seja, para se ter uma alegação por demonstrada. Mais do que simples meios, há entes que são a prova em si mesma, caso dos *instrumentos*. A confissão não é nem uma coisa e nem muito menos outra. Afora os propósitos dos mais diversos do confitente, a confissão tem por função, numa perspectiva normativa, tornar desnecessária a prova da alegação do fato confessado (art. 372, II, CPC).

<sup>246</sup> Poder-se-ia dizer que no depoimento pessoal por provocação da parte adversa a causa final seria delimitada: obter a confissão do depoente. Ledo engano, porém. Tal finalidade não é do ato de depor, mas sim do requerimento para tanto. Quanto ao depoimento, mesmo aqui, a finalidade resta difusa e, por isso, indefinível.

<sup>247</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. 2, p. 488.

Já em relação aos atos reais, sabe-se serem eles atos-fatos jurídicos, os mais significativos do tipo. Muitos são aptos a ocorrer ao longo do procedimento. Isto não os torna, porém, atos procedimentais. Submetem-se ao mesmo mecanismo posto acima: não de ser comunicados de algum modo para poder ser implementados. São exemplos: i) o *pagamento*, tanto das custas processuais, quanto de condenações; ii) a *trazida*<sup>248</sup> aos autos de documento. Não se trata de ato comunicativo, comunicação é a *petição*<sup>249</sup> que “carrega” o documento.

Portanto, atos procedimentais dos sujeitos interessados são sempre comunicações, dentre elas: as postulacionais, por serem analisadas logo a seguir.

#### 4.3.2. O ato postulatório

Eis um momento crucial. A análise do ato postulatório aqui se apresenta de tal modo porque significa a (re)construção do gênero ao qual o recurso pertence. Seguindo a proposta da tese, não se descerá às minúcias do conceito por ser analisado. Nada, porém, que torne a análise superficial: sempre na perspectiva de “observar” a *espécie* e não aquilo que mais tendente ao *indivíduo*, tudo por ser estudado abaixo sê-lo-á com pretensão de originalidade. Limitando-se, ademais, àquilo que, realmente, for relevante ao *problema da tese*.

#### **“Jus postulandi” x capacidade para a prática do ato postulatório: uma prestação de contas intelectual**

Como regra, o ato postulatório tem uma característica peculiaríssima: a necessidade de uma capacidade para sua prática. Trata-se da conhecida

---

<sup>248</sup> Costuma-se utilizar o termo *juntada aos autos* para designar o ato de trazer o documento ao processo. A parte não faz juntada, todavia. Ato próprio do serventuário da justiça. O que a parte o faz é trazê-lo, num *movimento em deslocamento*. Claro, no processo de autuação eletrônica a *trazida* e a *juntada* meio que, em termos práticos, se confundem, já que o sujeito habilitado (como o advogado) faz anexação do documento aos autos eletrônicos. Ocorre que, mesmo neste caso, há diferença que deve ser considerada: quando faz juntada aos autos, o serventuário certifica a existência do documento, preparando, com isso, a admissibilidade de seu uso. Analogamente, o operador do sistema processual eletrônico o faz, visto que também, de alguma forma, certifica a anexação do documento, mormente quanto ao momento em que ela se deu.

<sup>249</sup> Adiante, será tratado o real sentido do termo *petição*. Acima, ele designa o documento comunicativo que traz o documento aos autos.

*capacidade postulatória*. Assim sendo, antes de analisar o ato postulatório em si, é relevante observá-la.

Este momento é, além do mais, propício para um “acerto de contas”. Há mais de dez anos, defendia-se, perante a mesma Universidade Católica de Pernambuco, dissertação de mestrado tendo por objeto o estudo da capacidade postulatória<sup>250</sup>. Dentre outras coisas, cometeu-se um erro crasso. Nada mais adequando de quando da tese doctoral reconhecê-lo.

O erro consistiu no seguinte: tratou-se como sinônimos os termos *capacidade postulatória* e *jus postulandi*. Ledo engano, o qual só se veio a perceber não há muito tempo. Gravíssimo por ser um *erro analítico*, contra o qual a censurabilidade deve ser total. Não se está diante de um mero *erro de “escolha”* entre duas ou mais opções, ao qual, no máximo, se pode dizer: “sua escolha não foi a melhor”. O erro analítico inviabiliza a conclusão defendida, pois ou consiste num erro lógico (no sentido *apodítico* do termo) ou, no mínimo, num grave equívoco de utilização conceitual. Analogamente, é como num trabalho de Física ocorrer um *erro de cálculo*.

Além de ignorar certa tradição jurídica sobre (como o que se fala sobre o *jus postulandi* no âmbito do Direito Processual do Trabalho), foi-se contraditório com uma premissa estabelecida no trabalho: a capacidade postulatória tem um viés técnico, sendo dada àqueles que, por algum motivo institucionalmente reconhecido (como o êxito no Exame da OAB ou aprovação no concurso de membro do Ministério Público), passem a ser reconhecidos como detentores do conhecimento *dogmático-jurídico*, em especial a parte analítica que o compõem.

Como consta na própria dissertação, a capacidade postulatória é de cunho técnico como, analogamente, o é (inclusive na perspectiva jurídica) a capacidade para o exercício da medicina. Os detentores da capacidade postulatória são aqueles que, na forma constitucionalmente prevista, exercem função essencial à Justiça de forma interessada: postulam, mais especificamente. Conquanto a previsão de tais

---

<sup>250</sup> GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. *A Capacidade Postulatória como uma Situação Jurídica Processual Simples*: ensaio em defesa de uma teoria das capacidades em direito. Dissertação de Mestrado apresentada à Universidade Católica de Pernambuco. Recife, 2008.

entes seja constitucional, é reservada à legislação infraconstitucional, na forma estabelecida, regular a aquisição da capacidade para tanto.

Não há sentido em atribuir tal tipo de capacidade para determinadas situações e não a atribuir para outras. A capacidade é dada ao sujeito como um todo, desde que ele demonstre ter o conhecimento necessário para obtê-la. Não à toa, atribui-se capacidade postulatória relativa ao estagiário inscrito na OAB, pois entende-se-o como alguém em desenvolvimento para a obtenção do conhecimento necessário a adquiri-la plenamente. Ele encontra-se numa etapa, logo faz jus a um quê de capacidade, desde que, como qualquer relativamente capaz, pratique os atos em conjunto com alguém absolutamente capaz.

É preciso registrar que a atribuição de capacidade postulatória é efeito de fatos jurídicos estranhos ao processo, como a regular inscrição na OAB. Não se tem capacidade postulatória, portanto, por força de um processo determinado. Sua alegada *processualidade* não está nela em si, mas no fato de ela funcionar processualmente, sendo requisito de validade dos atos postulatorios, com as ressalvas legais. Ou seja, a lei a tem como elemento complementar do suporte fático de tais atos. E é exatamente nisto que reside a ideia do *jus postulandi*, verdadeiro direito subjetivo. A lei dispensa o sujeito não dotado de capacidade postulatória de suprir sua carência, uma vez que, nos casos previstos (como os processos no âmbito da Justiça do Trabalho), dispensa a própria necessidade de capacidade postulatória para a prática do ato. Dá-se ao sujeito o direito (em faculdade) de postular sem se fazer representar por alguém dotado de tal capacidade, "direito a postular sem advogado", como se diz.

Ao momento da confecção da dissertação não se percebeu tal nuance, de modo que se afirmou, categoricamente, que a lei atribuía, de forma circunstancial, capacidade postulatória aos sujeitos em geral, um verdadeiro contrassenso com a essência dessa capacidade. Verdadeiro erro analítico, nos moldes acima definidos. Deste tipo, foi o maior de todos que já se cometeu.

#### **4.3.2.1. Em busca de um critério para definir o ato postulatorio...**

A definição de algo é, como se sabe, obtível a partir do gênero próximo e da diferença específica. O gênero próximo do ato postulatório é o de ato do procedimento; a diferença específica, a postulatoriedade. Em termos genéricos, há o elemento comunicativo; especificamente, a postulação. Logo, na forma desse ato encontra-se, além da comunicação em geral, uma comunicação de vontade: um querer algo, o qual, como não tem como ser implementado pelo próprio interessado, é requerido a quem tenha poder para tanto. O *querer* é, portanto, um *(re)querer*.

Daí se poder dizer serem sinônimos postulação e requerimento. Acontece que o último, quando contraposto ao chamado *pedido*, recebe um advérbio da seguinte forma: *simples* requerimento. Pouca diferença substancial existe entre o pedido e o requerimento. Ela é muito mais qualitativa; mais convencional que propriamente real<sup>251</sup>, igualmente. Não obstante, pode-se dizer – com esteio em certa convenção estabelecida<sup>252</sup> – que o pedido tem a ver com o objeto principal, e o requerimento, com aquilo que é necessário à análise desse objeto. Este, porém, deve ser estudado sempre em relação a determinado procedimento. Cada procedimento há de conter um pedido. Por isso, no recurso pede-se, e não apenas se requer. Ademais, a análise deve ser feita em perspectiva, nunca de modo estanque. Pede não só quem iniciou, pois, por exemplo, quando o réu postula a improcedência da ação, seu ato dirige-se ao objeto principal, logo ele pede, e não simplesmente requer<sup>253</sup>.

#### 4.3.2.2. ...a petição como ato postulatório por excelência...

Em geral, utiliza-se o termo *demanda* para designar o ato postulatório, notadamente o ato inicial. Embora seja possível entender demanda como sinônimo

---

<sup>251</sup> Em termos jurídicos, válido reafirmar, o real é, antes e acima de tudo, o direito positivo, tanto textual quanto por expressão oral. As convenções dão-se num nível metalinguístico, composto não apenas de relatos doutrinários mas também dos aplicadores do direito (máxime pelos órgãos jurisdicionais). O direito positivo brasileiro utiliza o termo *pedido* (art. 322, *caput*, CPC) e o termo *requerimento* (inúmeras vezes ao longo, acima de tudo, do CPC, a título de exemplo, § 4º do art. 12 e § 2º do art. 78). Poder-se-ia dizer, com base nisto, que a diferença estaria na própria realidade; não obstante, ela cede quando o regramento acerca do pedido é aplicável ao requerimento (não se pode, por exemplo, requerer a produção de duas provas incompatíveis entre si, em observância ao § 1º do art. 327, CPC), algo que a aproxima da *convencionalidade*.

<sup>252</sup> Nesse sentido, DINAMARCO, *Instituições...*, op. cit., p. 487.

<sup>253</sup> Nesse sentido, SILVA, Beclate Oliveira. O Autor Pede... o Réu Também! Ou da Improcedência como Procedência. *Improcedência*. MOUZALAS, Rinaldo; SILVA, Beclate Oliveira; MARINHO, Rodrigo Saraiva. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 56-59.

de solicitação, o termo, etimologicamente, refere-se a um *ato de procura*, ou seja, a uma resposta à determinada *oferta*.

Na *demanda judicial* não é diferente, pois o sujeito demandante procura a tutela jurídica lhe ofertada pelo Estado. Aqui, a procura se perfaz num *pedido*, que é o cerne do ato de demandar. Desse modo, o uso do termo *petição* para designar tal tipo de ato é não só possível, já que *petição* é a *ação de pedir*, como também é até mesmo mais próximo da univocidade, uma vez que se refere ao *núcleo da demanda*, e não a ela como um todo; logo, ganhando-se em especificidade. Além disso, é importante ressaltar que, no sentido de procura, nem toda demanda consiste num pedido: o comprador, por exemplo, procura, mas não pede ao vendedor; aceita a oferta por este lhe feita.

Há demandas que, muito em virtude de razões pragmáticas, são observadas a partir de outros elementos que as compõem, conquanto, por óbvio, contenham pedido. É o caso da *contestação*, nome devido ao fato de que se leva em conta as alegações feitas pelo réu em contraposição às lhe feitas pelo autor. Daí se empregar o verbo *apresentar* para referi-la: apresentadas são as alegações, e não propriamente o pedido delas decorrente. Mais uma vez, recorre-se à fórmula ponteana: a *petição* é composta de *comunicação de fato* (alegações) e *comunicação de vontade* (pedido). Isto porque, no Brasil (como, de resto, em qualquer Estado democrático), o ato de pedir deve ser antecedido das razões jurídicas que possibilitam a submissão da parte adversa. A ideia de *comunicação de vontade* prevalece para o emprego do termo *petição* à *postulação inicial*; enquanto *comunicação de fato* é a referência para nominar a *contestação*. Nesta e naquele dão-se ambas as coisas; a escolha do nome deve-se apenas à preponderância dos elementos em cada um.

O termo *petição*, porém, é largamente utilizado para designar o *documento* (ou *peça*, como, de costume, se diz) representativo do ato de postular. E isto até mesmo na linguagem normativa, caso da menção ao termo contida no *caput* do art. 319, CPC. Aqui, está-se diante de uma *metonímia*, pois o nome do *elemento representado* (pedido) serve àquilo que o *representa* (documento). Isto, todavia, ao invés de ser um óbice ao emprego do termo *petição* como designativo do *agir*,



contribui para tanto, porque, com exceção daquelas que podem se perfazer por *expressão oral* (caso dos juizados especiais), em toda demanda há o *documento* petição, daí se falar: a *petição da contestação*, a *petição do recurso* etc. *Petição* é termo que, também neste sentido, está presente nos atos postulatorios, de modo que seu uso metonímico se robustece.

Neste trabalho, o termo *petição* (ou, mais especificamente, *ato-petição*) poderá vir a ser utilizado para designar genericamente o ato postulatorio; já o termo *demanda* restringir-se-á ao ato postulatorio inicial; outros nomes, como *contestação* e *recurso*, serão utilizados diante da especificidade que lhes cabe.

Sobre a demanda especificamente é necessário tecer uma consideração. Por *ato inicial* deve-se entender não propriamente o de um procedimento, mas, em verdade, a condição necessária à formação de uma relação jurídica processual. Eis o porquê de se poder formar mais de uma relação do tipo num mesmo processo. Daí se ter, em exemplos: demanda originária de um procedimento e demanda incidental a um procedimento, como a reconvenção<sup>254</sup>; demanda originária e demanda derivada de tramitação, como o é a recursal.

### **O problema do remédio jurídico processual**

É importante estabelecer a relação existente entre os termos *demanda* e *remédio jurídico processual*. O segundo termo é de uma importância muito considerável a esta tese, e não apenas porque é largamente utilizado por Pontes de Miranda<sup>255</sup>, a cujas doutrinas – com os devidos ajustes – muito aqui se adere, mas, acima de tudo, porque a mais conhecida (e, talvez, a mais relevante) definição de recurso existente na processualística nacional, de autoria de José Carlos Barbosa Moreira, lança mão da expressão para tal intento.

---

<sup>254</sup> PONTES DE MIRANDA, *Comentários...*, op. cit., v. 4, p. 156.

<sup>255</sup> A ponto de ter sido escolhido para um dos verbetes do Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, op. cit., p. 149-159). É, ao que parece, de Pontes de Miranda a autoria do próprio nome *remédio jurídico processual*. Não à toa, certamente: o termo *remédio* está como uma metáfora para se referir à ideia de recomposição do direito violado.

Já se tratou ambos os termos acima como sinônimos<sup>256</sup>. Um equívoco, contudo. Conquanto possam ter o mesmo referente, demanda e remédio jurídico processual significam coisas distintas. O termo demanda é *denotativo*, como visto acima, de atos postulatórios iniciais (ou seja, aqueles que iniciam um procedimento). Designa, assim, a própria estrutura do objeto a que se refere. Remédio jurídico processual, por sua vez, *conota*, tanto que, em si, o termo é uma metáfora. O emprego de *remédio* alude a uma função que o ato pode desempenhar: a de restaurar a ordem transgredida, latente ou manifestamente. Daí se poder dizer que o *remédio* jurídico processual é dado aos indivíduos para *curar* o mal que lhes padece, para restabelecer seus direitos que foram violados ou que estão por sê-lo.

Na realidade das coisas mesmas, a demanda sempre existirá, porquanto todo aquele que se dirige ao órgão jurisdicional pertinente *procura* algo que pode ser dado por este; o remédio, porém, dependerá do *resultado*, que, para ser positivo em favor do demandante, deve ter por base a procedência das alegações feitas na demanda.

Nesse sentido, demanda tem muito mais a ver com o *ônus*; remédio, com o *direito subjetivo*. Ela assim o é porque, conforme se demonstrou, existe a necessidade de demandar para a obtenção da tutela jurídica, o indivíduo, ao menos na imensa maioria dos casos<sup>257</sup>, depende de outro sujeito para esse intento. Ele, por sua vez, assim o é pois representa aquilo que o Estado-juiz prometera quando vedou a autotutela. Neste caso, como em geral o demandante não tem meio processual a escolher, pouco realmente lhe resta de remédio processual; diante de situações em que lhe é dado escolher entre um dos meios possíveis a intensidade do *aspecto remedial* aumenta consideravelmente.

---

<sup>256</sup> Especialmente em GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. Da Especialidade do Procedimento das Execuções Fundadas em Título Extrajudicial: primeiras notas para uma teoria semiótica dos procedimentos especiais. MACÊDO, Lucas Buri de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (orgs.). *Procedimentos Especiais, Tutela Provisória e Direito Transitório*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 333-360.

<sup>257</sup> Ressalva já feita aos casos em que é possível a *justiça de mão própria*.

Por tudo isso, a utilização do termo remédio jurídico processual para designar os atos postulatórios, especialmente a demanda, só é adequada em termos conotativos. Não sendo própria, portanto, para defini-los em sua estrutura.

#### 4.3.2.3. ...elementos do ato postulatório: considerações necessárias...

De acordo com o exposto acima, o ato base do procedimento é a demanda. *Base*, porque aquilo que nele está passa a ser o objeto do processo; antes desse aspecto basilar (ou fundacional), a demanda funciona como *princípio*, isto é, inaugura o procedimento, passando a ser o ato primeiro dele.

Não é incomum chamar a demanda de *ação processual*<sup>258</sup>. O termo está aqui empregado *equivocamente*, pois sequer há alguma analogia possível com o conceito de ação como *impositividade*, visto no capítulo passado. Toda polêmica, portanto, existente sobre um suposto dualismo de uma e outra é, além de infrutífera, analiticamente inviável. Claro, existe o *ente* a que se chama ação processual, apenas de ação não se trata. Não há falar em *analogicidade* entre elas pelo fato de terem naturezas absolutamente distintas: a demanda é fato jurídico; a ação, efeito jurídico. Não obstante, e exatamente por isso, a demanda é *substância*, existindo por si mesma, e não em outro ente. Ademais, o termo ação processual, se for para ser utilizado, é muito mais análogo em relação a outro ente, que merece uma análise à parte.

---

<sup>258</sup> Nesse sentido, SILVA, Ovídio Baptista da. *Ação de Imissão de Posse*. 3. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 29; ASSIS, Araken de. *Cumulação de Ações*. 4. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 85-86; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Memória Jurídica, 2005, t. 1, p. 100-101; ABREU, Leonardo Santana. *Direito, Ação e Tutela Jurisdicional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 125. Pontes de Miranda, autor a quem muitos, com razão, tributam o papel de distinguir a ação material da ação processual não tem uma definição muito fixa da expressão ação processual. Muitas vezes, utiliza-a entre aspas, tratando-a como sinônima de remédio jurídico processual. Segue uma passagem: "A 'ação', no sentido de direito processual, ou *remédio jurídico processual*, é meio instrumental que o direito formal põe a serviço de pessoas que estejam em determinadas situações, para que, com o uso dêle, possam suscitar a *decisão*", PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Remédio Jurídico Processual. Repertório...*, op. cit., p. 155. Logo, a ideia do autor em comento difere da defendida neste artigo. Todavia, em outra obra, o autor, a partir de explicação paralela ao texto corrido (ligação de expressões com setas de orientação), embora continue a dar à "ação" o sentido de remédio jurídico processual ao ligá-la ao exercício da pretensão à tutela jurídica, traz uma noção que se aproxima da ora defendida, porquanto afirma que o exercício da ação material no processo corresponde à relação jurídica deduzida (*res in iudicium deducta*). Nesse sentido, ver, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, t. 25, p. 197.

### A Ação Processual(izada)

Segundo Pedro Henrique Nogueira, um dos autores nacionais que, a partir de postulados ponteanos, analisa as nuances do conceito de ação, a ação processual exsurge quando o sujeito de direito vai a juízo valendo-se de um remédio jurídico processual a que tem direito para alegar que uma pretensão foi violada. Dessa forma, pode-se entender como ação processual o instrumento, fornecido pelo ordenamento jurídico, para exercício do *direito à jurisdição*<sup>259</sup>. Desse modo, equipara a ação processual ao remédio jurídico processual.

Discorda-se, todavia, de tal entendimento. Há nítida e importante diferença entre a *ação processual* e o *remédio jurídico processual*. Para além do que já foi dito acerca deste último, ainda que se tenha como sinônimo de demanda, ele é meio dado para a obtenção da tutela jurisdicional. Isto por consistir no exercício das situações jurídicas pré-processuais que possibilitam a mencionada tutela. Tem, até por isso, natureza de fato jurídico; já ação a processual, tal como será demonstrado, é afirmação (*comunicação de fato*) feita na própria demanda. A relação entre ambos é de *parte e todo*, sendo este último o segundo.

O conteúdo da demanda é formado pela declaração de vontade do autor de levar uma questão à solução jurisdicional, pela comunicação de vontade de ver tal problema resolvido e por afirmações das mais diversas acerca da existência de situações jurídicas materiais contra o réu<sup>260</sup>. Dentre estas, a ação processual.

Dito isso, passe-se à definição e à estruturação da ação processual. De logo, afirma-se: para sua ocorrência, não é necessária à ação material, porque desta constitui simples afirmação. Nesse sentido, não se pode confundir a noção de ação processual com a noção de ação material, como se tal dicotomia fosse irrelevante<sup>261</sup>, de modo que a primeira estivesse embutida na segunda. Há, como explanado, uma

<sup>259</sup> NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa, op. cit., p. 151. A expressão *direito à jurisdição*, inclusive, é da pena do citado autor.

<sup>260</sup> Nesse sentido, ver PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, t. 1, p. 63.

<sup>261</sup> É o caso de OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Direito Material, Processo e Tutela Jurisdicional*. AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (orgs.). *Polêmica sobre a Ação*, op. cit., p. 285 e segs.

diferença essencial entre as duas. Basicamente, se por acaso a ação de direito material estivesse inserida na ação processual, todas as demandas deveriam ser julgadas procedentes.

Ação processual é, como dito, afirmação: acima de tudo, da existência da titularidade de uma ação material. Assim, no processo não há ação material, nem pretensão e nem direito subjetivo, não eles em seu estado puro<sup>262</sup>; há sim uma ação processualizada<sup>263</sup>, ou seja, afirmada processualmente.

Na demanda judicial é necessário distinguir dois atos: o de afirmação e o de exercício. O primeiro, desde que a parte afirme ao Estado-juiz ter algo contra o réu, sempre existe; o segundo é vinculado à existência da *situação jurídica material*, esta que vem a ser exercida processualmente. Em rigor, a afirmação é do exercício, por intermédio da demanda, da ação material. Tanto é possível demandar judicialmente afirmando-se ter, no plano material, ação contra o réu e de fato tê-la, de modo que, além de sua afirmação no processo, se tem seu exercício processual: um exercício processual de uma situação jurídica material, portanto, como é possível afirmar-se na petição inicial ter algo sem, na verdade, titularizá-lo no plano material. Não é por outro motivo que se diz não ter (ou não ter) razão o autor da ação.

A ação processual é, desse modo, apenas a afirmação da ação material em juízo. O real exercício desta é algo estranho àquela, sendo, além disso, contingencial. Toda demanda judicial, pela necessidade de ter um objeto, há de ter ação processual; nem todas elas, entretanto, contêm o exercício de uma ação material. Eis a razão das expressões *ação procedente* e *ação improcedente*<sup>264</sup>. A crítica, feita por muitos, à expressão “julgou procedente (ou, conforme o caso, improcedente) a ação” deve ser rechaçada, porque o termo *ação* posto na oração

---

<sup>262</sup> Nesse sentido, ver SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição, Direito Material e Processo*. Rio de Janeiro, Forense, 2008, p. 63.

<sup>263</sup> Rigorosamente, o termo ação processualizada é mais adequado para definir o instituto em análise do que ação processual. A utilização, todavia, desta última expressão é importante do ponto de vista retórico-pragmático pois se trata de expressão largamente utilizada na doutrina e na praxe forense. Assim, utilizá-lo é importante até mesmo do ponto de vista de uma retórica estratégica. Sobre está última, ver ADEODATO, João Maurício, op. cit., p. 20-21.

<sup>264</sup> Nesse sentido, GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; OLIVEIRA JR., Deocleciano Otávio. *Improcedência da Ação! Improcedência*, op. cit., p. 107-109.

não significa a ação material em si, muito menos a pretensão à tutela jurídica (*direito de ação*), mas sim a afirmação da ação, ou seja, a ação processual. Dizer, assim, ser improcedente a ação é dizer que a afirmação da parte não tem lastro na realidade, de modo que se afirmou, no plano processual, algo que, no entender do juiz, não se titulariza no plano material.

A ação processual é, portanto, o cerne da *res in iudicium deducta*, ou seja, do objeto da declaração<sup>265-266</sup>. Pode-se denominá-la de direito litigioso ou, mais tecnicamente, situação jurídica litigiosa.

Equiparada a noção de ação processual à de situação jurídica litigiosa, pode-se dizer que a primeira tem sua duração limitada à pendência de uma relação jurídica processual. Prolatada a sentença definitiva (entendendo-se, aqui, aquela com força de coisa julgada), a ação processual deixa de existir, passando a haver a certificação da existência ou não da ação material afirmada, isto é, o estado de incerteza, de simples afirmação, esvai-se: “a *res in iudicium deducta* torna-se *res iudicata*”<sup>267</sup>.

Ação processual não é, assim, a ação material, nem a pretensão à tutela jurídica, nem a demanda, nem qualquer eficácia da relação processual<sup>268</sup>. Trata-se

---

<sup>265</sup> A expressão objeto da declaração posta acima serve para designar aquilo que alguns autores chamam de objeto litigioso do processo (ver, por todos, SANCHES, Sydney. Objeto do Processo e Objeto Litigioso do Processo. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1979, n. 13, p. 44-45; DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos Processuais e Condições da Ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 56-59). Para tais autores, objeto litigioso do processo é a parcela do objeto do processo sobre a qual deve recair o julgamento. Prefere-se o uso da expressão objeto da declaração em vez de objeto litigioso, pois tudo que é posto à análise judicial ganha litigiosidade, inclusive matérias estranhas ao julgamento (= declaração judicial), como a propriedade na ação reivindicatória. Assim, usa-se a expressão objeto da declaração para designar aquilo que será objeto da eficácia declaratória da sentença, e a expressão objeto da análise judicial para se referir a toda e qualquer questão que possa vir a ser objeto de cognição judicial. A segunda expressão, como cediço, engloba a primeira, correspondendo ao sentido de objeto do processo na classificação consagrada.

<sup>266</sup> Seria possível, no mínimo, pormenorizar também o problema em torno das *exceções substanciais processualizadas*. Em rigor, todavia, toda a lógica a ser empregada para a ação processual serve-lhes, como serve, igualmente, a qualquer outra situação jurídica ativa alegável pelo réu no processo.

<sup>267</sup> COSTA, Adriano Soares da. *Instituições...*, op. cit., p. 327.

<sup>268</sup> A ação processual não é eficácia da relação processual. Não é nenhum direito ou pretensão que se tenha contra o Estado-juiz em virtude do processo, como o direito à sentença de mérito. No entanto, uma das eficácias da relação processual é fazer processualizada a afirmação feita pelo autor na demanda, ou seja, dar ensejo ao estado processual da ação. Não se tem ação processual contra o Estado-juiz, embora se tenha, no mínimo, contra ele pretensão à análise dela. Ação processual se tem contra o réu, pelo simples fato de afirmar-se ter algo contra ele. Rigorosamente (na perspectiva

de categoria jurídica distinta, correspondendo a uma afirmação feita processualmente da existência ou inexistência de situações jurídicas materiais, em especial a ação. Tem sua vida restrita ao tempo de pendência da relação processual.

Em rigor, as expressões autor e réu servem para designar os sujeitos da ação processual. Autor é aquele que afirma ter algo (situações jurídicas, como direito, pretensão e ação) contra outrem, dito réu, no plano material. É autor, pois, da afirmação da ação material em juízo<sup>269</sup>, afirmação esta que se faz contra o réu, e não em face dele<sup>270</sup>.

---

estática), as expressões autor e réu servem para designar os sujeitos da ação processual: alguém é autor da afirmação que, no processo, se faz contra outrem, ou seja, o réu.

<sup>269</sup> Quando o réu alega no processo, por exemplo exceções substanciais, ele passa a processualizar outra situação jurídica ativa, de modo que outro objeto declarável é processualizado. Em verdade, o réu é autor de tal afirmação, que é feita contra o autor da afirmação que lhe foi oposta. Por exemplo, o réu, quando alega exceção de prescrição, afirma que, embora tenha o autor pretensão contra ele, tem contra o autor o poder de neutralizá-la (a dita exceção). Neste caso, deve ser dado ao réu tratamento de autor, a ponto de sua afirmação também dever ser julgada procedente ou improcedente. Um ponto bastante complexo é saber se quando o réu apresenta defesa direta ele está, ou não, a trazer questão a ser apreciada pelo juiz (logo, ampliando o objeto do conhecimento judicial). Que a defesa processual (como a contestação) é uma demanda é algo indubitável. Que o réu também pede, idem. O cerne do problema gira em torno do seguinte: qual é a causa (fundamento) da defesa do réu quando esta é de tipo direto? O pedido do réu de improcedência da ação é, em sinal trocado, o mesmo que ele faria se propusesse contra o autor uma ação declaratória negativa. Ocorre que nesta última, o fundamento teria de ser deduzido pelo simples fato de ainda não estar processualizado. Mais, seria necessário descrever a necessidade de tal declaração (interesse de agir). Numa defesa, porém, tanto um quanto o outro já estão presentes, de modo que, neste aspecto, a atuação do réu é muito mais de retórica que real; muito mais renovatória que inovatória. Em rigor, ao juiz já cabe analisar o pedido autoral e os fundamentos (causa de pedir) que lhe sustentam. Isto porque, em toda a ação deduzida há uma *duplicidade em contraditoriedade*, referente à eficácia *declaratória-base*, vista no capítulo anterior. O réu, por sua vez, traz, quando de uma autêntica defesa direta, algo *como que* um reforço argumentativo. Não se vê, portanto, como a defesa direta pode ampliar o objeto do conhecimento judicial, salvo de um ponto de vista (preponderantemente) retórico. Um último detalhe quanto à defesa é que a chamada *defesa de admissibilidade* (art. 337, CPC) também – ao contrário do que se defende (por todos, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. 3, p. 466; DIDIER JR., *Curso...*, op. cit., p. 717) – é direta: claro, não no sentido de negar o fundamento do pedido formulado, mas sim o de negar o fundamento (em geral, implícito) do pedido de admissibilidade (também muitas vezes implicitamente formulado).

<sup>270</sup> Quando alguém vai a juízo, pede algo ao Estado-juiz. Para tanto, em face (ou perante) deste último afirma ter contra outrem, o réu, algo no plano material. Ação é poder de impor algo a alguém, poder, portanto, que se tem contra este alguém. É, pois, totalmente impróprio dizer que o autor tem ação em face do réu; tem (ou melhor, diz ter, já que se trata, em si, de simples afirmação) ação contra ele. A ação processual se faz perante o Estado-juiz, mas sempre contra o réu. Sobre o tema, com muito proveito, SILVA, Ovídio Baptista da. *Execução em face do Executado. Da Sentença Liminar à Nulidade da Sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 139-158.

Além disso, vários institutos da processualística, como *causa de pedir*, *litispendência*, *conexão* e outros, têm por base a noção de ação processual. Em verdade, dizer que há litispendência entre ações, por exemplo, não é propriamente dizer que há duplicidade ou multiplicidade de ações materiais, até porque, levando-se em conta seu *locus*: o plano material, só há uma; duplicidade ou multiplicidade, em verdade, de ação processual, pois se afirmou mais de uma vez a mesma ação material. Ressalte-se que a análise da conexão e da identidade de ações deve ser feita antes do deslinde processual, ou seja, enquanto pendente a ação processual. Do mesmo modo ocorre com a causa de pedir. O estudo desta centra-se na análise das afirmações feitas pelo autor na petição inicial. Afirmações dos fatos jurídicos (causa remota) e da relação jurídica (causa próxima) que ensejam o pedido. O cerne de tais afirmações, já no âmbito da causa de pedir próxima, é a ação processual. Não se deve, assim, dizer que a causa de pedir próxima é a ação material, pois esta pode não existir ou, conforme o caso, embora existente, ser tida por inexistente. É no plano da comunicação (*dictum*) que reside a causa de pedir: seja a remota, seja a próxima, esta última, para os fins deste trabalho, em especial.

É de se registrar, por fim, que a *ação processual* não é uma substância, visto que ela somente existe quando inserida em outra coisa. Ela não tem, assim, natureza jurídica propriamente. É um ente que existe em outro, um *acidente*, no sentido aristotélico do termo quando o contrapõe ao termo *substância*. Tudo isso porque as partes integrantes de algo somente existem nesse algo. O motor de um carro só existe como tal se estiver no carro; algo análogo dá-se com a ação processual em relação à demanda<sup>271</sup>.

### **Causa de pedir e pedido: breves considerações visando a uma possível nova estruturação dos institutos**

---

<sup>271</sup> Certa vez um famoso processualista, muito empolgado com a possibilidade de utilizar os postulados da Teoria do Fato Jurídico ponteana para a explicação de conceitos da Dogmática Processual (não sem algumas deficiências quanto à compreensão daquela, motivadas, ao que parece, por leituras meramente de tabela do pensamento do Jurista alagoano), perguntou: “a atribuição de valor à causa é um ato jurídico *stricto sensu* ou um negócio jurídico”? Em resposta, disse-se: “nem um e nem o outro, porquanto seja apenas parte integrante do ato de demandar, este sim um ato jurídico (*stricto sensu*, para ainda maior arrepio do perguntador, pois, ao menos àquele tempo, empolgadíssimo com a “descoberta” de negócio jurídicos processuais)”.



Ambos não são objeto desta tese. Sequer servem propriamente como premissas do que se pretende provar. Não obstante, além de, *entitativamente*, comporem o conteúdo do ato postulatório – esta verdadeira base do edifício que se está a erguer – relacionam-se com uma das perspectivas aventadas na *introdução*: ao longo da demonstração do *movimento processual* tido aqui por *principal*, outros movimentos serão percebidos, eis um deles, pois que referente à ação recursal, da qual, no mínimo, se pretende provar a existência. Portanto, do modo mais sintético possível, apresentar-se-á uma perspectiva desses institutos, realçando-se, porém, que isso se fará já objetivando a uma eventual reestruturação deles.

Causa de pedir é termo que denota aquilo que dá ensejo ao pedido. Em rigor, é causa *do* (ato de) *pedir*. Portanto, ela se dá em virtude do pedido, mais especificamente, sua razão de existir é justificar a formulação dele. Embora *logicamente* a pós-ceda; *gnosiológicamente*, ele antecede-a: somente é possível conhecer a causa a partir do pedido. Desse modo, é definindo *pedido* que se possibilita definir *causa de pedir*.

E por pedido não se pode ter um *fato bruto*<sup>272</sup> de uma *realidade pré-comunicativa*. Pedido não é uma “mera” *consequência jurídica*, como a obrigação que decorre naturalmente da celebração de um contrato. Também não é um simples *ato jurídico*, como a consumação da coisa pelo interessado em comprá-la. Pedido é uma *comunicação*, pois, se se pede algo, pede-se a alguém: um sujeito fala a outro. No caso, o interessado em algo *comunica vontade* ao titular do poder de realização do interesse que subjaz a esse algo. Numa linguagem mais sintética: *a parte pede ao juiz*. Pedido, por isso, é comunicação de vontade. É vontade manifestada (saída do mero estado de consciência), mas numa manifestação *em* comunicação. É da essência do pedido a *linguisticidade*. Eis a razão de o pedido perfazer-se por um escrito contido numa petição ou, quando permitido por lei<sup>273</sup>, via expressão oral reduzida a termo por um auxiliar do juiz.

---

<sup>272</sup> Por *fato bruto* deve se entender, primeiramente, o fato independentemente de sua juridicização, um puro fato, portanto. No segundo momento, bruto é qualquer fato – inclusive o jurídico – que ainda não foi objeto de comunicação a um agente detentor do poder de constatá-lo, como, acima de todos, é o juiz.

<sup>273</sup> Caso dos juizados especiais, art. 14, *caput*, Lei n. 9.099/95.

Ora, se *pedido* é ato comunicativo contido num escrito (como a petição), seu fundamento, a *causa de pedir*, também deve sê-lo. E isto exatamente pelo fato de ela não ser *causa eficiente* (motora) do *direito subjetivo* (e seus consectários, como a *pretensão* e a *ação*) invocado pela parte. Sua existência é devida ao pedido. Observe-se: *devida*. A causa de pedir é uma necessidade *normativa* (deontológica), e não uma necessidade *fática* (ontológica). Enfim, porque há um pedido, faz-se necessária uma causa que o justifique, tal como já se antecipou acima.

Diante disso, já se pode concluir que, tal como o pedido, a causa de pedir *não* é um fato bruto da realidade. Não o é nem mesmo numa realidade já referente ao direito. Em hipótese alguma se pode dizê-la fato jurídico, muitíssimo menos “simples” fato. De igual forma que o pedido, ela é comunicação, e a ele vinculada. A necessidade da causa de pedir, porém, não diz respeito ao pedido em si, de modo que este inexistiria caso ela não fosse indicada. Tal indicação não é pressuposto para a existência do pedido, refere-se a outra coisa, a ser vista abaixo.

Pedido é algo que está em outro<sup>274</sup>. Pedido não existe por si só. Ele é elemento, no caso, de uma petição, que é um *ato do procedimento*. Esse ato é a demanda, na forma vista acima. Sendo um ato jurídico, sua existência é passível de validade e eficácia. De um ponto de vista ontológico, a petição existe quando dirigida a alguém. Contudo, para ser algo a mais do que *uma simples missiva*, a petição precisa conter o *petitum*, ou seja, um *querer algo* do agente comunicado. Em termos mais próprios à linguagem processual: petição só existe se o sujeito peticionante (parte) comunicar ao juiz que quer algo. Pedir-lhe, portanto.

Logo, se se pede algo, petição há. É certo que, mesmo no âmbito da existência, a juridicidade interfere, de modo que o *ser* (ontológico) jurídico é antes um *dever-ser* (deontológico). Assim sendo, poder-se-ia dizer que para a existência (jurídica) do ato-petição algo mais seria necessário. Por exemplo, só se formaria petição caso houvesse *causa de pedir*. Isto, contudo, necessitaria de expressa previsão normativa. O que se desconhece no direito brasileiro. Neste, a necessidade

---

<sup>274</sup> Costuma-se falar que há um *objeto imediato* e um *objeto mediato* do pedido ou, com menos propriedade, um *pedido imediato* e outro *pedido mediato*. Trata-se, em verdade, de um equívoco analítico, que será demonstrado ainda neste capítulo quando da análise do conceito de *tutela jurisdicional*.

da causa de pedir refere-se a outro plano: ao da validade. Não por outro motivo, tem-se por irregular (inepta, especificamente) a petição em que não há causa de pedir (CPC, art. 330, § 1º, I). Ora, o que é irregular tem de existir. Não há irregularidade no que inexistente, pois este sequer tem a possibilidade de ser regular ou irregular.

A necessidade da causa de pedir funda-se na ordem democrática. Como a atividade jurisdicional é de natureza impositiva, alguém só pode querer submeter (objeto do pedido) outrem se tiver uma justificativa jurídica para tanto. Se se quer obter a condenação do réu, é necessário dizer a razão juridicamente relevante: *e. g.*, o inadimplemento de uma dívida. Tal como o juiz precisa motivar a decisão condenatória (CRFB, art. 93; CPC, art. 489, II, § 1º), o autor precisa justificar o porquê de seu pedido condenatório: aquele que foi colocado na condição de poder sofrer (o réu) tem, até para que possa exercer a ampla defesa, o direito de saber a razão que pode levá-lo a tanto, eis a *democraticidade*<sup>275</sup> referida acima.

Por isso, e por todo o restante dito anteriormente, a causa de pedir existe *por conta* do pedido. Dada a relação estritamente deontológica entre eles, a análise dela deve ser *à luz* dele; e não o inverso, como seria se a relação fosse ontológica. Entretanto, não é que o pedido defina por completo a causa de pedir. Para todo pedido há uma causa de pedir. Por conseguinte, em tese, a demanda já se encontra individualizada diante da formulação do pedido.

Ocorre que é possível que o mesmo pedido seja lastreado em mais de um fundamento. Desse modo, duas ou mais causas de pedir convergem para tanto. É o que se dá com a ação indenizatória movida pelo comodante contra o comodatário por danos causados à coisa emprestada. O fundamento para o pedido condenatório pode ser tanto a ofensa aos deveres contratuais como a ofensa ao direito de

---

<sup>275</sup> Sobre essa função da causa de pedir, insuperável é a lição de Pontes de Miranda: “A lei colheu a teoria da *substanciação* do pedido, que exige mais do que a simples alegação de existir a relação jurídica (*teoria da individualização*): a parte tem de expor os fatos (*da mihi factum!*). Não se exagere, porém. Quando o Código exigiu os ‘fundamentos jurídicos do pedido’, só lhes viu o interesse de preparar o réu a defesa”, *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, v. 4, p. 17.

propriedade (ou, até mesmo, à posse)<sup>276</sup>. Há, aqui, um tipo de concurso de ações. No caso, de causas que concorrem para o mesmo pedido.

### **Natureza da causa de pedir no contexto da petição**

Como cediço, a base normativa – ao menos a mais relevante – da necessidade da causa de pedir é o inciso III do art. 319, CPC. Por ele, estabelece-se que o autor deve indicar na petição inicial “*o fato e o fundamento jurídico do pedido*”.

Disto, duas conclusões já podem ser tiradas: *i)* há mais de uma indicação, sendo uma do *fato* e a outra do *fundamento jurídico*; *ii)* a causa de pedir é a própria indicação. Esta última carece de maiores explicações.

De acordo com o texto legal, a necessidade é de *indicar* e, como não poderia ser diferente, indicar *algo*. Nesse sentido, existe o ato indicativo e o objeto indicado: este é, primeiramente, um fato e, por consequência, um fundamento jurídico; aquele, um texto que fala deles. Desse modo, a ideia de causa de pedir deve ser enquadrada em alguma dessas duas coisas. Não há, não nos limites do texto legal em análise, um terceiro elemento. A causa de pedir não pode ser considerada como o *objeto indicado* acima referido, já que ele, como *fato* ou *fundamento jurídico*, tem a ver com a causalidade do direito subjetivo invocado, não com o pedido em si. O fato indicado, por exemplo, não se dá como fato processual, mas sim como fato afirmado processualmente. Ele é referente ao que se demonstrou acima ser o *direito material*.

Logo, a causa de pedir – até por ser, como igualmente demonstrado, o lastro do pedido – reside na própria indicação. Causa de pedir é um texto, não apenas um fato. É texto que se reporta a fato. Eis o porquê de se dizer que a petição contém, além de comunicação de vontade (o pedido, consoante se demonstrou), também comunicação de fato, a causa de pedir.

Por isso, a causa de pedir, tanto a dita remota quanto à próxima, reside numa alegação. Quem comunica fato diz que algo ocorreu ou não ocorreu. Relata. Essa alegação precisa ser constatada, a partir do aparato probatório possível.

---

<sup>276</sup> Nesse sentido, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, t. 5, p. 464-465.

Mas não se alega o fato em sua *realidade bruta*. Ele é alegado já como produto de juridicização, ou seja, como fato jurídico. Por mais que se possa mal qualificar o fato alegado, a qualificação jurídica estará presente. Isto é devido ao pedido, pois que individualiza a demanda. Se se pede, por exemplo, a condenação do réu ao pagamento de determinada soma em dinheiro pelo inadimplemento de uma dívida oriunda de contrato, estabeleceu-se este como referente à causa de pedir. Observe-se, no exemplo, a causa de pedir é, antes de tudo, formada pela alegação da existência do contrato, não ele em sua “mera” faticidade, mas sim como fato jurídico que é. Outro exemplo é ainda mais esclarecedor. Suponha-se a propositura de uma ação de invalidação de contrato de compra e venda de veículo automotor, no âmbito da qual o autor alega que, iludido pela lábia do réu-vendedor, comprou um carro com motor recauchutado. A alegação da ocorrência de uma compra motivada pela mentira do vendedor é a causa de pedir dessa ação. Posto que esteja numa linguagem não propriamente técnico-jurídica<sup>277</sup>, tal alegação já é referente à juridicidade, visto que compõe o suporte fático do ilícito *dolo invalidante*, este causa eficiente da ação anulatória. Dar a ela o *nomen juris* correto, porém, é algo que escapa ao ônus legal, o de indicar. É este, e somente, o modo pelo qual há de se analisar se o pedido é correspondente à causa. No exemplo, ao pedido anulatório está devidamente acoplada causa de pedir denotativa de fato jurídico ensejador da consequência almejada.

Um detalhe é fundamental, o *princípio de individuação* da demanda é definido no pedido, não na causa de pedir isoladamente<sup>278</sup>. Diz-se isso por uma razão muito

---

<sup>277</sup> Isto não obstante o fato de, ao menos, o termo *compra* já denotar juridicidade, uma vez que referente ao contrato de compra e venda. Tal contrato, no exemplo, volta à realidade fática de modo a compor suporte fático de outro fato jurídico, o do *dolo invalidante*.

<sup>278</sup> Essa afirmação é polêmica, contrária que é a entendimento doutrinário consolidado (por todos, TUCCI, José Rogério Cruz e. *A Causa Petendi no Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 159). Necessita de maiores explicações, além das acima já feitas. Por *princípio de individuação* entende-se aquele elemento que diferencia, dentre as espécies, a unidade, o indivíduo, que é sempre diferente dos demais, embora tenha a mesma essência e propriedades. Como dito acima, o fato bruto (não juridicizado) não pode servir para individualizar numa realidade jurídico-processual, uma vez que o direito pode lhe atribuir mais de uma significação. Mesmo ao fato já jurídico, também consoante demonstrado, a individualidade não se dá necessariamente, já que mais de uma eficácia pode ser-lhe imputada. O processo necessita de uma definição, a qual se dá de duas formas: quanto às partes, na petição; quanto ao juiz, na decisão. E a petição somente se define com o pedido, do contrário haveria apenas uma simples missiva. Por mais individualizado que esteja o fato, incluindo a determinação de sua eficácia, sem o pedido não se pode definir e, conseqüentemente, não se tem como julgar. A ausência de pedido é o grau mais alto de inépcia existente. Se o sistema permitisse apenas a

simples: o mesmo composto fático pode ser fundante de mais de um fato jurídico. O recebimento de propina por servidor público é tanto base para o ilícito administrativo quanto para o criminal. Mais do que isso, o mesmo fato jurídico – portanto já dentro da juridicidade – pode dar ensejo a consequências distintas. O vício redibitório, por exemplo, gera ao adquirente da coisa tanto o poder de rescindir o contrato quanto o poder de, modificando-o, exigir o abatimento do preço.

Resta, todavia, um problema relativo à causa de pedir no contexto do ato-petição. Por qual razão se diz que existe uma *causa de pedir remota* e outra *próxima*? Será pela mesma razão, e até por isso mesmo, de a regra do inciso III do art. 319, CPC, imputar ao peticionante o ônus de indicar o *fato* e o *fundamento jurídico do pedido*?

### **Causa de pedir remota e causa de pedir próxima x fato e o fundamento jurídico: uma dialética necessária**

Segundo o inciso III do art. 319, CPC, é ônus do peticionante indicar o *fato* e o *fundamento jurídico* do pedido. Muito por força disto, costuma-se dizer que a causa de pedir se desdobra em *remota* e *próxima*<sup>279</sup>: “como há hipótese normativa é desdobrada, a realidade à qual ela se volta deve sê-lo também”. Eis um fundamento lógico para a distinção em tela.

---

indicação do pedido, sem o lastro causal, a rejeição implicaria total impossibilidade de ele ser reformulado. Haveria um pedido abstraído de causa. Como é necessária a indicação da causa de pedir, a individuação faz-se pelo pedido devidamente colorido pela causa de pedir, de modo que o pedido se torna causal.

<sup>279</sup> Embora com diferenças substanciais quanto ao que, realmente sejam um e outra, defendem essa dualidade: TUCCI, José Rogério Cruz e, op. cit., p. 154-156; NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 7. ed. São Paulo: RT, p. 671; ASSIS, Araken de. *Cumulação...*, op. cit., p. 152; LAZZARINI, Alexandre Alves. *A Causa Petendi nas Ações de Separação Judicial e Dissolução de União Estável*. São Paulo: RT, 1999, p. 31-33; GRECO, Leonardo. *A Teoria da Ação no Processo Civil*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 55-56; JARIDIM, Augusto Tanger Jardim. *A Causa de Pedir no Direito Processual Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 104-106; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Atendibilidade dos Fatos Supervenientes no Processo Civil*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 43-46; RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A Modificação do Pedido e da Causa de Pedir no Processo Civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 51-53; DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 19. ed. Salvador: JusPODIVM, v. 1, p. 622-625; COSTA, Adriano Soares da. A Reunião das Ações Eleitorais sobre os mesmos Fatos. *O Direito Eleitoral e o Novo Código de Processo Civil*. TAVARES, André Ramos; AGRA, Walber de Moura; PEREIRA, Luiz Fernando. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 166-167.

Ocorre que, como demonstrado alhures, uma coisa é a realidade da situação jurídica invocada processualmente; outra, a do ato-petição. No primeiro caso, o problema é de ordem ontológica; no segundo, deontológica. Lá, há um processo causal propriamente dito: do fato jurídico à eficácia jurídica; cá, ônus imputado ao sujeito processual, forçando-o a apresentar determinado tipo de argumentação.

Assim, dizer que existe uma causa de pedir remota e outra próxima baseando-se na *realidade extraprocessual* (material, dir-se-ia) é confundir o ontológico com o deontológico. Que a estrutura da juridicidade é baseada na relação causal *fato jurídico* → *efeito jurídico* não é algo que, inclusive demonstrado nesta tese, se possa discutir, isto, porém, refere-se ao primeiro plano, não ao segundo, próprio da causa de pedir. Tampouco é negável que a eficácia jurídica possa se desenvolver de modo escalonado. Basta, neste caso, atentar para a *relação jurídica obrigacional oriunda de contrato de promessa de compra e venda de imóvel em incorporação imobiliária*, na qual o direito do promitente-comprador à aquisição da coisa, conquanto se forme no momento em que se perfectibiliza a eficácia do contrato, somente se municia de exigibilidade (pretensão) com o efetivo pagamento do preço. Mais, a *ação de adjudicação compulsória* forma-se a partir de outro fato: a não emissão de declaração de vontade pelo promitente-vendedor. Em verdade, a possibilidade de ocorrer uma cisão da causa (eficiente) da situação jurídica invocada processualmente não é apenas possível; é frequente. Contudo, essa cisão não é necessariamente por dois momentos, podendo ser, ao menos, por três, como no exemplo acima. Portanto, ter-se-ia de invocar três causas: uma *mais próxima*, uma *intermediária* e *outra mais remota* à situação jurídica processualizada<sup>280</sup>.

Muito por isso, mostra-se equivocado ou, no mínimo, desnecessário relacionar a causa de pedir remota ao fato jurídico, e a próxima à relação jurídica<sup>281</sup>, pelos seguintes motivos: *i*) primeiramente, a razão de ser da causa de pedir é, como

---

<sup>280</sup> Como diz Pontes de Miranda, “na exposição da causa petendi há de estar a afirmação: da relação jurídica; da pretensão de direito material, que corresponde a essa relação; de fato que justifique a ação; do interesse de agir; do direito público subjetivo a usar do juízo, o que se subentende hoje em dia”, *Comentários...*, op. cit., v. 4, p. 15. Disto bem se percebe o quanto, mesmo em casos dos mais simples, é complexa a composição da causa de pedir, de modo que a tentativa de a separar em apenas dois momentos é de equivocada.

<sup>281</sup> Nesse sentido, por todos, DIDIER JR., Fredie. *Curso...*, op. cit., v. 1, p. 624-25.

visto, a justificação racional do pedido, nada tendo a ver com a própria realidade da situação jurídica processualizada; *ii*) ademais, embora a simples afirmação do composto fático não individualize a demanda, o pedido, uma vez que define juridicamente tais fatos, cumpre tal função dentro do sistema, sendo desnecessária a afirmação da relação jurídica para tanto. Formulado o pedido, implícita está a afirmação da chamada causa de pedir próxima<sup>282</sup>; *iii*) por fim, em rigor não é a relação jurídica pura e simples a causa (*justificadora*) próxima do pedido, visto que em si nada define. Isto somente se perfaz com a afirmação de um interesse juridicamente relevante. Em processos de tipo impositivo, a esse tipo de interesse atribui-se ação para satisfazê-lo. Neste caso, alguém dizer que outrem lhe deve algo (afirmar, pois, a existência de uma obrigação) não é suficiente para sustentar um pedido. É preciso afirmar a incerteza quanto à existência da dívida para justificar o pedido declaratório, o inadimplemento do mesmo modo ao condenatório etc.

Logo, o ônus de alegar (indicar a causa de pedir) resume-se à descrição do composto fático apto a, dentro do ordenamento jurídico, justificar a providência requerida. Esse composto pode ser de formação contemporânea ou, consoante se demonstrou acima, em sucessão.

Sendo assim, dá para se dizer letra morta o trecho do inciso III do art. 319, CPC, que menciona a necessidade de indicar o *fundamento jurídico* como razão de ser do pedido? Não por completo, pois é possível atribuir-lhe outro sentido. Como regra, pode-se dizer que ao peticionante não é necessário – na perspectiva da admissibilidade – justificar o seu pedido de acordo com o regramento jurídico aplicável ao caso. Por exemplo, indicar artigo de lei que reja a matéria. O que não significa que não possa fazê-lo, máxime numa perspectiva retórica.

---

<sup>282</sup> É preciso deixar claro que não que não exista a afirmação no processo de uma situação jurídica a ser efetivada, aquilo que, alguns autores, como Fredie Didier Jr. entendem ser a *causa de pedir próxima*. Não só existe como é sobre ela que recairá o julgamento de *procedência/improcedência*. Em rigor, é ela o ponto de individuação do ato. Ocorre que a indicação do pedido representa uma consequência necessária dessa situação jurídica: porque se tem ação condenatória contra alguém, há de se condená-lo; pelo fato de se ter ação declaratória, algo análogo etc. Nesse sentido, já que o pedido tem de ser indicado, torna-se desnecessária a alegação da situação jurídica que lhe serve de base. Em termos lógicos, se a consequência foi indicada, a causa implicitamente também o foi.



Há situações, entretanto, que impõem – em graus variados – *ônus argumentativo* ao peticionante. Se pretende ter seu aplicado a seu favor determinado precedente não obrigatório, a parte necessita demonstrar a correlação dele com o caso em análise. Não basta, para tanto, mera menção a existência do precedente; é preciso justificar sua aplicabilidade à situação concreta. Analogamente ao fato de o juiz ter o dever de argumentar (especialmente nas hipóteses dos incisos do § 1º do art. 489, CPC), a parte tem ônus em tal perspectiva, cuja não observância torna defeituosa a postulação no ponto. Claro, não há falar nesse ônus diante de casos referentes à aplicação de *precedentes obrigatórios*, de *regras de definição*<sup>283</sup> etc.

Portanto, é preciso reinterpretar a expressão *fundamento jurídico do pedido*, contida no inciso III do art. 319, CPC, a fim de lhe dar um sentido que, além de útil, seja mais adequado à contemporaneidade.

#### **4.1.3.4. ...enfim, a distinção entre o ato em si e seu conteúdo como critério para a almejada definição**

A particularidade – e, portanto, a diferenciação – entre o ato postulatório e os demais é que ele é *algo não bastante em si*<sup>284</sup>. Explica-se: quem postula quer algo, mas, tal como foi dito acima, somente tem como atingir o que de fato quer *por um* requerer. O agente (postulante, no caso) não tem como por ele mesmo satisfazer-se. Isto aproxima os atos postulatórios das interpelações em particular, ou, em geral, de

---

<sup>283</sup> Por *regra de definição* entende-se aquela cuja a incidência produz a situação jurídica afirmada pela parte. Numa ação de indenização por violação a direito da personalidade, por exemplo, o autor não precisa invocar o art. 186, CC, como base do seu direito ao ressarcimento pelo dano causado.

<sup>284</sup> Essa ideia guarda similitude com o que defende James Goldschmidt, quando faz alusão à distinção atos processuais em *estimulantes* e *determinantes*. Os primeiros como que apenas sugestionam o resultado almejado, é o caso dos atos postulatórios em geral; os segundos, por sua vez, produzem tal resultado independentemente de outro sujeito. Deles são exemplos as decisões e os atos dispositivos. Tal distinção é – ao menos na perspectiva que lhes é dada por Antonio do Passo Cabral – na finalidade do ato (Nulidades no Processo Civil Moderno. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 139-140). Em rigor, a questão é um tanto diferente. Não se trata propriamente de distinguir pela finalidade, mas sim pela própria estrutura do ato: sua *essência* ou *forma substancial*. Os atos postulatórios são de tal modo, e não que sejam de outro jeito e sua finalidade seja “apenas” estimular. A *estimulatividade* é da sua própria constituição. A proposta de Antonio do Passo Cabral, de cunho mais pragmático, é correta, mas diversa do que se coloca neste trabalho.

qualquer outro ato em exigência (exercício de pretensão)<sup>285</sup>, pois nestes últimos também se espera algo de alguém. O credor, quando cobra o devedor, quer algo deste, mas *seu querer* consiste na própria prestação devida: numa cobrança de crédito pecuniário, quer-se simplesmente a disponibilidade do valor monetário devido. Não há um requerer.

Nos atos postulatórios, para se obter o que realmente se quer, faz-se necessária uma etapa intermediária. Esta consiste na decisão sobre aquilo que foi postulado. Decisão no sentido de juízo de certificação acerca de algo: a *declaração-base*, já aludida. O ato é postulatório pois, além de consistir num pedido (*causa formal*), sua *causa final* é a obtenção da decisão sobre o conteúdo da postulação. Por isso, é essencialmente um requerer. Em si, porém, ele encerra-se nisto. Quem define, em termos de *causa eficiente*, o resultado da decisão (não a ocorrência desta) é o conteúdo do ato. Assim, numa metáfora, desde que pleno, o ato postulatório *exige* a decisão.

Eis a razão de se dizer que acerca dele emitem-se dois juízos: um de admissibilidade, outro, de mérito. Ou seja, um sobre a plenitude do ato; outro, sobre a *justiça* de seu conteúdo. Só os atos postulatórios são assim. No quarto capítulo, já quando se estiver a tratar do conceito do recurso, o problema da admissibilidade será devidamente analisado. Por conseguinte, nada do que se refere ao conteúdo do ato postulatório pode servir para defini-lo, pois lhe é estranho. É como se dentro dele existisse outro ato. Rigorosamente, esse outro realmente existe, e como *substância*, no plano material.

Logo, definição de ato postulatório baseada na finalidade dele não pode designar o resultado, que só existe como possibilidade no conteúdo do ato. Dizer, por exemplo, que “o recurso enseja a invalidação da decisão recorrida” é incidir no erro, pois quem tem tal propensão é o conteúdo da postulação recursal. No caso, o recurso (desde que pleno) enseja uma decisão sobre seu conteúdo, que pode ser de

---

<sup>285</sup> Como diz Pontes de Miranda (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, v. 12, p. 318) a interpelação não tem consequências jurídicas *per se*. Segue-o, SILVA, Ovídio Baptista da. *Do Processo Cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 460.

procedência ou improcedência<sup>286</sup>. Trata-se de um paradoxo, que é da própria essência dos atos postulatorios<sup>287</sup>.

Enfim, uma definição de ato postulatorio (mais) próxima da ideal é a seguinte: “ato do procedimento (*gênero próximo*) que, baseado em uma alegação de fato e consistente em um pedido (*diferença específica*), é apto a gerar ao seu destinatário, o juiz, o dever de, analisando o conteúdo da primeira, decidir acerca do segundo (*finalidade*)”.

#### 4.3.1.5. O problema do ato postulatorio ineficaz

Um ponto que, mesmo numa perspectiva geral, necessita de uma análise destacada é o da ineficácia do ato postulatorio. Até porque constituirá uma premissa muito importante para a sequência do desenvolvimento da tese<sup>288</sup>. Como qualquer fato jurídico, o ato postulatorio é dotável de eficácia. Aqui, duas questões apresentam-se: *i*) em que consiste essa eficácia? *ii*) qual é a consequência por força da ineficácia?

A resposta à primeira baseia-se na premissa de ser o ato postulatorio uma comunicação. Isto norteia a eficácia dele. Ao postular, o agente visa à produção de algo, pois todo o *comunicar* é sempre para alguma coisa. No caso da postulação, esse algo é a análise por parte do julgador daquilo que lastreia a postulação, de modo a acolhê-la ou rejeitá-la. Eis a *causa final* do ato postulatorio. Sua eficácia, por isso, refere-se à geração do dever de analisar o fundamento da postulação e, por isso, do correlato direito subjetivo em favor do postulante. Quando se dá de modo inicial (numa demanda, no sentido que aqui se emprega), a postulação, desde que

---

<sup>286</sup> Nesse sentido, CABRAL, op. cit., p. 140, fazendo alusão aos *atos estimulantes*.

<sup>287</sup> Seria possível dizer que, nos atos de exigência em geral, isso também ocorreria. No exemplo da cobrança do valor monetário, o devedor-cobrado poderia, simplesmente, declarar ao credor-cobrador que não paga porque, *e.g.*, entende prescrita a dívida. Obviamente, essa possibilidade existe, mas isto não é a reação própria ao ato de cobrança; é-o como possibilidade de o devedor-cobrado de fato não poder ser exigido. Assim, ele como que exerce um direito de dizer que, pelo motivo invocado, não há de pagar. É como se ele, posicionando-se como julgador, declarasse prescrita a dívida. Enfim, uma resposta anômala à cobrança; diversamente da decisão que rejeita o pedido de condenação do réu a pagar, pois o ato de pedir a condenação existe ou para ser acolhido ou para ser rejeitado: esse *paradoxo* lhe é essencial.

<sup>288</sup> No quarto capítulo, já quando do *acontecimento recursal*, será feita uma análise do problema referente à *ineficácia do recurso*.

eficaz, é produtora da própria estrutura envolvente desse dever, ou seja, gera a relação jurídica. Cada postulação tem uma eficácia própria, logo, para se poder determiná-la, é necessário observá-la isoladamente. Por exemplo, o dever de analisar a defesa do réu, não decorre do ato postulatório inicial, a demanda, mas sim, obviamente, do ato de defesa, espécie de ato postulatório que é. Desse modo, em resposta à (ii), a ineficácia de um ato deste tipo impossibilita à formação do mencionado dever. Em outras palavras, um tanto imprecisas, porém eloquentes: desobriga o julgador de analisar.

A ineficácia dos atos postulatórios – como, de resto, dos atos procedimentais como um todo – é tema que necessita de um estudo profundo por parte da processualística. Não é objetivo deste trabalho – seu próprio título assim denota – fazê-lo. Não se pode, todavia, furtar-se completamente dessa empreitada. Portanto, até a título de “provocação”, serão lançadas algumas questões, e, para algumas, será apresentada no mínimo, uma solução provisória.

Primeiramente, longe de ser incomum a ideia de que o *ato procedimental defeituoso é eficaz até o momento em que é desconstituído*<sup>289</sup>. Ao que parece, essa afirmação é muito mais uma *forma a priori do entendimento*<sup>290</sup> de certos processualistas que algo, de fato, calcado na realidade do direito positivo. De início, há regra jurídica cuja textualidade vai no sentido exato oposto: art. 239, *caput*, CPC, que diz ser a citação válida produtora de determinados efeitos, o que, por uma simples inversão textual, denota que tais efeitos não serão produzidos se não houver ou, em havendo, não seja válida a citação.

Depois, levando-se em conta a premissa acima acerca da *causa final* (da eficácia) do ato postulatório, seria possível dizer que, embora sem preencher os correspondentes pressupostos para tanto (os de admissibilidade, numa linguagem

---

<sup>289</sup> É o que sustentam, cada um com suas peculiaridades: KOMATSU, Roque. *Da Invalidade no Processo Civil*. São Paulo: RT, 1991, p. 206-08; GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1993, p. 81; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do Processo e da Sentença*. 6. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 177; 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; DIDIER JR., *Curso...*, op. cit., p. 454.

<sup>290</sup> No quarto capítulo, já quando no estudo do conceito de recurso, far-se-á uma análise crítica acerca do *a priori* no âmbito do direito, sobretudo do direito processual.

mais específica), ato produziria seu efeito, obrigando o julgador a analisar o fundamento da postulação? Como se poderia dizer que o julgador assim estaria se a legislação brasileira (art. 321, CPC, acima de tudo) impõe ao postulante o ônus de emendar o ato? Ora, uma leitura com o mínimo de analiticidade desse tipo de regramento impõe uma única resposta: ele só estará obrigado a analisar após a emenda do ato debilitado, a qual funciona para o último como uma *pós-eficacização*. Logo, não há falar antes disso de eficácia do ato<sup>291</sup>. Deixa-se, porém, este ponto como se fosse uma mera provocação feita à processualística que se ocupa da temática<sup>292</sup>. Mais ainda, e não sem corroborar com essa conclusão, como se provou no primeiro capítulo, a ineficácia do ato pode derivar tanto da ausência de um pressuposto propriamente de eficácia como da ausência de um que, referente à validade, condicione a eficácia, caso, conforme visto acima, da citação.

Por fim, igualmente como já demonstrado, a eficácia dos atos jurídicos deve ser analisada em perspectiva, a partir da eficácia precípua deles. Não se podendo, mesmo diante de atos formativos de um ato complexo, misturar a eficácia de um com a de outro, atentando-se, por óbvio, aos casos em que há entre elas alguma relação de condicionamento.

#### **4.4. Breves considerações acerca da natureza do procedimento considerado como um todo**

Consoante apresentado no primeiro capítulo, o procedimento é um ato complexo, portanto ato jurídico. Por isso, também para ele, há de se falar na ocorrência de *suporte fático* → *incidência* → *fato jurídico* → *efeitos jurídicos*. Pelo

---

<sup>291</sup> Como hipótese ao menos, deixa-se aqui uma conclusão que vai de encontro ao jargão de “não haver ato processual ineficaz” e outras expressões do tipo. Tratando-se dos atos postulatórios, pelo descrito acima, a eficácia (precípua) depende da regularidade do ato. A ineficácia desses atos em virtude de debilidades que lhes acometem é verdadeira regra. Portanto, ao invés do que se diz, é a ineficácia que prevalece. Já quanto aos atos impositivos a ineficácia é excepcionalíssima, restrita a hipóteses como as do art. 525, I, CPC. Isso tem uma razão de ser: a causa final das decisões não é, como nos atos postulatórios, um gerar aos seus destinatários um dever de análise; mas sim submetê-los. Nesse sentido, conquanto o fundamento dê validade a decisão (e, portanto, legítima-a), o que releva, para fins de eficácia, é o agir decisório em si, o dispositivo.

<sup>292</sup> De logo, deve-se registrar que, a seu modo, Heitor Vitor de Mendonça Sica identifica a admissibilidade do ato postulatório como problema atinente à eficácia (*Preclusão Processual Civil*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 156).

mesmo motivo, ele tem pressupostos necessário à sua formação (existência) válida e eficaz.

O que difere no procedimento, além do já explicitado, é que, sendo composto por uma série de atos, ele tem um *todo* que não é o simples somatório de suas *partes*<sup>293</sup>. Não à toa, um ato isolado seu pode ser descartado sem que o todo o seja: *e. g.*, nula a defesa, ela será descartada, mas o todo no qual ela está inserida permanece. Ademais, no procedimento, mais do que em qualquer outro ato jurídico, a *causa final* mostra-se determinante: ele existe para a produção de um ato final, que o sintetiza, como a decisão nos *procedimentos impositivos*. Não que ela seja a causa final dele; mas, ao conjunto dos atos preparatórios ao ato final, pode-se dizer ela que assim o seja.

Todo processo desenvolve-se em procedimento: este dá *forma* àquele. Metaforicamente, quando se vê (ou, mais amplamente, se percebe) um processo, o que se observa é o procedimento, tal como quando se vê um *cão* se observa a forma substancial de *cão*. Procedimento, portanto, é a *forma substancial* do processo. Todo o resto são atributos: *quantitativos* e *qualitativos*. Deste modo o são: as fases do procedimento, os intervalos entre um ato e outro, a especificação de um momento para a defesa etc.

Dentre muitos possíveis, três aspectos do procedimento, até porque ao que parece esquecidos pela processualística, devem ser mencionados: *i)* é possível existir num processo mais de um procedimento. Isto, porém, ao menos no direito brasileiro<sup>294</sup>, a partir de um *procedimento-base*. Deste, outros procedimentos podem,

---

<sup>293</sup> O todo ter um ser próprio, não é apenas o coletivo de suas partes: “o todo não é um coletivo, o que pareceria indicar que é uma justaposição de suas partes que já possuem ser por si mesmas, ao passo que é do todo que elas extraem o que as faz ser. Um termo coletivo não é um ser, mas uma determinação puramente abstrata porque não assegura nenhuma ligação real entre os próprios membros da coleção. Ao contrário, distinguir as partes no interior do todo é sem dúvida limitar o todo, mas de tal maneira que a parte permanece ainda uma imagem do todo, não só porque há entre ela e todas as outras partes relações necessárias e recíprocas, mas ainda porque sua existência como parte não é senão um efeito da imperfeição e do inacabamento no conhecimento mesmo que alcançamos dela (...) Vê-se pois que a parte está presente atualmente no todo, o todo também está presente virtualmente na parte”, LAVELLE, Louis. *A Presença Total: ensaios reunidos*. Trad. Carlos Nougué. São Paulo: É Realizações, 2012, p. 122-23.

<sup>294</sup> De um ponto de vista lógico, não é inviável que, num mesmo processo, haja mais de um procedimento-base, surgidos a um só tempo. Uma possibilidade disso seria a de ações que, referentes a procedimento distintos, estivessem cumuladas. Haveria um cúmulo acional com um

obviamente, surgir. Alguns correm-lhe *paralelamente*; outros, como *incidentes*; No primeiro caso, um exemplo adequado é do procedimento da reconvenção; no segundo, além do óbvio incidente de arguição de inconstitucionalidade, o referente às exceções<sup>295</sup> de impedimento e suspeição; *ii*) é possível, ademais, também falar em *prolongamento do procedimento*. É o que acontece com quando da oposição de embargos declaratórios. Nos outros recursos – por motivos mais ou menos óbvios – assim não se dá, algo por ser demonstrado no quarto capítulo; *iii*) por fim, existe a *cisão procedimental*, que nada tem a ver com o disposto no art. 356, CPC, frise-se. De um procedimento: dois ou mais podem surgir<sup>296</sup>.

---

cúmulo procedimental. Esta possibilidade, no entanto, não se demonstra adequada diante da regra geral (para a qual, ao que se sabe, não é, no ponto em análise, excepcionada por nenhuma regra específica vigente) de cumulação de pedidos contida no inciso III do § 1º c/c § 2º, ambos do art. 327, CPC.

<sup>295</sup> No sistema do CPC, diversamente do que se tinha ao tempo do anterior, utiliza-se o termo *arguição* para designar o ato pelo qual se questiona a (im)parcialidade do juiz, quer por impedimento quer por suspeição. Antes, o termo empregado era *exceção*. Arrisca-se a dizer que a mudança se deveu ao entendimento de Fredie Didier Jr, porquanto, não de hoje, afirma que, como o questionamento da parcialidade pode ser feito tanto pelo autor quanto pelo réu, não se deveria denominar o ato como exceção, já que esta refere-se a uma atuação própria do réu. Ledo engano, todavia. Embora, como visto no capítulo anterior, exceção seja situação jurídica passiva, como bem compreende Didier Jr., não é, processualmente falando, uma defesa restrita ao réu. O autor também pode ter suas defesas. No caso, a defesa não é contra o réu, mas sim contra o juiz, porque, dado seu suposto interesse na causa, pode prejudicar o autor. Excepciona-se, portanto, o juiz, não a parte adversa, como, curiosamente, é dito pelo próprio Didier Jr. Sobre todo o dito pelo autor, ver *Curso...*, op. cit., p. 755 e segs.

<sup>296</sup> A cisão procedimental é produto de uma cisão acional, esta, um acidente possível na vida de ações fundidas (fusão acional). Nesse sentido: se *fusão acional* é a cumulação de ações que resulta circunstancialmente num mesmo pedido, *cisão* (ou *fissão*) é o exato oposto. Isto é, parte-se do unido para o difuso. Do fato da cisão há de resultar a permanência das ações dantes fundidas. Por óbvio, se a diminuição do *composto acional* dá-se por *terminação* de uma das ações, cisão não haverá, mas sim propriamente extinção. Essa terminação pode ocorrer, basicamente, de dois modos: *i*) com a análise da ação, caso em que o pedido dela decorrente é acolhido ou rejeitado; *ii*) com a inadmissibilidade, da ação mesma ou do ato que a movimentá<sup>296</sup>, desde que disto não resulte o término da litispendência. Em poucas palavras: ocorrida a cisão, as ações permanecerão, cada uma num processo próprio; analiticamente: para que haja cisão, é preciso que do agir decisional sobre as ações cumuladas resulte a sobrevivência delas, agora em separado. Sendo assim, na hipótese (*i*) aventada acima, é impossível a ocorrência de cisão acional, visto que as ações cumuladas são, no todo ou em parte, julgadas, e o julgamento faz cessar a litispendência; já em (*ii*) a cisão somente ocorrerá em hipóteses nas quais da declaração de inadmissibilidade não decorra *ipso facto* a extinção do processo. Quando, por exemplo, dada sua ilegitimidade para a causa, um litisconsorte é excluído, há cessação da litispendência da ação lhe relacionada, ou seja, uma extinção parcial sem resolução do mérito. Algo idêntico acontece na hipótese de o autor desistir de uma das ações propostas. Há, todavia, no sistema processual brasileiro dois casos de indiscutível cisão processual. O primeiro é a separação do processo por força do litisconsórcio multitudinário (§ 1º do art. 113, CPC); o segundo, mais drástico, é o da declaração parcial de incompetência. Este necessita de maiores esclarecimentos. Seguindo a tradição, a declaração de incompetência no sistema processual brasileiro, salvo exceção conhecida (incompetência territorial no âmbito dos juizados especiais, inciso III do art. 51, Lei n. 9.099/95), não implica extinção do processo. Inadmita-se a postulação sem

#### 4.5. Os efeitos processuais

Tendo abordado a questão dos atos do procedimento, chega-se ao momento de tratar daquilo que deles advém, seus efeitos jurídicos. Tal como demonstrado no capítulo anterior, o efeito jurídico não se confunde com o próprio fato que o origina; é algo que subsiste. Mais, o fato é instantâneo, o que dele pode perdurar<sup>297</sup> no tempo é o seu efeito. Obviamente, em se tratando de um ato complexo, como o procedimento, o ato que ainda não ocorreu, não se encontra marcado no tempo do que já se deu. É por isso que os efeitos do ato complexo devem ser analisados a partir de cada um dos atos que compõe a cadeia. Não há *o efeito* do ato complexo, mas sim *efeitos dos diversos atos* que o compõem, alguns deles agregam-se aos já produzidos. Claro, há uma espécie de efeito base, que é composto pelos demais.

---

desconstituir o ato, que é transladado ao juízo (tido pelo declarante por) competente. Trata-se de uma forma de aproveitamento do ato processual defeituoso por expressa imposição legal (§ 3º do art. 64, CPC). Não há margem para qualquer discussão. Caso o juiz, declarando a incompetência, determine o deslocamento da causa ao juízo competente, ao invés de extinguir o processo, estará a cometer sério *error in procedendo*, sendo invalidável sua decisão. Isto em qualquer hipótese de declaração de incompetência, seja ela absoluta ou relativa, total ou parcial. Em que sentido é possível falar que a competência (ou, por decorrência lógica, a incompetência) pode ser total ou parcial? Nada tem a ver com o problema da *absolutidade* ou *relatividade* da competência, que é referente à quantidade desta, de modo que o juízo relativamente incompetente tem, de outra banda, relativa competência. *Totalidade* e *parcialidade* da competência referem-se à abrangência dela sobre seu objeto, que é a ação posta à análise. Se a competência abarca a totalidade do objeto, ela é do primeiro tipo; se apenas algo dele, do segundo. Isto, inclusive, se a ação for única, caso da cobrança de valor superior a quarenta salários mínimos no âmbito dos juizados especiais cíveis, na qual o juízo não tem competência para o excedente. Com mais propriedade, há *incompetência parcial* diante de cumulação de pedidos, ainda que esta se dê *em fusão*. Existe regra expressa quanto ao ponto, ademais. Trata-se do inciso II do § 1º do art. 327, CPC. A cumulação de pedidos somente é permissível se o juízo tiver competência para ambos ou, sendo o caso, todos. A consequência pelo não preenchimento desse requisito é a inadmissibilidade do pedido não abarcado pela competência e, conseqüentemente da cumulação. Aqui, faz-se indispensável uma explicação mais acurada, a fim de que se evite interpretações equivocadas do dispositivo. Como dito, o fato de o juízo não ser competente para um (ou alguns) dos pedidos cumulados acarreta a inadmissão deste. Que o pedido é inadmitido não há como negar. Até porque, todo pedido posto à apreciação judicial há de ser *admitido* ou *inadmitido*, *tertium non datur*. Resta identificar, porém, qual é a consequência dessa inadmissão. Seria o descarte do pedido, fazendo cessar a litispendência da ação fundante dele? Não, definitivamente. Essa consequência não há de ser outra senão a de operar uma cisão processual, determinando que a ação não admitida seja deslocada ao juízo competente. Por um motivo muito simples: o que determina a consequência da inadmissibilidade não é ela em si, mas sim o porquê de ela ter ocorrido. No caso, a inadmissão teve por causa exatamente a declaração de incompetência, e a consequência inexorável por força disto é, consoante o já analisado § 3º do art. 63, CPC, a determinação do deslocamento da ação ao juízo competente. Não há no sistema processual vigente outra solução possível, até porque, em tal caso, não há falar em *inépcia da petição*, *inadequação procedimental*, *ausência de interesse*, *ilegitimidade da parte* ou qualquer outro fato que, de acordo com as hipóteses do art. 485, CPC, enseje a extinção do processo sem resolução do mérito. O que há é pura e simplesmente a incompetência do juízo, cuja consequência é, conforme demonstrado, categórica.

<sup>297</sup> Relembre-se que há efeitos jurídicos em instantaneidade.



Chama-se de *relação jurídica processual* a esse tipo de efeito quando advindo de atos complexos em processualidade.

Além dela e de tudo que, consoante será pormenorizado logo a seguir, a compõe, há outros efeitos jurídicos causados, de algum modo, por algo relativo ao ato complexo. Efeitos esses inclusive de natureza positiva: situações jurídicas. Eles, porém, dão-se em virtude não do ato complexo diretamente, mas sim por outros fatos processuais que ao último se refiram. O *locus* de sua ocorrência é o que acima se chamou de *âmbito processual*, mais especificamente em sua parte não procedimental. Adiantando, todo plexo eficaz referente aos recursos – cerne deste trabalho – forma-se e desenvolve-se em tal lugar. Mas não têm como existir fora do contexto do efeito processual central, a *relação jurídica processual*. Portanto, a correta definição e o apontamento das principais propriedades dela são fundamentais, verdadeira premissa para pontos nucleares da tese.

#### **4.5.1. A relação jurídica processual**

Qual é a definição de relação jurídica processual ou simplesmente processual (como doravante se utilizará)? A partir do exposto acima, em que se demonstrou a existência de uma *pré-processualidade*, é consequência natural dizer que, adveniente desta última, há a relação processual. Mais, por motivo análogo, ela é efeito de fato jurídico processual. Tudo isso é, de algum modo, correto, mas não serve para definir a relação processual porquanto não a diferencia de outras relações jurídicas.

##### **4.5.1.1. Um critério para definir o conceito de relação jurídica processual**

A definição desta baseia-se naquilo que a diferencia das outras tantas relações jurídicas existentes. Portanto, é necessário buscar um critério que possa diferenciá-las. É preciso, assim, classificá-las. E, para isso, impende estabelecer um critério que, ao mesmo tempo, tenha maior precisão analítica e maior utilidade pragmática. Na doutrina, alguns critérios são levantados para tal intento.

Um deles funda-se nos sujeitos que compõem a polo passivo da relação jurídica. Nele, as relações jurídicas são de direito absoluto e de direito relativo: nas

primeiras, o sujeito passivo é um ente por completo indeterminado<sup>298</sup>, sendo representado pela alteridade (= quem quer que seja); nas segundas, ele é determinado ou, no mínimo, determinável, o que não impede a plurissubjetividade<sup>299</sup>. São exemplos das primeiras: a personalidade, a propriedade etc.

Outro critério se dá a partir do objeto da relação jurídica. Aquilo sobre o qual ela recai. Aqui ou se diz que, sendo o objeto coisa, a relação é de direito real, ou, sendo o objeto necessidade de o sujeito passivo prestar algo (um fazer<sup>300</sup> ou, a depender da espécie, não fazer), diz-se pessoal a relação. Neste último caso, por exemplo, pode-se continuar a especificar, identificando fatores diferenciais entre os diversos tipos de prestações possíveis em direito, tal como: se têm conteúdo patrimonial ou não, sendo a relação jurídica denominada, no primeiro caso, de *obrigação*.

O segundo critério é muito adequado para a delimitação do conceito de relação processual. Se é óbvio não se tratar de uma relação jurídica cujo objeto seja a coisa, a relação processual é, por conseguinte, uma das tantas relações jurídicas pessoais existentes.

Desse modo, resta estabelecido ser o objeto da relação processual uma necessidade de o sujeito passivo prestar algo. Isso, todavia, ainda é pouco. É preciso ir além, estabelecendo-se, minimamente, o que seja esse algo por ser prestado. A tarefa aqui não é das mais complexas tendo em vista o fato de já se saber que a relação processual é uma consequência da pretensão à tutela jurídica,

---

<sup>298</sup> Não se desconhece a crítica à ideia de relação jurídica em que um dos polos é a alteridade. Vide, por exemplo, a crítica pragmática feita por Torquato Castro Jr. à ideia de sujeição passiva total nas relações jurídicas de direito real. A seu ver, para a prática do regime jurídico da propriedade e para a solução das lides que o envolvam, a ideia de sujeito passivo total pouco importa. Podendo-se, sem maiores problemas, falar em relação entre um sujeito e uma coisa (*A Pragmática das Nulidades e a Teoria do Ato Jurídico Inexistente*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 49). Não obstante, entende-se ser útil metodologicamente a ideia de sujeição passiva total para deixar patente a necessidade de que todos têm algum tipo de dever para com o proprietário, como, por exemplo, o dever de não atentar contra a coisa, objeto da propriedade. Adota a ideia de sujeição passiva total, dentre outros, VILANOVA, Lourival. *Causalidade e Relação no Direito*. 4. ed. São Paulo: RT, 2000, p. 172-174.

<sup>299</sup> A plurissubjetividade de uma relação jurídica é o fato de, num dos polos dela, haver mais de um sujeito de direito, como uma obrigação com codevedores. Não se deve, portanto, confundir relação jurídica de direito relativo com relação jurídica de polaridade unissubjetiva: nesta, num ou em ambos os polos só há um sujeito de direito; naquela, como visto, polo passivo é composto por sujeitos determinados ou, no mínimo, determináveis.

<sup>300</sup> Em rigor, dar coisa e pagar quantia em dinheiro são apenas especificações do “fazer”, objeto que é de prestações obrigacionais.

que tem o Estado-juíz na posição passiva. Logo, o objeto em questão somente pode ser a *necessidade de prestar a tutela jurisdicional*.

Não obstante, como não poderia ser diferente, alguns problemas disto advém: *i)* o que é tutela jurisdicional? *ii)* apenas um dos sujeitos da relação processual deve prestar algo? *iii)* o que gera a relação processual? *iv)* tem ela um viés meramente estático ou, ao contrário, seu conteúdo vai se amoldando aos variados fatos que ocorrem no processo? *v)* dentro do fenômeno processual, é a relação processual, nos moldes acima delimitados, a única relação jurídica existente? A cada uma dessas questões, dedicar-se-á um subitem.

#### 4.5.1.2. Uma noção de tutela jurisdicional

Sem analisar os pormenores da problemática, por certo das mais complexas da processualística, parte-se da ideia de que tutela jurisdicional tem a ver com a realização de situações tuteláveis<sup>301</sup> pela atividade jurisdicional, a partir de um processo. A tutela jurisdicional, em apertada síntese, se expressa a partir das eficácias decisórias possíveis: declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental e executiva<sup>302</sup>. Embora tenham a ver com o direito material,

---

<sup>301</sup> Em verdade, não apenas direitos subjetivos, mas também simples situações de fato como a posse podem ser objeto de tutela jurídica (= proteção pelo sistema jurídico) e, com isso, tutela jurisdicional. Há quem fale na tutela jurisdicional de instituições, como o meio ambiente e o ordenamento jurídico (nas ações de controle, por exemplo). Nesse sentido, COSTA, Eduardo José da Fonseca. Jurisdição Constitucional, Jurisdição Coletiva e Tutela das Instituições. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2015, v. 244, p. 247-284.

<sup>302</sup> Daí porque Pontes de Miranda diz que sentença e prestação jurisdicional são a mesma coisa (*Tratado das Ações*, op. cit., p. 156). No capítulo passado analisou-se as (possíveis) causas-finais das ações. Algo análogo dá-se aqui. Não se pode confundir, porém, o fim da tutela jurisdicional com a própria. Em rigor, a primeira é um ato, por isso se diz ser ela a própria decisão. Por lógica, se se tem direito contra o Estado-juíz à tutela jurisdicional, este só pode ser obrigado a prestar algo que esteja ao seu alcance. O máximo que se pode pedir ao juiz é que ele, dentro da particularidade de cada caso, declare, constitua, condene, mande e execute. Como já adiantado, costuma-se dizer que há um *objeto imediato* e um *objeto mediato* do pedido ou, com menos propriedade, um *pedido imediato* e outro *pedido mediato*. Um equívoco analítico, todavia. Isto porque, se o pedido é referente a algo a ser feito pelo juiz, somente se poderá pedir algo que o juiz possa fazê-lo. O ato do juiz, no que tange ao pedido, é sempre uma decisão, e não alguma coisa a ela estranha, que nada tenha a ver com sua existência. Por exemplo, não se pede ao juiz o *imóvel*; pede-se que, retirando o réu, seja ele, o imóvel, restituído ao seu titular. Por intermédio do pedido, em suma, quer-se uma decisão com os consequentes que são dela naturais, como o mandado de imissão de posse. O juiz *atua*, não propriamente *cria*. O criar, no agir judicial, refere-se tão-somente ao movimento da *substância*, restrito, como visto, à eficácia constitutiva. É preciso observar, porém, que a *atuação judicial* pode ser *fracionada* ou, até mesmo, *espraiada* ao longo do procedimento. Nestes casos, no mínimo, mais de uma decisão tem de ser proferida, o que, nalgum sentido, corresponde à necessidade de mais de um

constituem – por força do monopólio estatal – objeto do poder-dever do juiz, pois, como já demonstrado, é ele quem declara, constitui, condena, manda e executa. Rigorosamente, essas eficácias existem no plano material mas, exatamente por serem *eficácia*, precisam de um implemento, que, dado o aludido monopólio, faz-se processualmente. Como dito alhures: a tutela jurisdicional é esse implemento.

Desse modo, tomando por premissa o fato de que tais eficácias são a expressão da tutela jurisdicional, deve-se dizer que, para qualquer tipo de prestação por ser cumprida pelo juiz, faz-se necessária a constatação de algo. Essa constatação é, na nomenclatura estabelecida neste trabalho, a eficácia declaratória-base de qualquer decisão judicial. Por menor que seja – como, ao menos aparentemente, ocorre com as *decisões antecipatórias da tutela*-, toda decisão judicial parte de uma declaração. Trata-se do mínimo cognitivo necessário para qualquer ato intelectual, até mesmo para atos de poder, como as decisões judiciais. Prestar tutela jurisdicional, portanto, é, antes de tudo, constatar a ocorrência (ou inoocorrência) de algo. E a constatação é poder-dever do juiz. Não obstante o fato de que o dever de prestar a tutela jurisdicional é do juiz, o outro polo da relação processual, em cada um dos seus lados<sup>303</sup>, também tem de prestar algo. Tem deveres, portanto. São, por exemplo, os deveres inerentes à boa-fé, como o de cumprir as ordens judiciais, não praticar atos protelatórios etc.

Isso, contudo, não impede que se defina a relação processual a partir do objeto do dever precípua do Estado-juiz: a tutela jurisdicional. Do mesmo modo que se define a obrigação a partir da prestação do devedor (entregar coisa, fazer algo,

---

pedido existir. Na execução por quantia certa, por exemplo, pede-se, primeiramente, a citação do executado para pagar, após, penhorado bem dele, a adjudicação ou, a depender do caso, a alienação, em seguida, havendo dinheiro depositado, a liberação do valor, dentre muitas outras situações possíveis. Sem embargo, mesmo que se sustente a possibilidade da classificação ora criticada, é fundamental observar os limites da própria *forma acional*. Na *ação de cobrança*, por exemplo, não se pode dizer que o *objeto mediato* seja *dinheiro*, uma vez que o máximo que a sentença a ela correspondente possibilita é a formação de um *título executivo* em favor do credor. Se o pedido mediato na ação de cobrança é, como dizem, dinheiro, qual será o *pedido mediato* na *ação executiva da sentença condenatória*, que da primeira decorre? Eis, provavelmente, uma pergunta de difícil resposta. Portanto, oferecer um conceito de tutela jurisdicional que escape às possibilidades do que o Estado-juiz pode fazer é atribuir a algo um atributo que sequer lhe é próprio, muito menos, essencial. Um erro que não pode ser reproduzido e nem mesmo abonado.

<sup>303</sup> Adota-se, aqui, a ideia, que será pormenorizada abaixo, de, em regra, ser a relação processual angular, tendo, pois, dois lados cujo vértice é o Estado-juiz.

pagar valor em dinheiro etc.), mesmo ciente que o credor também tem deveres inerentes a ela também é, de algum modo, devedor. O critério para a escolha do objeto de um determinado dever contido na relação, e não de outros, se dá, acima de tudo, por um viés qualitativo. Numa metáfora, o peso dele na relação.

#### 4.5.1.3. O fato jurídico da relação processual e sua dinamicidade

Tendo por base que todo efeito jurídico decorre de um fato jurídico e sabendo que a relação processual é um dos desses tantos efeitos possíveis, é preciso delimitar qual é o fato jurídico que gera. Em verdade, até por ter estrutura angular, a relação processual é formada a partir de mais de um fato jurídico.

Nesse sentido, partindo-se da premissa que o processo contém um procedimento, sendo este formado uma série logicamente concatenada de atos, deduz-se que estes últimos, pois que atos jurídicos, existem para produzir efeitos (embora seja possível, *a posteriori*, ato processual ineficaz). Logo, como a relação processual deriva do ato inicial do procedimento, os efeitos produzidos por tais atos ou são constitutivos da relação processual ou nela interferem. A relação processual, portanto, forma-se no processo e, ao longo dele, transforma-se: aumentando ou diminuindo seu conteúdo.

É preciso, porém, estabelecer quais dos atos que compõem a cadeia procedimental dão ensejo à formação da relação processual. Ou seja, aqueles que produzem o “esqueleto” dela. Basicamente<sup>304</sup>, isto acontece em dois momentos: com a admissibilidade da demanda e com a citação válida. Com a simples propositura da demanda não há surgimento da relação processual. O dever do Estado-juiz admitir ou não admitir a primeira situa-se ainda no plano pré-processual<sup>305</sup>. É com o despacho de admissibilidade que surge a relação processual

---

<sup>304</sup> A complexidade eficaz-subjetiva do processo pode ganhar maior dimensão com a participação de diversos outros entes no processo, como, e especialmente, os terceiros intervenientes. Na oposição interventiva, por exemplo (prevista no art. 59, CPC/73, e não reproduzida, na mesma estrutura, pelo CPC vigente), o oponente ingressa no processo dando ensejo à formação de outra relação processual, em que são sujeitos passivos, em contraposição de interesses, o autor e o réu da relação processual primeira.

<sup>305</sup> Dever que corresponde à pretensão à tutela jurídica, a qual, até por anteceder logicamente o ato de demandar, existe antes da formação do processo, este, exercício dela. Essa pretensão é, como visto, componente de uma relação jurídica formada antes do processo, cujo suporte fático é composto

e todas as situações jurídicas inerentes a ela<sup>306</sup>. Ocorre que, nascida em tal momento, a relação processual ainda é linearizada, envolve apenas o autor e o juiz (a↔j). Os chamados efeitos da litispendência (= efeitos da relação processual), como prevenção do juízo, litigiosidade da relação deduzida, não repercutem, apenas com isso, para o réu<sup>307</sup>. Para tanto, faz-se necessário envolvê-lo. Na metáfora geométrica da relação processual, é preciso angularizá-la. E a angularidade (ou seja, a formação do outro lado da relação) depende de outro ato processual. Este, em regra, é a citação válida<sup>308</sup>. No entanto, ela pode ser suprida caso o réu compareça espontaneamente (inclusive se, estando nula a citação, o réu comparecer e não questionar a nulidade, algo que pós-eficaciza o processo). De um modo ou de outro, completa-se a relação processual (a↔j;j↔r). Em verdade, há duas relações unidas por um sujeito de direito: o Estado-juiz. Daí a ideia de ângulo: duas semirretas unidas num (e por um) ponto.

Como dito acima, diversos fatos jurídicos, componentes ou não da cadeia procedimental, podem repercutir na relação processual, alterando sua substância.

Isso se dá porque, embora *ente de razão*, a relação processual não é mera representação estática de algo: é o próprio direito em desenvolvimento. É o viés dinâmico do direito. O direito se desenvolve por relações jurídicas, até porque, por

---

pelo interesse de agir (necessidade da tutela jurídica) e pela capacidade de ser parte. Ademais, como toda situação jurídica existente no conteúdo de uma relação jurídica, ela tem um lado passivo (correspectividade necessária), sendo este exatamente o dever do juiz de admitir ou, conforme o caso, não admitir o exercício dela. Ao não admitir a demanda, diz-se que demandante não tem pretensão à tutela jurídica, pois lhe falta interesse de agir ou capacidade de ser parte, ou não preenche os requisitos necessários ao seu exercício. Sequer admite a processualização da questão. Relação processual é, portanto, efeito da admissibilidade da demanda. Sem o ato de admissão, há processo, no sentido de haver procedimento, mas não há relação processual. No entanto, caso o ato de inadmissão seja, pelos meios hábeis (como o recurso), impugnado, tem-se procedimento, cuja *res deducta* é a relação pré-processual inadmitida, e, com a admissibilidade do recurso, forma-se a relação processual específica.

<sup>306</sup> Essa é a posição de Pontes de Miranda: “A relação jurídica processual exsurge, de ordinário, com a apresentação da demanda; portanto no momento mesmo em que o juiz toma conhecimento da petição e não a repele” (Relação Jurídica Processual. *Repertório...*, op. cit., p. 90).

<sup>307</sup> Aqui não se ignora, por óbvio, a ocorrência de alguns processos de angularidade não necessária, como o de divórcio consensual. Processos, portanto, de relação processual apenas linear.

<sup>308</sup> O citatório nulo é hipótese, como visto, de ato processual ineficaz. Isso se dá, como não poderia ser diferente, por opção político-positiva, consubstanciada no art. 239, *caput*, CPC. Querer ter como questão *a priori* a eficácia dos atos processuais nulos, como alguns (já devidamente citados) tentam fazer (curiosamente defensores da impossibilidade epistêmica de uma teoria geral da invalidade), é cometer grave erro epistemológico.

unirem sujeitos, refletem o aspecto intersubjetivo, condição de possibilidade da própria juridicidade.

Não é à toa que Clóvis do Couto e Silva<sup>309</sup>, a partir de uma construção do Direito Processual, entende a relação obrigacional como processo, pois há mutabilidade dela pelas diversas contingências que podem ocorrer. Por exemplo: se o devedor inadimpler, surge para o credor o poder de impor a satisfação (ação de cobrança), ampliando o conteúdo da relação obrigacional. É de se ressaltar que a hipótese do citado autor só é possível numa *analogia de proporcionalidade*. Não há propriamente um procedimento obrigacional porquanto não há unidade substancial dos atos referentes à obrigação. O pagamento não é, propriamente, uma etapa do processo iniciado pelo fato jurídico formativo da obrigação (como um contrato), embora se refira a ele. Observe-se que o contrato é tido por perfeito (no sentido de ocorrido) com os atos constitutivos de sua formação (a aceitação da oferta, basicamente); já a decisão é essencial ao procedimento

É de todo equivocada, portanto, a crítica de que a relação jurídica seria algo estático<sup>310</sup>, que não refletiria, por isso, as intercorrências e contingências do

---

<sup>309</sup> SILVA, Clovis do Couto e, op. cit., p. 118.

<sup>310</sup> Essa é a posição defendida por Paula Sarno Braga que, com base em Paula Costa e Silva (*Acto e Processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 96-96), afirma: "Falar-se num processo como relação dinâmica seria aceitar que uma situação jurídica mude. Na verdade, como a situação jurídica se define como o que é em dado momento, mudando o momento, sobrevindo fato novo, produz-se uma nova situação (ainda que seja uma situação cujo conteúdo se alterou). Não haveria, assim, situação dinâmica" (*Norma de Processo e Norma de Procedimento: o problema da repartição de competência legislativa no direito constitucional brasileiro*. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 130. O termo em itálico é do original). A crítica, além do dito acima, funda-se num jogo de ideias: não há dinamicidade, pois, qualquer mudança de conteúdo que ocorresse, geraria uma nova relação, não sendo simples alteração dela. Ora, isso é devido, não propriamente à relação jurídica, mas sim ao fato que a gera. Se se está diante de um fato jurídico de formação sucessiva, como o procedimento, a dinamicidade do todo vai repercutir, claro, na relação jurídica formada pelo fato. A relação, por ser efeito do fato jurídico, o acompanha e, portanto, é dinâmica. Pensar de modo diverso seria dizer que, num processo judicial, formada a relação processual pela admissão da demanda, toda eficácia jurídica dos atos que surgissem posteriormente na cadeia procedimental nada teria a ver com a relação antes formada, como se fosse, cada uma delas, uma nova relação. O juiz, portanto, ao sentenciar (praticar ato na cadeia procedimental) não estaria influenciando na relação jurídica antes formada entre ele e a parte, já que essa relação ficara estaticizada no passado. O equívoco, aqui, é manifesto. Além disso, a autora criticada comete um erro ontológico ao dizer que, dado um fato novo, "produz-se uma nova situação jurídica (ainda que seja um situação cujo conteúdo se alterou)". O que ela parece não perceber que uma coisa é a mudança substancial, que desfaz a própria forma do ente; outra, a qualitativa, que, conquanto modifique tal forma, não desfaz a substância. Tudo passa por mudanças: o adulto não é qualitativamente a mesma coisa que era a criança que ele fora, mas ambos continuam a ser a mesma substância. Em direito não é diferente. Pensar como, nesta questão, o faz Paula

fenômeno jurídico. No caso da relação processual, pode-se citar, como exemplos desses influxos, as seguintes hipóteses: *i)* se o réu, na contestação, alega fato impeditivo do direito afirmado pelo autor, surge para este a pretensão a replicar; *ii)* se a sentença é contrária à parte, surge para esta, dentro da relação processual instaurada, um poder contra o Estado-juiz, o poder de recorrer; *iii)* se o juiz conhece de ofício de determinada questão, como a prescrição, ele tem de intimar as partes, principalmente aquela contra a qual a questão é oponível, para falar sobre a matéria algo de cognição. Ou seja, nasce para as partes pretensão processual para tanto (art. 10, CPC).

Nos casos acima, a modificação da relação processual dá-se por atos jurídicos que compõem a cadeia procedimental. É possível, no entanto, que fatos

---

Sarno Braga é fazê-lo a partir da premissa de um mundo meramente estático, alheio a qualquer tipo de movimento. Eis, possivelmente, mais uma demonstração do quanto é relevante a aplicação dos conceitos aristotélicos ao direito.

Nas palavras de Paula Costa e Silva: “O conceito de relação surge ligado ao conceito de situação jurídica. A relação jurídica é uma situação com determinada conformação específica. A situação é aquilo que é num dado momento, é um conceito estático. Dizer que o processo se concebe como relação dinâmica não resolve os problemas. Aquilo que se quer eventualmente representar através desta descrição é o que o processo comporta situações processuais variáveis ao longo de sua vida. O processo está em movimento permanente. As situações jurídicas que o integram tendem a acompanhar esse movimento. Mas isto não significa que possa aceitar-se que haja relações dinâmicas. 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 de alterou. Não há uma situação dinâmica” (op. cit., p. 96-97). Os argumentos da autora são muito mais aprimorados que de sua homônima brasileira. Não obstante, não sustentam a conclusão. Observe-se: claro, situação é algo *marcado* no tempo (tal como o fato, que, como já demonstrado, tem *punctualidade*). A situação ocorreu ou não ocorreu. Neste sentido, um direito subjetivo – espécie de situação jurídica – é gerado em determinado marco temporal e nele fica. Mas isso não significa que ele se esvai: ele fica, até o momento que, por algum motivo, for desconstituído: *e. g.*, quando realizado. Logo, a relação jurídica (espécie do gênero situação), que é exatamente o continente dos direitos e deveres, *permanece* no tempo até ser desconstituída. Os atos, como, de resto, qualquer fato, também são marcados no tempo; a razão de o procedimento *prossequir* está em sua própria definição: ele não é (feito de) um único ato. Em tese, a relação jurídica processual pode ser (quase) instantânea: se fosse possível ao juiz já julgar imediatamente ao acontecimento do ato postulatório, ela ficaria apenas marcada no instante de sua formação; como isto não é possível, como se estabeleceu a necessidade do procedimento, ela não pode assim o ser. Forma-se tal relação, gera-se ao postulante direito à análise daquilo que pediu, e ao destinatário, o dever de analisar, que só irão se consumir (logo, serem desconstituídos) quando do cumprimento do último. Até lá, a relação *perdura*, e, por isso, sofre os influxos dos atos que seguem na cadeia procedimental. Ou será que o dever que o juiz cumpre quando decide é diverso daquele que lhe foi gerado pela admissão do ato postulatório? Obviamente, é o mesmo dever: agora em cumprimento. Em suma, se o procedimento é dinâmico – como, em essência, o é-, a relação jurídica formada a partir dele inexoravelmente também o é.



jurídicos outros produzam tal efeito: *i*) caso a parte descumpra ordem judicial (ilícito processual), surge para o Estado, dentro da relação processual instaurada, o poder de puni-la, na forma do art. 77, § 2º, CPC; *ii*) se o réu não observa o prazo de resposta (ato-fato processual), perde o poder de contestar, poder este que era componente da relação processual; *iii*) se o autor renuncia ao direito sobre qual se funda a ação (componente da *res deducta*), cessa o seu interesse de agir e, com isso, o Estado-juiz não mais precisa solucionar a lide.

Os influxos ao longo do processo podem até mesmo gerar novas relações processuais dentro do mesmo processo em que se encontra a originária. É o que ocorre, por exemplo, quando o réu reconvém (desde que, consoante se estabeleceu acima, a demanda reconvençional seja admitida), ou quando a parte (autora ou ré, a depender do contexto) excepciona, questionando a imparcialidade do juiz. Neste caso, surge relação processual na qual o juiz da causa originária é o polo passivo do ângulo relacional.

#### **4.5.1.4. Relação processual e relações jurídicas surgidas em virtude do processo**

Chega-se ao ponto principal desta análise acerca da relação processual. Não se não se nega como já se demonstrou alhures a possibilidade de, no *âmbito processual*, diversas outras relações jurídicas poderem exsurgir dos mais diversos fatos jurídicos. Tais relações, todavia, não podem ser confundidas com a autêntica relação processual. O simples fato de serem produzidas no processo não é suficiente para atribuir-lhes a significação de relação processual e nem permite, na *metalinguagem* da Dogmática Jurídica, assim compreendê-las. Não se pode confundir as categorias. Como diz, laconicamente, Pontes de Miranda: “Cumpra, assim, que não se confundam a relação jurídica processual, o processo, e as diversas relações e situações processuais nascidas durante o processo”<sup>311</sup>. Do contrário, de tão vulgarizada, a ideia de relação processual deixa de ter qualquer relevância prática. Retoricamente, pode-se indagar: “para que diferenciar a relação

---

<sup>311</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, t. 1, p. XIX. De igual modo, quando do CPC/73: *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, v. 1, p. XXV.

processual se todas as relações jurídicas surgidas no processo são autênticas relações processuais”? Eis uma pergunta que deve ser feita àqueles que defendem a ideia de existir entre as partes uma autêntica relação processual<sup>312</sup>.

Diversos fatos jurídicos que surgem ao longo do processo podem ter por efeito jurídico precípua uma relação jurídica. São exemplos: *i*) a responsabilidade civil surgida em virtude do dano causado por efetivação de decisão antecipatória da tutela posteriormente revogada, na qual o beneficiário da tutela é devedor de indenização ao prejudicado; *ii*) o dever da parte que interpôs recurso protelatório de pagar multa em favor da parte lesada; *iii*) o dever do destinatário da ordem judicial pagar ao beneficiário dela o valor da multa cominada caso tenha havido descumprimento; *iv*) o dever da parte pagar ao perito os honorários, fixados conforme decisão do juiz. Todas elas são, com base no externado entendimento de Pontes de Miranda, algumas das diversas relações jurídicas que podem surgir no curso de um processo<sup>313</sup>.

---

<sup>312</sup> É mais ou menos isso que faz Fredie Didier Jr., com base em Francesco Carnelutti (*Derecho y Proceso*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1971, p. 41), de quem adota o termo “feixe” de relações jurídicas, e em Pedro Henrique Nogueira (Situações Jurídicas Processuais. *Teoria do Processo – Panorama Doutrinário Mundial 2ª. Série*. DIDIER JR., Fredie (org.). Salvador: JusPODIVM, 2010, p. 767), dos quais absorve a ideia de que, para além da relação processual, há outras tantas decorrentes dos diversos fatos jurídicos processuais. Embora o referido autor, trabalhe com a ideia de que o processo pode ser entendido, na sua porção eficaz, como o: “conjunto de relações jurídicas que se estabelecem entre os diversos sujeitos processuais (partes, juiz, auxiliares de justiça etc.)”, algo que adota de Reinhard Greger, e entenda pela necessidade de analisar o conteúdo eficaz da relação jurídica processual (a seu ver, um conceito lógico-jurídico) a partir do devido processo legal, não estabelece uma diferenciação mais precisa entre a relação jurídica processual e as diversas outras que podem surgir do âmbito do processo, tal como se faz neste texto a partir do objeto de cada uma delas. Que o estudo do processo – e, portanto, da relação processual – deve ser feito a partir da normatização constitucional é algo inquestionável, mas isso nada tem a ver com a necessidade de, na metalinguagem, melhor definir os contornos dela para fins de o conceito ter maiores utilidades práticas. Em verdade, entende-se que Didier Jr. acaba por agrupar, num mesmo acordo de linguagem (nominado, no caso, de relação jurídica processual), dados linguísticos que pouco ou quase nada se assemelham, ver DIDIER JR., *Curso...*, op. cit., p. 39-40.

<sup>313</sup> Já outros fatos jurídicos, embora não surjam propriamente na facticidade processual (são anteriores à sua formação, por exemplo), geram relações jurídicas que, de algum modo, atuam no contexto processual. Por exemplo: *i*) a convenção de foro, que, além de modificar a competência, gera para os pactuantes o dever de não proporem ação em foro diverso do eleito; *ii*) a cláusula compromissória, que gera para o compromissário o dever de, diante do litígio, se submeter à arbitragem; *iii*) o compromisso arbitral que encobre a eficácia da pretensão à tutela jurídica para a lide em questão, encobrimento este que pode, caso findo o compromisso, ser desfeito. Pelos motivos acima invocados, e aqui com mais força, as relações jurídicas geradas por eles não podem ser tidas por relações processuais. São, em verdade, de direito pré-processual.

Em verdade, essa *multi-ocorrência de relações jurídicas* num determinado contexto não é algo exclusivo do processo judicial. A título de exemplo, tome-se o caso da enfiteuse. Nela, além da relação jurídica real (decorrente da propriedade), pela qual alguém passa a ter o domínio útil de coisa, surge relação obrigacional, na qual o enfiteuta tem de pagar ao senhorio direto os valores referentes ao foro e, quando da transmissão, ao laudêmio. Tal relação jurídica se torna real apenas pelo fato de ter surgido no contexto de um direito real? Não, obviamente: ela permanece como relação obrigacional e, pela Dogmática Jurídica, precisa ser assim tratada.

Portanto, não é o fato de a relação jurídica surgir no âmbito processual ou, de algum modo, atuar no contexto do processo que ela será tida como relação processual. Esta se diferencia das demais pelo seu objeto: a necessidade de prestar a tutela jurisdicional. Diante disso, pode-se estabelecer o seguinte: à base da ideia de relação processual está o problema da processualização, entendendo-se esta não como aquilo que decorre de um fato jurídico processual, mas sim como aquilo que é levado à apreciação de um órgão titular do poder de prestar a tutela jurídica. Ou seja, relação processual tem – em seu objeto – a afirmação de outra relação jurídica (*res deducta*), não importando se esta última surgiu fora ou dentro do contexto processual.

Nas relações jurídicas acima delineadas, havendo qualquer tipo de questionamento, é necessário, para solucionar o impasse, submetê-la à apreciação jurisdicional. É preciso, de algum modo, agir para a formação de uma relação processual, a fim de que o Estado-juiz possa, prestando tutela jurisdicional, resolver a questão. Para tanto, é irrelevante o fato de essa relação processual dever ser formada no próprio processo instaurado ou em outro. Isso é apenas um problema de maior ou menor solenidade do processo, nada tendo a ver com o real sentido da relação processual.

Sintetizando, pergunta-se: como dizer processual uma determinada relação jurídica (*e. g.*, a que contém o dever de a parte agir em boa-fé para com a outra) se qualquer questão que surja em seu curso depende de outra relação para ser solucionada? Em verdade, tê-la de tal modo é “afrouxar” o conceito, tornando-o débil

analiticamente e pragmaticamente pouco útil ou, pior, fonte para *equivocos de comunicação*.

Há, inclusive, vício lógico na construção, porquanto, se a relação processual tem por objeto a necessidade de prestar a tutela jurisdicional e esta principia-se na constatação de algo, como dizer ser processual uma relação jurídica cuja constatação depende de outra relação? A constatação dá-se, inexoravelmente, na relação processual, e em nenhuma de outra espécie. Sem embargo, deve-se dizer que a constatação feita numa relação processual pode ser objeto de outra relação processual, como acontece quando se recorre de uma decisão judicial, porque esta, embora seja prestação cumprida numa relação processual, passa a ser objeto da relação que exsurge com o recurso<sup>314</sup>, o que será amplamente pormenorizado adiante.

Poder-se-ia dizer que o raciocínio acima empreendido é falacioso, pois se está a partir das noções do que sejam *relação processual* e *tutela jurisdicional*, de modo que, tudo que não se enquadrar nos perfis invocados, não pode ser tratado como se lhes pertencesse. Tal crítica, todavia, incidiria no erro de não observar que qualquer análise científica, mesmo aquelas de cunho eminentemente lógico, como a feita no parágrafo anterior, deve partir de um conteúdo semântico mínimo, e este, para os termos em questão (relação processual e tutela jurisdicional), são os estabelecidos acima.

Assim, ao se afirmar que, pelo simples fato de surgir num processo, uma relação jurídica é denominável de relação processual, comete-se um dos seguintes

---

<sup>314</sup> É de frisar, até para evitar supostas reivindicações intelectuais, que já se defende isso desde 2016: “Sintetizando, pergunta-se: como ter por processual uma determinada relação jurídica (e. g., a continência do dever da parte agir em boa-fé para com a outra) se qualquer questão que surja no curso dela depende de outra relação para ser solucionada? Em verdade tê-la de tal modo é afrouxar conceito de relação processual, tornando-o frágil analiticamente e pragmaticamente pouco útil ou, até mesmo, fonte para diversos equívocos de comunicação, algo a ser explicitado abaixo. Há, inclusive, vício lógico na construção: se relação processual é aquela que tem por objeto a necessidade de prestar a tutela jurisdicional e esta se principia na constatação de algo, como dizer ser processual uma determinada relação jurídica se a constatação dela depende de outra relação? A constatação dá-se na relação processual, e não em outra relação. Sem embargo, deve-se dizer que a constatação feita numa relação processual pode ser objeto de outra relação processual, como ocorre quando se recorre de uma decisão judicial: esta, embora seja prestação cumprida numa relação processual, passa a ser objeto da relação que exsurge com o recurso” (GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. Um Crítica Analítica à ideia de Relação Processual entre as Partes. *Revista Brasileira de Direito Processual*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, v. 93, p. 264-265).

equivocos analíticos: ou, na semântica, peca-se por vagueza, já que o termo serve para designar um sem número de relações jurídicas possíveis, perdendo-se, além da analiticidade, sua praticidade; ou, na sintática, comete-se vício lógico, uma vez que, como fixado no penúltimo parágrafo acima, a conclusão não sustenta a premissa.

## 5. A pós-processualidade

Em que sentido se pode falar em algo *pós-processual*? O prefixo *pós* denota algo que vai além de outro. Não é apenas um *vir depois de*: é o que vem depois, mas que guarda algo do que veio antes. Se o *pré* significa uma etapa preparatória, o *pós* é uma etapa além, seja como um *resquício*, seja como um *complemento*. É o que *sobeja*<sup>315</sup>.

Nesse sentido, o pós-processual vem ao término do processual, como algo que, surgido neste, sobrevive-lhe. E, como o processo é fato, a “sobra” dele há de ser algo advindo dessa facticidade, situações jurídicas, mais precisamente. Há dois modos, porém, do *ser pós-processual*: *i*) aquele que surge com o término da litispendência, a qual se dá com o trânsito em julgado; *ii*) aquele que surge após ser finalizada a relação processual, o que, como será demonstrado doravante, não coincide com o trânsito em julgado. São exemplos no primeiro caso: o direito a rescindir, a exceção de coisa julgada (art. 485, V, CPC), o dever de o órgão judicial dar baixa nos registros do processo, tal como se faz quando do arquivamento dos autos. São exemplos no segundo: o dever cumprir a decisão<sup>316</sup>, o dever de o órgão judicial comunicar ao réu não citado acerca da decisão a favor dele proferida (§ 3º do art. 331, CPC) e, especialmente a esta tese, o poder de recorrer.

---

<sup>315</sup> De algum modo, é o que Pontes de Miranda fala acerca da ideia de *pós-processualidade*, algo que se encontra de forma muitíssimo reduzida em sua obra, especialmente se se tiver em vista a ênfase por ele dada à ideia oposta: *pré-processualidade*: “A força da sentença é estatal, não há dúvida; mas estatal processual, e não material. Quando se fala em força material da coisa julgada alude-se a fato da vida pós-processual, de fronteiras entre o direito processual e o direito material, porém nunca invadente dêsse” (*Tratado das Ações*, op. cit., p. 251).

<sup>316</sup> O dever de cumprir a decisão não é propriamente o dever de pagar algo nela reconhecido. Este é envolvido por aquele. É por isso que há consequências próprias pelo descumprimento de uma decisão, como a condenação em multa cominatória. Por definição, mesmo quando somente exigível após o trânsito em julgado, o dever de cumprir a este último antecede: o que advém com o trânsito em julgado é tão-só a exigibilidade, cuja dívida a ela relacionada já existia.

\*\*\*

Após a realização de um capítulo de aspecto mais estático, pois que de apresentação de premissas fundamentais, partiu-se para algo mais dinâmico, já se inserindo no contexto do *movimento processual*. Não à toa, tomou-se por base o conceito de *acionalidade*, que fechou o capítulo antecedente, para ingressar propriamente na dimensão processual. Tudo isto, principiando-se no âmbito *pré-processualidade*, onde aquela, de algum modo, se situa. O processo é, portanto, o movimento da potência existente nesse âmbito ao ato que se perfaz pela decisão. Esta última, por sua vez, atua como que *deixando algo*, o qual, numa das linguagens próprias desta tese, torna-se potência de outro; noutra das linguagens aqui utilizadas, *deixam-se* situações jurídicas *pós-processuais*. Dentre estas, encontra-se o *direito ao recurso*, cuja comprovação de sua existência (e, portanto, de sua essência, propriedades e acidentes) depende da demonstração de sua causa: o *fato jurídico recursal*. Este último será, em toda a sua estruturação, objeto do próximo capítulo, que, por isso, terá um viés um pouco mais tendente à estaticidade, mas, por seu próprio título, já na iminência de se movimentar.

## CAPÍTULO III – UM MOVIMENTO ESTRITAMENTE PROCESSUAL: DA FORMAÇÃO DO FATO JURÍDICO RECURSAL...

### 1. Considerações iniciais

Tal como toda análise de algo deve partir de sua causa (eficiente), não se pode pretender analisar o recurso sem entender aquilo que o gera. Mas o qual seria a causa dele? Sendo um ato jurídico (hipótese a ser demonstrada), poder-se-ia, intuitivamente, dizê-lo exercício da situação jurídica que o possibilita. No caso, do *direito ao recurso*. Ledo engano, porém. Ora, tanto há recurso quando se exerce o direito a ele quanto há quando, embora a prática do ato, inexista esse direito. Não por outro motivo, classifica-se o recurso como eficaz ou ineficaz.

A ocorrência, no ato recursal, de exercício do direito ao recurso é necessária apenas à eficácia do ato, não interfere em sua existência. Logo, a causa do recurso há de ser outra. Para demonstrá-la, como não poderia ser diferente, deve-se se analisar os elementos nucleares do suporte fático recursal, verdadeiros pressuposto *para a* existência do recurso. Estes últimos serão, dentro dos limites desta tese, vistos adiante; agora é o momento do poder de recorrer.

Contudo, se para a existência do recurso não é relevante a ocorrência de direito a ele, qual é a razão de tal escolha? Simples: o trabalho visa ao estudo do conceito de recurso como um todo, seja ele eficaz ou ineficaz. Logo, se o eficaz importa, é imprescindível o estudo da sua causa. Ademais, a ineficácia de um recurso é, além de uma vicissitude (ou, no mínimo, um *acidente*), algo dependente da possibilidade de existir direito a ele, tal como a do ato de rezar depende da possibilidade de a pessoa fazê-lo de consciência. Em suma, só pode haver algo ineficaz porque existe a possibilidade de ele ser eficaz. Logo, em termos jurídicos, para poder ocorrer um ato ineficaz, é preciso que, em possibilidade, ele possa ser eficaz.

Além disso, há outro problema. Em rigor, existem duas situações que, fundamentais ao ato recursal, antecedem-lhe: o *poder de impugnar* e o *direito ao recurso*. Conquanto – até em termos nominais – se pareçam, não são uma mesma

*substância*. Uma, o *poder de impugnar*, tem natureza de pretensão à tutela jurídica; outra, o *direito ao recurso*, de direito ao procedimento. As duas, exercitáveis pelo ato recursal. Cada uma, porém, tem suas propriedades e, por isso, a falta de uma e de outra ocasiona problemas distintos. Por isso, necessita-se analisadas à parte, até para que reste claro que, em algum ponto, podem coincidir. Uma coisa, contudo, a partir das premissas fixadas no capítulo anterior, é certa: *ontologicamente*, o poder de impugnar, por ser pretensão à tutela jurídica, antecede o direito ao recurso, que é “apenas” um direito de demandar. Este não pode existir sem aquele, até porque, como visto no capítulo anterior, o direito de demandar é uma decorrência das limitações feitas à pretensão à tutela jurídica. O segundo, no entanto, contém uma necessidade em si mesmo: é o que, aqui, se denomina de *necessidade do recurso*, algo diverso da *necessidade tutela jurídica*, própria do primeiro.

Não são gerados pelo mesmo fato jurídico, embora vários elementos dos suportes fáticos de ambos coincidam. Por isso, pode haver formação do poder de impugnar sem que se forme direito ao recurso, conquanto a recíproca não seja verdadeira. Este trabalho, limita-se ao problema recursal; não obstante, em virtude da própria dependência do segundo ao primeiro, torna-se imprescindível a análise dos aspectos primordiais deste último.

## **2. O poder de impugnar como pretensão à tutela jurídica**

Como se sabe, a pretensão à tutela jurídica dá-se diante de uma realidade. Por esta, em termos jurídicos, *deve-se entender a necessidade de um indivíduo obter algo que somente lhe pode ser atribuído pelo sujeito obrigado a prestar a tutela*, o qual, ao menos em princípio, é o Estado-juiz. Uma *dupla necessidade*: da tutela em si e da atuação judicial a fim de que se possa obtê-la. Ambas, podem ser sintetizadas no conceito de *interesse de agir*. Sabe-se, ademais, que, diante de cada realidade desse tipo, surge – numa atualização da capacidade de ser parte – pretensão à tutela jurídica em favor do sujeito interessado. As possibilidades de os indivíduos adquirirem essa pretensão são tendentes ao infinito.

Disso tudo, pergunta-se: o poder de impugnar aí se enquadra, por quê? Para responder de modo adequado, outras perguntas são necessárias: *i)* o recurso possibilita a obtenção de tutela jurisdicional? *ii)* caso positivo, essa tutela é a mesma



referente à pretensão à tutela jurídica exercida quando da demanda originária? Para cada uma delas, dedicar-se-á um subitem.

### 2.1. Tutela jurídica impugnativa: em que sentido?

Que a decisão por ser obtida a partir do recurso (ou outro meio de impugnação) presta tutela jurídica referente a uma situação da vida relevante para o direito, é algo que não se pode questionar. Não, porquanto, caso contrário, estar-se-ia a negar o óbvio, fugir da realidade para sustentar *elucubrações* das mais diversas. Ora, em tal decisão, declara-se, constitui-se, condena-se, manda-se e executa-se; por ela, inibe-se, recompõe-se e pune-se. Em virtude de certo engessamento teórico, pode-se até questionar se todos esses tipos encontram-se presentes na *potencialidade recursal* – questionamento este, de resto, equivocado-, mas que, no mínimo, alguns encontram-se nela presentes é indubitável. Por via das dúvidas, para evitar questionamentos *pseudocientíficos*<sup>317</sup>, pergunta-se: o que é a invalidação da decisão recorrida senão a prestação de tutela (des)constitutiva? E o que é a declaração de inadmissibilidade do recurso senão a prestação de tutela declaratória<sup>318</sup>? Imaginando uma (*contra*)*resposta*, dir-se-ia: “quem, hoje em dia, tem de provar que há *cisnes negros* é aquele que os afirma ou aquele que os nega”?

### 2.2. Tutela jurídica recursal como espécie da tutela jurídica impugnativa

Em termos de tutela jurídica, visa-se à obtenção de um resultado que, pelas formas mencionadas, possibilite resultados análogos aos descritos. É o resultado, portanto, que releva. Ocorre que, para a obtenção desse resultado, faz-se necessário um meio que o possibilite, este é a demanda. Há, desse modo, entre esta e aquela uma relação de funcionalidade: a segunda é um instrumento da primeira. Esse meio somente se faz possível se o for em *impugnação*, porque,

---

<sup>317</sup> *Pseudocientíficos* porquanto lastreados na ideia de que tudo que é levantado numa argumentação necessita ser demonstrado por intermédio de *juízo de falseabilidade*. Como se, diante de *paradigmas* (para utilizar a expressão de KUHN, Thomas. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 13. ed. São Paulo: Perspectiva, 2013) consolidados, fosse necessário fazê-lo, e não se soubesse que, em tais casos (tal como o afirmado acima), o “ônus da prova” não fosse do questionador.

<sup>318</sup> E, também, mandamental. Diz-se isto apenas em rodapé para não, desde logo, chocar pessoas pouco afeitas à análise eficaz das decisões recursais, especialmente os adoradores de um (*pseudo*)*deus ternário*.

consoante se demonstrará mais a frente, há, entre aquilo que de fato se quer e o meio a ser utilizado, uma decisão. Logo, ele volta-se a esta última. Sem isto, não há como prestar a tutela jurídica necessária ao caso porquanto a decisão, por essência, impera sobre ele. É preciso elidi-la. Há uma *necessidade de impugnar*.

Acontece que a possibilidade de impugnar é algo genérico. Há de se especificá-lo e contorná-lo. Conquanto fosse possível haver única espécie impugnativa, o sistema jurídico – na tradição e na atualidade – estabelece várias. Do pedido de reconsideração à ação rescisória, talvez, respectivamente, a mais singela e a mais complexa formas de impugnação, muitas se apresentam diante da realidade de cada caso, numa maior ou menor frequência e intensidade. Suas causas, formas, matérias e fins variam, ademais. Uma delas, porém, é inegavelmente a destacada: o recurso. Eis uma das hipóteses por serem demonstradas: recurso é espécie impugnativa. É-o porquanto a tutela que por ele se pretende obter opõe-se ao que consta de uma decisão, indo de encontro ao interesse daquele que dela se beneficia. O recurso dá-se *contra* a decisão, não necessariamente para desfazê-la, como se verá. A pretensão à tutela jurídica impugnativa opera-se por meio de um direito ao recurso, demanda que é. É o que se pode dizer em conclusão a este subitem.

Assim sendo, a partir deste momento, limitar-se-á a análise da tutela impugnativa à de natureza recursal. As demais espécies somente voltarão a ser analisadas quando de uma necessária comparação com o recurso.

### **2.3. Tutela jurídica recursal: renovação ou inovação?**

Visto acima a existência de tutela jurídica no âmbito recursal, impende verificar se se trata da mesma tutela requerida quando da causa originária ou, ao invés, é uma outra *forma* de tutela jurídica. Em síntese: há renovação ou inovação? É necessário, desde logo, frisar que a questão aqui refere-se à tutela recursal, não ao recurso em si. Isto porque o recurso, como qualquer ato postulatório, pode ser fundado ou infundado. É a tutela postulada que tem a força de alterar a realidade. Nesse sentido, ela é sempre *concreta*. Não obstante, dir-se-á ser do recurso tal propriedade, seja porque é possível o uso metonímico do termo, seja porque, rigorosamente, ter essa propensão é própria da *recurssalidade*: em hipótese,

recurso existe para produzir determinado fim (por exemplo, a invalidação e a reforma da decisão recorrida), posto que, em ato, nem sempre tenha como produzi-lo.

A mudança da realidade pode ocorrer, basicamente, de três formas, em ordem decrescente: *i)* por novação; *ii)* por inovação; *iii)* por renovação. No primeiro caso, tudo o que se encontra para trás é *como que* desfeito. Daí a conhecidíssima eficácia novatória da obrigação (art. 360, CC)<sup>319-320</sup>. No segundo, sem desfazer (e, conseqüentemente, desprezar) – ao menos por completo – o que existe, aporta-se algo a mais, algo novo. No terceiro, tão-somente possibilita-se que a realidade presente siga adiante. Não à toa, fala-se em renovação do contrato de locação (art. 51, Lei n. 8.245/91).

Dito isso, há de se verificar sobre o que se dá quando da interposição de um recurso, que, em si mesmo, já muda a realidade, pois que acontecimento na *vida processual*. Não é incomum – e talvez seja até majoritário – dizer que o recurso é uma simples renovação da ação originária. Sem especificar neste momento os autores que, de algum modo, aderem a essa posição e, por outro lado, daqueles que a rejeitam, tentar-se-á falseá-la. Para o conceito de *mudança na realidade* aqui empregado, há de se desprezar meras alterações de ordem *quantitativa* e *qualitativa*, como se dá, por exemplo, na renovação locatícia com majoração do valor do aluguel. A mudança que importa é de ordem *substancial*.

Daí é possível dizer que o advento do recurso *nova* a realidade? Não, em definitivo. A realidade pré-recursal permanece. Tanto isto é verdade que, na mais contundente das hipóteses, ocorrerá a invalidação da decisão recorrida e o retorno ao momento anterior ao do primeiro ato invalidado. Por exemplo, sendo ela invalidada por nulidade do ato citatório, como é este, em verdade, a causa do déficit da decisão, ele também será desfeito (ou, no mínimo, desconsiderado), operando-se o retorno ao momento em que ele se deu. Aqui, poder-se-ia objetar: “ora, a novação

---

<sup>319</sup> Como bem diz Pontes de Miranda, *novação* é efeito, e não o próprio ato jurídico que a enseja (Tratado de Direito Privado. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, t. 25, p. 70-2).

<sup>320</sup> “Não há judeu nem grego, não há escravo nem pessoa livre, não há macho e fêmea: todos vós sois um em Cristo Jesus”, diz o Apóstolo acerca daquela que, possivelmente, é a maior *novação* já vista (PAULO APÓSTOLO, São. Carta aos Gálatas: capítulo 3, versículo 8. *Bíblia*. Trad. Frederico Lourenço. São Paulo: Cia da Letras, 2018, p. 314).

está aí: a decisão recorrida foi invalidada”. Ledo engano. Novar não tem a ver com invalidar. *Invalidar* é “matar” o objeto invalidado, que mantém, porém, sua história. O chamado efeito *ex tunc* da invalidação nada que tem com um *apagar da história*, sendo “apenas” um desconstituir os efeitos produzidos (desde que, por óbvio, sejam eles reversíveis!), o que não fere o chamado direito adquirido porquanto o ato invalidativo já existia em *potência* quando da aquisição do direito; *novar*, por sua vez, é simplesmente um apagar da história, mesmo que em um “fingimento”. Tudo que estava antes é desprezado e não tem mais como ser restabelecido, salvo se o próprio ato novatório for invalidado ou de algum outro modo desconstituído. Indubitavelmente, nenhum recurso – nem mesmo em possibilidade – tem essa força.

Mas, se não nova, o recurso *apenas* renovaria, como diz a hipótese que está a ser confrontada? A resposta passa pelo seguinte: para algo *tão-somente* ser renovatório, é preciso que, de nenhuma forma, possa inovar. É necessário, portanto, verificar se o recurso possibilita uma inovação para, daí, na primeira alternativa, constatar-se ser ele apenas renovatório ou, na segunda, verificar-se se ele também pode ser ter esta última característica. Uma observação prévia é fundamental: tem-se por recurso aqui como uma *espécie*, não como algo individual. Por isso, determinados aspectos de alguns recursos não têm serventia para o problema posto. Quer-se analisar algo na perspectiva da *essência recursal*.

*Inovar*, como dito, é trazer algo novo a uma realidade posta. Claro, tudo que se sucede a qualquer realidade é minimamente algo novo. A questão é que a mudança pode ser meramente qualitativa ou, menos ainda, quantitativa, caso da renovação locatícia, como já mencionado. O relevante, ao menos aqui, é a mudança de ordem substancial. A hipótese posta é: “o recurso é (apenas) uma renovação da ação proposta”. Pode-se dizer, com maior abrangência, “...renovação da postulação feita”. Isto evita que se diga, por exemplo, que, quando interposto pelo réu, seria impossível ao recurso renovar a ação proposta. Em verdade, renova-se a postulação, quem quer que a tenha feito, autor, réu ou, até mesmo, terceiro interveniente.

Pois bem. A hipótese acima só terá viabilidade se resistir à seguinte conclusão, que dela se extrai: “se o recurso apenas renova a postulação feita, logo

nada do que aconteceu no procedimento entre a postulação e ele tem importância no suceder da realidade na qual ele se põe”. Isso, por si só, é um arrematado absurdo, pois, se assim o fosse, nem mesmo a decisão recorrida seria *um algo* a ser considerado, já que ela se encontra entre os *termos* e referidos acima. Essa decisão seria como que “apagada da história”. O recurso, em verdade, seria uma “segunda chance” dada ao postulante. Numa metáfora, uma prova de nova oportunidade, não uma prova final. Não é isto que acontece na realidade do direito positivo brasileiro: nela, é preciso *impugnar* a decisão, colocando-a como objeto da argumentação por ser feita no recurso. A decisão recorrida funciona no recurso como um evento comunicado, nos moldes como este último foi definido no capítulo anterior. Basta isto para, em termos *ontológicos* e, conseqüentemente, *gnosiológicos*, demonstrar a impossibilidade da hipótese levantada. O recurso, por mínimo que seja, inova a realidade. Embora fosse possível parar aqui, faz-se necessário ir além: apresentar o modo de essa inovação operar-se: há de se descrever (o) *como* ela acontece. Ir além é fundamental até porque esta tese tem uma perspectiva dogmático-analítica.

Isto, porém, será feito no próximo capítulo, que terá por objeto o próprio ato recursal. Lá também será demonstrado como a renovação se faz possível no recurso. Tudo o que se falou neste e no item imediatamente anterior foi uma espécie de preparação para o que realmente importa ao presente capítulo: o fato jurídico recursal.

### **2.3. Há direito fundamental à tutela jurídica recursal?**

Antes, porém, de iniciar qualquer análise acerca de seu fato jurídico é preciso, responder a uma pergunta, devidamente posta acima, acerca da tutela jurídica recursal. Viu-se no capítulo anterior que, nalgum sentido, há a garantia individual (e, portanto, *fundamentalidade*<sup>321</sup>) de um direito à tutela jurisdicional, o qual, já

---

<sup>321</sup> Não é o foco deste trabalho analisar os pormenores da questão em torno da natureza dos direitos fundamentais e, portanto, sobre o próprio conceito de *fundamentalidade*. Adota-se aqui, primeiramente, a tese de que se tratam de direitos positivados no texto constitucional de cada nação, algo que corresponde ao sentido estrito do termo nos moldes defendidos por Paulo Bonavides (*Curso de Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 560-61) e J. J. Gomes Canotilho (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 393) ou, no entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet, ao distinguir tais direitos dos chamados *direitos humanos*, “direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado” (*A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos*

robustecido de pretensão (à tutela jurídica), atualiza-se continuamente a partir de cada realidade que se apresenta no direito. Uma dessas, é a referente à recorribilidade de decisões. A questão é: a fundamentalidade da pretensão à tutela jurídica abrange o âmbito recursal? A resposta a essa questão perpassa por aquilo que se convencionou chamar de *princípio do duplo grau de jurisdição*. Portanto, é preciso saber: a CRFB estabelece este último?

No capítulo passado, apresentou-se aquela que pode ser tida como a *tensão máxima do direito processual*: direito de ação x direito ao (devido) processo (legal). No primeiro caso, a perspectiva é de alguém que ataca; no segundo, de alguém que se defende. A síntese dessa tensão, é o direito ao procedimento, que, em sua totalidade, ora pende mais para um lado, ora ao outro. Nesse sentido, há aspectos do procedimento que são nitidamente voltados ao ataque, como a *demandas*; outros, à defesa, como, além da *própria defesa*, a necessidade de *motivação* das decisões. Há outros que tendem ao *hibridismo*, caso do *direito de recorrer*. Se, *essencialmente*, ele é direito de demandar, logo atacar; há, *acidentalmente*, um aspecto defensivo nele, pois que, nalguns casos, faz as vezes de uma defesa<sup>322</sup>. É o que acontece com os recursos (e outros meios de impugnação) interpostos contra *decisões liminares*, sobretudo se dadas *inaudita altera parte* ou sem o aprofundamento necessário na matéria fática. Neles, o aspecto acional cede, ao menos um pouco, ao defensivo.

O duplo grau de jurisdição, como garantia, tem muito a ver com esse aspecto. Não à toa, em sistemas processuais em que não há recurso contra esse tipo de

---

fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 29). Já Nelson Nery Jr. e Georges Abboud seguem a ideia de direito fundamental como gênero de que são espécies os direitos humanos universais e os direitos nacionais do cidadão, ambos integrantes da cultura jurídica de todo o Estado constitucional (*Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: RT, 2019, p. 354). De forma ainda mais direta: o que de fato importa para este item é saber se há ou não a previsão de um direito ao recurso no âmbito da CRFB. Isto seja de um modo geral, como havia ao tempo da Constituição Imperial de 1824 (art. 158), seja de modo específico, referente a determinado recurso.

<sup>322</sup> Sobre o tema, ARENHARDT, Sergio Cruz. A Defesa do Executado pela Via Recursal. *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de outras Formas de Impugnação às Decisões Judiciais*. NERY JR., Nelson; ALVIM, TERESA Arruda. São Paulo, RT, 2001, v. 4, p. 995-1.107, especialmente.

decisão, aberta está a via do mandado de segurança<sup>323</sup>, caso, por exemplo, dos procedimentos na Justiça do Trabalho. Não obstante, há alguma forma de garantia mesmo em recursos contra decisões definitivas; aqui, o viés garantístico não se deve – ao menos essencialmente – à função defensiva, mas sim como meio de controle do *erro judiciário*. Tudo isso, porém, refere-se à finalidade do duplo grau de jurisdição; há, por óbvio, um aspecto estrutural nele, que, mais do que nunca, precisa ser analisado. Aqui, há de se verificar as regras constitucionais e supralegais que o regulam. A resposta à pergunta acima reside nisto.

Nesse sentido, ele encontra-se previsto na CRFB? Não como alguns defendem<sup>324</sup>. Isto porque a menção ao termo “recursos” presente no inciso LV do art. 5º. não tem a ver com recurso como meio de impugnação. Ela é especificadora do suporte fático do direito à ampla defesa (que, em síntese, é direito a uma defesa sem restrições, especialmente probatórias). O termo está empregado para designar os meios que possibilitam a (ampla) defesa, como os meios probatórios, um prazo razoável para apresentá-la, dentre outros. Como visto, em essência, recurso não é defesa<sup>325</sup>, conquanto possa fazer as vezes de uma. O que há previsto na CRFB são alguns recursos. Mais, recorribilidades. Não é que ela preveja determinado recurso tal como o faz o art. 994, CPC; ela fixa o suporte fático de direitos subjetivos a recursos, prevendo, dentre outras coisas, aquilo que, neste trabalho, se denomina de *recorribilidade*. Sendo assim, em tais casos, toda a regra jurídica referente ao

---

<sup>323</sup> No próximo capítulo, tratar-se-á da relação entre o cabimento de recurso e o cabimento de mandado de segurança.

<sup>324</sup> Nesse sentido, sem demonstrar propriamente um fundamento normativo (ao menos no sentido *regrístico*) que sustente sua posição, que é baseada em aspectos de ordem mais política que jurídica, LEMOS, Vinicius Silva. *Recursos e Processos nos Tribunais*. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 79-82. Em sentido contrário, defendendo não só que o duplo grau não é componente necessário do devido processo legal, como também, que a não previsão do primeiro é a melhor opção política, LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *O Duplo Grau de Jurisdição no Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 1995, p. 93-97. Nelson Nery Jr., ao que parece, sustenta que há previsão constitucional do duplo grau, mas não de modo absoluto. A seu ver, tal previsão encontra-se na fixação de alguns recursos no texto constitucional (*Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004, 212-213). É a posição seguida por ORIONE NETO, Luiz. *Os Princípios Fundamentais dos Recursos Cíveis. Dos Recursos: temas obrigatórios e atuais*. MAZZEI. Rodrigo dos Reis (coord.). Vitória: ICE, 2001, p. 17-8.

<sup>325</sup> Assim não o é por um motivo muito simples. *Defesa* é resposta, fundada numa negação (incluindo as negações baseadas em afirmações, caso das defesas indiretas), a afirmações feitas o defendente. *Recurso*, por sua vez, é meio de impugnação, volta-se, ao menos imediatamente, a um ato que já está a submeter o impugnante, ato este que pode, num sentido amplo do termo, ser denominado de decisão.

problema encontra-se delimitada na CRFB. Algo muito maior do que a mera menção a um recurso ou a fixação de princípio (normativo) de todo aberto como, hipoteticamente: “os indivíduos em geral têm direito recorrer das decisões contra si proferidas”. O que se tem nessas hipóteses constitucionais é uma *densificação normativa* muitíssimo elevada, um direito constitucional voltado não a regular em segunda ordem<sup>326</sup>, mas sim a própria concretude da realidade em geral. São as previsões dos recursos para o STF e STJ, presentes nos incisos II e III do art. 102 e, na mesma numeração, do art. 105, respectivamente<sup>327</sup>. Portanto, há sim previsão de duplo grau (ao menos, no sentido de *mais um de grau*) na CRFB, mas isso não significa que toda a decisão existente no direito processual brasileiro seja necessariamente recorrível; apenas aquelas cuja recorribilidade é prevista, sendo reduzidos os casos em que isso se encontra no texto constitucional.

Há, porém, de se analisar o problema no âmbito da chamada *supralegalidade*: direito convencional recepcionado pelo ordenamento brasileiro na forma do § 2º art. 5º., CRFB. Embora seja algo questionável, a supralegalidade foi reconhecida pelo STF quando do julgamento dos RE 466.343/SP, cuja *ratio* acabou dando ensejo à edição da Súmula Vinculante n. 31. Pela supralegalidade, a força da legislação infraconstitucional incompatível com tratados internacionais ratificados pelo Brasil resta tolhida. Assim se deu com as hipóteses de prisão do depositário infiel previstas ao longo da legislação. Frise-se, não se trata de *revogação* dessas leis, mas sim de *encobrimento eficaz*, que cessa com o distrato da convenção internacional.

Quanto à recorribilidade, há, especificamente, o previsto no art. 8º., mais especificamente a alínea *h* do n. 2 e, de algum modo, o n. 1, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), que entrou em vigor mediante a edição do Decreto n. 678/92. Especificamente ao que aqui

---

<sup>326</sup> Segunda ordem aí no sentido de uma normatização acerca de outra normatização, caso das normas constitucionais normas constitucionais que estabelecem princípios que precisam ser densificados por regras, boa parte das vezes, pela legislação infraconstitucional, como o *devido processo legal*. Sobre o tema, tratando a questão no nível das estruturas, NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 120-21.

<sup>327</sup> Nesse sentido, defendendo o fechamento da previsão da recorribilidade em tais casos, sustentando inclusive a impossibilidade de leis de organização judiciária interferirem nessa matéria, NERY, JR., *Princípios...*, op. cit., 212-214.



importa, tal alínea regula o direito ao recurso a todos aqueles *condenados* (no sentido mais próprio da palavra, tal como visto no primeiro capítulo) por *delitos*. Algo não restrito ao âmbito processual penal<sup>328</sup>, uma vez que o n. 1 do mesmo artigo mencionada expressamente próximos de natureza não penal, como o civil em geral e outros mais específicos.

Supondo, como se deve até segunda ordem supor, que se esteja diante de supralegalidade, há de se entender pela ocorrência de uma regra estabelecadora de duplo grau. No entanto, não se pode atribuir-lhe alcance absoluto, pois a previsão é apenas para os condenados, ou seja, àqueles que foi reconhecida a prática de um *delito* (ato ilícito). Não há falar, por consequência *lógica*, em *direito fundamental a recurso* aos acusadores.

Em sendo assim, diante de regra legal excludente de direito de recorrer, cabe ao juiz, efetuando *controle de convencionalidade*, franquear ao condenado tal direito, fixando, por *analogia de proporcionalidade*, como o adequado ao caso o recurso mais comum (como a apelação criminal e a apelação cível).

### **3. Uma necessária distinção terminológica: fato jurídico recursal x recurso**

Ao longo do trabalho, as expressões *fato jurídico recursal* (ou, mais amplamente, *fato jurídico do direito ao recurso*) e *recurso* estão a ser utilizadas. Não se tratam de sinônimos. Pela primeira, designa-se o fato produtor do poder de recorrer; pela segunda, um ato postulatório.

Claro, este último também é um fato jurídico, de modo que a ele serviria a nomenclatura adotada para se referir ao primeiro. Além do que, obviamente, recurso é denotativo de *existência recursal*, de “*recurssalidade*”. Ocorre que, por coexistirem no sistema tanto uma coisa – o ato de recorrer – quanto outra – o fato gerador do poder para tanto-, não se pode, numa análise global, deixar alguma delas de lado, o que, de certa forma, acontece com a segunda em estudos dedicados ao tema. Se

---

<sup>328</sup> Diversa é a posição de Nelson Nery Jr., para quem há limitação ao âmbito das condenações criminais (*Princípios...*, op. cit., p. 214). Entendendo que tal supralegalidade torna o duplo grau uma garantia irrestrita, a ponto de terem por inconstitucionais disposições legislativas brasileiras restritivas dessa garantia (citam expressamente o art. 34, § 2º, Lei n. 6.830/80), GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 25-6.

ambas precisam ser observadas, deve-se-lhes atribuir nomenclatura adequada. Diante disso, opta-se por chamar a segunda de *fato jurídico recursal* dada a sua própria natureza jurídica: *fato jurídico stricto sensu*, como se demonstrará. Reserva-se à primeira simplesmente o nome *recurso* ou, no máximo, *ato recursal*, este mais pertinente à natureza da *substância* designada.

#### 4. Os elementos do suporte fático do fato jurídico recursal

Até porque a expressão *direito ao recurso*, empregada neste trabalho, é designativa de uma situação jurídica, não se referindo a direito sob o prisma da estrutura lógica da norma jurídica, faz-se necessário analisar o suporte fático do fato jurídico que gera o gera. Por óbvio, ele não surge do nada, por *geração espontânea*; sua formação dá-se ao modo do movimento de juridicização descrito no primeiro capítulo. Passe-se, por isso, a analisá-lo, a partir dos elementos que compõem seu suporte fático. Frise-se que, não obstante sejam próprios, eles formam um todo, um único fato, o qual, juridicizado, se transforma em *fato jurídico recursal*. Todos eles concentram-se num *mesmo momento*: o do ato impugnado, correspondente à decisão.

Diante disso, poder-se-ia concluir que o fato jurídico recursal é a própria, numa correspondência plena, verdadeira *equação*. Trata-se, porém, de uma percepção equivocada do fenômeno: uma coisa é o fato jurídico da decisão; outra, a reintrodução desta no sistema como suporte de outro fato jurídico. A última, posto que coincida no tempo<sup>329</sup>, é dependente da primeira. Isso será mais explicitado adiante. Assim, coincidentes no tempo, os elementos do suporte fático em análise são entes distintos. Embora sejam, cada um a seu modo, necessários à formação do fato jurídico recursal, eles estabelecem-se numa ordem, de cariz, antes de tudo, ontológico. Há, portanto, antecedência de um a outro. A cada um deles, dedicar-se-á um subitem próprio.

---

<sup>329</sup> Sobre a coincidência apontada acima, é necessário analisar o problema das recorribilidades mediatas, algo por ser visto logo mais.

#### 4.1. Decisão judicial: elemento base

Quando se alude à decisão judicial como elemento base do suporte fático do fato jurídico recursal, deve-se, primeiramente, definir o que se tem por *decisão judicial*. Antes disso, é fácil entender o porquê de ela ser considerada o elemento fundante: dentre todos, ela é o fato, aquilo que acontece. Para que alguém tenha um direito é preciso que algo ocorra. Por ter nascido com vida, o ser humano adquire direito ao nome; por ter sido indevidamente demitido, o empregado faz jus a ser reintegrado; por ter sido derrotada, a parte tem direito de recorrer. Os demais elementos são como que agregados ao fato decisional.

Acontece que a decisão não é, por óbvio, o único fato que se perfaz no processo; sequer é o único fato relacionado ao juiz; nem mesmo é o único pronunciamento emitido por ele. Decisão já se diferencia, é espécie de algo. Seu *gênero próximo* é o dos pronunciamentos: ou seja, atos pelos quais o juiz fala acerca de algo. E aqui a decisão distingue-se, acima de tudo, do despacho. É fundamental, portanto, apontar qual é a *diferença específica* entre ele e ela.

##### 4.1.1. Por um critério distintivo entre o despacho e a decisão

Serio o *prejuízo* o critério distintivo que se procura? Nesse sentido, decisão seria o pronunciamento judicial que, não obstante o nome que receba, causa prejuízo a algum dos sujeitos envolvidos. A decisão, portanto, desequilibra a posição dos *sujeitos processualmente envolvidos*<sup>330</sup>. Com ela, ao menos em termos estritamente processuais, um sujeito ganha, e outro perde.

Não se trata, porém, de um entendimento *analiticamente correto*. Nem mesmo pode-se dizê-lo ser o *pragmaticamente mais útil*. Observe-se o exemplo da *sentença homologatória de transação*. Nela, por óbvio, não há desequilíbrio entre as partes, uma vez que juiz não atribui razão a alguém (e, com isso, ausência de razão a outrem). Não soluciona lide. Limita-se, tão-somente, a, verificando a validade do acordo, torná-lo, para fins processuais (= gerar *indiscutibilidade*), análogo a uma *sentença condenatória*. Possivelmente, ao menos com base nos relatos teóricos

---

<sup>330</sup> Sejam eles partes ou qualquer outro que tenha um interesse jurídico na causa, incluindo aí terceiros que sequer intervieram.

dominantes na processualística, ninguém ousaria dizer que não tem natureza de decisão o ato homologatório acima mencionado. Outro equívoco é dizer que os despachos não têm eficácias, como, principalmente, a declaratória e a mandamental. Ora, o *viés linguístico* deles serve para refutar tal ideia. Quando, por exemplo, analisando o teor contestação, determina-se a intimação do autor para falar sobre ela (apresentar “réplica”), declara-se a necessidade de intimação do autor e, como consequência, ordena-se sua realização.

Sendo assim, impende buscar outro critério para a distinção, que não é um problema meramente analítico; tem repercussões práticas, porque, dentre outras coisas (como a própria questão da *recorribilidade*, art. 1.001, CPC), por força do art. 93, XIV, CRFB, o juiz pode delegar ao serventuário o poder de despachar. Certamente, não se pode delegar poder para homologar negócios jurídicos dos mais diversos. E um critério adequado gravita em torno da ideia de *questão*. Neste trabalho, o termo *questão* serve para designar tudo aquilo que pode ser levado à apreciação jurisdicional. Questão, portanto, é o que pode ser objeto da análise do juiz (*objeto do conhecimento judicial*). Neste sentido, registre-se, trata-se de noção muito mais ampla do que a ideia de *ponto controvertido*, como defende, por exemplo, Cândido Rangel Dinamarco<sup>331-332</sup>. Logo, existe *questão*, por exemplo, na transação levada à homologação judicial, uma vez que o juiz deve, reconhecendo a validade (e, sendo o caso, a eficácia) do acordo, homologar. Há questão, embora não se tenha controvérsia. Já nos autênticos despachos, conquanto, por sua *propriedade linguística*, haja conhecimento de algo, o *fim* não é de resolução de questão. Não se analisa para solucionar, mas sim com a escopo de ordenar o feito, fazer com que a marcha procedimental prossiga. Daí se dizer que os despachos têm *função ordenatória*, no sentido de *por (algo) em ordem*. Não são atos meramente

---

<sup>331</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. O Conceito de Mérito no Processo Civil. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, t. 1, p. 240-241, que leva em referência à obra de Francesco Menestrina.

<sup>332</sup> Questão é substantivo que designa algo que está para ser analisado, jamais pode ser um mero *ponto*, pois este termo, tomado de empréstimo da Geometria Euclidiana, refere-se ao simplíssimo: aquilo que há de mais basilar em qualquer ideia geométrica. Ponto é, assim, essencialmente unilateral, logo incompatível com o *viés relacional* do processo. Ademais, quando se quer aludir a algo disputado (a questão, no sentido dinamarquiano), fala-se em *questão disputada*. Termo esse empregado, por exemplo, para designar um tipo de método dialético próprio da Escolástica, mormente a de Santo Tomás de Aquino.

ordinatórios (ou seja, “ordinários”, “triviais” etc.), como os extraíveis do § 4º do art. 203. Estes, como os de juntada e vista, não são pronunciamentos, são atos *propriamente* do serventuário de justiça. Para eles, sequer há de se mencionar o aludido inciso XIV do art. 93, CRFB, porquanto, neles, o serventuário não age por delegação, e sim por imputação originária.

Definido, desse modo, o critério para a identificação de uma decisão judicial, pode-se prosseguir.

#### **4.1.2. Da necessidade de uma decisão para a formação do fato jurídico recursal**

Tomando-se como hipótese a necessidade acima apontada, é preciso verificar se ela tem a ver com algo estritamente normativo ou é uma verdadeira condição de possibilidade do sistema em análise. Noutras palavras, pode-se aludir à ocorrência de um *fato jurídico recursal* sem que haja uma decisão? Especificando, é possível que um despacho, nos moldes delineados anteriormente, seja recorrível? De logo, ressalte-se, está-se a verificar neste momento não a possibilidade de existir uma decisão irrecorrível, mas sim o inverso: haver recorribilidade de um ato não decisional. A resposta perpassa por *duas* questões, sendo a segunda dependente da primeira.

A *primeira* delas tem a ver com a *natureza jurídica* do recurso. Já adiantando uma conclusão do próximo capítulo, afirma-se que recurso tem como *gênero próximo* o ato impugnativo. Logo, serve para atacar algo. Sem isso, o ato jamais poderá ser considerado como recursal. Imagine-se, por exemplo, a possibilidade de a parte, deixando de lado a decisão contra ela proferida, propor ação hábil a proporcionar-lhe um resultado diverso. Tal ação, mesmo que proponível perante um juízo de hierarquia superior, não teria natureza recursal, já que lhe faltaria qualquer traço de impugnação. Seria uma ação como outra qualquer. E, mais, com o inconveniente de não se saber, com a precisão necessária, qual das duas decisões haveria de prevalecer. É exatamente por conta disto que existe a *necessidade de impugnar*<sup>333</sup>. Ou seja, para que se possa ir de encontro a algo estabelecido numa

---

<sup>333</sup> Fala-se em *necessidade de impugnar* não em referência a um *dever*, visto que impugnar é um *ônus*. E é exatamente por isso que há *necessidade*, e não *obrigatoriedade*. Por força dela, resta àquele que é atingido por uma decisão, como única saída para se proteger, atacar, por alguma *forma*

decisão, é necessário combatê-la. Em sendo assim, descarta-se, por completo, a possibilidade de existir recorribilidade em não se tendo ataque a algum ato. *A fortiori*, em inexistindo qualquer ato.

Diante disso, surge a *segunda* questão: a *impugnação recursal* tem de ser contra uma decisão ou ela pode ser referente a outro ato. Pela literalidade do art. 1.001, CPC, a resposta é indubitavelmente negativa. Os despachos são irrecorríveis, diz o texto. Aliás, desde ao menos a vigência da Lei n. 11.276/06, alteradora do art. 504, CPC/73, que o sistema jurídico é de tal modo. Não obstante, faz-se necessário ir além. Há de se perquirir se a irrecorribilidade em tela transcende a essa normatividade. De acordo com o definido no subitem anterior, sabe-se que a forma substancial do despacho o impede de servir à resolução de questões. Em última análise, despacho não acolhe ou desacolhe algo; ele põe em ordem, apenas. Em sendo assim, impugnar um despacho é algo sem função no sistema. É mais do que desnecessário (algo relativo ao *interesse de agir*); é impertinente. Mais do que não convém; não cabe. Não tem base, lastro ou coisa do tipo. É fundamental, contudo, quando da ocorrência dos fatos saber precisar, a partir da distinção aqui colocada, o que seja um *despacho* e o que seja uma *decisão*. Um nome mal colocado não desvirtua a natureza das coisas, certamente. Frise-se que essa conclusão não se funda em algo *apriorístico*, de modo que antecederia a qualquer realidade jurídica possível. Ela é decorrência natural da *combinação* utilizada neste trabalho para conceituar as espécies de pronunciamentos judiciais. Ora, se não há possibilidade de falar em recurso contra despachos, muito maior fundamento há para negá-la em relação aos demais pronunciamentos ocorrentes no processo e, numa maior amplitude ainda, dos atos procedimentais em geral. Se o *ente* mais análogo a outro deste se afasta, muito mais afastados estarão os de menor grau na *analogia*.

Por fim, é importante dizer que, se a ocorrência de uma decisão é necessária à possibilidade de haver um *recurso*, muito mais o será em relação ao *fato jurídico recursal*. Como também já foi demonstrado, é possível haver o primeiro sem que tenha havido a formação do segundo, sendo essa uma das razões de se falar em

---

possível (como o recurso), a decisão que lhe constrange. Não há outra saída, uma vez que o sistema não permite que simplesmente se ignore a decisão proferida.

*recurso ineficaz*. Em conclusão, posto que seja possível haver decisão irrecurável, não tem como existir recorribilidade (e, *a fortiori*, fato jurídico recursal) sem o acontecimento de decisão.

#### 4.1.3. A omissão judicial no contexto das decisões

Para encerrar a análise referente à decisão como elemento do *fato jurídico recursal*, é relevante trazer à baila o problema das omissões judiciais, contextualizando-o quanto ao ponto. De logo, é preciso definir o conceito de *omissão judicial*, ao menos na forma aqui posta.

De um modo geral, omissão é um *deixar de fazer*; no caso judicial, *de analisar*. Assim, pode-se dizer omissa a atividade judicial que, tendo de analisar determinada questão, deixa, por algum motivo (que não importa para fins do conceito), de fazê-lo. No entanto, o fato de haver omissão não implica necessariamente um *deixar de existir* decisão quanto a determinado objeto. Isto porque a omissão pode ser referente à análise de algum fundamento da postulação feita. Neste caso, há decisão em ausência de fundamentação, o que acarreta a nulidade do ato decisório, tomando, aqui, a expressão *ato* em seu sentido mais próprio: o de *movimento da ação à sentença*, tal como já foi explanado alhures<sup>334</sup>. Este último tipo de omissão não diz respeito ao *fato jurídico recursal*, porque não impede a formação da decisão<sup>335</sup>; é algo afeito ao mérito dos recursos, à *ação recursal* nos termos deste trabalho, a ser vista no momento oportuno<sup>336</sup>.

---

<sup>334</sup> É este o sentido de omissão judicial que é analisado por, dentre outros, Teresa Arruda Alvim Wambier (*Omissão Judicial e Embargos de Declaração*. São Paulo: RT, 2005, p. 388-389, acima de tudo). Em verdade, o termo decisão omissa é mais adequado para nominar esse tipo de omissão; já omissão judicial é termo mais próprio para caracterizar a ausência do próprio ato judicial, mais especificamente: ausência de decisão.

<sup>335</sup> O problema acima não é o de saber se há ou não uma decisão: há, indubitavelmente. Logo, é possível falar em recorribilidade. Não se trata, assim, da questão de se poder ou não recorrer: pode-se; trata-se de ter ou não razão no recurso.

<sup>336</sup> Nem todo *não analisar*, porém, se caracteriza como omissão. Não se trata de algo *monolítico*. É preciso, para tanto, saber se o juiz tinha ou não o dever de apreciar determinada questão. Uma questão só precisa ser analisada quando é contestada (no sentido de negada). Por isso, fala-se em *ônus argumentativo* tendente a zero. Se o réu não nega a legitimidade do autor para a causa, a questão referente ao ponto não precisa ser analisada. Não há falar em dever do juiz de fazê-lo: por isso o *tendente a zero*. Já quando, num exemplo, se condena o réu a pagar ao autor sem se pronunciar sobre a defesa, cuja admissibilidade não foi questionada, referente ao pagamento da

De outro modo, duas situações, no mínimo, encontram-se numa espécie de *zona cinzenta*: *i*) extinção do processo sem que o conteúdo de algum pedido tenha sido apreciado; *ii*) dizer expressamente que se analisará futuramente algo que deveria sê-lo agora. Cada uma delas necessita de uma análise própria. Sem embargo, afirma-se, de logo, como hipótese: em ambas há agir decisório e, com isso, possibilidade de se falar em *fato jurídico recursal*.

Antes, porém, há de se abordar a omissão judicial total, referente à postulação em si, e não apenas a aspectos desta. Um ilícito processual que somente tem como acontecer se houver transcurso do *prazo razoável* para julgar. O combate a ele não se faz pela via recursal<sup>337</sup>, mas sim, dentre outras possibilidades,

---

dívida cobrada, há omissão quanto à fundamentação, logo formação de decisão, posto que debilitada. Consequentemente, poder de invalidá-la (aspecto da ação recursal).

<sup>337</sup> Carolina Uzeda, com base em Eduardo Talamini e – à sua interpretação – Pontes de Miranda, defende que é possível recorrer de sentença inexistente. A seu ver, não há justificativa analítica para dizer que falta *interesse recursal* (tema de seu trabalho) para impugnar decisões inexistentes. Segunda ela, ademais, deve-se invocar os mesmos fundamentos que justificam o interesse de agir na ação declaratória para esse problema recursal. Por fim, entende que, em termos práticos, é muito mais simples o recurso do que outro meio, como uma ação declaratória de inexistência (aderindo, no caso, ao argumento de Talamini) e mais efetivo, pois, neste caso, o juiz da decisão inexistente pode simplesmente não reconhecer o vício (nesse sentido, ver *Interesse Recursal*. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 137-139). Embora certa engenhosidade, a ideia de Uzeda é equivocada, por alguns motivos: *i*) primeiro, o problema não é de falta de interesse de agir (recursal, especificamente), mas sim de ausência de recorribilidade ou, mais profundamente, da própria ocorrência de um ato; *ii*) ademais, o que a autora defende é que determinados pronunciamentos – tidos em sua concepção como decisões inexistentes – sejam recorríveis. Não revela, porém, o que faria de um pronunciamento uma não decisão. Sua argumentação, no ponto, é tortuosa, pois, falando em inexistência, faz menção a vício do ato. Ora, o existir é condição de possibilidade para o ser viciado. Provavelmente, a autora, baseando-se em sua matriz teórica quanto ao ponto (a teoria das decisões inexistentes de Teresa Arruda Alvim: *Nulidades do Processo e da Sentença*. 6. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 462-471), defende que determinados atos são recorríveis. Ora, eles de fato o são, mas porque exatamente decisões é o que são; *iii*) nesse sentido, deveria a autora, no mínimo, declarar o que entende por decisão inexistente, diferenciando as seguintes situações: *iii.1*) ausência de pronunciamento sobre a matéria posta à apreciação (hipótese que está a se analisar acima) e *iii.2*) pronunciamento que não tem como ser enquadrado como decisão, pois lhe faltam os pressupostos para que se possa tê-lo como pertinente ao conceito de decisão. É o caso, por exemplo, de decisão dada por quem não é juiz. Aliás, parece não perceber a autora que a ausência de formação anterior de um processo não é impeditiva da formação de uma decisão. Se, mesmo sem processo formado, o juiz entender que irá julgar algo contra alguém, esse seu agir consiste numa decisão, embora flagrantemente defeituoso (aqui, sim, há de se falar em vício!), pois, antes de tudo, ofensivo ao *princípio da demanda* e, acima de tudo, ao do contraditório. Do mesmo modo que, diante de uma decisão inexistente (porquanto sem dispositivo), pede-se a execução do ato, e o juiz admite, há a formação da decisão (conquanto nula ou, no mínimo, infundada) de preparação da execução, de modo que se pode falar em recorribilidade desta última, cujo fundamento para tanto será exatamente a não formação da decisão que se está a executar; *iv*) quanto à invocação pela autora do entendimento Pontes de Miranda, há de se ponderar o seguinte: *iv.1*) primeiramente o que o Alagoano diz é que é possível recorrer de decisão que se deu sem estar formada a relação jurídica processual, formação esta nos moldes demonstrados no capítulo anterior. Aqui, há sentença, embora calcada num erro de análise; *iv.2*) em seguida, embora aluda a possibilidade de recurso contra uma decisão inexistente, fica transparente a referência de que



pelo mecanismo estabelecido no art. 235, CPC, cuja análise necessita de um subitem próprio.

#### **4.1.3.1 Da não observância dos prazos pelo órgão julgante: exegese do art. 235, CPC**

Há prazos próprios para o juiz praticar os atos processuais que lhe competem? Se o sentido da pergunta for o de haver ou não alguma sanção pelo descumprimento, ela é positiva. É dela que trata o art. 235, CPC. Acontece que, no caso, os prazos não são propriamente aqueles tradicionalmente previstos: por exemplo, 5 (cinco) dias para os despachos, 10 (dez dias) para as interlocutórias e 30 (trinta) dias para as sentenças, na forma expressa no art. 226, CPC; para fins da previsão do artigo em comento, os prazos não têm seu tamanho previamente delimitado. Vários fatores devem ser analisados para a sua constatação, tais como: *i)* quantidade de processos em trâmite na unidade judiciária; *ii)* quantidade de serventários à disposição do juiz; *iii)* a ordem cronológica e suas exceções (art. 12, CPC). Desse modo, os prazos tradicionalmente fixados para o juiz servem apenas como parâmetro, e não como fechamento do sistema. Não parece ser outra a interpretação adequada diante da expressão *injustificadamente*, utilizada no *caput* do citado art. 235.

Delimitado o prazo, algo que deve ser feito de acordo com o procedimento fixado (*verdadeiro devido processo legal* da problemática), constata-se um ilícito processual praticado pelo juiz, algo que não impede a ocorrência, desde que preenchidos os pressupostos específicos, de ilicitudes nos âmbitos civil (art. 143,

---

há algum ato oponível a alguém, tanto que, juntamente às decisões inexistentes, diz ser recorrível a decisão ineficaz em relação a alguém. Ora, no segundo caso, Pontes de Miranda refere-se a uma decisão que, embora seja eficaz contra alguém (como a parte), não o é contra outrem (como um terceiro). Isso leva a crer que, ao falar de sentença inexistente, esteja a dizer que, não obstante a não ocorrência de uma decisão (pronunciamento de um não juiz, por exemplo), algo está a ser oponível à parte. Assim, recorre-se deste último ato pedindo-se a declaração de inexistência da sentença, algo que atinge por reflexo o ato recorrido (nesse sentido, para uma análise da interpretação feita aqui acerca do entendimento de Pontes de Miranda, ver *Comentários ao Código de Processo Civil*, op. cit., v. 7, p. 9-10); v) quanto ao argumento de cariz mais pragmático levantado pela autora, não obstante a censurabilidade de não se poder apresentar a solução analiticamente correta a partir de um aspecto estritamente pragmático e, por isso, *metajurídico*, deve-se dizer que, em determinados casos, será muito mais vantajoso alegar ao juiz originário do que recorrer, basta atentar para a hipótese de terem falsificado sua subscrição.

CPC), penal e administrativo. A sanção processual para tanto é a caducidade (perda) do poder de julgar a causa.

Qualquer interessado no feito pode iniciar o procedimento para a apuração da falta. Embora o texto se refira apenas à *parte, terceiros interessados* que não intervieram<sup>338</sup>, sem dúvida, também podem representar. Além da parte, podem fazê-lo o Ministério Público e a Defensoria Pública: esta quando estiver atuando como representante processual (tanto na simples representação postulatória quanto, mais amplamente, na de estar em juízo, caso do curador especial); aquele, nas hipóteses em que atua como *custus legis*; além do que, como se sabe, ambos, se estiverem atuando como legitimados para a causa, serão partes no processo, de modo que em tal condição representarão. A representação é meio de veicular (demanda) *ação* e, por isso, inicia processo jurisdicional para a apuração da falta. Não se trata de “simples” atuação administrativa, visto que a sanção aplicável (caducidade) reflete diretamente no poder do órgão julgante. A natureza acional é manifesta, já que, além de legitimados, causa de pedir (descumprimento injustificado do prazo) e eficácias próprias: *desconstitutiva e mandamental*, acima de tudo, há *impositividade* ao juiz representado.

A representação, que deve ser feita por petição, física ou, conforme o caso, eletrônica, há de ser dirigida ao corregedor do tribunal ou diretamente ao Conselho Nacional de Justiça, o qual verificará, consoante seu entendimento, se deve atuar de forma originária ou, ao contrário, determinar que isto seja feito pela corregedoria do tribunal. O órgão competente para o processamento da representação (no caso do CNJ, haverá necessidade de distribuição) poderá determinar ou o arquivamento liminar, em hipóteses de manifesta improcedência (sequer houve o transcurso do prazo específico do art. 226, CPC, ou quando o juiz, valendo-se do benefício do art. 227, CPC, tenha praticado o ato dentro do prazo estendido, dentre outros possíveis exemplos), ou, por via eletrônica, a intimação do juiz para, querendo, apresentar justificativa (verdadeira defesa), no prazo de 15 dias. Apresentada esta última, ao contrário do que denota a literalidade do § 2º do art. 235, CPC, a representação

---

<sup>338</sup> Se o terceiro intervier, ele transforma-se em parte, logo nesta condição representará o juiz pela falta cometida.

deve ser julgada, oportunizando-se a produção de provas se se fizer necessário. Em seguida, acolhida a representação ou quando não apresentada a justificativa (hipótese de acolhimento antecipado por revelia), o órgão competente deverá, mais uma vez por meio eletrônico, intimar o juiz para que pratique o ato em até 10 (dez) dias.

Nisto reside uma eficácia *condenatória*, no sentido de reprovação pela ilicitude. Dessa eficácia, que funciona, sintaticamente, como meio, advém a exortação (eficácia fim) ao cumprimento, ou seja, franqueia-se ao juiz reprovado a possibilidade de, cumprindo seu dever, dar seguimento ao feito. Caso haja o descumprimento, exsurge eficácia *desconstitutiva*: o juiz, reprovado e, embora exortado a cumprir, recalcitrante, perde o seu poder de julgar a causa. Uma caducidade por ato ilícito (ou, como bem identificou Fredie Didier Jr.<sup>339</sup>, preclusão por ilicitude)<sup>340</sup>. Em virtude disso, há eficácia *mandamental* no sentido de determinar ao substituto automático do juiz punido a prática do ato em até 10 (dez) dias. No ponto, houve substancial modificação em relação ao texto do art. 198, CPC/73, adequando-o aos ditames constitucionais, porquanto a previsão deste último de avocação do processamento com designação de outro juiz para julgar, isto sem nenhum critério prévio, era ofensiva ao regramento do juiz natural.

#### **4.1.3.2. Da não análise de questões necessárias**

Como dito em 4.1.3., o problema que, de fato, importa a este trabalho no que se refere à omissão judicial é o da prolação de decisões sem que todas as questões necessárias para tanto tenham sido efetivamente analisadas. Dele, ao menos dois subproblemas decorrem: *i)* o da extinção do processo sem se declarar o porquê da não apreciação de um pedido; *ii)* o de expressamente dizer que apenas doravante será analisado algo que deveria sê-lo de imediato. A cada um, dar-se-á um destaque próprio.

---

<sup>339</sup> DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 19. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 483-484.

<sup>340</sup> A caducidade por ilícito é pródiga em outros ramos do direito positivo, em especial o administrativo (vide, por exemplo, o art. 12 da Lei n. 8.429/92).

## Extinção do processo e não declaração do fundamento para a não análise de um pedido

Um dos temas que sempre permeou as discussões processuais é o que consiste na ausência de decisão referente a um dos pedidos cumulados ou, até mesmo, da parcela de um pedido. José Carlos Barbosa Moreira, em texto publicado em 1980 (oriundo de um parecer)<sup>341</sup>, sustenta que o *item* (expressão por ele utilizada) do pedido que não foi analisado pode ser renovado em outro processo. Seu argumento para tanto é de ordem lógica: se não há decisão sobre ele, não se pode falar em coisa julgada, já que, para esta, faz-se necessário o julgado, que não houve.

Não obstante, o STJ, por seu órgão de uniformização interpretativa, analisando a problemática referente aos honorários advocatícios<sup>342</sup>, editou o Enunciado Sumular n. 453, fixando não ser possível, após o trânsito em julgado da decisão, requerer a condenação ao pagamento de algo que não fora estabelecido. Interpretando essa posição do STJ é como se houvesse uma eficácia preclusiva de coisa julgada referente ao pedido que, por omissão, não foi analisado.

A doutrina, em número considerável, sempre se insurgiu contra tal posicionamento. José Henrique Mouta, defende, na linha do pensamento de Barbosa Moreira, não haver decisão sobre o *não analisado*, de modo que a renovação é possível, mesmo após o trânsito em julgado da decisão. E isto, frise-se, por um simples pedido dirigido ao juiz da sentença, não sendo, portanto, sequer necessária a propositura de uma nova “ação”<sup>343</sup>. Esse posicionamento parte da seguinte premissa, meio que já exposta acima: sobre o *não analisado* (e exatamente

---

<sup>341</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Item do Pedido sobre o qual Não Houve Decisão. Possibilidade de Reiteração noutro Processo. *Temas de Direito Processual – Segunda Série*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 241-252, 248-250, em especial.

<sup>342</sup> Quanto aos honorários, o CPC tem regra expressa fixando a possibilidade de reiteração do pedido noutro processo (§ 18º do art. 85), de modo que, quanto ao ponto, não tem mais vigência o enunciado do STJ.

<sup>343</sup> Em verdade, a ação – no sentido material – seria a mesma; *nova* é a demanda, já que, sendo fato, é única e irrepetível. O que se tem, em tais casos, é a uma nova demanda cujo conteúdo coincide ao da antes proposta.

por faltar a análise) não há julgado, logo não se pode falar de trânsito em julgado e daquilo que dele advém.

É de se discordar, no entanto. Há um erro analítico na construção descrita. Para demonstrá-lo, fixar-se-á uma premissa, o que, de fato, funcionará como falseamento da premissa acima mencionada.

Toda decisão é, antes de tudo, análise sobre algo referente à *processualidade*. Ou seja, sobre um efeito do *fato jurídico processual*, entendido aqui, na forma dantes demonstrada, como aquele instaurador da relação jurídica processual (RJP). Como conteúdo desta, há a eficácia comumente chamada de litispendência, que, por sua vez, engloba uma gama de múltiplos efeitos, como a litigiosidade do objeto, a prevenção etc. A litispendência, como o próprio nome sugere, é uma pendência sobre algo. Mas o que vem a ser este? Ele consiste no objeto do conhecimento judicial<sup>344</sup> (aquilo que *está para ser analisado*) e, mais especificamente, no objeto da declaração judicial (aquilo que *está para ser julgado*). Um dos efeitos que compõe a litispendência é, na expressão ora apresentada, o *estado de processualidade*. Isto é, sobre o objeto levado a juízo há processo e, logo, tal objeto (de)pende de análise judicial. O estado de processualidade, grosso modo, é o envolvimento da causa pela eficácia da RJP. Ele, porém, não pode ser confundido com o *objeto processualizável*, a causa propriamente falando. Uma coisa são as alegações das partes em si; outra, numa metáfora, o revestimento sobre ela. É neste que reside a processualidade. Assim, quando, por exemplo, se julga determinado pedido, “toca-se” primeiro no estado de processualidade, até porque o pedido está lá para ser apreciado, e, após isso, no pedido em si. É claro que, com a análise expressa do segundo, o primeiro momento fica subentendido. Sendo desnecessária, portanto, qualquer pronúncia sobre o primeiro.

A distinção acima fica mais clara quando há pronúncia sobre a impossibilidade de apreciar o pedido: aqui, obviamente, cessa-se o *estado de processualidade*, mas o pedido em si resta intocado. Desse modo, se o juiz profere decisão definitiva (ou seja, aquela passível de formar coisa julgada) que, por

---

<sup>344</sup> Ou, como aqui se prefere, *objeto do conhecimento judicial*.

qualquer motivo, é omissa quanto a um dos pedidos cumulados, não se pode dizer que a omissão quanto a ele é total. Há omissão quanto ao pedido em si, mas não há quanto ao estado de processualidade, que sobre ele paira. Embora em erro, o juiz entendeu por encerrar a litispendência.

A decisão, no ponto, é nula (evitada de *error in procedendo*) e, com a não interposição do recurso, o esgotamento das vias recursais, ou, se for o caso, a irrecorribilidade nata, transita em julgado, dando azo à coisa julgada formal. Em tese, ela torna-se rescindível. Contudo, pelo fato de o pedido em si (*objeto processualizado*) não ter sido tocado, não há necessidade da rescisão, visto que é muito mais simples a repositura da ação (neste ponto, com razão Barbosa Moreira).

Ressalte-se, é preciso sim que a ação seja reproposta, já que a litispendência cessou. Não se pode, pura e simplesmente, renovar o pedido ao próprio juízo sem se observar as formalidades necessárias, como, sendo o caso, pagamento de custas e etc.

Por fim, é errado dizer que tal tipo de decisão se configuraria como uma decisão (definitiva) parcial, analogamente às do molde fixado no art. 356, CPC, pois este pressupõe que, presentes os requisitos, se opere uma cisão no agir decisional. É necessário que, na forma do regramento de fundamentação (§ 1º do art. 489, CPC), se demonstre o porquê de cindir e, no dispositivo, denote-se que está a fazê-lo, seja por intermédio de um texto literal do tipo “*cindido*”, seja de modo subentendido. Não é o que ocorre com a hipótese aqui analisada. No caso, há uma omissão (que é agir ilícito do Estado-juiz) quanto ao objeto processualizado, muito embora – e isso pelas próprias palavras empregadas no dispositivo, como “*extingo o processo*”, “*arquivem-se os autos após o trânsito em julgado*” – haja decisão relativa ao estado de processualidade.

### **A falta de análise imediata do conteúdo da questão suscitada**

Outro problema nebuloso no contexto das omissões judiciais é do deixar de analisar imediatamente uma postulação. Caso típico de pedido em tutela de urgência, no âmbito do qual é frequente a emissão de pronunciamentos como:

“deixo para apreciar o pedido liminar após possibilitar ao réu a oportunidade de se defender”, pode, em verdade, se apresentar em qualquer tipo de *antecipação de julgamento*. É preciso, de plano, definir o que é esta última.

Por ser *atualização*, toda decisão tem um momento para ser proferida. Mais precisamente, ele tem a ver com um *lugar* no procedimento, porquanto, sendo um ato do último, a decisão hipoteticamente existe num determinado *ponto* dele. Em geral, sendo o ato de definição. Em virtude de tudo isso, até pelo fato de não se definir – nem mesmo em hipótese – o instante no qual se dará, o momento da decisão não se refere apenas a um *aspecto temporal*, tendo também um *aspecto espacial*. Daí, é possível dizer que *antecipação de julgamento* é o ato que possibilita um analisar *no agora* aquilo que – no modelo – haveria de sê-lo *no depois*. Em termos procedimentais, isso significa que a análise de determinada questão será feita no imediato momento, entendendo este, consoante dito acima, como algo *espaço-temporal*. Trata-se de ato porque necessita de um agir (conduta). Alguém precisa *fazer* a antecipação ou, mais propriamente, *perfazê-la*. Especificamente, é ato em pronunciamento, já que se reporta a uma questão. É, por fim, decisão, visto que aprecia o conteúdo desta última.

Desse modo, quando se antecipa, proferem-se duas decisões: *i)* a primeira referente à necessidade de antecipar; *ii)* a segunda, sobre a própria matéria em questão. A primeira é verdadeira condição de possibilidade da segunda, de modo que, mesmo se implícita, resta presente. Mais, como há requisitos para a antecipação, é indispensável justificá-la, a partir da demonstração da ocorrência deles. Em suma, a antecipação precisa ser – do ponto de vista da validade – fundamentada. Reflexamente, há um pedido de prolação da decisão antecipada e um pedido quanto à matéria em si posta para análise. Até para facilitar a compreensão, chamar-se-á, neste momento, o último de *pedido principal*. Mas a decisão antecipatória – outro modo de nominar o substantivo antecipação – não é restrita à chamada *antecipação dos efeitos da tutela*, muito menos quando em virtude da *urgência*, sendo este último caso apenas o mais emblemático. Ela existe inclusive no chamado *julgamento antecipado do mérito*.

Assim sendo, ao dizer: “*deixo para apreciar tal pedido em momento posterior*” ou coisa que o valha, o juiz, conquanto não profira decisão relativa ao conteúdo do pedido principal, estará, sem dúvida, a decidir sobre a antecipação; no caso, rejeitando-a. Trata-se, porém, de decisão não fundamentada e, por isso, nula. Ao menos, obviamente, que, lastreando o dizer acima, se justifique a não ocorrência do pressuposto ensejador<sup>345</sup> da antecipação, verdadeira *causa eficiente* do direito a ela. Por ser decisão, no entanto, é dado suficiente para compor a base do fato jurídico recursal, qual seja: o acontecimento do fato decisional. Resta saber se ela é ou não recorrível, mas isso é problema que escapa ao objeto desta averiguação.

#### **4.2. Da recorribilidade: considerações iniciais**

Analiticamente, define-se *recorribilidade* como a qualidade daquilo que é recorrível. Obviamente, trata-se de uma definição redundante (e exatamente por isso analítica); no entanto, já apresenta um dado fundamental: o conceito definido é uma *qualidade*. Logo, não existe por si, apenas em outro. Este último – a substância – é algum fato ao qual se atribui a qualidade designada. E ele, como visto no item anterior, é decisão. Portanto, não há de se falar que a recorribilidade pressuponha o direito ao recurso; é a decisão que assim o faz.

A existência da recorribilidade, porém, é dado suficiente para confirmar a hipótese de que não é a decisão o fato jurídico do direito ao recurso<sup>346</sup>, sendo dele apenas um componente. Se já se tinha demonstrado que ela não pode assim o ser, porquanto sua *causa final* não é a geração de tal direito; agora, isso resta ainda mais claro, pois, para tanto, se faz necessário outro elemento, externo à decisão em si.

---

<sup>345</sup> Por pressuposto ensejador deve-se entender aquele necessário à antecipação em si, e não ao conteúdo do pedido principal. A urgência, por exemplo, é um deles; a desnecessidade de produção probatória o é em relação às decisões dos arts. 355 e 356, ambos do CPC. O caso da antecipação dos efeitos da tutela fundada em urgência é emblemático para se demonstrar que uma coisa é a necessidade de decidir desde já (antecipação); outra, a razão ou não quanto à matéria em análise. A urgência – em seus mais variados graus – é causa eficiente da pretensão antecipatória. Ou seja, da necessidade de decidir no agora; saber se o requerente tem ou não razão – mesmo que em nível de simples verossimilhança – no que pleiteia atine à decisão por ser tomada em sequência, relativa à matéria em si, ao pedido principal.

<sup>346</sup> Provavelmente por isso Pontes de Miranda afirma que “há pretensão processual a recorrer, sempre que a lei processual admite o recurso” (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1975, v, 7, p. 3).



Desse modo, se em termos factuais gerais, a recorribilidade não existe sem a decisão, visto que esta é o fato que a sustenta; no nível da *factualidade jurídica*, decisão e recorribilidade são elementos de um mesmo fato jurídico, de uma mesma substância. Daí se poder dizer que a segunda é um pressuposto de eficácia do fato jurídico recursal. Isso tal como se diz que a legitimidade do agente o é em relação aos atos dispositivos, conquanto, substancialmente, a legitimidade esteja no agente.

Numa linguagem mais ponteana, referente ao fato da decisão há a regra jurídica que prevê o recurso e, assim, uma espécie de *estado de recorribilidade*, mas não há ainda a formação do fato jurídico recursal, uma vez que são necessários outros elementos para tanto. Estes, embora se deem no mesmo momento, pós-cedem, para o fim aqui analisado, a recorribilidade. Ora, antes de alguém poder recorrer de algo é necessário haver a possibilidade de recurso. Esses outros elementos são a *legitimidade* (no sentido posicional) e o *interesse*, ainda por serem analisados. Mais um motivo, portanto, para se dizer equívoco o entendimento que equipara recorribilidade e fato jurídico recursal, porque, não obstante a recorribilidade de uma decisão, o sujeito referido pode não ter nenhum interesse ou, antes mesmo, sequer ter a necessária *posição jurídica*.

Há, porém, a possibilidade de se falar em dois sentidos para o termo *recorribilidade*: um remoto e outro próximo. No primeiro caso, recorribilidade é o que acima se viu: a previsão normativa do recurso; no segundo, recorribilidade já é a possibilidade de se interpor um recurso, é sinônimo de *direito de recorrer*, *direito ao recurso* ou, até mesmo, *poder de recorrer*. É neste sentido que o termo está empregado no título desta tese. Um é *a priori*; outro *a posteriori*<sup>347</sup>. Ambos podem ser plenamente utilizados, tal como se está a fazer.

#### **4.2.1. Da recorribilidade: *locus* normativo**

Sabendo ser a recorribilidade uma qualidade atribuída a decisões, por óbvio já se deduz que isso tem uma causa, cuja ocorrência há de ser demonstrada. Em termos mais próprios da Dogmática Jurídica, a ideia de recorribilidade é relativa à

---

<sup>347</sup> Os termos latinos acima estão aplicados em seus sentidos próprios. O normativo é *a priori* no sentido de existir antes da experiência jurídica, até porque condição de possibilidade dela; o factual é *a posteriori* pois, exatamente, deriva da experiência.

atribuição de algo a outro, um direito subjetivo, mais especificamente. Não que ela seja por si só suficiente para tanto, pois se trata apenas de um dos elementos necessários a essa atribuição. Mas sua razão de existir, ao menos na estrita juridicidade, é a de possibilitar o direito ao recurso.

Revela-se, com isso, a ideia de *atribuição* como base da recorribilidade, algo que aponta para o caminho correto da descoberta de sua causa. Desse modo, sendo a atribuição uma forma de imputação<sup>348</sup> e sabendo ser esta um dado substancial das normas jurídicas<sup>349</sup>, resta comprovado que a recorribilidade depende de uma previsão normativa. Resta saber, porém, que tipo de norma, mais especificamente jurídica, é hábil para tanto. Aqui, está-se no âmbito do *locus normativo*, tomando-se a expressão *locus* como previsão, especificação, delimitação, tendo a ver, assim, com a ideia de texto normativo, isto é: lei, costume, precedente, negócio jurídico etc.

Por isso, constitui-se tema de suma importância, que pode ser sintetizado na seguinte pergunta: que tipo de texto normativo pode prever recorribilidade? A resposta não pode ser dada aprioristicamente, porque, tendo a ver com o fundamento da validade (no sentido ponteano do termo) das normas jurídicas, é matéria relativa aos sistemas jurídicos considerados individualmente. No caso brasileiro, é algo que perpassa, obviamente, pelas disposições constitucionais acerca da regulação do processo, mais especificamente, do procedimento<sup>350</sup>. Ou seja, nos termos do art. 22, I, CRFB, é matéria afeta à lei federal.

---

<sup>348</sup> Nem toda imputação é atributiva. Explica-se. Posto que possa ser utilizado como sinônimo de imputar (*a responsabilidade civil é atribuída ao causador do dano, e. g.*), o verbo *atribuir* serve também para designar um ato de *conferir*, de *dar*. Nesse sentido, pode-se dizer que *a lei atribui ao prejudicado por uma decisão o direito de recorrer* ou, metonimicamente, *a lei atribui à decisão recorribilidade*. Atribuir, neste caso, está como função positiva da imputação: a norma incide para conferir algo – em geral, um direito ou poder – a alguém. Há, todavia, normas que incidem não para tal finalidade, mas sim, num (quase) exato oposto, retirar algo de alguém: é o caso, por exemplo, das regras que estabelecem preclusões. Por essa polissemia, não deve o jurista equiparar os termos imputação e atribuição, devendo reservar o último, tal como feito acima, a uma das espécies possíveis do primeiro.

<sup>349</sup> Nesse sentido, por todos, VILANOVA, Lourival. *Causalidade e Relação no Direito*. 4. ed. São Paulo: RT, 2000, p. 61-63.

<sup>350</sup> Como dito alhures, no sentido de âmbito processual, a ideia de processo é muito mais ampla do que a de procedimento.

Alude-se à ideia de procedimento não por ser elemento dele o fato jurídico recursal, mas sim por este ser-lhe necessário. Consoante já se fixou, sendo o recurso ato de procedimento, notadamente quando princípio de um, caso da apelação, o direito a ele – efeito do fato jurídico recursal – somente pode ser matéria atinente ao âmbito procedimental, por ser verdadeira *condição de possibilidade* deste último. Em termos normativos, os requisitos obrigatórios à regulação de algo devem também ser observados quando da regulação da causa desse algo. Logo, se é necessária lei federal para criar procedimentos, é, até com mais razão, necessário o mesmo tipo legislativo para estabelecer o direito ao procedimento, incluindo-se, por óbvio, o fato jurídico que o produz. Eis a fundamentação analítica da ideia de *taxatividade recursal*. Esta tem a ver com a recorribilidade, mais propriamente, com o tipo de *locus* normativo necessário a estabelecê-la. Por ela, ademais, deve-se entender a *reserva legal* para a previsão de recursos. Enfim, a taxatividade é a expressão normativa (regrística, não principiológica) da recorribilidade, que se encontra na perspectiva fática.

Dito isso, alguns problemas apresentam-se: *i)* por que outros tipos de textos normativos, como o *precedente*, o *costume* e o *negócio jurídico*, não podem prever recursos ou, noutras palavras, qual o porquê dessa reserva legal? *ii)* as leis estaduais, de acordo com o art. 24, XI, CRFB, não o poderiam? *iii)* de que modo a tipicidade se dá na taxatividade recursal?

Cada uma dessas perguntas será objeto de um subitem próprio.

#### **4.2.1.1. Locus normativo da recorribilidade e os precedentes**

Sem adentrar à discussão acerca da possibilidade de precedentes obrigatórios, o certo é que, tanto no nível constitucional quanto no infraconstitucional, há previsão deles. A pergunta mais rente ao objeto desta tese é saber se um precedente – que aqui se supõe ser obrigatório – é atributivo de direitos subjetivos e seus consectários; no caso, do poder de recorrer decisões. Para tanto, obviamente, o precedente precisa inovar o sistema, e não apenas reproduzir, ainda que o densificando, texto legal que preveja tal poder. Precedente, portanto, *criador*, em cujo texto conste a previsão de *recorribilidade*. Precedente como *locus* normativo desta última.

A resposta a essa indagação baseia-se no problema de ser possível ter o precedente uma potencialidade criativa. Por criar, aqui, deve-se entender não uma questão de interpretação do sistema, diminuindo a vagueza do texto normativo e desfazendo eventuais ambiguidades, mas sim a criação *do nada*, como um autêntico *legislador*, ou, no mínimo, a partir de uma *matéria espraçada*, como um *demiurgo*.

A resposta a isso é negativa. O sistema constitucional brasileiro é expresso: direito processual é matéria a ser regulada por lei (art. 22, I, CRFB), no máximo, nalguma supletividade possível, por lei local (art. 24, XI, CRFB). Isto, porém, no plano do *dever-ser*, pois, na realidade, a edição de um precedente do tipo é, por definição, possível. Claro, tratar-se-á de um precedente indevido (ilícito), mas que terá força até o momento em que tiver sua eficácia encoberta, vier a ser deseficacizado, ou simplesmente for revogado.

Portanto, posto que de forma ilícita, o precedente pode estabelecer recorribilidade. É o que, nalgum sentido, se deu recentemente, quando do julgamento do RESP/Repetitivo 17.797.991-PR, cuja *ratio decidendi* estabelece – nas palavras da própria relatora – uma *taxatividade mitigada* (sic) às hipóteses previstas nos incisos do art. 1015, CPC (cabimento do agravo instrumental). Entendeu-se, por exemplo (até porque fora o objeto da causa geradora do precedente), ser cabível imediatamente recorrível a decisão interlocutória declarativa de competência ou incompetência, o que, tal como já se demonstrou, de modo nenhum consta das hipóteses acima mencionadas. Não obstante, não se trata propriamente de estabelecimento de recorribilidade, uma vez que as decisões não previstas nos incisos do art. 1015, CPC, são, por lei, irrecorríveis, embora, conforme se demonstrará alhures, a *exercitabilidade* do poder se encontre condicionada. Nada, no entanto, que abone a decisão tomada pela Corte Especial do STJ, porquanto, igualmente, feriu o disposto no inciso I do art. 22, CPC, dentre outras regras constitucionais.

#### **4.2.1.2. Locus normativo da recorribilidade e os costumes**

Os costumes são fonte de norma jurídica. Afora questões em torno de sua complexa formação, o direito costumeiro submete-se aos ditames constitucionais. Assim, se constitucionalmente, estabeleceu-se uma reserva legal para determinada

matéria, é a lei que há de prevalecer. O que se pode admitir, num limite, é a lei deixar margem para determinada situação ser regulada costumeiramente.

O direito processual, como visto, é em reserva legal. Logo, especialmente em matéria procedimental, não há falar em margem para o estabelecimento por costume jurídico dos atos que compõem o processo, ainda mais, dado o maior impacto de suas consequências, se esse ato for um recurso. No máximo, é possível que se considere como normativo um costume que estabeleça o modo de interposição do recurso, a forma de intimação dos sujeitos interessados etc.; a recorribilidade em si, de maneira alguma.

Se por força de um costume se institucionalizar algo do tipo, estar-se-á a chancelar algo *contra legem*. Foi o que ocorreu com o chamado *protesto* no âmbito do processo trabalhista, que, sem previsão legal, acabou por criar uma forma de impugnação (que, no mínimo, é análoga à recursal<sup>351</sup>, até porque funciona como impedimento ao trânsito em julgado<sup>352-353</sup>) sem previsão legal. Não obstante, essa

---

<sup>351</sup> O protesto acaba por fazer as vezes do agravo retido do CPC/73 (art. 522) e do agravo nos autos do processo do CPC/39 (art. 851, mormente os incisos I, II e IV), típicos recursos até porque previstos em lei.

<sup>352</sup> Segundo Carlos Henrique Bezerra Leite (*Curso de Direito Processual do Trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTR, 2010, p. 361-62) o *protesto nos autos* tem por base o art. 795, CLT, que, análogo ao art. 278, CPC, dispõe que a nulidade deve ser arguida no primeiro momento possível sob pena de preclusão. Trata-se de arrematado equívoco, entretanto. O dispositivo legal regula o prazo para arguição de nulidades dos atos procedimentais em geral. Isto é, salvo a exceção nele prevista (no âmbito do dispositivo do CPC, em verdade, a regra é não preclusão, porque todas as nulidades que podem ser conhecidas de ofício não dão, na letra do dispositivo, azo à preclusão): a parte prejudicada pela nulidade tem um prazo para pedir a invalidação do ato. Isso não se aplica, porém, às decisões: o prazo é para requerer a aplicação da consequência invalidante, e não para requerer a análise do que foi decidido, até porque a dispensa da oitiva de uma testemunha (típico caso de decisão tomada em audiência) não é, por si só, causa de nulidade; no máximo, pode haver *error in iudicando*, por má avaliação da necessidade da prova. Ademais, a questão não é simplesmente impedir a preclusão, mas sim o verdadeiro trânsito em julgado sobre o decidido. Argumentação similar é feita por Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha acerca da necessidade de impugnar, na forma do art. 278, CPC, as decisões interlocutórias que, a teor do § 1º do art. 1.009, CPC, são apeláveis. Além de tudo, invocam os autores o princípio da boa-fé para tanto (*Curso de Direito Processual Civil*. 16. ed. Salvador: JusPODIVM, 2019, v. 3, p. 277-279). O erro, porém, persiste. Além de tudo já dito acima (registre-se que os autores falam acerca da necessidade de arguição caso a decisão seja inválida, mas nada dizem sobre a injustiça da decisão, nem se seria possível para decisões do tipo. Daí se pergunta: qual o motivo para fazer necessário o protesto contra decisões inválidas e não o fazer contra às injustas?), não de falar em aplicação de boa-fé no caso, já que a parte estará apenas a seguir aquilo que lhe foi estabelecido por lei. A comunicação, ademais, ao juiz da decisão recorrida é de todo desnecessária pois não é ele o sujeito destinatário do recurso. Talvez o que pretendam os autores seja que a parte prejudicada (ou outro legitimado a recorrer) avise à parte adversa que, futuramente, poderá impugnar a decisão. Não se trata, portanto, de um *protesto* (não como impugnação) mas sim de um *aviso*, um *alerta*, nos moldes do velho chamamento à autoria do CPC/39

forma impugnativa acabou por ser, em que pese à precariedade do fundamento para tanto, absorvida pelo sistema jurídico em virtude do respaldo recebido pela jurisprudência processual trabalhista.

#### 4.2.1.3. *Locus* normativo da recorribilidade e os negócios jurídicos

Sabe-se que o negócio jurídico se baseia num *ato de disposição*, isto é, por meio dele alguém cede algo seu. Este último – em termos jurídicos – traduz-se numa situação jurídica, como direitos e poderes. Por óbvio, esse *ceder* nem sempre é sem algo em troca; muitas vezes o *ganho* é muito maior do que a *perda*, de modo a fazê-la não aparente, caso da aceitação para doação, mas esse ganho é apenas a *causa final* do negócio, não sua *essência*. Logo, não se pode reduzir a disponibilidade aos casos de renúncia, que dela é apenas seu nível máximo. Portanto, é verdadeiro limite do negócio jurídico o atingimento à esfera jurídica apenas do negociante; a outrem tal força só poderá ocorrer se em benefício dele, e com sua devida aceitação ou anuência<sup>354</sup>. É ineficaz (mais especificamente, *inoponível*) o negócio jurídico para quem é alheio à disposição, ineficácia derivada do fato de se estar a praticar um ato sem se ter poder para tanto. Eis a diferença essencial entre o negócio jurídico e o ato decisório (em todos os níveis, não apenas o jurisdicional): enquanto o primeiro baseia-se numa *disposição*, o segundo tem por base uma *imposição*, logo lhe é próprio poder repercutir contra alguém<sup>355</sup>.

Assim, se por via negocial há produção de algum dever, este só pode ser em relação ao negociante. O *gerar um dever* é uma das possíveis perdas<sup>356</sup> que um

---

(art. 95 e segs.). Sobre o tema, em crítica aos autores inclusive, ver LEMOS, Vinícius Silva. A Regra da Não Preclusão Imediata do Art. 1.009, § 1º e a Conjunção com o Art. 278: protesto preclusivo no CPC/2015? *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro, ano 12, v. 19, n. 1, p. 267-294.

<sup>353</sup> Aqui se apresenta o quão drástico é a criação de recurso fora da *forma legal*. Pelo malsinado protesto de decisões no âmbito dos processos na Justiça do Trabalho, não só se estabeleceu um recurso, como também, e pior, criou-se uma preclusão.

<sup>354</sup> Não à toa o parágrafo único do art. 436, CC, condiciona a eficácia ao terceiro da *estipulação em favor de terceiro* à anuência dele.

<sup>355</sup> Não é o que defende Pedro Henrique Nogueira, cuja Tese Doutoral versa exatamente sobre o *ser negocial* na decisão judicial. Como já mencionado, o autor segue a ideia de que a base do negócio jurídico é o poder de autorregrar a vontade. Nesse sentido, ver *Negócios Processuais*. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 208-211.

<sup>356</sup> Nos moldes acima expostos, *perda* é o avesso de *ganho*, logo aquilo que se dá em prejuízo. Sendo assim, perda não se restringe à desconstituição de algo, como na renúncia, extintiva que é do

negócio jurídico pode produzir. Claro que pode haver produção negocial de um direito ou situação análoga, mas esse benefício somente é em relação a outrem. Por exemplo, o vendedor, ao dispor do seu direito sobre a coisa, acaba por gerar um direito subjetivo, mas não para si, e sim para o comprador, exatamente o direito subjetivo à aquisição da titularidade da coisa comprada; não confundir com o direito subjetivo ao valor da coisa que surge para o vendedor, pois, neste caso, a formação é devida a outra disposição, feita pelo comprador.

Diante disso, tendo em vista que o direito ao recurso tem um sujeito passivo, para se poder analisar a pergunta feita acima, é necessário saber de quem é a situação jurídica passiva correlata a tal direito, ou seja, a identificação do titular do dever. Isso, por óbvio, sem se estabelecer qualquer indício de resposta; está-se tão-somente a tratar de uma condição de possibilidade da própria pergunta.

Já se sabe que o direito ao recurso é direito de demandar. Refere-se, por isso, a um procedimento, tendo o juiz como seu sujeito passivo, ou seja, aquele que tem o dever de analisar, a princípio ao menos, a viabilidade do procedimento iniciado pelo ato de exercício do direito. É o juiz devedor dessa prestação: mais, encontra-se obrigado, visto que tal direito é dotado de pretensão. Portanto, estabelecer recorribilidade por negócio jurídico é criar para o juiz uma obrigação, colocando-o numa posição de *perda*. Isso já é o bastante para, como hipótese, dizer: tal negócio jurídico<sup>357</sup> somente pode ser viável se o juiz participar de sua formação.

Todavia, ainda há um detalhe que deve ser observado. Embora relativo ao recorrente e ao Estado-juiz, esse negócio jurídico repercute para outrem, ao sujeito beneficiado pela decisão. A razão é simples: o recurso – cujo direito para tanto é gerável negocialmente – funciona como mecanismo ensejador (*causa eficiente*) da reversão ou, no mínimo, modificação do resultado que é favorável ao outro sujeito processual. Logo, não pode ele ser atingido por algo gerado sem sua participação

---

objeto renunciado. A perda pode ser na forma de geração de dever ao negociante, caso da compra e venda, que atribui ao vendedor o dever de transmitir a titularidade da coisa, e ao comprador, o de pagar o preço. De outro modo, exatamente por haver perdas ditas *não aquisitivas*, não se deve dizer que a eficácia do negócio jurídico é a de sempre gerar deveres e direitos, eficácia de tipo *aquisitivo*.

<sup>357</sup> Negócio jurídico com diferença específica processual, uma vez que, consonante o já estabelecido, tem por base algo – a recorribilidade – componente de uma relação jurídica processual.

ou, no mínimo, anuência. Repercutir na esfera alheia de modo compulsório é *propriedade* da lei, do costume, no máximo da decisão, jamais do negócio jurídico. Sendo assim, o negócio jurídico para formação de recorribilidade deveria ter viés plurilateral<sup>358</sup>, dele participando, de algum modo, o sujeito prejudicado pela decisão, que, com isso, passa a titularizar do direito ao recurso, o Estado-juiz, porquanto seja devedor de tal direito, e o beneficiado pela decisão, pois que não pode ser atingido pelo agir alheio.

Como dito, porém, está-se a analisar apenas a *condição de possibilidade* desse tipo de negociação. Sua viabilidade dogmática vai muito além. E nesta, especificamente, dois problemas precisam ser analisados: *legitimidade negocial* e *isonomia*. Já que, na hipótese, o Estado-juiz há de ser agente negociante, é necessário saber quem, em sua estrutura, teria legitimidade para tanto e se, por conta do dever de isonomia, ele poderia fazer negociações atomizadas.

É preciso, porém, registrar que, em tal tipo negocial, o Estado-juiz age de dois modos, porque, além de tudo, exerce sua função essencial: a de decidir. Em todo negócio jurídico *processualizado*<sup>359</sup>, a participação do Estado-juiz, na forma do parágrafo único do art. 190, CPC, dá-se como *senhor da validade*. Ou seja, a ele compete dizer se a negociação feita pelas partes (ou outros sujeitos do processo) é válida ou não e, com isso, se produz ou não efeitos. O juiz deve chancelar a

---

<sup>358</sup> Em rigor, tal como, de algum modo, defende Pontes de Miranda (*Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962, t. 38, p. 21-22), não se deve fazer a contraposição entre os negócios jurídicos bilaterais e plurilaterais. A razão é simples: eles têm a ver com critérios distintos. No caso dos bilaterais, o que se leva em conta é a questão dos *lados*. É bilateral o negócio jurídico cujas manifestações de vontade que o compõem partem de mais de um lado. Os lados se opõem. Um está diante do outro. Daí se dizer que, se há reciprocidade de prestações: um presta e o outro contrapresta. Não é o que ocorre com os plurilaterais. Neles, a quantidade de lados é irrelevante, podendo ser limitada ou infinda. O que se tem é um centro para o qual as manifestações de vontade convergem. Daí se falar em *fim comum* como o traço distintivo dos negócios jurídicos plurilaterais. O fato de eles poderem ser formados apenas por dois figurantes, como no contrato de sociedade entre dois sócios, é irrelevante para tirar delas a plurilateralidade. Aqui, quando todos têm de prestar, não há contraprestação para com o outro, mas sim prestações que convergem para o fim comum. É preciso deixar claro que, para plurilateralidade negocial, não é necessária a criação de um sujeito de direito, como ocorre no contrato de sociedade. Em exemplo utilizado por Pontes de Miranda (op. ult. cit., p. 10), se dois ou mais comerciantes acordam por dividir os lucros obtidos com determinada freguesia, há negócios plurilateral, embora não tenha havido constituição de sociedade. Em termos processuais, é exemplo de negócio plurilateral o calendário, previsto no art. 191, CPC.

<sup>359</sup> O termo *processualizado* posto acima não tem a ver com algo que, modificada sua natureza, assumiu feição processual. É referente ao problema da *necessidade de comunicação*, tal como explicada no capítulo anterior, por ser mais bem especificada logo abaixo.



validade e constatar a eficácia dos negócios processuais. Isso, frise-se, nada tem a ver com o problema da *necessidade de homologação*<sup>360</sup>. O juiz, desse modo, profere

---

<sup>360</sup> Sabe-se que todo negócio (como, de resto, todo ato processual) praticado pelos sujeitos do processo precisa ser levado à constatação judicial. É o que aqui se denomina de *necessidade de constatação*. Ocorre que a necessidade de se levar algo para a constatação judicial, embora seja da essência linguística da atividade jurídica em geral e, particularmente, da atividade processual, não é um fim em si mesma. Constata-se sempre para fazer ou deixar de fazer algo. E são variadas as possibilidades. A direção por uma ou por outra vai depender do interesse do sujeito comunicante (consubstanciado em algum pedido que ele venha fazer ao Estado-juiz, como a certificação, a condenação, expedição de ordem etc.), podendo, de outro modo, se dar por uma imposição legal: o juiz deve constatar para fazer algo que a lei prevê. Neste caso, é o que se tem com os negócios processuais, que, por força do parágrafo único do art. 190, CPC, têm de ter controlada a sua validade (e, conquanto não expresso, certificada a sua eficácia). Ou seja, o juiz os constata para cumprir seu dever de verificar a validade do ato. A *necessidade de constatação* é, desse modo, uma *condição de possibilidade* para o cumprimento do dever de controlar a validade dos atos. Ou seja, uma condição de possibilidade para a própria atividade judicial. Afóra essa *necessidade de cancelar a validade*, fundada num imperativo legal (*dever-ser*), outras variáveis podem advir da constatação, cuja direção, como dito acima, vai depender do interesse do sujeito comunicante. Em alguns casos, por exemplo, ele tem o interesse na produção de um efeito jurídico específico, que só pode ser emanado a partir de um ato judicial. Aqui se está no âmbito da *necessidade de homologação*. Em rigor, homologar é tornar algo *mais que* análogo a outro: “Homologar é tornar o ato que se examina semelhante, adequado ao ato que devia ser. Quem cataloga classifica; quem homologa identifica. Ser homólogo é ter a mesma razão de ser, o que é mais que ser análogo e menos que ser o mesmo” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, t. 6, p. 344). Na homologação, alguém, que tem poder para tanto, atribui a um fato qualquer um efeito que ele não teria de outro modo. A homologação, portanto, tem a função de integralizar o fato, sendo um dos tantos modos de integralização. No lançamento tributário sujeito à homologação, por exemplo, delega-se ao responsável tributário o dever de operacionalizar o lançamento que fica sujeito a uma homologação (expressa ou tácita) da autoridade fiscal. O poder de homologar, por óbvio, só é desta. A homologação, por fim, não diz respeito à *existência*, à *validade* ou à *eficácia* do ato jurídico em si. Tem a ver apenas com a produção de um efeito jurídico específico, que só pode ser emanado a partir do ato homologatório. No caso do lançamento tributário, esse efeito é a certificação da exonerção do responsável. Num processo judicial, quem tem esse poder é o Estado-juiz. Em verdade, ele homologa o ato para torná-lo análogo a uma sentença judicial. Ao homologar uma transação, o juiz atribui a ela os mesmos efeitos de uma sentença condenatória com força de coisa julgada, por exemplo. Além disso, homologáveis são os atos de disposição: os negócios. Os atos procedimentais dos sujeitos processuais (as petições, por exemplo) não se submetem à homologação pela simples razão de sua essência já ser a própria comunicação ao juízo. Homologável, assim sendo, não é o ato comunicativo, mas sim o objeto comunicado. É, por isso, que se homologa uma desistência, não para que ela produza seu efeito de desfazer o ato petitório, pois isto é seu efeito precípua, mas sim para que a disposição nela contida tenha a força de extinguir o processo. Pede-se a homologação da desistência, porquanto, obviamente, só quem tem o poder de extinguir o processo é o juiz, e não a parte ou outro sujeito processual. É possível que o regimento interno fixe quem num órgão colegiado tem o poder de negociar, como o relator da causa, o presidente do órgão ou, até mesmo, o próprio colegiado. É corriqueiro, porém, dizer que, diferentemente da desistência em geral, a desistência do recurso independe de homologação. Tal afirmação é correta, contudo, muito mais do que decorrente de uma previsão legal, ela ocorre pela própria ordem natural das coisas. Isso porque, como o recurso é fato impeditivo do trânsito em julgado (rigorosamente, ele estende o estado de condicionalidade da extinção do processo operada pelo juiz na decisão recorrida), o desfazimento dele, que se perfaz pela desistência, implementa a *condição necessária* à ocorrência do trânsito em julgado. Não há, aqui, necessidade de se extinguir o processo em virtude da desistência, visto que o ato de extinção já foi praticado, estava tão-somente sujeito à condição. É correto dizer que a regra nos negócios processuais é a *desnecessidade de homologação*, pois, em sua maioria, não precisam produzir efeitos específicos para terem utilidade, uma vez que, em geral, não há, por eles, atos próprios a serem praticados pelo juiz, como acontece na desistência da ação, cuja extinção do processo depende, obviamente, de uma decisão judicial.

decisão, exercendo, propriamente, função jurisdicional. Aqui, ele analisa ato dispositivo de situação jurídica alheia, como ocorre quando a parte renuncia a seu poder de recorrer.

Ocorre que há casos em que o juiz dispõe sobre situação jurídica pertencente ao órgão público a quem é vinculado. Aqui, ele não profere decisão, algo que pressupõe analisar o que é alheio, mas sim manifesta vontade acerca do que lhe é próprio. É o que se *teria* na figura do negócio jurídico em tela. É o que acontece no *calendário* previsto no art. 191, CPC. Por ter por objeto a fixação das datas dos atos processuais, o calendário tem por base situações que dizem respeito ao órgão judicial, como, por exemplo, as rotinas cartorárias, incluindo os prazos que os serventuários têm para praticar seus atos. Observe-se, ao tratar disso, o juiz, como agente diretivo máximo do órgão judicial, dispõe sobre o que a este pertence, e não aos outros sujeitos processuais. Seu agir, por isso, é de negociante<sup>361</sup>, não de julgador.

Como dito, em tais casos, contudo, a atuação do juiz se dá de duas formas: por um lado ele é negociante, pois dispõe sobre o que é *seu*; por outro, pela

---

Numa *convenção processual de irrecorribilidade*, desde que válida e eficaz, a não aquisição do direito ao recurso se dá pela própria eficácia dela, e não porque o juiz a ela acresceu alguma potencialidade. Havendo uma convenção do tipo, a decisão judicial transita em julgado imediatamente, sem que haja a necessidade de qualquer outro ato judicial, a não ser de força certificatória da eficácia da convenção. Certificação essa cuja necessidade somente se apresenta quando há algum questionamento sobre a convenção. Ou seja, a previsão do art. 200, CPC, sobre a desnecessidade de homologação dos atos processuais das partes tem muito mais força simbólica do que normativa. Se ela, por exemplo, vier a ser retirada do sistema, a *constante de desnecessidade* irá continuar. Conclui-se dizendo que, enquanto a *necessidade de controlar a validade do negócio processual* (estabelecida no parágrafo único do art. 190, CPC) é decorrente de um imperativo legal (*compulsoriedade*), a *necessidade de homologação* dá-se – ao menos em geral (difícil, embora não logicamente impossível, imaginar, dentro do direito positivo, um caso de dever da parte levar um ato à homologação judicial) – por um interesse do sujeito do processo. Ambas, porém, têm por pressuposto a *necessidade de constatação*, sendo esta, em verdade, uma *condição de possibilidade* da própria atividade processual.

<sup>361</sup> Antonio do Passo Cabral é o autor que apresenta a mais contundente crítica ao entendimento da atuação negocial do juiz. Para ele, embora haja agir discricionário, não há liberdade negocial, até porque o juiz é exerce atividade autoritativa. Alude o autor, ademais, ao fato mencionado acima de que o juiz age, também em negócios como o calendário, como senhor da validade do ato (*Convenções Processuais: entre publicismo e privatismo. Tese de Livre-Docência apresentada à Faculdade de Direito do Largo do São Francisco. São Paulo, 2015, p. 236-39*).

incidência do parágrafo único do art. 190, CPC, age como *senhor da validade* das manifestações de vontade das partes, devendo negar a chancela se for o caso. Há dois atos do juiz: o de negociante, que compõe o núcleo do suporte fático do calendário, e um ato envolvente pelo qual se diz ser válido e eficaz o negócio praticado. É claro que, no que tange ao seu ato dispositivo, a chancela do juiz é pressuposta. Tentando sintetizar numa linguagem mais simples, meio que o juiz diria: “você (partes) querem calendarizar? Se for em ‘tais e tais moldes’, aceito (*agir negocial*) e, desse modo, entendendo que podem fazê-lo, estabeleço o calendário (*agir decisional*).

Há, portanto, um juiz atuando como negociante. No calendário, existe expressa previsão em lei; não a há, porém, para o negócio jurídico instituidor de recorribilidade. Essa ausência, no entanto, não é *razão suficiente* para uma conclusão que negue a possibilidade da pertinência dele ao direito brasileiro, haja vista a expressa permissão para negócios jurídicos atípicos (*caput* do art. 190, CPC). Ademais, pela mesma disposição legal, é possível negociar sobre o procedimento (*todo*), e o recurso é ato do procedimento (*parte*). Não havendo solução *a priori* (vedação legal) e, ao contrário, existindo, *indício de possibilidade* (possíveis sentidos de atribuíveis ao termo *procedimento* fixado no *caput* do art. 190, CPC), não resta outra saída senão a de, a partir da análise de seus requisitos e limites, identificar se esse indício é tendencialmente falso ou se outras razões se apresentam a fim de levá-lo em conta.

Aqui, especificamente, dois problemas vêm à tona: *legitimidade negocial* e *isonomia*. Já que, na hipótese, o Estado-juiz há de ser agente negociante, é necessário saber quem, em sua estrutura, teria legitimidade para tanto e se, por conta do dever de isonomia, ele poderia fazer negociações atomizadas. Num paralelo com a figura do calendário, tentar-se-á dar uma solução a esses dois problemas. É preciso, porém, colocar algumas considerações: *i*) como é próprio deste trabalho, a análise de tais pressupostos partirá da normatividade vigente. É, portanto, em todo o arcabouço que rege não só a atuação dos agentes estatais, mas também dos particulares em geral (e isso a começar pela normatividade constitucional), que devem ser encontradas respostas aos problemas acima; *ii*) a análise é bastante limitada, pois apenas dois problemas bem específicos referentes

aos dois tipos possíveis serão enfrentados, quais sejam: a licitude do objeto (*problema de validade*) e a titularidade do poder de dispor (*problema de eficácia*), o que, por si só, denota existir na generalidade dos tipos escolhidos outras especificidades.

Primeiramente, há a questão da licitude do objeto. Pela regra geral, art. 104, II, CC (aplicável aos negócios processuais, certamente), o objeto do negócio jurídico deve ser lícito. Entende-se, em tal contexto, objeto como a eficácia do ato. Sua licitude deve ser aferida observando-se o sistema jurídico como um todo. É aqui que surge uma questão fundamental: os limites à liberdade da atuação estatal. Não se pode dizer que a liberdade de atuação do Estado seja a mesma dos particulares em geral. Em situações normais, o dono de um automóvel pode vendê-lo para alguém por um valor X, mesmo tendo recebido de outrem oferta pelo mesmo bem de valor X + Y. Ele pode dizer: “fulano, embora você tenha me oferecido tanto pelo carro, eu vou vendê-lo a sicrano por menos”. Ele pode fazê-lo pois está em sua esfera de liberdade.

A atuação estatal não pode se basear nisso. Não pode, por exemplo, o Estado conceder um benefício fiscal para uma determinada empresa e não conceder a outras que, desempenhando atividade análoga, com ela concorram. Do contrário, estaria violado o dever de *isonomia*. Eis um *topoi* adequado para estabelecer os limites à autonomia da vontade do Estado. Em termos processuais, não pode o juiz calendarizar o processo das partes A e B e não calendarizar processo análogo e contemporâneo das partes C e D, pois isto, além de ser contra a *isonomia*, feriria a necessidade de *impessoalidade do agir estatal*.

Outro grande problema na atuação do juiz como negociante tem a ver com a legitimidade negocial. É preciso saber quem tem a titularidade do poder de praticar o ato. Por exemplo, em unidades judiciárias nas quais há juiz que, sendo auxiliar, não tem poder hierárquico sobre os serventuários pode haver calendarização pelo auxiliar, algo que implicará disposição sobre os serviços de agentes que não lhes são vinculados? E nos casos em que um juiz está por substituir automaticamente outro que se encontra em férias, é possível a calendarização? Essa problemática sobre a legitimidade parece ter muito mais a ver com o *direito administrativo-judicial*,

problema de organização judiciária, do que com o direito processual especificamente. É, portanto, regrável em atos normativos como as leis de organização judiciária e os regimentos internos dos tribunais. Neste último caso, por exemplo, é possível ao regimento interno fixar quem num órgão colegiado tem o poder de negociar, como o relator da causa, o presidente do órgão ou, até mesmo, o próprio colegiado.

Ao calendário, que aqui está colocado como *figura comparativa*, as balizas postas acima são suficientes para demonstrar sua viabilidade jurídico-positiva. Resta saber, a partir disso, se há a mesma suficiência no que tange ao *negócio jurídico de instituição de recorribilidade*. A questão que há de ser respondida refere-se à possibilidade de se falar na *viabilidade jurídico-positiva* desse (suposto) negócio processual. Num primeiro momento, uma vez que há necessidade de atuação, como negociante, do Estado-juiz, enquadrou-se tal negócio processual como plurilateral; em seguida, estabeleceu-se um paralelo entre ele o *calendário*, para, verificados os requisitos e limites mínimos à prática deste, identificar se a mesma hipótese seria aplicável àquele. Diante disso, sabe-se que para tanto deve-se, no mínimo, observar: *i) a legitimidade negocial*, visando a, dentre outras coisas, a boa organização judiciária; *ii) a isonomia*, a fim de que o juiz negociante não beneficie determinados litigantes em detrimento de outros que, em situação análoga, sejam partes de processos que estejam sob sua égide. No primeiro caso, não se percebe a presença de maiores óbices para a implementação dessa legitimidade, desde que respeitados os requisitos para tanto; o mesmo não se pode dizer do segundo. Bem vistas as coisas, o negócio jurídico instituidor de recorribilidade cria direito verdadeiramente novo. Não se trata de direito modificado, como se tem com a feitura de um calendário. Essa afirmação necessita de maiores esclarecimentos.

No calendário – como, de resto, nos negócios processuais conhecidos – já existe um determinado direito, que, de algum modo, é modificado pelo agir negocial. Aqui, há, na perspectiva das partes, direito a uma decisão sobre a questão que lhes refere, o qual, com o calendário, adquire determinação quanto ao momento de sua realização. Não se forma, portanto, novo direito. Já o negócio jurídico instituidor de recorribilidade é relativo a algo novo. Observe-se, sem ele não haveria de se falar em recurso contra determinada decisão, que passa a existir pela eficácia do negócio

jurídico firmado. O direito ao recurso, como será demonstrado, não é referente ao procedimento da decisão que o causa; é externo a esse procedimento, sendo *princípio*<sup>362</sup> de outro.

Portanto, do ponto de vista da isonomia, esse negócio jurídico, para ter viabilidade, teria de abranger todos os litigantes que, em possibilidade, pudessem estar na condição de ser atingidos pela decisão a ser recorrida. Isso, certamente, faria com que a negociação tivesse de ser estabelecida não só em abstrato, como também de forma absoluta dado o viés nacional do direito processual (art. 22, I, CRFB). Neste caso, em termos de legitimidade negocial, o acordo haveria de ser firmado pelo órgão máximo do STJ ou, versando sobre matéria constitucional, pelo STF. Na outra banda, quem teria legitimidade para negociar em nome dos eventuais litigantes? Uma hipótese desse tipo, caso adotada, convenha-se, seria fruto de possíveis inconvenientes e, quiçá, transtornos de ordem prática. Não obstante o argumento *pragmático-acional*<sup>363</sup>, há um aspecto *jurídico-positivo* que deve ser observado.

Na forma do art. 190, CPC, o negócio jurídico processual – especialmente o bilateral – é pertinente às partes. O sentido do termo *parte* nele contido, por mais que, numa interpretação extensiva, possa abranger todo aquele que, figurando numa relação processual, tenha interesse no resultado, algo que compreenderia, além de autor e réu, terceiros intervenientes e, até mesmo, o MP, não pode ser utilizado em sentido total, isto é: abarcante de todos os sujeitos processuais, incluindo o juiz. Do contrário, não haveria sentido em regras que especificam os sujeitos processuais, como o art. 191, CPC, que faz alusão a *juiz* e a *partes*. Logo, por disposição legislativa, a margem de negociação é a princípio aberta, visto que

---

<sup>362</sup> Deve-se entender o termo *princípio* acima utilizado não como uma espécie normativa, oposta à das regras. Princípio aí está como aquilo que inicia algo, ou seja, além de causa, é o primeiro elemento formador desse algo. Diz-se ser de tal modo o direito ao recurso por ser ele a potência do ato recursal. Sendo este o iniciador do procedimento respectivo, logo aquele é princípio em estado potencial. *Princípio*, portanto, no sentido aristotélico do termo.

<sup>363</sup> O termo acima refere-se ao tipo de pragmática voltado a fins, à apresentação de modelos para soluções de problemas concretos. Nesse sentido, ver RODRIGUES, Adriano Duarte. *As Dimensões da Pragmática na Comunicação*. Rio de Janeiro: Diadorim, 1995, p. 36-36, seguindo, em termos de Dogmática Processual, por COSTA, Eduardo José da Fonseca. *O Direito Vivo das Liminares*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 57-63.

não são fixados os negócios que podem ser celebrados, mas, numa segunda ordem, fecha-se, uma vez que é especificado o sujeito processual apto a celebrá-los. Isto por si só já seria suficiente para se concluir pela *inviabilidade jurídico-positiva* do negócio jurídico instituidor de recorribilidade. Há algo além, contudo. Tal acordo teria *generalidade* num nível idêntico ao máximo possível a uma lei federal. Ora, por maior que possa ser o alcance de um acordo – e é de conhecimento a existência de acordos nacionais referentes a processos, vide o celebrado entre o órgão representativo das instituições financeiras e órgãos representativos de poupadores-, não lhe é dado assim o ser quando referente à geração de situações jurídicas. Esse nível de generalidade somente é atingível mediante lei federal (art. 22, I, CRFB) ou, sendo o caso, por emenda constitucional.

Concluindo, no direito positivo, é inviável o *negócio jurídico instituidor de recorribilidade*, pois, se do menos geral ao individual, sua prática seria ofensiva à regra da isonomia, já que privilegiaria apenas alguns; se plenamente geral, algo que o equipararia à lei, violaria a reserva legal de regulação do direito processual.

#### **4.2.1.4. *Locus* normativo da recorribilidade e a legislação estadual**

A CRFB estabelece três blocos de competência legislativa em matéria – ao menos no sentido amplo – processual. O primeiro é o regramento geral do art. 22, I. O segundo, o subsidiário, art. 24. XI. O terceiro, por sua vez, é referente à chamada *organização judiciária* (art. 96, II, *d*)<sup>364</sup>. Nos dois primeiros casos, há regulação de procedimento, quer de seus atos mesmos quer dos pressupostos necessários à sua formação. Conquanto ainda se insista em negar a qualidade de processual às regras procedimentais<sup>365</sup>, o óbvio, que precisou ser demonstrado<sup>366</sup>, é que o cerne do

---

<sup>364</sup> Poder-se-ia falar num quarto: o relativo aos regimentos internos (art. 96, I, *a*, CRFB). Além de eles não serem formalmente lei, por não estarem previstos no art. 59, CRFB, a matéria – em termos processuais – que lhes é afeita é referente à mesma organização judiciária, apenas com a diferença do âmbito de aplicação (restrito ao tribunal editor do regimento) e do órgão legislativo, que é o próprio tribunal respectivo a cada regimento. Logo abaixo, o problema referente aos regimentos internos quanto à questão da recorribilidade será abordado.

<sup>365</sup> Não à toa é objeto de tese doutoral ainda recente: BERALDO, Maria Carolina Silveira. *Processo e Procedimento à luz da Constituição Federal de 1988: normas processuais e procedimentais civis*. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito do Largo do São Francisco, São Paulo, 2015, p. 4-5, especialmente. Ressalte-se que a autora diz que processo deve ser analisado pelo que ele é, não pelo que ele contém; logo não teria como ser relação processual e procedimento. Ora, o ser humano é definido por sua animalidade racional. A racionalidade é ele ou nele está?

processo são os atos do procedimento, tal como se demonstrou no capítulo passado. Que as regras sobre (os atos do) procedimento são de direito processual é algo evidentíssimo<sup>367</sup>, a questão que precisa ser esclarecida é a de haver processualidade – no sentido do termo *direito processual* previsto no citado inciso I do art. 22 – em *locus* não procedimental. No sentido desse dispositivo, ao menos, são regras de direito processual todas aquelas que estabeleçam as condições necessárias à formação do processo. Assim, regras referentes às capacidades processuais, às competências, à formação e à extinção do direito ao procedimento, à atualização da pretensão à tutela jurídica, dentre outras, são de direito processual, embora não sejam de procedimento.

O objetivo deste tópico é saber se a legislação estadual é apta a estabelecer *recorribilidade*. Na letra do inciso XI do art. 24, aos estados cabe legislar sobre *procedimentos* em matéria processual. Logo, nos moldes acima definidos, a eles reserva-se o procedimental, deixando-se fora de sua alçada o processual não procedimental. Não é caso de se reivindicar que aos estados compete legislar sobre este último, uma vez que regram matéria referente à competência jurisdicional. Neste caso, eles o fazem pelo destacamento específico que lhes é dado pelo *conjunto normativo*, referente à organização judiciária. O poder de legislar sobre esse tipo de competência é tratado no terceiro bloco mencionado acima, portanto, muito embora seja matéria afeita ao direito processual (de natureza não procedimental), tem um tratamento separado e, exatamente em virtude disto, deve ser assim analisado<sup>368</sup>.

---

<sup>366</sup> Por todos, *Norma de Processo e Norma de Procedimento*: o problema da repartição de competência legislativa no Direito Constitucional brasileiro. Salvador: JusPODVIM, 2015, especialmente os capítulos 2 e 3.

<sup>367</sup> Processo sem procedimento é uma abstração, pois é efeito desprendido de sua causa, algo de todo incompatível dada a propriedade hermenêutica do direito processual, traduzida, antes de tudo, na necessidade de comunicação, que foi apresentada no capítulo passado.

<sup>368</sup> Aqui reside erro na posição de Paula Sarno Braga, quando fala que, no âmbito da competência concorrente dos estados, cabe à União legislar sobre competência territorial, ao menos de um ponto de vista *ideal* (op cit., p. 364-365). O erro está no fato de que, salvo a hipótese da competência por prevenção, as normas sobre competência não têm viés procedimental: são processuais não procedimentais. Quando por prevenção, a competência é efeito jurídico de ato do procedimento (a demanda); no mais, é efeito jurídico decorrente de *regras pré-processuais*, até porque, como se sabe, há de se ter competência antes da formação do processo. Claro, deve ser da União a competência para legislar sobre competência territorial, mas não porque isso está além da supletividade própria



Diante de todo o exposto acima, se recurso é ato do procedimento, logo a legislação referente a ele é aquela que regula o próprio procedimento. Assim, poder-se-ia dizer que aos estados cabe legislar em matéria recursal, visto que lhes é cabível legislar sobre procedimento. Acontece que, no que tange a esse tipo de legislação, há algo a mais: a subsidiariedade da legislação local (inciso XI do art. 24, CRFB). Isso significa que a margem para legislar é apenas para suplementar aquilo que, federalmente, foi estabelecido, salvo a ausência de lei federal (§ 3º c/c § 4º, ambos do mesmo dispositivo), o que, obviamente, não é o caso do direito processual, seja o civil ou o penal. De modo algum há margem para suplementação em matéria de recorribilidade.

#### **4.2.1.5. *Locus* normativo da recorribilidade e o direito regimental**

Também por expressa previsão constitucional (art. 96, I, *a*) atribui-se aos tribunais em geral, incluindo os de justiça, o poder de se autorregular, por intermédio de uma normatização denominada de *regimento interno*. As atividades exercidas por um tribunal são de variadas ordens, sendo a processual, ao menos na maioria dos casos, a mais relevante. Nesse sentido, aos tribunais cabe estabelecer sua organização judiciária, isto é: *interna corporis*, a partir de sua composição plenária, fracionarem-se em órgãos, atribuindo a estes últimos, dentro da competência própria de cada tribunal, determinada competência. É o regimento interno, por exemplo, que há de definir o que o órgão máximo do tribunal há de julgar ou se haverá órgão fracionário com alguma competência mais especificada. Logo, em termos de normatização processual, aos tribunais cabe regular a matéria referente à competência, a partir da competência que já lhes tenha sido atribuída. Por exemplos, aos tribunais de justiça resta estabelecer como a competência que a respectiva constituição estadual lhes outorgou será distribuída. Em sendo assim, não lhes cabe – ao menos em matéria processual – regular algo referente ao procedimento, incluindo, claro, a previsão de recursos.

---

dos estados em matéria processual; há de ser dela por uma simples questão de que um estado não pode estabelecer vinculação para outro: seja imputando-lhe dever, seja retirando-lhe poder. Claro, a qualquer estado federado cabe legislar sobre competência territorial dentro de seu território, e só. Ressalte-se que a autora faz a ressalva quanto a esse problema federativo; seu erro é de ordem analítica: entende como procedimental algo que não o é, algo que é “apenas” processual.

Há, porém, duas questões interessantes que, numa perspectiva pragmática e cada uma a seu modo, precisam ser analisadas: *i)* a recorribilidade das decisões monocráticas; *ii)* a questão em torno da definição interpretativa ao direito local, incluindo, e em especial, o de natureza regimental.

No primeiro caso, partindo-se da premissa de que as decisões em tribunal são, em essência, colegiadas, toda previsão, inclusive de ordem legal<sup>369</sup>, de decisões monocráticas em tal âmbito deve ser complementada por previsão de algum meio que possibilite ao colegiado analisar a matéria decidida monocraticamente. Esse mecanismo pode se dar de duas formas: uma direta; outra indireta. Na primeira, o próprio julgador encaminha sua decisão ao colegiado. Era o que se tinha quando, ao tempo do CPC/73, entrou em vigor a Lei n. 11.187/05, a qual, ao mesmo tempo que fechava a via recursal para as decisões proferidas a teor dos incisos II e III do, à época, art. 527, possibilitava (no sentido de atribuir meio hábil à obtenção de algo) o acesso ao colegiado mediante obrigação imputada ao relator do recurso de levar ao conhecimento daquele a questão monocraticamente decidida. Na segunda, isso há de ser feito por algum meio de impugnação, especialmente por um recurso: era o que se tinha com o *agravo interno*<sup>370</sup>, é o que ainda se tem não só com ele, como também com as tradicionais previsões de agravos regimentais.

Não é aqui espaço para uma análise histórica, muito menos sociológica do problema, mas dá para arriscar a dizer que, tais previsões regimentais, muito existiam pela, se não ausente, lacunosa forma de previsão de recursos contra decisões monocráticas. Ao tempo do CPC/73 mesmo as decisões de concessão de efeito suspensivo a recurso ou de antecipação dos efeitos da tutela recursal, cuja

---

<sup>369</sup> Ressalvas, no máximo, para a hipótese de a própria CRFB estabelecer o decidir monocrático em tribunal, como ocorre com as decisões estabelecidas no § 6º do art. 100.

<sup>370</sup> Por isso, embora espécie recursal, o agravo interno tem um *viés integrativo*. Explica-se: trata-se de mecanismo (desde a vigência do CPC/15, plenamente genérico) que possibilita levar a questão decidida monocraticamente à apreciação pelo seu órgão natural, qual seja: o colegiado, do qual aquele que monocraticamente decidiu é membro. Esse viés integrativo já foi antevisto de há muito por boa doutrina, vide o já clássico texto de Egas Dirceu Moniz de Aragão, publicado há quase 60 anos (Do Agravo Regimental. *Revista de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1960, v. 2, p. 80-81), embora o autor, ao negar a proximidade do agravo regimental com os demais agravos, acabe por, talvez involuntariamente, negar-lhe a natureza recursal, a ponto de dizê-lo *meio de integração*. No mesmo sentido, TALAMINI, Eduardo. Decisões Individuais: legitimidade e controle. *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis*. NERY JR., Nelson; ALVIM, Teresa Arruda. São Paulo: RT, 2002, v. 5, p. 181 e segs.

previsão, acima de tudo, estava no *caput* do art. 558, não era complementada pela previsão de um recurso cabível. Não obstante a inconstitucionalidade formal dessas disposições regimentais, havia, por força delas, a concretização do direito dos litigantes a terem seus casos julgados pelo órgão colegiado.

Com o advento do CPC vigente, ao menos as decisões proferidas pelo relator estão, por força do art. 1.021, CPC, sob o crivo de recurso de agravo interno. A redação desse dispositivo não deixa margem para dúvidas: dada a não especificação e ausência de qualquer restrição, qualquer decisão de relator é agravável para o colegiado<sup>371</sup>.

Já o segundo caso não se refere a acesso a um órgão colegiado, mas sim a definição da interpretação por tribunal local acerca do direito local. Isso, por óbvio, exclui os tribunais regionais federais, e, em termos de direito local, inclui os regimentos internos. Nesse sentido, muito embora fosse possível haver nos regimentos internos previsão de recurso para o *órgão de uniformização de jurisprudência*<sup>372</sup> sem que isso ofendesse disposições como as dos incisos II e III tanto do art. 102 quanto do art. 105, ambos da CRFB, haveria infração constitucional pelo fato, já mencionado acima, de ao regimento interno não caber o regramento do direito procedimental. Ademais, o aspecto pragmático inerente a este problema pode ser facilmente solucionado mediante a utilização dos incidentes de *resolução de demandas repetitivas* e, especialmente, de *assunção de competência*, isto com muito maior propriedade porquanto, de um ponto de vista ideal, a definição interpretativa seja dada antes do julgamento final da causa, algo que é da própria essência desses incidentes.

#### **4.2.1.6. O problema da tipicidade na taxatividade recursal**

Se se entende, como aqui se faz, que *taxatividade* é uma coisa e *tipicidade*, outra, é necessário analisar esta em relação àquela. Taxatividade, como já se definiu, refere-se à questão do *locus* normativo, da fonte de normas jurídicas. A

---

<sup>371</sup> Persiste ainda o problema acerca das decisões que atribuem ou negam efeitos suspensivo aos recursos especial e extraordinário na hipótese do inciso III do § 5º do art. 1.029, CPC.

<sup>372</sup> Pela expressão acima deve-se entender o órgão dos tribunais que tenha a função de estabelecer o entendimento definitivo acerca da interpretação. Não há necessidade de ser o órgão de cúpula do tribunal. Ao regimento interno cabe definir qual será o órgão uniformizador.

taxatividade recursal, por exemplo, é uma reserva legal, nada tendo a ver com os limites semânticos do texto de lei. É a estes últimos que a tipicidade se refere. Portanto, há como que uma tipicidade *na* taxatividade.

A questão que se coloca é: a mesma reserva legal dos recursos afeta o problema da tipicidade? Não, ao menos em princípio. Não há vedação expressa na CFRB à previsão de normas processuais mais abertas. Claro, a ambiguidade, que atua na conotação, deve ser de todo evitada, pois que indevida, um vício na construção de textos, mormente se normativos; já a vagueza, além de não ter como ser de todo evitada, não se encontra, tal como já mencionado, vedada. Obviamente, deve-se delimitar o texto legal num mínimo possível a fim de que se possibilite sua compreensão, evitando-se maiores arbítrios.

#### **4.2.1.7. Há de se falar em unirrecorribilidade?**

Como estabelecido na introdução, este trabalho não tem a pretensão de descer às minúcias da Dogmática Processual referente ao direito recursal. Sua perspectiva é generalista. Além disso, sua pretensão é, demonstrada, como já se fez, a hipótese de o fenômeno jurídico se desenvolver num autêntico *movimento*, provar, tendo o conceito de recurso como exemplo, a existência de um movimento *inteiramente* processual. Assim, particularidades de cada espécie recursal não cabem no objeto analisado. E o problema da *unirrecorribilidade* perpassa por isso.

É comuníssimo dizer que a unirrecorribilidade (ou singularidade) é um *princípio dos recursos*<sup>373</sup>. Além de não se precisar bem em que sentido o termo princípio é empregado (aparentemente, utilizam-no no sentido de *fundamento* de uma determinada ordem, seja ela normativa ou descritiva), deixa-se a entender que se trata de um verdadeiro *a priori* do direito recursal. Ora, se assim o é, poucas coisas são tão equivocadas. Esse tipo de *a priori* é incompatível com o direito, ao menos na perspectiva positivista. Nada impede – salvo *a posteriori* (ou seja, por

---

<sup>373</sup> Nesse sentido, por todos: NERY JR., Nelson. *Teoria Geral dos Recursos: princípios fundamentais*. 4. ed. São Paulo: RT, 1997, p. 89-109; JORGE, Flávio Cheim. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*. 7. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 257-60; SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 151-54; LEMOS, Vinícius Silva. *Recursos...*, op. cit., p. 84-85; RODRIGUES, Marco Antonio. *Manual dos Recursos, Ação Rescisória e Reclamação*. São Paulo: Atlas, 2017, p. 42-45

vedação normativa) – que se preveja que, de uma mesma decisão, caiba mais de um recurso. Tanto é assim que, indubitavelmente, o sistema processual vigente estabelece, não em uma só hipótese, duplas (ou, até, múltiplas) formas de impugnar uma decisão, basta atentar para decisões que, ao mesmo tempo, são recorríveis e reclamáveis (art. 988, CPC). Em objeção, algum apressado poderia dizer: “ah, mas aí não se trata de dupla recorribilidade, já que a reclamação não é recurso<sup>374</sup>”. Não obstante, se isso não prova – *apoditicamente* – que não há vedação (*a priori*)<sup>375</sup> à unirrecorribilidade, é, no mínimo, um argumento *retoricamente* considerável, entendendo por Retórica em seu sentido aristotélico, isto é: “vemo-la [a retórica] como o poder de, diante de quase qualquer questão que nos é apresentada, observar e descobrir o que é adequado para persuadir”<sup>376</sup>.

Ademais, toda a análise sobre esse tema tem de estabelecer, como premissa, se entende que decisão (unirrecorrível) deve ser considerada em seu aspecto estritamente formal ou se é necessário levar em conta aquilo que a compõe. Neste caso, quando há capítulos decisórios, máxime se autônomos, ou, até mesmo, fundamentos decisórios de um mesmo capítulo, há única decisão ou dupla decisão ou até plúrimas decisões? A depender da resposta, o “dogma” da unirrecorribilidade poderá, certamente, ruir.

Indo além, a sustentação com tanto afinco dessa “ideia” deve enfrentar o problema de serem, de fato, os embargos de declaração verdadeiro recurso, pois, o que não é a posição aqui adotada, há quem diga que desse modo o não são (possivelmente, influenciados por outro *a priori*). Caso assim o fossem, haveria quebra do “dogma”? Reconhece-se que muitos acabam tendo de dizer que sim (uma “exceção à regra”, numa linguagem que, sutilmente, é utilizada). Isto só contribui para mostrar o quanto esse tipo de “metodologia doutrinária” está fora de contexto.

---

<sup>374</sup> Algum mais ousado poderia até mesmo emendar, como aposto, um “seu burro” ou coisa pior. No mínimo, poderia pensar, embora sem expressar, algo assim.

<sup>375</sup> Ao que parece, a fixação em tom apriorístico à *unirrecorribilidade* advém de entendimento fixado pela processualística do tempo do CPC/39. No caso desta, porém, havia bom argumento para tanto: a previsão expressa dessa questão no art. 809. Como se trata de algo que necessita de um estudo de História da Ideias Processuais Brasileiras, deixa-se, ao menos por ora, como mera hipótese por ser investigada.

<sup>376</sup> ARISTÓTELES. *Retórica*. Trad. Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2011, p. 44-5.

Ainda quanto aos referidos embargos, mesmo que sejam autêntico recurso, é necessário saber se o problema quanto a eles é de verdadeira recorribilidade ou, em verdade, de adequação do meio ao fim almejado<sup>377</sup>. No primeiro caso, indubitavelmente, haveria mais de uma recorribilidade contra a mesma decisão; no segundo, só uma multiplicidade de meios de recorrer.

Por tudo isso, entende-se que a unirrecorribilidade é, mais do que um *false dogma*, uma concepção teórica que muito mais confunde do que esclarece a compreensão do sistema recursal vigente.

### 4.3. A legitimidade recursal

Em termos jurídico-dogmáticos, *legitimidade* dá-se na titularidade de uma situação jurídica. Não há legitimidade que não esteja intrinsecamente vinculada a uma titularidade. Observe-se, aquela *dá-se* nesta, não é a própria titularidade. Ser titular significa ter (no sentido de *ser* dono) a situação jurídica, feita de direitos e poderes, basicamente. A legitimidade ocorre nisto, porque é sempre *potência para agir*, mas agir sobre algo que se tem, daí essa relação funcional da legitimidade para com a titularidade. Legitimidade, portanto, é sempre legitimidade para agir, das mais

---

<sup>377</sup> Aqui, lança-se a seguinte ideia, aderindo, de algum modo, ao já feito por Rodrigo Mazzei (*Embargos de Declaração*: recurso de saneamento com função constitucional. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade Autônoma de Direito. São Paulo, 2012): *i*) em geral, os embargos de declaração são um recurso alternativo, cabe ao interessado escolher entre eles e outro; *ii*) ademais, os embargos podem ser um meio necessário, quando oponíveis para fins de prequestionamento. Aqui, não há opção ao interessado: ou embarga-se ou não se tem como tornar a decisão recorrível pela via especial e/ou extraordinária; *iii*) por fim, há possibilidade de embargos como medida de *ultima ratio*, caso das decisões irrecorríveis por outros meios. A necessidade neste caso, portanto, sobreleva. Na primeira hipótese, o problema referente à presença ou não dos fundamentos dos embargos é atinente à adequação, e não à recorribilidade, logo ao se dizer que não há hipótese de embargos presente (por exemplo, pelo fato de o embargante alegar *error in iudicando*), deve-se inadmitir o recurso, por inadequação do meio processual; não se trata de conhecer para rejeitar, mas sim de não conhecer. Na segunda, os embargos servem exatamente para fazer recorrível a decisão, por conseguinte: ou a decisão não é recorrível para a instância superior porque omissa quanto ao fundamento próprio para tanto, logo cabíveis os embargos; ou ela já é recorrível, de modo que os embargos constituem meio inadequado, devendo ser por força disso inadmitidos. Na terceira, a decisão é embargável (salvo o disposto § 4º do art. 1.022, CPC) e, mais, são eles o meio adequado, já que únicos possíveis, e a ausência dos fundamentos é causa de improcedência da ação recursal, ou seja, não provimento do recurso. Tudo isso reforça, portanto, o *aspecto adequado* do cabimento dos embargos.

variadas formas em que este se faz possível, como o exigir e o acionar<sup>378</sup>. Ocorre sempre no *plano da realidade*, já que vinculada à (titularidade da) *coisa* que se tem.

Não pode, além disso, ser confundida com a *capacidade*, seja a de aquisição, seja a de exercício. No primeiro caso, capacidade é a possibilidade de adquirir algo, logo de ser dele titular. Como a capacidade de ser parte, que é o estado potencial da pretensão à tutela jurídica. No segundo, capacidade é a aptidão para exercer situação jurídica, genericamente entendida. Por exemplo, para vender (exercer o poder de dispor, próprio de dono), é necessário ter capacidade civil, o que não significa que se tenha a coisa a ser vendida. A capacidade de exercício encontra-se no *nível da simples da possibilidade*. Por isso, o dono do imóvel X não pode, embora civilmente capaz, vender o imóvel Y, que pertence a outro dono. Isto não porque seja um incapaz, mas porque não tem legitimidade para tanto<sup>379</sup>.

Em princípio, a legitimidade pode ser transmitida, de modo a atribuir-se a outro que não seja o *dono* o poder de agir em relação a determinada situação jurídica. É o caso clássico do *procurador*. A isto dá-se o nome de *legitimidade extraordinária*, que pode ser definida como o *poder de agir sobre aquilo que é alheio*, ou seja: pertencente a outrem. Obviamente, pelo *princípio da incolumidade das esferas jurídicas*<sup>380</sup>, esse agir sobre o objeto alheio somente é possível se não houver prejuízo para o titular.

Outro dado relevante sobre a legitimidade é o fato de que algumas delas referem-se a um agir que se opõe ao interesse de alguém. É o caso do *exigir*, do *acionar* e do *excepcionar*. Nelas, como o agir dá-se contra alguém, há sempre o lado passivo da legitimidade, chamado de *legitimidade passiva*. Esse tipo de legitimidade é uma *oponibilidade*. Portanto, neste caso, somente se tem legitimidade, se, e

---

<sup>378</sup> Como muito bem percebeu Antonio do Passo Cabral, a legitimidade pode ser referente a um determinado ato (*ad actum*), e não a toda uma complexidade, como o procedimento judicial (Despolarização do Processo e Zonas de Interesse: sobre a migração entre os polos da demanda. *Reconstruindo a Teoria Geral do Processo*. DIDIER JR., Fredie (org.). Salvador: JusPODIVM, 2012, p. 137-143).

<sup>379</sup> Daí se dizer que capacidade é um *ser*; legitimidade um estar *em face de*, DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Mandado de Segurança Coletivo: legitimação ativa*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 70-71.

<sup>380</sup> Consagrado no direito brasileiro, acima de tudo, por Pontes de Miranda (*Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, t, 2, p. 385-86).

somente se, o agir voltar-se contra o indivíduo oponível, sendo irregular e, por consequência, ineficaz<sup>381</sup> o agir se ele foi movido contra outro indivíduo. Há, aqui, uma relação entre *poder e submissão*.

Nos âmbitos pré-processual e processual, como em quaisquer outros, há legitimidades. É o caso da conhecidíssima *legitimatío ad causam*. Muitas outras existem, todavia. Isto por um motivo óbvio, como muitas são as situações (pré e) processuais possíveis, muitas serão as legitimidades. Por isso, há legitimidade para intervir, para contestar, para depor, dentre outras. Uma delas, por motivos óbvios, importa a esta tese: a legitimidade para recorrer, que requer um tratamento à parte.

#### **4.3.1. Legitimidade recursal: da posição processual à titularidade do direito ao recurso**

Muito se fala da legitimidade recursal<sup>382</sup>. Afirma-se que sua normatização se encontra no art. 996, *caput*, CPC (e nos dispositivos correspondentes das codificações anteriores). Eis o texto: “O recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público, como parte ou como fiscal da ordem jurídica”.

O dispositivo legal acima revela, ao menos, duas questões: *i*) a primeira consiste numa referência a determinados sujeitos; *ii*) a segunda, a algo que lhes tenha ocorrido: o ser *vencida*, no caso da parte, o ser *prejudicado*, quanto ao terceiro. Esta segunda é referente a um estado desses sujeitos, o que lhes faz ter interesse em algo. É atinente, portanto, ao chamado *interesse recursal*. Mas este último, como qualquer interesse, é sempre relativo a alguém. Não há interesse que exista por si. Logo, refere-se aos sujeitos atinentes à questão (*i*). Estes, porém, não se encontram “soltos no espaço”, estão posicionados: daí os termos *parte* e *terceiro*.

---

<sup>381</sup> A falta de legitimidade, quer ativa ou passiva, não interfere (salvo expressa previsão em contrário) na validade do ato; refere-se à eficácia. Tudo isto porque não tem a ver com forma do ato em si, mas sim com o poder de praticá-lo. Nesse sentido, ver MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato jurídico*: plano da validade. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, 36-7.

<sup>382</sup> Trata-se de tema que, referente aos chamados *pressupostos de admissibilidade dos recursos*, acaba sendo tratado por todos que analisem a matéria recursal de modo sistemático. Por todos, ver MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 5, p. 290-298; NERY JR., op. ult. cit., p. 256-260; JORGE, op. cit., p. 114-127.



Quanto ao *Ministério Público*, que também é mencionado no texto, a referência ao lugar que ocupa está presente na explicação: "...como parte ou como fiscal...". Eis o problema da *posição processual*, tido por muitos como relativo à *legitimidade recursal*.

O problema, contudo, não tem a ver com legitimidade propriamente. Não se trata de saber quem tem a titularidade do poder de recorrer, mas de quem pode adquiri-la. Numa síntese o dispositivo estabelece: "adquirem o poder de recorrer os sujeitos que, ocupantes de tal lugar (*posição*), estão em tal condição (*interesse*)". A legitimidade recursal, por conseguinte, não é a causa disto, mas, ao invés, o efeito<sup>383</sup>: por ser titular do poder de recorrer, tem-se legitimidade para tanto. Não obstante, o problema em análise é de relevo.

Conforme exposto acima, o elemento cerne do suporte fático do fato jurídico recursal é a decisão. Como tal, só tem significação se se referir a alguém. Bem vistas as coisas, essa é a questão em torno da posição processual como elemento do suporte fático acima. Neste último, a posição processual do sujeito funciona como elemento completante. Leva-se em conta o lugar que determinados indivíduos encontram-se na relação processual. Toda ocupação refere-se a um determinado momento, pois que o ocupante pode movimentar-se ou ser movimentado. E o momento que importa, neste caso, é o da decisão, e não o da formação do processo. Se, por exemplo, quando da prolação da sentença, o sujeito já tinha sido excluído do processo, por ter sido considerado *parte ilegítima*, ele não deve ser considerado como parte para fins recursais, como, de resto, para quaisquer outros

---

<sup>383</sup> Em rigor, a própria legitimidade para a causa funciona nos moldes acima delineados. O fato de alguém ser titular da situação jurídica deduzida ou ter poder para discutir por outrem é a base fática para a aquisição da titularidade da pretensão processual à análise do pedido. Essa titularidade é a legitimidade para o processo (*ad processum*), que, como demonstrou Antonio do Passo Cabral, pode ser *ad actum* (CABRAL, op. cit., p. 142). Sobre a *legitimidade para o processo*, não propriamente com os contornos aqui delineados, ver ALVIM, José Manoel de Arruda. *Tratado de Direito Processual Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 1996, v. 2 p. 208-209; ALVIM, Thereza. *O Direito Processual de Estar em Juízo*. São Paulo: RT, 1996, p. 79-82; PRATA, Edson. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, v. 2, t. 1, p. 86; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Primeiras Reflexões sobre a Legitimidade Processual no Código de Processo Civil Brasileiro*. Texto aceito para ser publicado na Revista de Processo, gentilmente cedido pelo autor, p. 5 e segs. Ressalte-se que, acertadamente, o autor relaciona à legitimidade ao problema eficaz, e não ao de validade: uma *condição de eficácia*, em suas palavras (Idem, p. 8-10).

fins processuais. Terceiro é o que ele é. A expressão *terceiro*<sup>384</sup>, em seu sentido mais amplo, designa todo aquele que não está no processo, mais propriamente: não compõe a relação processual, dela não sendo *parte*<sup>385</sup>.

São muitos os problemas que advêm dessa questão da posição processual referente ao direito ao recurso. Como cediço, não é próprio deste trabalho descer às minúcias do direito positivo relativas a muitos dos pontos nele abordados. Válido, porém, mencionar alguns e, dada à sua aparente absurdez, enfrentar outro. Devem ser mencionados: *i)* em que posição se encontram os chamados legitimados parciais no que tange ao poder de recorrer, por exemplo: o juiz no incidente de exceção de sua imparcialidade e o advogado no que se refere à condenação na verba honorária? *ii)* a questão do *amicus curiae*, cujo regramento de referência é previsto no art. 138, CPC; *iii)* a possibilidade de a Defensoria Pública recorrer como *custus vulnerabilis*. São algumas das tantas questões que podem ser levantadas.

Uma delas, todavia, precisa ser enfrentada, por força da forma atabalhoada de seu tratamento no CPC vigente. Trata-se da posição do terceiro. Isto porque, segundo o parágrafo único do art. 996, aparentemente só tem relevância, para os fins ora em análise, o terceiro (ao processo) que titularizar direito referente à relação jurídica submetida à decisão judicial ou se puder discuti-la como substituto processual (*sic*). *In verbis*: “Cumprido ao terceiro demonstrar a possibilidade de a decisão sobre a relação jurídica submetida à apreciação judicial atingir direito de que se afirme titular ou que possa discutir em juízo como substituto processual”. Na literalidade do texto, o terceiro (ao processo) tem de estar relacionado à *res in iudicium deducta*, como próprio titular dela, como titular de direito a ela conexo ou como substituto processual (*rectius*: pré-processual) de situações jurídicas nela

---

<sup>384</sup> Existem dois modos, porém, de ser terceiro no processo. Um deles é tomando como referência a relação processual: terceiro é quem dela está fora, não importando se, nela estando, pode estar ou se, não estando, deveria estar. São esses os terceiros que intervêm, dos mais variados modos. O segundo é levando em conta a relação material deduzida. Aqui, terceiro é aquele que nada tem a ver com ela, embora possa ser sujeito da relação processual, como ocorre, no todo ou em parte, com o legitimado (à causa) extraordinário. É nesse segundo sentido que Ovídio Baptista da Silva diz que o assistente simples, mesmo quando seu pedido de ingresso é deferido, é terceiro (Assistência Litisconsorcial. *Da Sentença Liminar à Nulidade da Sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 26-7)

<sup>385</sup> Daí um dos sentidos do termo *parte*, que, neste caso, denota *parcela*, *pedaço*. Como sujeito que é, a parte é, assim, uma parcela da relação em que se encontra.

presentes. Talvez quem tenha redigido esta parte do CPC ignore que a terceiros atingíveis por uma decisão que nada, absolutamente nada, tenham a ver com a relação deduzida. É o caso, por exemplo, do legitimado a opor embargos de terceiro. Ora, ele o faz exatamente porque determinado decisão o atingiu sem que pudesse tê-lo feito, visto que aquilo que lhe pertence nada tem a ver com a relação jurídica deduzida. Teria o CPC excluído esse tipo de terceiro da titularidade do poder de recorrer<sup>386</sup>? Antes que se pense ser o fato de ele ter legitimidade à oposição de embargos algo excludente de outro meio impugnativo, adianta-se, em síntese, um ponto do próximo capítulo: a concorrência de meios de impugnação é plenamente possível, como, de resto, mais frequente do que parece<sup>387</sup>. Eis um caso em que, se se levar em conta a redação literal do dispositivo, a pretensão a impugnar não se perfaz na forma recursal, limitando-se à dos embargos de terceiro.

#### 4.4. O interesse recursal

O interesse é a base de toda possibilidade de atuação. Com a atuação judicial não é diferente, pelo contrário, dada a *impositividade* desta, é ainda maior. Mas de que tipo de interesse se fala? Certamente, um interesse *no* agir, entendendo este do modo mais amplo possível<sup>388</sup>. Quando se diz que para propor ação é necessário ter

---

<sup>386</sup> Mesmo ao tempo do CPC anterior, já se defendia a não admissão do recurso pelo terceiro legitimado a opor embargos. O argumento central dessa tese gira em torno do à época art. 517, CPC/73 (correspondente ao art. 1014, CPC). Assim, o terceiro não pode recorrer porque, do contrário, estaria a propor ação originária por intermédio do recurso, algo que afrontaria o disposto no citado artigo. Nesse sentido, JORGE, op. cit., p. 125-26; DIDIER JR., Fredie. *Recurso de Terceiro*: juízo de admissibilidade. São Paulo: RT, 2002, p. 120-122, que adere à tal posição. Um equívoco, contudo. Primeiro, como se verá no próximo capítulo, nada impede que o recurso seja móvel de ações originárias. A competência estabelecida constitucionalmente aos tribunais para esse tipo de caso leva em conta a *forma processual*, e não as situações jurídicas materiais deduzíveis. Aos tribunais, cabe processar e julgar recursos, independentemente do conteúdo por eles veiculados, que há de ser definido por lei federal (art. 22, I, CPC). Ademais, o citado art. 517 (e seu correspondente no direito vigente) impede a alegação de fato novo pelas partes, ou seja, por quem, no mínimo, teve a oportunidade de participar. Ao terceiro, salvo se feito parte, não havia como alegar fato algum, simplesmente porque terceiro.

<sup>387</sup> Embora meio confusa, a redação do art. 499, § 1º, CPC/73, era menos pior do que a do correspondente dispositivo vigente, pois não fazia restrição: “Cumpra ao terceiro demonstrar o nexo de interdependência entre o seu interesse de intervir e a relação jurídica submetida à apreciação judicial”. Caso se entenda a expressão *interesse de intervir* como possibilidade de ser atingido pela decisão e a *necessidade de interdependência dele com a relação jurídica submetida à apreciação judicial* como estar a ser atingido com alheio por completo a tal relação, ter-se-á a base para que esse tipo de terceiro possa recorrer.

<sup>388</sup> Daí a crítica que, já feita, é agora repetida a Donald Armelin, que reduz a noção de *agir* ao acionar (*Legitimidade para Agir no Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: RT, 1979, p. 57).

interesse de agir, está-se a especificar um dos modos possíveis do agir no direito, que é o *acionar*. Como visto no subitem anterior, para agir é necessário ter-se poder para tanto (legitimidade), mas para adquirir esse poder faz-se necessário ter interesse. Não é que antes do surgimento deste último não se tenha em possibilidade o poder; tem-se, mas como mero estado potencial, como simples capacidade para a aquisição dele. É o interesse que, exatamente, atualiza essa capacidade, de modo a se formar a aquisição do poder. Em muitos casos, todavia, a presença do interesse é relevada. É o que se dá com os atos da vida em geral. Àqueles, porém, que consistem em requerimentos estão de todo calcados num interesse: é preciso mostrar a necessidade daquilo que se requer.

Eis o contexto do conhecidíssimo *interesse de agir processual*. É quase unânime a afirmação de que ele é composto por um binômio: *necessidade* e *utilidade*. Há quem adicione-lhes a *adequação*<sup>389</sup>. Ao que, porém, eles se referem? Ao provimento judicial, costuma-se dizer. De plano, há de se rechaçar a adequação como elemento do interesse, pois ela tem a ver com o meio, não com o resultado esperado. Não é porque o meio é inadequado que faltará interesse ao postulante<sup>390</sup>. Ademais, dizer que alguém tem interesse no meio que lhe possibilita algo sem fazer referência a este último é uma tremenda inversão da realidade: quer-se o fim; o meio apenas serve para obtê-lo. Não que a adequação seja irrelevante; apenas tem a ver com outra realidade: compõe a formalidade do ato de pedir. Exatamente por conta disto: porque o adversário do postulante faz jus, como visto, ao procedimento legalmente estabelecido, a adequação muito mais freia que impulsiona o interesse. Os demais elementos, todavia, compõem-no. Bem vistas as coisas, cada um deles relaciona-se a situações distintas: a utilidade, à própria tutela requerida; a

---

Segue-o, UZEDA, op. cit., p. 63. Interpreta o termo agir desse modo restritivo, embora relacionando-o à ideia de legitimidade, NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Primeiras Reflexões...*, op. cit., p. 6.

<sup>389</sup> Nesse sentido, por todos, já que introdutor da ideia, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 405-06.

<sup>390</sup> Certíssimo, desse modo, quanto ao ponto, José Carlos Barbosa Moreira, isto em arguição ao próprio Dinamarco, quando da defesa da Tese que originou o trabalho acima. Àquele momento disse o arguente: "Aberra até o bom-senso afirmar que uma pessoa não tem interesse em determinada providência só porque se utilize de via inadequada". Nesse sentido, ver DINAMARCO, op. ult., cit., p. 406, nota 109.

necessidade, à atuação judicial para obtê-la. Não se referem, pois, ao mesmo objeto, válido ressaltar.

O que se convencionou chamar de *utilidade* é, em verdade, também uma necessidade. Não é que a tutela precise ser útil; ela há de ser necessária. Nem tudo que é útil é necessário, embora todo necessário seja útil. Uma benfeitoria necessária como o conserto de um telhado com vazamento é, além de tudo, útil ao possuidor; já a recíproca não é verdadeira, pois o útil é algo a mais do que o necessário. É aquilo que potencializa uma função. Quando o possuidor calça a via de acesso à sua casa, ele realiza algo útil, mas não necessário. E o que se tem quanto à tutela jurídica é a *simples* (no sentido de pleno) necessidade dela, pelo simples fato de ela *atuar* sobre a possível lesão ou ameaça a direito sofrida pelo requerente. Não há razão para diminuir o impacto da tutela jurídica àquele que a requer, tirando-a do *extremo* da necessidade e levando-a para o *ponto médio* da utilidade<sup>391</sup>.

Acontece que há outra necessidade. Trata-se da *necessidade da atuação estatal para a obtenção da tutela*, a qual muitos tratam como a necessidade. Aqui não há de se verificar se a tutela atuará em benefício do requerente, este exame já há de ter sido feito; importa saber se, no momento da postulação acima de tudo, a atuação estatal se faz fundamental. É um ponto bastante sensível acerca do *interesse de agir*, porque envolve uma série de questões que, no mínimo, precisam ser reanalisadas. Por exemplo, no âmbito administrativo, é possível falar em *necessidade da atuação judicial* enquanto o ato administrativo por ser impugnado não tiver o condão de surtir efeito e nem ocorrência de sentido perecível ou limitativo a direito, como decadência e prescrição, estiver a ocorrer? No âmbito recursal, isso se mostra com muita força em casos que um meio mais simples e de idêntica ou maior repercussão em prol do requerente que o recurso possa, no mesmo momento, ser praticado. É o que se dá com os embargos monitórios, cuja simples oposição suspende a eficácia do mandado dirigido contra o réu (§ 4º do art. 702, CPC); no

---

<sup>391</sup> É por isso que a ideia de reduzir o âmbito do interesse de agir em casos como os das ações de cobrança de valores ínfimos deve ser balizada não na utilidade (que é uma espécie de meio termo entre o necessário e o supérfluo), mas sim na necessidade. Deve-se demonstrar que a tutela jurídica é desnecessária ao postulante, e não apenas inútil (no sentido de ter pouco potencial). Obviamente, o exame da necessidade deve ser feito à luz da realidade dos casos.

mínimo, não há a menor necessidade na formulação de pedido de efeito suspensivo no recurso.

Um caso interessante quanto ao problema da *necessidade da tutela jurídica* é o da ação rescisória. Ao que se entende, antes de falar em *rescindibilidade*, deve-se saber se a tutela rescisória é necessária diante de outras mais simples. Como diz Pontes de Miranda, o remédio rescisório é como uma operação cirúrgica, só devendo ser utilizado em último caso<sup>392</sup>. Assim, a decisão que extingue o processo por falta de representação processual adequada do autor é, a teor do art. 966 CPC, rescindível, presentes algumas das hipóteses para tanto; ocorre que o remédio é desnecessário, visto que basta ao prejudicado – para obter o que pretende: a reprocessualização da causa – apresentar-se regularmente representado.

O *interesse recursal* é, sem dúvida, uma especificação do *interesse em impugnar*, que, por sua vez, o é do interesse de agir em geral. Compõe-se, inclusive, da *dupla necessidade* dita acima. Mais, é estritamente necessário à formação do direito ao recurso. Trata-se de uma qualidade que se agrega ao sujeito referenciado pela decisão proferida, o qual, conforme visto no subitem anterior, se encontra posicionado. Também como dito, o mesmo art. 996, CPC, regula o interesse recursal, caracterizado pelos adjetivos “vencida” e “prejudicado” dos substantivos “parte” e “terceiro” contidos no texto. Assim, o suporte fático do fato jurídico recursal é sintetizável na seguinte expressão: *o fato de uma decisão recorrível ter sido proferida contra o interesse de alguém*, que pode ser parte, terceiro ou MP. A decisão é o elemento cerne; os demais, completantes.

Muitos são os problemas específicos que decorrem do conceito de interesse recursal. Aliás, o estudo dele vem ganhando grande dimensão nos últimos tempos, seja por alterações próprias no ordenamento jurídico (mudança de lei, de entendimento jurisprudencial etc.), seja por certa ressignificação que alguns doutrinadores vêm dando ao conceito<sup>393</sup>. Não é o caso deste trabalho enfrentar

---

<sup>392</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado da Ação Rescisória*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 148.

<sup>393</sup> Por todos, FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Condições da Ação: enfoque sobre o interesse de agir*. 3. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 163-197; CABRAL, Despolarização..., op. cit., p. 147-180; UZEDA, op. cit., p. 201 e segs. Fundamental registrar que Odilon de Andrade, ainda ao tempo do

esses problemas específicos. Aqui, é suficiente dizer: *i)* quanto à *necessidade da tutela jurídica* (chamado de *interesse utilidade*), o interesse recursal existirá quando for possível ao indivíduo obter mais do que tudo aquilo que lhe estiver sendo possibilitado pela decisão, salvo se ele mesmo dispôs de um benefício maior em prol de um menor. Por exemplo, podendo obter uma improcedência, o réu, na contestação, pede preferencialmente a decisão de extinção do processo sem resolução do mérito. Neste caso, não terá interesse em impugnar a decisão para obter o benefício menor, pois dele dispôs; *ii)* quanto à *necessidade da atuação judicial* (o conhecido *interesse necessidade*), o interesse recursal existe pela própria definição. Conforme já demonstrado, a tutela jurídica recursal inova, pelo simples de não ser possível simplesmente ignorar a existência da decisão, tendo-se de agir contra ela. Uma reação, em verdade, daí o aspecto impugnativo do recurso. Essa reação não pode acontecer por outro meio que não seja o judicial. Trata-se de uma *questão de autoridade*. Consoante se demonstrará no próximo capítulo, o juiz da decisão recorrida funciona no recurso como uma autoridade destinatária da decisão recursal. Há, portanto, uma autoridade que se submete a outra autoridade: a recorrida à do recurso. Sem este (ou outro meio de impugnação possível), não se faz possível a reação, pois, além de tudo, uma autoridade judicial somente se submete a outra autoridade judicial que, por força do sistema posto, lhe esteja numa posição hierarquicamente superior. Trata-se, por óbvio, de uma hierarquia estrutural, e não funcional. A *autoridade recursal* não pode dizer como a autoridade da decisão recorrida tem de julgar; cabe-lhe, tão-somente, proferir uma decisão que se superponha à recorrida.

Não obstante, há outro tipo de necessidade relacionada ao recurso, que é exclusiva da espécie recursal. Trata-se da *necessidade do recurso*, já aventada acima. No sistema jurídico brasileiro, não há outra forma de obstar o trânsito em julgado<sup>394</sup> senão pela interposição (eficaz) do recurso. É regra positivamente

---

CPC/39, mencionava a possibilidade de o interesse recursal exsurgir contra o fundamento da decisão, quando este pudesse influir nos efeitos dela, quaisquer que fossem eles (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1946, v. 9, p. 123).

<sup>394</sup> Conforme será visto adiante, há decisões que não se submetem ao trânsito em julgado, caso, por exemplo, das proferidas em tutela provisória (art. 296, CPC). No próximo capítulo essa questão será analisada em seus pormenores.

expressa (art. 6º., § 2º, LINDB). Os demais meios de impugnação não têm essa força, embora, em hipótese, pudessem tê-la. Não há apego neste trabalho a discussões meramente hipotéticas. Toda a teorização aqui empreendida é focada na realidade jurídica posta: o direito positivo. Neste, o recurso carrega consigo uma considerável necessidade, própria dele, não de outra espécie impugnativa.

#### 4.5. Os impedimentos recursais

Todo interesse de agir, ademais, embora em si seja um fato, é produzido por algo, tem uma causa. Como dito acima, *o ser vencida a parte e o ser prejudicado o terceiro* relacionam-se ao interesse recursal. São, em verdade, a *causa eficiente* dele. Há hipóteses, porém, que impedem a consumação do interesse, ainda que, de algum modo, haja *prejuízo*. São impedimentos recursais. Impedimento é algo que impossibilita a formação de outro. Daí o chamado *fato impeditivo*, que, relacionado ao dito *fato constitutivo*, atua para tolher a força deste último. Ou seja, impede que ele produza seu efeito. Há, como é notório, fatos impeditivos do direito de recorrer<sup>395</sup>. Por assim o serem, dão-se ao anteriormente ao fato constitutivo ou, no máximo, contemporaneamente a ele; jamais – por autêntica impossibilidade ontológica – podem lhe ser posteriores. Isto os diferencia dos *fatos extintivos*<sup>396</sup>, que, ao invés, são posteriores.

No contexto do fato jurídico recursal, há impedimentos que atuam sobre o interesse de agir, sobre a *necessidade da tutela jurídica*, mais especificamente. A razão está no fato de que eles são devidos a alguma conduta praticada pelo sujeito interessado no recurso. Tal conduta, de natureza dispositiva, satisfaz o interesse do sujeito, mesmo que ele não tenha obtido tudo o que, de fato, poderia obter. Se se

---

<sup>395</sup> Nesse sentido, por todos, MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários...*, op. cit., p. 262.

<sup>396</sup> O fato extintivo, por óbvio, nada que tem, ao contrário do impeditivo, com a estrutura do fato constitutivo; ao invés, pressupõe que não só este exista, como também que tenha produzido seu efeito. Daí, e pela própria definição, somente poder ser posterior ao fato constitutivo. Não obstante, por extinguir o efeito gerado pelo último, reflete na eficácia do ato praticado, pois repercute no próprio poder de praticar esse ato. Por isso erra Barbosa Moreira quando, na sua consagradíssima classificação dos pressupostos de admissibilidade do recurso, coloca a tempestividade do lado dos extrínsecos, estes que, na própria definição barbosiana, são relativos à forma do ato (op. ult. cit., p. 262). A tempestividade há de ser, na mesma classificação, algo intrínseco ao ato recursal, porquanto seu transcurso é um dos tantos fatos extintivos do direito ao recurso, cuja base normativa para tanto é o art. 223, *caput*, CPC.



renuncia ao direito, por exemplo, por mais que fosse possível ver reconhecido e implementado tal direito, o interesse do renunciante foi satisfeito. É como se interesse deixasse de ser o implemento para ser a própria extinção do direito implementável.

Além dos conhecidos fatos impeditivos, como a renúncia (ao direito, à pretensão ou, simplesmente, à ação deduzida) e a desistência da demanda, há um fato impeditivo do direito ao recurso que, pelo menos por força do CPC vigente, ganha destaque: o acordo (ou pacto ou nome análogo) de não recorribilidade. Trata-se de negócio processual bilateral que, lastreado no art. 190, CPC, pré-estabelece que, no procedimento de determinada causa (ou, no mínimo, determináveis causas), não haverá recurso ou, ao menos, não existirá especificado recurso. Pode até mesmo consistir num acordo de litigância em grau único. Claro, os pressupostos de validade e eficácia do negócio jurídico processual, máxime os estabelecidos no mencionado dispositivo, devem estar presentes. É necessário, ademais, estabelecer-se se o acordo abrange o recurso contra as decisões nulas (continentes de *error in procedendo*)<sup>397</sup>; do contrário, deve-se presumir a abrangência apenas às injustas (*error in iudicando*). O pacto de não recorribilidade, porém, ao contrário da renúncia e da desistência acima referenciadas, não recai sobre o interesse de agir, mas sim, consoante seu próprio nome escancara, sobre a recorribilidade. A eficácia dele é pré-excludente da incidência da regra estabelecidora do direito ao recurso.

---

<sup>397</sup> Nada impede, todavia, que se pactue pelo não recurso inclusive para decisões em *error in procedendo*. Por mais que sejam essas ilícitas, é possível ao beneficiário dispor da consequência positiva que lhe advém da ilicitude. Isto tal como o comprador enganado pelo dolo do vendedor pode renunciar à ação anulatória. Não se deve atribuir aos negócios processuais um perfil mais rígido que o atribuído aos negócios jurídicos em geral, salvo delimitações específicas contidas na legislação própria. Individualmente, e observando-se a disponibilidade, até mesmo o direito ao devido processo legal pode ser objeto de disposição. Ao julgador – que, como visto, é *senhor da validade* dos negócios processuais – cabe apenas analisar a integridade do ato, e não eleger determinada disposição como mais ou menos importante, mais ou menos possível e coisas do tipo. O apego sobrelevado ao devido processo legal, sem embargo da validade do ato de disposição pelo seu beneficiário, torna-se, ao invés de uma limitação do poder estatal (como é *próprio* dessa garantia), um verdadeiro recrudescimento deste. Mais, de um ponto de vista pragmático, o óbice a não recorribilidade por acordo acaba se esvaindo quando se sabe que o já titular do direito ao recurso pode, na forma do art. 999, CPC, deste renunciar. Portanto, sem razão FARIA, Guilherme Henrique Lages. *Negócios Processuais no Modelo Constitucional de Processo*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2019, p. 217 e segs. Defendendo a posição aqui adotada, com mais argumentos, SPIRITO, Marco Paulo Denucci di. *Negócios Jurídicos Processuais: uma abordagem casuística e prática. Perspectiva da Defensoria Pública*. SILVA, Franklyn Alves (org.). Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 265-266.

Ao juiz da decisão compete, reconhecida a eficácia do pacto, declarar a irrecorribilidade, o que implicará o trânsito em julgado, na maioria dos casos<sup>398</sup>.

## 5. A natureza do fato jurídico recursal

Presentes os elementos acima, formado estará o suporte fático do fato jurídico recursal e, por consequência necessaríssima, este último. Por tudo que já se disse acima, dá para perceber que não se trata de um ato jurídico, nem mesmo ato-fato, muitíssimo menos um ato do procedimento. O fato jurídico recursal é um fato *stricto sensu*. Como demonstrar isso, todavia? Desde que se afaste concepções equivocadas que veem no fato jurídico *stricto sensu* um simples evento da natureza (algo, de resto, já em princípio equivocado, porque o evento no fato jurídico é “apenas” componente do suporte fático), torna-se fácil caracterizar o fato recursal desse modo. Dir-se-ia que, por conter um ato humano (a decisão), ele haveria de ser dito um ato jurídico ou, no mínimo, um ato-fato jurídico. Não, em definitivo. Não que haja uma conduta à base de seu suporte fático; nele, a decisão é reintroduzida no sistema, agora como *puro* fato, desconsiderando a conduta que a causou. É de se registrar, entretanto, que, embora distintos, a decisão e o fato jurídico recursal coincidem no tempo, não obstante, ontologicamente, ela o anteceda.

Outro modo de observar o problema é considerar que o direito ao recurso é produto de uma eficácia anexada à decisão pelas diversas regras jurídicas instituidoras de recursos, como o art. 1.009, *caput*, CPC. Também aqui, consoante a melhor doutrina acerca da eficácia anexa<sup>399</sup>, a decisão descaracteriza-se como ato jurídico, sendo considerada um simples fato. Essa hipótese ganharia força caso se considere que regras como a do dispositivo acima citado, o qual estabelece: “da sentença caberá apelação”, seriam completas, ou seja, fixadoras de uma hipótese de incidência (a existência de uma sentença) e de um preceito (o cabimento do recurso de apelação).

---

<sup>398</sup> Na maioria dos casos porquanto há decisões que não transitam em julgado, conforme se verá no próximo capítulo.

<sup>399</sup> Nesse sentido, ver, por todos: CALAMANDREI, PIERO. *Appunti sulla Sentenza come Fatto Giuridico*. *Rivista de Diritto Processuale Civile*. Padova: CEDAM, 1932, v. 1, p. 15; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, v. 5, p. 64-9; SILVA, Ovídio Baptista da. *Eficácias da Sentença e Coisa Julgada*. *Sentença e Coisa Julgada*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 88-9.

Não se adere a esta hipótese, entretanto. A regra mencionada, como qualquer outra do tipo, não é completa. O que ela estabelece é apenas parte da hipótese de incidência, ao fixar que determinados tipos decisórios são recorríveis. Agrega recorribilidade a um determinado fato; noutras palavras, qualifica uma substância. Mas esse composto fático ainda é insuficiente à formação do suporte fático em análise. Falta-lhe a previsão da posição jurídica e do interesse recursal, que somente é feita por outras disposições do sistema, de modo a completar a regra jurídica estabelecida do direito ao recurso.

Sendo assim, o fato jurídico recursal é um dos tantos que, surgidos no âmbito processual, não compõem, por incompatibilidade formal, o procedimento. É um fato processual não procedimental. Algo, portanto, a ser comunicado, isto quando da interposição do recurso.

## **6. O direito ao recurso em seus múltiplos âmbitos de ocorrência**

Do fato jurídico recursal nasce o direito ao recurso. É de se atentar que, embora baseado na relação processual, visto que decorrente do dever de julgar, o direito ao recurso não ingressa no conteúdo dela. Com a decisão, salvo as dadas em provisoriedade (endo e extraprocessual), encerra-se a relação jurídica processual formada. Claro, a depender do resultado do recurso, ela pode ser restabelecida. O recurso impede a *definitivização* da decisão, pois é impeditivo do trânsito em julgado<sup>400</sup>; mas a decisão recorrida está lá numa *pendência* para ultimar-se. Metaforicamente, a relação processual encontra-se por um fio.

Portanto, tudo que advém após a decisão não mais implementa a relação processual, vindo a compor outra coisa. Em verdade, com o fato jurídico recursal, surge *nova* relação jurídica processual ou, mais propriamente, nova relação jurídica surgida no âmbito processual. Esta é propriamente uma relação jurídica preparatória de outra, por surgir quando da interposição do recurso. Neste caso,

---

<sup>400</sup> Costuma-se dizer que o recurso condiciona a eficácia da decisão recorrida. Incorreto entendimento, contudo, conforme se demonstrará no próximo capítulo.

verdadeiramente, uma relação jurídica processual<sup>401</sup>, à qual se pode dar o nome de *relação jurídica recursal*<sup>402</sup>, desde que se deixe claro que, antes de ser recursal, ela é processual.

Em virtude desse viés preparatório da relação jurídica advinda do fato jurídico recursal, é possível entendê-la como de direito *pré-processual*, pois, na forma como sustentada neste trabalho, este regula a formação de relações jurídicas processuais, quaisquer que elas sejam. Não obstante, mudando a perspectiva, essa relação também pode ser considerada como pós-processual, pois que sobeja a relação processual a findar. Logo, tudo irá depender do ponto de observação. Por surgir na *processualidade*, pode ser entendida como processual; por preparar outra relação processual, plenamente enquadrável como de direito *pré-processual*; por sobejar a que se finda, encontra-se na *pós-processualidade*. Estaticamente, claro, as regras que a estabelecem são de direito processual, em plena observância do art. 22, I, CRFB, já visto acima.

Essa relação, ato contínuo à sua formação, passa a conter nova pretensão à tutela jurídica, na especificidade poder de impugnar, para a qual, por força da necessidade do recurso, atribui-se direito de demandar, na especificidade o direito ao recurso. O lado passivo desta relação é formado também pelo Estado-juiz, na especificidade do órgão competente para processar o recurso. Não se trata de relação jurídica contra o beneficiário da decisão. Referente a este último, sendo o caso, formar-se-á outra relação jurídica, de direito material, continente da chamada *ação recursal*.

\*\*\*

Neste capítulo descreveu-se a primeira de duas etapas do *movimento processual* referente ao recurso. Trata-se do fato jurídico recursal. A formação deste, algo bastante complexo, refere-se a temas verdadeiramente fundamentais do direito

---

<sup>401</sup> Desde 2016, defende-se tal posição GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos Gouveia Filho. Um Crítica Analítica à ideia de Relação Processual entre as Partes. *Revista Brasileira de Direito Processual*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, v. 93, p. 264-265

<sup>402</sup> É o nome atribuído por Lucas Buriel de Macêdo (*Objeto dos Recursos Cíveis*. Salvador: JusPODIVM, 2019, p. 29-34).

processual, como a *ocorrência das decisões*, a *recorribilidade*, a *posição jurídica dos sujeitos processuais* e o *interesse de agir*. Pretendeu-se, por isso, dar uma visão global e unificada de todos, sem descer às minúcias do direito positivo referentes a cada um, pois, entre outras coisas, cada um deles necessita de uma tese (em sentido amplo) à parte. Culminou-se com a descrição dos efeitos jurídicos oriundos desse fato processual.

O movimento, como dito, tem outra etapa. Já diante do chamado direito ao recurso, faz-se necessário analisar o seu exercício, ato jurídico recursal ou, simplesmente, recurso. Ratificando, porém, que, conquanto deva ser visto em sua plenitude, ou seja, na ausência de vicissitudes, é certo que estas existem. Logo, a princípio, analisar-se-á o ato recursal em si, independentemente de estar lastreado no direito a ele.

## CAPÍTULO IV – ...À OCORRÊNCIA DO RECURSO

### 1. Considerações Iniciais

Iniciar o presente capítulo com a sinalização em reticências não é algo aleatório; é a síntese desta tese. Se a ideia de movimento a permeou como um todo, seus dois últimos capítulos tornam essa perspectiva evidente. No capítulo anterior, apresentou-se uma das mais relevantes situações jurídicas que surgem no âmbito processual: o *direito ao recurso*. Antes, obviamente, falou-se sobre a recorribilidade, que é a gênese desse direito. O direito ao recurso, porém, não repercute de plano, pois carece do exercício. Em si, é um estado eminentemente potencial: menos, é claro, que a sua mera previsão normativa; muito mais que seu exercício. Dessa previsão normativa até este último há, pelas formas que são próprias a cada uma de suas etapas, toda uma movimentação. A última delas é o objeto deste capítulo. É preciso analisar, em seus detalhes, a ocorrência do ato de recorrer, o que não deixa de significar o estudo do próprio *conceito de recurso*.

Um conceito pode ser estudado por diversos ângulos: desde a relação gênero/espécie referente a ele até a sua finalidade são múltiplos os problemas que podem ser enfrentados. O *essencial* nisso tudo, porém, é o exame de seus contornos fundamentais. Logo, definir o objeto conceituado e, por consequência, revelar sua natureza são o que de mais relevo existe nesse tipo de intento. Aqui, será feito isso quanto ao conceito de recurso. O capítulo, portanto, iniciará numa perspectiva mais estática, analisando o resultado do movimento, o *ato* propriamente dito, como hipótese. Primeiro, estuda-se a essência do ato para, com isso, *observar* o movimento que o produz.

Desse modo, após a análise sobre o conceito de recurso, será, até para terminar o que se iniciou no capítulo passado, *descrita* a formação do ato recursal, isto tendo por premissa algo analisado no primeiro capítulo: a ocorrência do ato jurídico.

## 2. O conceito de recurso

Na perspectiva deste trabalho, *conceitos* são representações da realidade, obtidas por abstração dos inúmeros *acidentes* que permeiam os *indivíduos*<sup>403</sup>, extraíndo-se sua *essência*. Do conceito, obtêm-se a *definição*, que o expressa. Como dito no primeiro capítulo, ao lado do *próprio* e do *acidente*, ela é algo que pode se dizer dos *entes*. É um dos *predicáveis* ou *antepredicamentos*. A definição é a junção de duas outras coisas que se pode dizer: o *gênero* e a *diferença*, da qual se deduz a *espécie*, também algo que se pode dizer de outro. Daí porque definir é descrever o *gênero próximo* e a *diferença específica*. *Gênero próximo* porquanto há outros mais universais, a começar pelo *ente*, correspondente ao gênero máximo. *Diferença específica* porque é a nota que distingue uma espécie de outra pertencente ao mesmo gênero. A diferença há de indicar algo essencial ao ente<sup>404</sup>.

Nesse sentido, *recurso* é um ente (embora, como visto alhures, *de razão*). Dele, tem-se um conceito, que, ao menos analogamente, submete-se ao esquema acima traçado. Defini-lo, portanto, é bem delimitar seu conceito, abstraindo os tantos acidentes que formam, primeiramente, seus indivíduos e, em segunda ordem, suas espécies.

Os conceitos jurídicos submetem-se a uma aparente dualidade, posto que isto não seja restrita a eles. No mínimo, é presente em qualquer *ordem normativa*. Por essa dualidade, os conceitos jurídicos dividem-se em *lógico-jurídicos* e *jurídico-positivos*. Trata-se de ideia que, já propagada na Dogmática Jurídica em geral, vide as obras de Juan Manuel Téran<sup>405</sup> e, no Brasil, de José Souto Maior Borges<sup>406</sup>,

---

<sup>403</sup> Por indivíduo acima deve-se entender a substância primeira na concepção aristotélica (ARISTÓTELES. *Categorias*. Trad. José Veríssimo Teixeira da Mata. São Paulo: UNESP, 2018, p. 112-15). Não necessariamente, por óbvio, se limita ao ser humano, embora os abarque.

<sup>404</sup> Sobre todo o ponto, ver, de modo didático, GARDEIL, Henri-Dominique. *Iniciação à Filosofia de São Tomás de Aquino*: introdução, lógica e cosmologia. Trad. Cristiane Negreiros e Carlos Eduardo de Oliveira. São Paulo: Paulus, 2013, p. 96-9.

<sup>405</sup> TERAN, Juan Manuel. *Filosofía del Derecho*. 7. ed. México: Porrúa, 1977, p. 81-83.

<sup>406</sup> BORGES, José Souto Maior.  *Lançamento Tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 94-95. Souto Maior Borges, ao que parece mudou seu pensamento, todavia. Em outra obra, assim de pronuncia sobre: “Considerações lógicas são as que explicam as relações, na estrutura da norma jurídica, entre suposto (antecedente, hipótese normativa, descritor, *fattispecie*, *Tatbestand*) e consequência (preceito, consequência normativa, mandamento, prescritor), ou se aplicam aos princípios supremos de lógica jurídica, como o de contradição, o do terceiro excluído etc. Mas a formalização da Teoria Geral do Direito não é uma formalização lógica porque, ao contrário, é uma

ganhou muito destaque com a edição da Tese de Livre Docência de Fredie Didier Jr., intitulada, em sua versão comercial, de *A Teoria Geral do Processo*, essa desconhecida<sup>407</sup>, defendida perante a Faculdade de Direito do Largo do São Francisco (USP). Para um trabalho como este que adota uma perspectiva (mais) analítica e, por conseguinte, conceitual, é indispensável o enfrentamento, até por sua ressonância na processualística, da concepção acima.

## **2.1. Conceitos lógico-jurídicos x conceitos jurídicos positivos: uma distinção falha**

A perspectiva que aqui será analisada é a presente na obra de Fredie Didier Jr., citada acima, seja porque bem condensa outras que a antecedem, seja, principalmente, porque é rente ao direito processual, âmbito da realidade na qual estão os conceitos (especialmente o de recurso) relevantes para esta tese. Por isso, começar-se-á por uma exposição da obra acima, seguida de uma (quádrupla) crítica que lhe deve ser feita.

### **2.1.1. Exposição da tese por se rechaçar**

O autor em referência parte da ideia de que, para além dos níveis do direito positivo e da Dogmática Jurídica, há um terceiro: o da Teoria Geral do Direito (TGD), do qual a Teoria Geral do Processo (TGP), cuja ocorrência é o objeto de sua tese, seria espécie. A seu ver, enquanto a Dogmática Jurídica tem por objeto os chamados *conceitos jurídico-positivos*<sup>408</sup>, à TGD cabe os chamados *conceitos jurídicos fundamentais*. Não estabelece, porém, um critério preciso para que se opere tal distinção, algo que possibilitasse saber, com um grau de segurança alto, se os conceitos *x* e *y* são do primeiro tipo ou do segundo.

---

formalização conceitual. Objeto da Teoria Geral do Direito é, pois, definir formalmente certos conceitos fundamentais da ciência jurídica, tais como o de sujeito de direito, capacidade, competência, dever, responsabilidade etc.” (*Obrigações Tributárias: uma introdução metodológica*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 32).

<sup>407</sup> DIDIER JR., Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida*. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

<sup>408</sup> Conquanto não diga expressamente, o autor acaba por limitar o papel da Dogmática Jurídica ao aspecto conceitual.



Afirma, todavia, de modo categórico, que os *conceitos jurídicos fundamentais* não decorrerem de um sistema jurídico específico, mas sim antecedem a qualquer um, são alheios à experiência, conquanto dela sejam produto<sup>409</sup>. Assumem, por isso, uma perspectiva universal. Já os *jurídico-positivos* (os quais se pode chamar de *dogmáticos*) decorrem de determinado sistema jurídico, ficando sujeitos à toda sorte de alterações legislativas e outras correlatas. No entender do autor, a cientificidade, propriamente, só estaria na análise dos primeiros; não chega, todavia, a dizer se os segundos não teriam similar *status* científico, seja por sua maior variabilidade, seja pela adoção de teses como a de Tércio Sampaio Ferraz Jr., esta que atribui um papel tecnológico, não científico, ao saber dogmático.

### 2.1.2. As críticas necessárias

Críticas, contudo, devem ser lançadas à tal perspectiva. Além da falta do critério distintivo, como acima adiantado, a tese padece, ao menos, dos seguintes equívocos: *i)* confunde aquilo que é *a priori* com o problema da abstração; *ii)* confunde as definições meramente lógicas (logo, tautológicas) de um conceito com determinado conteúdo possível de lhe ser atribuível; *iii)* ademais, saindo de perspectivas mais *subjetivo-transcendentais*, e entrando numa perspectiva mais *ontológica*, adotada neste trabalho, a tese criticada erra – ao menos quando o faz em *pretensão de totalidade* – ao separar os entes jurídicos em três níveis, em que o *terceiro* não desce à realidade do *primeiro*; *iv)* por fim, ao sobrelevar o papel da TGD, acaba por, se não eliminar, mitigar bastante a função da Dogmática Jurídica, mesmo dentro sua perspectiva analítica (única, como dito, abordada pelo autor). Dentro dos limites, quantitativos e qualitativos, deste trabalho, será demonstrada a correção dessas críticas. As duas últimas, em subitens próprios.

Quanto ao primeiro ponto, o autor em referência parte de um erro de categorização. O que entende por *a priori* é, em verdade, aquilo que se obtém por abstração<sup>410</sup>. Ou seja, em vez de anteceder a qualquer experiência sensível,

---

<sup>409</sup> DIDIER JR., op. cit., p. 53.

<sup>410</sup> “O conceito, como vimos, é o resultado de uma abstração. Temos este livro, e temos aquele; este é maior, aquele é menor e verde; este é de capa amarela. Aquele é grosso, este é fino. Vamos abstraindo essas concreções e chegamos a uma abstração geral, que é conceito de livro, uma porção de cadernos manuscritos ou impressos, encadernados ou brochados. Livro é um livro ideal, um livro que não se coloca no espaço, que não tem dimensões, que não tem tempo, pois não tem um ano,

funcionando, nos moldes kantianos, como *condição de possibilidade* dela própria, os conceitos jurídicos, por mais gerais que sejam, têm base na própria experiência, esta, no contexto, formada pelo direito positivo. Não se pode falar sobre o que é um *fato jurídico*<sup>411</sup> sem que antes possa ter havido alguma experiência minimamente jurídica. Fato jurídico não é um dado que antecede à experiência, tal como as noções de espaço e tempo o são para Kant<sup>412</sup>. Salvo se se ater a tautologias, que é a base a segunda crítica a ser lançada.

No contexto desta última, o autor acaba confundindo duas noções fundamentais, conduzindo-nos a uma aporia, somente solucionável mediante a utilização de tautologias. Um exemplo ajuda a compreensão. Segundo a classificação do autor, os conceitos de competência relativa e competência absoluta são *jurídico-positivos*; já o de competência puro e simples é *jurídico fundamental*. Por qual razão diz isso? A seu ver<sup>413</sup>, no primeiro caso, como os regimes jurídicos de ambas, em alguns pontos, confundem-se (caso da competência absoluta que, embora cognoscível de ofício, não pode ser conhecida a qualquer tempo, art. 63, § 3º c/c § 4º, CPC), não há como extrair delas algo *universal* (ou, na nomenclatura que adota, *fundamental*). Ora, nesse caso, há uma total mistura entre a essencialidade de algo e o conteúdo a que se pode atribuir-lhe. Há, de algum modo, uma essencialidade na ideia de competência relativa: seria dizer “uma competência não absoluta”. Mas essa essencialidade somente dá-se numa tautologia: “competência relativa é aquela que não é absoluta”. Isso, por óbvio, não pode ser modificado por qualquer regime jurídico. Eis a fundamentação da segunda crítica acima apontada

Não por outra razão, diz Didier Jr. que o conceito de sujeito de direito é *lógico-jurídico*. Em suas palavras: “o conceito de sujeito de direito é lógico-jurídico: todo ente que puder ser titular de uma situação jurídica<sup>414</sup>”. Ora, analogamente, é como dizer: “o triângulo equilátero tem três lados iguais e três ângulos iguais”. Tal tipo de

---

nem dois de existência”, SANTOS, Mário Ferreira dos. *Filosofia e Cosmovisão*. São Paulo: É Realizações, 2015.

<sup>411</sup> Utiliza-se, como exemplo, o conceito do fato jurídico pois é um dos que o autor criticado mais realça como tendo natureza de conceito fundamental.

<sup>412</sup> KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. Trad. Fernando Costa de Matos. Petrópolis/RJ: Vozes, 2012, p. 71-73.

<sup>413</sup> DIDIER JR., op. cit., p. 51.

<sup>414</sup> DIDIER JR., op. cit., p. 55.

definição não agrega nenhum conhecimento, pois apenas reproduz o que está no próprio sujeito, é o juízo analítico a que alude, por exemplo, Kant<sup>415</sup>. Posto que não o faça expressamente, o autor criticado, para manter sua coerência, teria de dizer que o conceito de *fato jurídico* é *fundamental* porque “fato jurídico é tudo aquilo que é relevante ao direito”.

Conceitos como *fato jurídico*, *sujeito de direito*, *competência*, *norma jurídica*, dentre outros que o autor arrola como *lógico-jurídicos*, são identificáveis pelo seu conteúdo, atribuível de acordo com possibilidades das mais diversas, sendo o contexto do direito positivo apenas uma delas. Por exemplo, em Pontes de Miranda, fato jurídico é produto de uma incidência infalível<sup>416</sup>; em Paulo de Barros Carvalho, é resultante do ato de aplicação do direito<sup>417</sup>. Qual dessas duas concepções sobre o *suposto* conceito fundamental de *fato jurídico* deve prevalecer? Seria possível num conceito desse tipo, nos moldes fixados pelo autor aqui criticado, “alocar-se”, ao mesmo tempo, duas concepções tão distintas? São perguntas que precisam, por óbvio, ser respondidas.

Por isso, muito embora sejam conceitos de maior generalidade, podendo, de algum modo, ser utilizados para a compreensão de ordenamentos jurídicos dos mais variados (conquanto não necessariamente), eles não têm *fundamentalidade* no sentido de independerem da realidade positiva, mas sim, e apenas, por um maior grau de abstração. A possível utilização deles, todavia, é sempre contingente. Não, por outra razão, o autor acaba por ter de reconhecer que eles têm *historicidade*, algo que possibilita que determinados conceitos fundamentais tornem-se inadequados,

---

<sup>415</sup> KANT, op. cit., p. 51. Sabe-se que as noções da Geometria são, em Kant, de natureza sintética (embora *a priori*), e não de vertente analítica. Ou seja, o predicado agrega conhecimento ao sujeito. Não obstante, além do fato de que tal ideia passou a ser questionada (sobre o ponto, fazendo inventário da polêmica sobre, arrolando, como defensores do viés analítico do conhecimento matemático, Gottlob Frege, Alfred North Whitehead e Bertrand Russell, HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*. Trad. Christian Viktor Hamm e Valerio Hohden. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 53-58). Não obstante, o exemplo dado não se refere propriamente a uma noção geométrica (como aquela que diz que “havendo uma reta e um ponto fora dela, por este ponto só passa uma reta paralela à primeira”), mas sim da própria decomposição do termo *equilátero*.

<sup>416</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, t. 1, p. 77.

<sup>417</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário: os fundamentos jurídicos da incidência*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, p. 135-136.

caso da *preclusão* e da *execução forçada*, para se valer de exemplos do próprio Didier Jr.<sup>418</sup>.

### 2.1.3. A universalidade do conceito jurídico como atributo do próprio ente designado

Como dito, conceito é um designativo do ente. Reflete atributos deste: *i)* o que ele é; *ii)* seu fim; *iii)* do que é composto; *iv)* sua causa etc. Indica, por isso, além da essência, suas propriedades e acidentes. Mas o objeto designado pelo conceito está, de algum modo<sup>419</sup>, no próprio ente.

Em termos jurídicos, isso implica que não há um terceiro nível de discussão que não desce à realidade, tal como pretende demonstrar Fredie Didier Jr. Por mais que se abstraia, a *factualidade* estará no próprio fato, a *condutividade*, no próprio ato, a *impositividade*, na própria decisão. Do mais universal (fato jurídico) a um mais individual (decisão), percebe-se que os *entes*<sup>420</sup> existentes no direito contêm sua espécie e, num nível, mais alto os gêneros até a última escala. Analogamente, utilizando como parâmetro a chamada *árvore de Porfírio*<sup>421</sup>, ao fato de o *ser humano* *x ter humanidade, animalidade, vitalidade, substancialidade e entidade*, a *decisão* *y tem impositividade, procedimentalidade, processualidade, juridicidade, condutividade, factualidade etc.*

Noutras palavras, fala-se que a capacidade jurídica do praticante é elemento nuclear do suporte fático dos atos jurídicos. Aqui, há um determinado ente (capacidade jurídica) que se encontra presente na própria realidade (determinado sujeito praticante de determinado ato). Logo, quando se conceitua tal capacidade – que na proposta frediana é verdadeiramente um *conceito jurídico universal*–,

---

<sup>418</sup> DIDIER JR., op. cit., p. 55-57.

<sup>419</sup> Não há como, obviamente, entrar aqui na antiquíssima e (talvez) infundável *polêmica dos universais*. Adote-se, como verdadeira premissa, o chamado *realismo tomista*, pelo qual a espécie encontra-se presente no indivíduo. Para tanto, ver, dentre outros: COPLESTON, Frederick. *Filosofia Medieval: uma introdução*. Trad. Wilson Filho Ribeiro de Almeida. Campinas/SP: Danúbio, 2018, p. 33-47; KLIMA, Gyula. *Natureza: o problema dos universais*. *Filosofia Medieval (Coleção Companions)*. MCGRADE, A. S. (org.). São Paulo: Ideias e Letras, 2018, p. 235-48.

<sup>420</sup> No sentido aristotélico do termo, frise-se.

<sup>421</sup> PORFÍRIO. *Isagoge*. Trad. Bento Silva Santos. São Paulo: Attar, 2002, p. 40.

designa-se algo que está no próprio ato praticado. O conceito (supostamente) lógico-jurídico refere-se não a outro conceito, mas ao próprio ente real.

Disto, revela-se outra crítica possível à obra em comento. Até por não estar lastreada em um critério preciso para a seleção dos *conceitos jurídicos fundamentais*, a tese rechaçada acaba por não explicitar algo evidente: dentre aqueles que estão nela arrolados, há os que são mais universais do que outros. Por exemplo, o conceito de fato jurídico o é em relação ao de ato-fato jurídico; o de situação jurídica (e, mais ainda, o de efeito jurídico), ao de capacidade jurídica, dentre muitas possibilidades.

#### **2.1.4. O papel da Dogmática Jurídica: relevância dos conceitos jurídicos**

A última das críticas tem um viés mais *funcional*. Além da artificialidade com que a separação estanque entre os conceitos jurídicos fundamentais e os jurídicos positivos é feita na obra em rechaço, suas conclusões podem dar azo a certo menoscabo da Dogmática Jurídica. Não que isto seja a intenção de Fredie Didier Jr., que, de resto, é dos maiores juristas do Direito Processual brasileiro, mas as *ideias têm consequências*<sup>422</sup> que, muitas vezes, acabam, escapando do controle, indo muito além das reais intenções de seu autor.

Como este trabalho é, ao fim e ao cabo, de cunho jurídico-dogmático, seguir-se-á – sem desprezar os aspectos estruturais – a linha funcionalista da Dogmática lançada por Niklas Luhmann e adotada, de algum modo, por Tércio Sampaio Ferraz Jr.

##### **2.1.4.1. Relações entre a Dogmática Jurídica e o direito positivo**

Tércio Sampaio Ferraz Jr.<sup>423</sup>, partindo de Mario Bunge e Miguel Reale, diz que a primeira se articula em diferentes modelos. Por estes, entende-se como padrões esquemáticos postos em dois sentidos: o *objeto-modelo* e o *modelo-teórico*. A seu ver, o primeiro é o esquema simbólico que seleciona fenômenos individuais,

---

<sup>422</sup> Para utilizar a expressão de WEAVER, Richard M. *As Ideias têm Consequências*. 2. ed. Trad. Guilherme Araújo Ferreira. São Paulo: É Realizações, 2016.

<sup>423</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Função Social da Dogmática*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 116-117.

agrupando-os em classes. No caso sistema jurídico, eles seriam compostos pelas fontes do direito. Já o segundo tipo tem a ver com esquemas que se referem aos anteriores, a partir de enunciados logicamente concatenados, impossíveis de configuração gráfica, com precisão no máximo aproximativa, algo que os torna sempre passíveis de serem superados. As chamadas teorias jurídicas sobre os mais diversos institutos jurídicos constituem-no<sup>424</sup>. Daí se dizer que a Dogmática Jurídica se articula em *modelos teóricos* referidos a *objetos-modelos*.

Um exemplo serve para elucidar. Relação jurídica é termo pertinente não só à linguagem objeto (*objeto modelo*, no dizer de Ferraz Jr.), como também à metalinguagem (*modelo teórico*, para o mesmo autor)<sup>425</sup>. No direito positivo – realidade socialmente significativa – há vínculos entre os sujeitos de direito. À metalinguagem doutrinária cabe, dando utilidade metodológica e correção analítica, definir e estruturar (apresentar classificações etc.) esse vínculo. Quando um juiz, analisando uma causa, diz, por exemplo: “A comprou de B o automóvel X e, em virtude disso, passou a dever R\$ 100.000,00 (cem mil reais)”<sup>426</sup>, está-se a referir ao plano da linguagem objeto, falar de um fato do mundo existente entre dois sujeitos; já quando um jurista (que pode ser o próprio juiz numa atividade não judicante) diz: “em tal caso, há uma obrigação, que consiste numa relação jurídica cujo objeto é uma promessa de prestação patrimonialmente mensurável”, está-se a falar no âmbito da metalinguagem (Dogmática Jurídica).

Essa relação, porém, não é estática, mas sim dinâmica (movimentando-se em circularidade), pois a linguagem da Dogmática Jurídica pode vir a ser objeto de uma

---

<sup>424</sup> Ferraz Jr. utiliza como exemplos as teorias sobre a norma jurídica, o direito de ação, as fontes do direito etc. (op. cit, p. 117). Isso, claro, pode ser estendido a outros casos, como a teoria do recurso, da execução forçada, do litisconsórcio, para ficar apenas no âmbito do direito processual.

<sup>425</sup> Trabalha-se, aqui, com a tradicional distinção feita no âmbito do Neopositivismo Lógico, especialmente por Rudolf Carnap, entre linguagem objeto e metalinguagem (sobre a originalidade de Carnap quanto ao ponto, ver OLIVEIRA, Manfredo de Araújo. *Reviravolta Linguístico-Pragmática na Filosofia Contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1996, p. 75).

<sup>426</sup> O referencial acima, para dizer ser linguagem objeto o ato judicial, é o fato de os relatos dos aplicadores do direito objetivo serem componentes do ordenamento jurídico como um todo. Não obstante, a linguagem do aplicador do direito pode ser dita metalinguística se se considerar que ele se pronuncia sobre outra linguagem: a do direito positivo aplicável à espécie. A distinção entre linguagem objeto e metalinguagem é, sempre, dependente de um referencial, pois a segunda é linguagem sobre outra linguagem. Logo, para dizer que se está a falar de uma linguagem, precisa-se saber que linguagem ela é. A linguagem científica é, sempre, metalinguagem do objeto da respectiva ciência. Eis a razão de, acima, se dizer que a linguagem da Dogmática Jurídica é a metalinguagem da linguagem do direito positivo.

linguagem no âmbito do direito positivo. Não há, pois, hierarquização entre elas. Como diz Marcelo Neves: “A Constituição como ‘nível inviolável’ foi reconstruída por níveis normativos ‘inferiores. Ela, que, em princípio, seria ‘metalinguagem’ normativa em relação aos atos da jurisdição constitucional, que constituiriam a respectiva ‘linguagem objeto’, tornou-se ‘linguagem objeto’ desses atos, que se transformaram, sob outro ângulo, em ‘metalinguagem’”<sup>427</sup>.

#### 2.1.4.2. Niklas Luhmann e a Dogmática Jurídica

Luhmann, obviamente, insere o problema da Dogmática Jurídica na sua Teoria dos Sistemas. Em brevíssima síntese, pode-se dizer que ele parte da ideia de que a sociedade é um sistema envolvido por um ambiente. O ser humano (sistema psíquico), por exemplo, está em seu entorno. Sociedade, além disso, opera apenas por comunicação, tendo cada sistema social o seu código próprio de absorção da comunicação. A sociedade moderna, caracterizada pela complexidade e contingência, tem nesses sistemas um redutor da própria complexidade, absorvendo as contingências (daí se dizer que o sistema jurídico absorve eventuais injustiças, sendo a justiça a contingência dele)<sup>428</sup>.

O sistema jurídico estrutura-se por expectativas normativas<sup>429</sup>. Por estas, deve-se entender aquelas pelas quais o sistema admite adaptação, sendo elas por ele absorvidas. É o que acontece se alguém matar outrem: caso ocorra, não haverá, pura e simplesmente, a “ruína” da previsão normativa do crime de homicídio (art. 121, CP). A elas contrapõem-se as chamadas expectativas cognitivas, como ocorre com as teses científicas, que “ruinam” caso venham a ser falseadas<sup>430</sup>.

---

<sup>427</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 296.

<sup>428</sup> “A sociedade moderna é para Luhmann caracterizada pela complexidade e pela contingência. Contingência significa que as possibilidades são sempre maiores do que aquelas que podem ser efetivamente atualizadas. Em outras palavras, contingente é algo que nem é necessário e nem impossível” (TEIXEIRA, João Paulo Allain. *Dois Modelos de Direito e Legalidade: Hans Kelsen e Niklas Luhmann. Princípio da Legalidade: da Dogmática Jurídica à Teoria do Direito*. Cláudio Brandão, Francisco Cavalcanti e João Maurício Adeodato (orgs.). Rio de Janeiro: Forense, 2009., p. 102).

<sup>429</sup> TEIXEIRA, op. ult., cit., p. 102.

<sup>430</sup> Sobre o ponto, LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.1983, p. 62-64.

No caso do direito, tal código é o de *licitude/ilicitude* da comunicação ocorrida. Isso significa dizer que, do ponto de vista do sistema jurídico, ela só é compreensível mediante tal código. Isso, como em toda teoria luhmanniana, opera uma redução da complexidade social, de modo que *emergências* advindas de outros sistemas sociais, como o econômico (cujo código é *ter/não ter*, no sentido de patrimônio), não têm relevância, por si sós, no sistema jurídico que não seja por intermédio do código próprio deste último. Assim, por exemplo, não é o fato de alguém não ter algo (economicamente falando) que poderá reivindicá-lo juridicamente; para tanto, é preciso verificar a licitude (conformidade ao direito) dessa reivindicação.

O sistema jurídico é composto não apenas do direito positivo propriamente dito (no sentido de leis, decretos, regulamentos etc.), mas também por outros programas<sup>431</sup>, dentre eles: a Dogmática Jurídica. Resumidamente, a Dogmática, acima de tudo pelo conhecimento transmitido por aqueles que analisam o direito (ditos *juristas*), constitui parte do programa referente ao sistema jurídico (submetido ao código lícito/ilícito). Os relatos emitidos por eles servem para definir, sistematizar, organizar o sistema jurídico, daí atuarem para o fechamento operacional do sistema<sup>432</sup>. Funciona, enfim, como uma autorreflexão do sistema jurídico.

A Dogmática, porém, tem um viés tecnológico (algo por ser pormenorizado abaixo), não tem pretensão de veracidade, mas sim de decidibilidade<sup>433</sup>, baseada no

---

<sup>431</sup> “Um programa é um complexo de condições de correção (e isso significa: da desmontabilidade social) do comportamento. O plano do programa se autonomiza em face do plano dos papéis, quando o que está em questão é exatamente esse ganho de abstração, quando, portanto, o comportamento precisa ser regulado e esperado por mais de uma pessoa” (LUHMANN, Niklas. *Sistemas Sociais: esboço de uma teoria geral*. Trad. Antonio Luiz Costa, Roberto Dutra Torres Júnior e Marcos Antonio dos Santos Casanova. Petrópolis/RJ: Vozes, p. 360).

<sup>432</sup> “É possível introduzir novas distinções, refinar conceitos, decompondo-os, ou, também, buscar conceitos novos de caráter mais geral, por exemplo, no caso de formas de união civil semelhantes ao casamento. Rebelar-se contra conceitos é algo sem sentido, como todo intento de chegar a um juízo apoiando-se apenas em valores e interesses” (LUHMANN, Niklas. *O Direito da Sociedade*. Trad. Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 519).

<sup>433</sup> Aqui, o conteúdo da Dogmática Jurídica ganha contornos relevantíssimos no âmbito da argumentação: “Os conceitos devem ser empregados de maneira consistente com relação a si mesmos e às distinções que neles foram marcadas (assim como as palavras na linguagem). Os conceitos constroem em rede de segurança de caráter segundo e metatextual, que se faz disponível para a redundância do sistema. Uma vez que os conceitos tenham sido elaborados e que os textos jurídicos se servem de sua linguagem, é quase inconcebível que o argumentar no direito possa prescindir deles” (LUHMANN, op. ult. cit., p. 519).



proibição de negação (por ser esmiuçado abaixo)<sup>434</sup>. Seu aspecto veritativo é apenas meio para tanto. Daí se dizer que ela não compõe o sistema social científico, sendo parte do sistema jurídico, submetida, pois, a toda a comunicação (código, programa etc.) nele ocorrente. Aqui, inclui-se não só a Dogmática Jurídica propriamente dita, mas também a abstração que dela se faz, a que se denomina Teoria Geral do Direito.

O viés analítico desta última ressalta esse perfil não (propriamente) científico. Eis o porquê de não se poder confundi-la com a Ciência do Direito (ou as ciências possíveis dele). Uma coisa é teorizar, no todo ou em parte, sobre o fenômeno jurídico, tal como se diz que há Teoria do Direito de Hans Kelsen<sup>435</sup>, a de Hebert Hart<sup>436</sup>, a de Ronald Dworkin,<sup>437</sup> e, para mencionar um brasileiro, a de Pontes de Miranda<sup>438</sup>; outra é uma abstração (e, por isso, delimitação) dos conceitos, das sistematizações etc. próprios da Dogmática Jurídica, que, alcançando um viés mais universal, passam a compor a *abstração da abstração*: a dita Teoria Geral do Direito.

#### 2.1.4.3. A posição de Tércio Sampaio Ferraz Jr.

Tércio Sampaio Ferraz Jr. parte da distinção feita por Theodor Vieweg entre disciplinas *zetéticas* e *dogmáticas*<sup>439</sup>. As segundas, ao contrário das primeiras, são limitadas, logo de início, pelo *problema da decidibilidade*, ou seja, referem-se a um saber de viés tecnológico, e não propriamente científico, tendo em vista que o fim

---

<sup>434</sup> “La característica más importante en el concepto de la dogmática para la comprensión habitual es la prohibición de la negación: la no-negabilidad de los puntos de partida de las cadenas de argumentación” (LUHMANN, Niklas, *Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica*. Trad. Ignacio de Otto Pardo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 27)

<sup>435</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. Trad. João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

<sup>436</sup> HART, Hebert L. A. *O Conceito de Direito*. 5. ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

<sup>437</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

<sup>438</sup> Refere-se, acima de tudo, à Teoria (ou, nas palavras do autor, Ciência) do Direito desenvolvida na obra Sistema de Ciência Positiva do Direito (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de Ciência Positiva do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, t. 1, p. 91 e segs), e não propriamente sua teorização dogmática, em que se destaca a conhecida Teoria do Fato Jurídico (nomenclatura esta cunhada por MELLO, Marcos Bernades de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da existência*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003), cuja principal obra é o Tratado de Direito Privado, em especial os seis primeiros tomos.

<sup>439</sup> Segundo Ferraz Jr. tal distinção remonta a Quintiliano (FERRAZ JR., op. cit, p. 79, nota 14).

deste último é, na maior medida possível, a descoberta da verdade. Nas dogmáticas, o fim é sempre a justificação de uma tomada de decisão<sup>440</sup>.

Embora partam de pontos estabelecidos – os chamados dogmas-, as disciplinas dogmáticas não constituem uma *prisão do espírito*, pois que, exatamente pelo *problema da decidibilidade*, acabam tendo de interpretar seus próprios pontos de partida, estes que, no caso da Dogmática Jurídica, são os textos normativos<sup>441</sup>. Baseado em Luhmann, o autor em referência diz, ademais, que o chamado *princípio da inegabilidade dos pontos da partida* não constitui a função da dogmática, sendo apenas sua condição de possibilidade<sup>442</sup>.

Mas não é mera *necessidade de decidir* que impõe a ocorrência de uma Dogmática Jurídica. Em sociedades menos organizadas, em que não haja diferenciação funcional entre o direito e outros sistemas, estando o primeiro submetido a outros, como o político, o saber dogmático não tem relevância. É exatamente pelo fato de questões jurídicas terem de ser resolvidas a partir do próprio sistema jurídico, em oposição ao que se chama de questões de fato (ou seja, problema de vinculação), que se passa a ter Dogmática Jurídica, sendo ela algo que está entre as *premissas para decisão* e o *ato de tomada de decisão*<sup>443</sup>.

Nesse contexto, há uma dupla contingência: de um lado os casos podem ou não existir; de outro, a interpretação dos textos normativos não necessariamente ocorre da mesma maneira. Eis o ponto de máxima relevância do saber dogmático, pois ele funciona como limitador dessa dupla contingência. Do ponto de vista da tomada de decisão, a consistência da Dogmática Jurídica serve de verdadeiro controle de consistência das decisões. Eis o que Ferraz Jr. chama de *função social da dogmática*<sup>444</sup>.

Em seguida, o autor em referência dispõe sobre os três modelos de Dogmática Jurídica: o analítico, o hermenêutico e o empírico. Rapidamente, já que o cerne deste texto é o primeiro, entende-se pelo segundo a mediação entre o conflito

---

<sup>440</sup> FERRAZ JR., op. cit., p. 94.

<sup>441</sup> Ibidem.

<sup>442</sup> Ibidem.

<sup>443</sup> FERRAZ JR., op. cit., p. 96.

<sup>444</sup> Idem, p. 97.

e a hipótese de decisão a partir do sentido atribuível. É, portanto, uma questão de ordem interpretativa; pelo último, há a mesma relação a partir das condições empíricas da tomada de decisão. Não se parte de regras postas, mas sim das exigências que o ambiente impõe ao homem, que, por isso, precisa adaptar-se. Diz-se analítico o primeiro modelo porquanto baseie-se em distinções, classificações e sistematizações<sup>445</sup>. Nele, a função heurística (descoberta), típica de disciplinas tecnológicas, executa-se reforçando o aspecto organizatório<sup>446</sup>.

Um viés que deve ser ressaltado é o de que, embora a Dogmática Jurídica se revele como modeladora, os conceitos, sistematizações etc., por meio dela estabelecidos, não podem ficar ao puro arbítrio do modelador (o jurista, no caso do direito). O saber dogmático deve se adequar à realidade para a qual ele serve, no sentido de oferecer condições racionais para a *decidibilidade*. O que não se pode ter é um *analiticismo*, no qual as posições doutrinárias (dogmáticas), além de não servirem à decidibilidade, destoam, por completo, do direito positivo<sup>447</sup>. Pode-se dizer que, na modelação típica do saber dogmático, se deve buscar a resposta mais adequada ao problema a ser resolvido com o máximo de rigor analítico possível.

#### 2.1.4.4. Síntese da crítica

A posição sustentada por Fredie Didier Jr., além de todos os demais problemas apontados, acaba por, no mínimo, diminuir a relevância do estudo de conceitos que, no entender dele, são *apenas* jurídico-positivos. Ora, se em tal perspectiva há conceitos que são imunes a variações de toda ordem próprias de um sistema jurídico, sobretudo quando baseado na lei (caso do brasileiro), por que gastar tintas com conceitos que a essas variações estão submetidos? Por qual razão escrever dissertações, teses e ensaios a eles dedicados?

---

<sup>445</sup> FERRAZ JR., 2015, p. 124.

<sup>446</sup> Nesse sentido, FERRAZ JR., 2015, p. 119.

<sup>447</sup> Um bom exemplo ocorre no âmbito do direito processual. É conhecida a discussão para saber se a competência do STF para processar e julgar mandado de segurança contra ato do Presidente da República (art. 102, I, d, CRFB) é *funcional* ou *em razão da pessoa*. Ora, essa discussão não tem a menor relevância prática, pois, tendo em vista o problema da decidibilidade, o que releva saber é “qual juízo é competente” (no caso, o STF) e, já que as consequências da ausência de uma e de outra diferirem de modo considerável, “se a competência é absoluta ou relativa”.

A razão é simples (e, como dito, não se encontra refutada, sequer mesmo mencionada, na obra freidiana) a necessidade de a Dogmática apresentar soluções para os diversos problemas ocorrentes no direito. Se é certo ser preciso definir – com a maior precisão possível – os conceitos jurídicos mais universais (e a própria definição deles já se encontra pré-determinada pela posição adotada pelo teórico, vide, por exemplo, as diversas definições que se pode atribuir ao conceito de fato jurídico), não menos certo deve sê-lo em relação aos menos universais. Mais, não é de todo incorreto dizer que a correta definição destes últimos é até mesmo mais relevante, pois, por sua maior individualidade, são mais problemáticos e, portanto, muito mais difíceis de apreensão. É muito mais imbricada, *e. g.*, a definição de *recurso* do que a de *meio de impugnação*, e, ao menos no aspecto funcional, a primeira tem maior relevância, porque, sendo mais rente à vida, dá o suporte necessário à solução de problemas (*função social da dogmática*).

De tudo isso, para além dessa falha e prejudicial distinção entre conceitos *lógico-jurídicos* e *jurídico-positivos*, há de ser analisado o *conceito de recurso*, máxime pela já mencionada *necessidade* inerente a ele, cujos contornos serão pormenorizados a seguir.

## 2.2. Em busca da definição de recurso

Na forma acima exposta, recurso é um conceito referente a um dado da realidade jurídica. Mas o que é recurso? Primeiramente, superando-se a polissemia bem própria do termo, tem-se *recurso* aqui como um *fato processual*, logo acepções outras – como, especialmente, a de recurso *enquanto* meio para suprir carências (própria do sistema econômico) – são deixadas de lado.

Muito embora seja dos temas mais sensíveis à realidade processual e, por isso, acabe tendo de ser tratado por praticamente todos que se dispõem a analisar o direito processual de modo sistemático, não há – ao menos no direito brasileiro – muitos autores que analisem o tema de modo científico, isto é: sem tomar como *a priori* concepções teóricas já sedimentadas. Por ser o ponto nevrálgico desta tese, apresentar-se-á logo a seguir as concepções mais relevantes sobre a natureza jurídica do recurso.

### 2.2.1. A doxografia sobre o tema

Toda seleção de autores acerca de um tema é, nalguma medida, uma escolha arbitrária. Máxime se está diante de um conceito presente em qualquer sistema processual e, até por uma razão prática, analisado por considerável parte dos sistematizadores da matéria. Isto faz com que haja a necessidade de estabelecer alguns critérios para a escolha: *i)* dentre toda a perspectiva conceitual, relevam aqueles que estabeleceram a natureza do ente conceituado. Mais do que definir, é necessário falar da essência; *ii)* além disso, importam os autores que o fizeram com, no mínimo, pretensão de originalidade, tendo, ao menos, agregado algo ao que fora feito anteriormente. Nesse sentido, na pesquisa empreendida, destacaram-se os seguintes autores: Peter Gilles, no direito alemão, Emilio Betti, no direito italiano, e, no direito nacional, Nelson Nery Jr. e Araken de Assis.

Não sem um quê de arbitrariedade, pode-se separar os autores em dois grupos<sup>448</sup>: os que sustentam ser o recurso uma ação autônoma e aquele que, de outro modo, tem-no como decorrência do *direito de ação* exercido. No primeiro grupo, estão Betti, Gilles e Assis; no segundo, Nery Jr. É nesta ordem, observando as nuances de cada, que se fará a apresentação dos autores.

Segundo Betti, o recurso é ação, conquanto, não expressamente, a adjetive de *autônoma*<sup>449</sup>. No seu entender, os elementos constitutivos da ação são o *interesse* e o *poder*<sup>450</sup>. No caso do recurso, este tem a ver com o controle da decisão sobre a causa; aquela, com a (necessidade) de impugnar, dada a sucumbência<sup>451</sup>. É de ressaltar que, no entender do autor em análise, a lide recursal coincide com a da ação principal, caso da vitória do autor, e, sendo vencido o réu, dá-se o contrário<sup>452</sup>.

---

<sup>448</sup> Nesse sentido, acaba-se seguindo à classificação proposta por Nelson Nery Jr. (*Teoria Geral dos Recursos: princípios fundamentais*. 4<sup>a</sup>. ed. São Paulo: RT, 1997, p. 181 e segs.).

<sup>449</sup> Algo já identificado por Nery Jr. (*idem*, p. 182).

<sup>450</sup> BETTI, Emilio. *Diritto Processuale Civile Italiano*. 2. ed. Roma: Società Editrice del Foro Italiano, 1936, p. 638.

<sup>451</sup> BETTI, op. cit., p. 639.

<sup>452</sup> BETTI, op. cit., p. 639.

Seguem a linha da natureza acional do recurso: Carlo Umberto dal Pozzo<sup>453</sup> e Renzo Provinciali<sup>454</sup> e Jaime Guasp<sup>455</sup>.

Também para Peter Gilles<sup>456</sup> o recurso é uma *ação autônoma*, e de natureza constitutiva, além de tudo. Seu pensamento tem por base a ideia de que o objeto litigioso da ação principal não coincide com o do recurso. Neste último, tal objeto refere-se à desconstituição da decisão recorrida, pois injusta ou errônea e, apenas num segundo momento, a reapreciação da causa decidida. Defende, ademais, a autonomia procedimental do recurso e, até mesmo, o início de um novo processo. Destaca, além de tudo, que o recurso revoga a decisão recorrida, sendo a revogação desta necessária à própria reforma, fazendo analogia neste caso com o problema da ação de nulidade e de restituição: nulifique-se para analisar o problema da restituição.

Já no entendimento de Araken de Assis é uma *pretensão processual autônoma em simultaneo processu*. Isto porque, no seu entender, os elementos objetivos que compõem o recurso distinguem-se dos já alegados pelas partes<sup>457</sup>. Neste sentido, em pretensão de arremate, afirma que, se o recurso é prolongamento da ação originária, entre ela e ele haveria litispendência. Logo, o recurso é (na linguagem empregada neste trabalho) uma substância distinta. Exemplifica, dizendo que, se num processo de ação de separação baseada em adultério, o juiz rejeitasse o pedido, caso fosse interposta apelação à sentença, o fundamento para tanto não seria o próprio adultério, mas sim o erro do julgamento, como a má avaliação da prova. O pedido recursal, por sua vez, seria, no caso, a reforma da sentença, sendo a separação em si apenas objeto do pedido mediato<sup>458</sup>. Talvez para “inutilizar” possível argumento contrário de o recurso se dar no mesmo processo, o autor em

---

<sup>453</sup> POZZO, Carlo Umberto dal. *Le Impugnazioni Penale*: Padova: CEDAM p. 136 e segs.

<sup>454</sup> PROVINCIALI, Renzo. *Delle Impugnazioni in Generale*. Napoli: Morano, 1962, p. 71 e segs.

<sup>455</sup> GUASP, Jaime. *Derecho Procesal Civil*. 3. ed. Madrid: Civitas, v. 2, p. 709 e segs.

<sup>456</sup> Necessário ressaltar que, dada à plena dificuldade (se não a própria impossibilidade) com a língua germânica, toda a análise que aqui se faz da obra de Peter Gilles tem por base o entendimento de Nelson Nery Jr. acerca dela. Nesse sentido, ver, NERY JR., Nelson, op. cit., p. 184-187.

<sup>457</sup> ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. 8. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 54.

<sup>458</sup> Idem, p. 59-60

análise diga, fazendo comparação com outros casos, que a pretensão recursal segue no mesmo processo (*simultaneo processu*)<sup>459</sup>.

Por fim, não cronologicamente, pois que anterior a Araken de Assis, mas por força da ordem classificatória proposta, Nelson Nery Jr., possivelmente o autor que mais se dedicou ao estudo da natureza jurídica do recurso, seja pela análise de outros autores que, cada um a seu modo, contribuíram (especialmente os de vertente germânica), seja pelas suas próprias considerações sobre. Em síntese, segue a exposição de seu pensamento. A seu ver, o pressuposto para o recurso é a existência de uma decisão desfavorável, quer total quer parcialmente, a uma das partes ou que possa prejudicar terceiro<sup>460</sup>. Isto porque, acima de tudo, o sistema processual considera insuficiente o julgamento de uma causa por um único grau de jurisdição. Logo, justa ou injusta (ou, nas palavras que aqui se prefere, *certa* ou *errada*), a decisão se sujeita a recurso, algo que o diferencia da ação autônoma de impugnação (categoria na qual se encontra a ação rescisória), que se baseia no erro decisório<sup>461</sup>. Segue, defendendo ser o melhor entendimento acerca do recurso aquele que sustenta este uma sequência do procedimento anterior, uma continuação do *direito de ação*<sup>462</sup>. Mais, realça a crítica feita por Peter Gottwald ao já citado Gilles, para quem, se o recurso é uma ação autônoma, como justificar a possibilidade de, no âmbito recursal, ser possível haver a renúncia ao direito e o reconhecimento à procedência do pedido referentes à ação (tida por Gilles como) originária<sup>463</sup>. De outro modo, sustenta acerto (o único, a seu dizer) na teoria de Gilles no que se refere à defesa deste da existência de um objeto próprio do recurso<sup>464</sup>. Cita a hipótese de recurso (de agravo de instrumento) contra decisão de indeferimento da produção da prova pericial para reforçar sua posição<sup>465</sup>. Conclui, declarando ser o recurso um *prolongamento* do direito de ação, não ele em si, já que pressupõe à existência de uma lida, mas algo como que uma etapa posterior de seu exercício<sup>466</sup>. Corroborando com isso, aponta para o fato de, tal como a ação, o

---

<sup>459</sup> Idem, p. 54.

<sup>460</sup> NERY JR., Nelson, op. cit., p. 189.

<sup>461</sup> Idem, p. 190.

<sup>462</sup> Idem, p. 191.

<sup>463</sup> NERY JR., Nelson, op. cit., p. 193.

<sup>464</sup> Idem, p. 195.

<sup>465</sup> Ibidem.

<sup>466</sup> NERY JR., Nelson, p. 202.

recurso tem, analogamente, condições para o seu exercício e, de modo similar, se referente a ela existem pressupostos processuais, a ele, há os recursais. Num último esforço argumentativo, reforça existir ônus processual na interposição do recurso, o que não afeta a natureza de prolongamento do direito acional deste, visto que são ângulos distintos de uma mesma realidade<sup>467</sup>.

Neste trabalho não se segue propriamente nenhuma dessas posições. Tende-se à ideia de ser o recurso algo autônomo, e não um simples prolongamento, mas isto sem dizer dele uma ação, pretensão ou outro poder que seja: uma coisa é o recurso; outra, o direito a ele (mire-se no próprio título da tese). Ademais, uma coisa é o ato de recorrer; outra, a situação movimentada pelo ato, esta, como se verá abaixo, consistente na *ação recursal*. Na exposição que se seguirá, vários dos pontos referentes ao entendimento dos autores acima serão devidamente analisados.

Na linha que está sendo adotada desde o início, faz-se necessário, para obter a definição de recurso, seguir numa espécie de passo a passo, e isto há de começar pela determinação do *gênero próximo* da espécie recursal.

### **2.2.2. Recurso como ato postulatório de impugnação: determinação do gênero próximo**

Toda definição de algo, sabe-se, há de se basear no gênero próximo e na diferença específica. Indivíduos não são definíveis; apenas *espécies*. O indivíduo difere dos demais que compõem suas espécies por uma série de características – nem sempre apreensíveis – o que torna completamente inviável qualquer tentativa de defini-lo. Eles são, no máximo, descritíveis. Logo, a definição de *recurso* aqui buscada é da espécie, não de um recurso individualmente falando. Se ele assim o é, pertence a um gênero e se diferencia das outras espécies por intermédio de algo. A que gênero ele pertence?

No capítulo anterior, demonstrou-se a ocorrência do *direito ao recurso*, surgido no âmbito da relação jurídica processual. Logo, há processualidade nesse direito, o que faz com que o ato que o invoca em exercício seja – ao menos no

---

<sup>467</sup> Idem, p. 203.



sentido mais amplo – de natureza processual. Tendo em vista ser um ato processual, resta saber se é ato de procedimento. Como se sabe, este diferencia-se dos demais atos processuais por, antes de tudo, consistir numa comunicação acerca de um evento qualquer. É o que acontece com o recurso, porque, por ele, reporta-se a alguém a ocorrência de uma decisão. Mais, o recurso não é uma mera comunicação de fato, como o é uma notificação; nele, pede-se. É, portanto, ato postulatório. Tudo que foi dito até aqui é intuitivo: basta uma simples mirada à realidade forense para se verificar o acerto. O gênero mais próximo apontado é o de ato postulatório<sup>468</sup>. Mas é possível de tal gênero já apresentar a diferença específica do recurso às demais espécies? Para tanto, é preciso que não só ele tenha algo que não se encontra em nenhuma outra, como também que nenhuma delas tenha, afora o gênero que os une, algo com ele em comum. A solução perpassa pela tentativa de diferenciar os atos postulatórios.

Nesse sentido, partindo-se do fato que toda postulação se refere a algo, deve-se buscar neste o *elemento diferenciador*. A referência da postulação é o seu fundamento, a causa de pedir. Sendo ela formada sempre por um dado fático, é neste que se deve averiguar a ocorrência de elementos diferenciadores. No recurso, como dito acima, alega-se a ocorrência de uma decisão, sendo esta, sabe-se, a base formativa do próprio direito de recorrer. O recurso, desse modo, *fala* acerca de uma decisão. Não se trata, porém, de um simples *falar sobre*: reporta-se a existência da decisão a fim de questioná-la, pois, do contrário, ela, nalgum grau de definitividade, prevalecerá. Eis o porquê de o recurso impugnar. A diferença específica do recurso em relação aos demais atos postulatórios é, portanto, a *impugnatividade*<sup>469</sup>. Como a decisão à qual a impugnação se volta é um ato de autoridade, logo de submissão do sujeito impugnante, há uma *necessidade de*

---

<sup>468</sup> É de se registrar que Fredie Didier Jr., já há certo tempo, defende a natureza postulacional do recurso (*Recurso de Terceiro*: juízo de admissibilidade. São Paulo: RT, 2002, p. 31).

<sup>469</sup> Todo ato postulatório impugna algo que o precede? Todo ato de atacar é impugnativo? Por exemplo, assim o é a ação anulatória de um contrato? Não, há uma diferença entre o *atacar* e o *impugnar*: este é espécie daquele. O contratante lesado, quando pede a invalidação do contrato, ataca, mas não impugna. A impugnação é própria de ataques contra *atos de autoridade*, ou seja: aqueles que, por si sós, imponham algo a alguém. São as decisões, em seu sentido mais amplo. Obviamente, há decisões extraprocessuais, como as administrativas, sendo impugnativas as ações contra elas, mas uma impugnação originária, diferente, como se verá, dos recursos. É de se ressaltar, porém, que sequer toda ação tem viés ofensivo (ataque), não a princípio. Caso daquelas em que, conforme visto no primeiro capítulo, a impositividade é apenas potencial.

*impugnação*. Se esta não for feita, a decisão não terá como ser impedida e coisas do tipo. Daí se falar de *ônus impugnativo*.

Recurso, assim sendo, é ato postulatório (gênero próximo) de impugnação (diferença específica). Mas será ele a única espécie impugnativa? Intuitivamente, percebe-se que não. É da tradição se dizer que há recursos e outros meios impugnativos. Há, porém, precisão analítica nessa afirmação? A resposta perpassa pela *essência* do ente analisado.

### **2.2.3. À procura da *diferença específica*: é possível falar de *essência* no conceito de recurso?**

Por definição<sup>470</sup> e pela forma como é regulado no direito brasileiro, recurso é meio impugnativo. Não há recurso sem uma decisão que lhe anteceda. Mais, decisão produzida no mesmo âmbito onde se forma o direito a ele<sup>471</sup>. Isto, tal como se verá, tem a ver com o *aspecto renovativo* próprio de qualquer um da espécie. É indubitável, portanto, existir no recurso uma essência impugnativa. Dizê-lo, porém, meio de impugnação pura e simplesmente é cair numa tautologia, própria de qualquer definição *a priori*. Assim sendo, tal dado não serve para a determinação da essência recursal. Para tanto, impende analisar seu conteúdo, o que, de resto, é necessário a qualquer outro fato jurídico. Por mais que possa soar mal a alguns, por mais que possam dizer que aqui se erra, não há outra forma de revelar a essência do recurso senão por intermédio da normatização sobre ele. Recurso é (e contém) aquilo que a lei (no sentido de *locus normativo*) estabelece. Até porque o *ser* recursal, como tudo em direito, é, antes, um *dever-ser*. Isto é: há de se ter como recurso aquilo que a lei assim fixar para os fins que ela mesma estabelece. Embora pareça muito pouco, é a realidade. Dela não se pode fugir. Querer ir além é escamoteá-la. Errar-se-á, portanto, se assim se fizer.

---

<sup>470</sup> Tem-se aí por definição como aquilo que é mais rente à natureza da coisa designada. Tal como dizer que Deus é o ser onipotente. Se algo a que se chama de Deus não tem onipotência, Deus ele não é propriamente. Se algo a que chama de recurso não impugna, de recurso propriamente não se trata.

<sup>471</sup> O termo recurso, pela própria definição, não serve para designar meio de impugnação de algo produzido fora do ambiente onde ele se dá. Por isso, não é recurso a ação anulatória de um ato administrativo. Não obstante, usa-se – até na própria legislação – o termo para designar ações do tipo, como acontece no conhecido *recurso contra diplomação* do processo judicial eleitoral. Contra, defendendo a natureza recursal, COSTA, Tito. *Recursos em Matéria Eleitoral*. 9. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 124-25.

Logo, a resposta à pergunta posta no título é positiva. Há essência no recurso (como, de resto, em qualquer conceito jurídico); uma essência, porém, definida normativamente.

#### **2.2.4. O que torna possível definir o conceito de recurso?**

O fato de a essência de algo depender do direito positivo, não a torna desimportante, muito menos inexistente. Não só existe, como tem função. Nesse sentido, é plenamente possível definir *recurso*. A precisão da definição, obviamente, vai depender de nela constar o aspecto diferenciador da espécie definida em relação às demais pertencentes ao mesmo gênero. Neste caso, o recurso tem de ser definido por aquilo que o diferencia dos outros meios de impugnação.

##### **2.2.4.1. É possível defini-lo por sua finalidade?**

A definição propriamente tem de se referir à essência do objeto definido. Daí o porquê de se buscar o gênero próximo e a diferença específica dele. Outras podem, contudo, ser dadas. São, entretanto, *secundárias*, porque, além de dependerem da definição propriamente dita, referem-se a aspectos acidentais do objeto definido<sup>472</sup>. Não obstante, podem ser úteis. Uma delas é a que se refere à *causa final*. Num saber como o dogmático, de viés tecnológico conforme visto acima, as definições pelos fins ganham importância.

No que tange ao conceito de recurso a relevância desse intento é manifesta, pois, ao menos, dois antagônicos fins lhe são possíveis<sup>473</sup>: *i)* o de desfazimento da decisão recorrida, mais frequente; e *(ii)*, dado o antagonismo apontado, o de aproveitamento dela. Esse tipo de definição, ademais, é fundamental à correta compreensão dos embargos declaratórios<sup>474</sup>, talvez o mais mal compreendido dos recursos.

---

<sup>472</sup> Sobre a questão da possibilidade de outras definições, ver GARDEIL, op. cit., p. 98-9.

<sup>473</sup> *Fim* aí está como *fim-meio*.

<sup>474</sup> Os embargos de declaração, embora impugnem a decisão embargada, não se prestam a desfazê-la, mas sim “curá-la” de um determinado vício que a “corrói”. Inserem-se no amplo contexto do aproveitamento dos atos processuais defeituosos e impotentes. Têm a ver com a propagada primazia do mérito. Esse viés deles, no entanto, não lhes torna menos recurso do que os outros: a impugnação encontra-se presente, até porque sem ela não é possível operar-se o dito aproveitamento. Rodrigo Mazzei – provavelmente de modo pioneiro - percebeu essa característica dos embargos declaratórios

### 2.2.4.2. Uma definição consagrada

Diz José Carlos Barbosa Moreira: “(recurso) é o remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de decisão judicial que se impugna”<sup>475-476</sup>. Eis a mais célebre definição de recurso da processualística brasileira<sup>477</sup>, quiçá a mais célebre de todas as definições em tal âmbito. Pudera, seu autor, não injustamente, é tido por muitos como o *maior* dos processualistas nacionais. No âmbito recursal mais ainda, porquanto não só tenha aportado uma tese à temática<sup>478</sup>, como também, e acima de tudo, é autor do 5º. volume da série mais consagrada de Comentários ao Código de Processo Civil (de 1973), a da Editora Forense, inteiramente dedicado ao *processo nos tribunais*, sobretudo aos *recursos*. É, todavia, a definição barbosiana analiticamente precisa?

De logo, percebe-se a opção pelo termo *remédio*<sup>479</sup>. Rigorosamente, é o recurso um remédio jurídico? Como visto no segundo capítulo, a expressão *remédio jurídico processual*, já em sua especificidade, não é adequada para designar a estrutura dos atos processuais; é utilizável, conotativamente, para se referir a um

(Embargos de Declaração no Processo Eleitoral: breve releitura após a vigência do CPC-15. *Repercussões do Novo CPC: direito eleitoral*. LUCON, Paulo Henrique dos Santos; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 270-74).

<sup>475</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5, p. 233.

<sup>476</sup> Alcides de Mendonça Lima, em 1963, portanto antes de Barbosa Moreira, apresentou a seguinte definição de recurso, de certo análoga à ora em análise: “Recurso é o meio, dentro da mesma relação processual, de que se pode servir a parte vencida em sua pretensão ou quem se julgue prejudicado, para obter a anulação ou a reforma, parcial ou total, de uma decisão” (*Introdução aos Recursos Cíveis*. 2. ed. São Paulo: RT, 1976, p. 124-25). Trata-se, como se percebe da segunda edição da obra, mas, logo na abertura, o autor alude à anterior, que constituiu sua Tese apresentada ao Concurso de Professor Catedrático de Direito Processual Civil da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (para tanto, vide: op. ult. cit., p. 4).

<sup>477</sup> Seguem-na, por todos: APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Apelação e seus Efeitos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 7-8; OLIVEIRA, Pedro Miranda. *Agravo Interno e Agravo Regimental: hipóteses de incidência e poderes do relator*. São Paulo: RT, 2009, p. 20-21. De modo muito similar, mas com pequenas nuances redacionais, CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 488.

<sup>478</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Juízo de Admissibilidade no Sistema dos *Recursos Cíveis*. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado da Guanabara*. Rio de Janeiro, 1968, v. 19, p. 76-222.

<sup>479</sup> Pedro Batista Martins, um dos próceres do CPC/39, entende que o recurso tem natureza de poder: “ em sentido técnico-jurídico recurso é o poder que se reconhece à parte vencida em qualquer incidente ou no mérito da demanda de provocar o reexame da questão decidida...”, *Recursos e Processos de Competência Originária dos Tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 144. Trata-se de uma definição bastante afeita a este trabalho pelo fato de relacionar o recurso com o poder de praticá-lo. Há, sem dúvida, confusão entre aquilo que possibilita o recurso (o poder de recorrer) e ele próprio (ato recursal).

aspecto possível de alguns deles: o *poder de restabelecer* um bem da vida lesado ou que, no mínimo, está por sê-lo, caso em que tem mais a ver com uma *prevenção*. Que o recurso possa ter tal aspecto não é algo que se possa duvidar. Mais, quando em concorrência com outros meios impugnativos (tal como se verá abaixo), esse aspecto remedial aflora. Não obstante, em sua essência, recurso é *ato processual* e, em ordem decrescente de especificação, é *ato do procedimento, ato postulatório, demanda*. Uma definição mais hígida de seu conceito deve ser designativa disto. Barbosa Moreira, todavia, optou – não há como se saber se de modo intuitivo ou deliberado – por referenciar o aspecto metafórico do ente recursal em vez de seu aspecto (mais) literal. Sua designação do gênero próximo do recurso é, no mínimo, imprecisa.

Já quanto à diferença específica, razão lhe assiste, pois, no último momento (até para manter seu conhecido rigor estilístico), faz alusão à impugnação. Não obstante, ao dizer que o recurso enseja, nessa ordem, a *reforma, a invalidação, o esclarecimento* ou a *integração* da decisão judicial que se impugna, Barbosa Moreira insere na (sua) definição de recurso algo referente à *causa final*. Ademais, seu esforço em apresentar uma definição que abranja todas as espécies recursais é nítido, pois, ao mencionar a *integração* e o *esclarecimento*, consegue, de algum modo, abarcar os embargos declaratórios, cujo fim não era – como ainda não é – a *reforma* e a *invalidação* da decisão embargada. Como visto, conquanto corra o risco sempre de ser imprecisa, a definição pelo fim denota a diferença específica. Quando se diz que o ser humano tem tendência ao transcendente, está-se a determinar um dos fins possíveis da diferença específica humana: a racionalidade. O risco na definição em análise, porém, manifesta-se – como já se manifestava ao tempo de Barbosa Moreira – porque os fins nela descritos são insuficientes para abranger

todas as possibilidades existentes<sup>480</sup>. O mais correto seria dizer: “(recurso) é remédio (sic) voluntário que serve para impugnar<sup>481 - 482</sup>”.

Acerta, contudo, Barbosa Moreira, como continuaria a acertar se o fizesse hoje, ao dizer, com outras palavras, que o recurso “se dá no mesmo processo”. Nisto, contudo, já tinha, ao menos em parte, acertado Pontes de Miranda quando apontou o “ocorrer na mesma relação processual” como o critério distintivo entre o recurso e a ação rescisória<sup>483</sup>. O mérito de ambos, entretanto, é inegável. Se não acertaram em cheio, chegaram próximo de uma precisa definição de recurso.

Há outro aspecto que, a partir da definição de Barbosa Moreira, precisa ser analisado: a *voluntariedade* no agir recursal. Há basicamente dois sentidos em que o termo voluntariedade pode ser empregado: *i*) denotando o ato em manifestação de vontade, cujo contraponto é o avolitivo; *ii*) denotando o agir em liberdade, contraposto pelo agir em obrigatoriedade. O primeiro sentido engloba o segundo, já que tanto há manifestação de vontade quando se age em liberdade quanto há nalguns casos em que se cumpre dever. O juiz, quando decide, cumpre dever manifestando vontade. Claro, Barbosa Moreira, ao mencionar a voluntariedade no recurso, refere-se ao segundo sentido, até porque, possivelmente, seu intuito maior ao fazê-lo foi o de afastar o *reexame necessário* do conceito de recurso. Abaixo, ambos os sentidos serão analisados: o segundo quando da análise comparativa

---

<sup>480</sup> Adiantando em parte algo que será analisado logo a seguir, os fins que Barbosa Moreira detecta para a espécie recursal são apenas fins-meios. Em todos os casos, outros fins derivam do fato de, por exemplo, a decisão recorrida ser reformada. Um deles é a produção de eficácia mandamental dirigida ao juiz da decisão recorrida. Ademais, todos os fins relacionados têm a ver tão-somente com a ação recursal, nada dizem sobre outras ações possíveis pelo recurso, o que já existia ao tempo da definição barbosiana.

<sup>481</sup> João Claudino de Oliveira Cruz apresenta uma definição de recurso que não se baseia nos fins possíveis do ato recursal. Diz ele: “podemos definir recurso como meio pelo qual se provoca o reexame da decisão recorrida” (*Recursos no Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1954, p. 17). Não obstante, tal definição padece de equívocos, seja por ser redundante (ao utilizar o adjetivo *recorrida* para designar a decisão atingida pelo recurso), seja, principalmente, porque diz que o recurso serve para *reexaminar* a decisão. Ora o que pode ser reexaminado é a *matéria decidida* (reexame do caso, como diz Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1975, v. 7, p. 4), não a decisão, que será analisada pela primeira vez por força do recurso.

<sup>482</sup> Interessante, em termos de definição finalística do conceito de recurso, é a fornecida por Alfredo de Araújo Lopes da Costa: “meio de que se serve a parte para, modificando ou anulando um ato do juiz, obter situação processual mais favorável” (*Direito Processual Civil Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. 3, p. 320). Interessante porquanto foca em algo que, de fato, é essencial ao recurso: o interesse recursal.

<sup>483</sup> Nesse sentido, PONTES DE MIRANDA, op. ult., cit., p. 31.

entre o recurso e remessa necessária; o primeiro, na parte referente à formação do ato recursal. Há relevantes questões por serem enfrentadas em ambos<sup>484</sup>.

### **2.2.4.3. A potencialidade de manter a litispendência como a diferença específica recursal: critério para definição do conceito de recurso**

Se é certo que há essência no recurso, qual seria ela? Já se sabe que a essência de um ente jurídico depende do conteúdo atribuído a ele pelo sistema que o abrange. Sem isso, o máximo que se pode obter são definições tautológicas, do tipo: “já que serve para impugnar decisões, recurso é meio de impugnação”. Portanto, há de se verificar esse dado diferenciador no direito positivo brasileiro. Na definição analisada acima – de Barbosa Moreira – consta que o recurso *se dá* no mesmo processo. Já Pontes de Miranda fala em *mesma* relação jurídica processual<sup>485</sup>. Claro, há outros meios de impugnação que também se dão no mesmo processo, como o *pedido de reconsideração*. Em verdade, o que diferencia o recurso é o fato de ele *manter a litispendência*, coisa que, ao menos no direito positivo brasileiro, nenhum outro meio de impugnação tem como fazê-lo.

Por manter a litispendência deve-se entender o impedimento à ocorrência do trânsito em julgado. Não se estar a falar de formação de coisa julgada material necessariamente; apenas de trânsito em julgado. Pode haver decisão que não seja apta a formar coisa julgada, mas não tem como haver procedimento sem limite espaço-temporal. Seria uma contradição em termos. Assim, mesmo em procedimentos cujas decisões não tenham propensão à definitividade, o termo final é um aspecto necessário. É o caso do procedimento cautelar geral (arts. 305-310,

---

<sup>484</sup> Ademais, embora não fosse necessário, Barbosa Moreira, ao utilizar o adjetivo *idôneo* para designá-lo, destaca o aspecto lícito do ato recursal. Como se sabe, ao menos potencialmente, recurso se dá em exercício de direito, logo refere-se ao agir lícito. Não obstante, há o ilícito processual consistente na interposição de recurso protelatório. Neste caso, o recurso em si seria um fato processual ilícito ou, numa espécie de reentrada, ele comporia o suporte fático de um ilícito processual? Este trabalho não tem por objeto analisar o problema dos fatos processuais ilícitos.

<sup>485</sup> De registrar a posição – acertada, no ponto – de Delosmar Domingos Mendonça Jr., o qual defende que o recurso, conquanto se dê no mesmo processo, refere-se a outro procedimento (*Agravo Interno*. São Paulo: RT, 2009, p. 55-6). Algo que antes já defendia Cândido Rangel Dinamarco (*Os Efeitos dos Recursos. Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis*. NERY JR., Nelson; ALVIM, TERESA Arruda. São Paulo: RT, 2002, v. 5, p. 29). Em sentido similar, defendendo que o recurso tem *procedimento específico*, SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 1, p. 649. Não obstante, nem todo recurso – não no direito positivo brasileiro – gera novo procedimento: caso dos embargos declaratórios, que dão sequência ao procedimento iniciado, prolongando-o.

CPC<sup>486</sup>) e do procedimento antecedente do art. 303, CPC<sup>487</sup>. O recurso contra as decisões neles proferidas tem a força de manter a litispendência, e somente ele a tem. Isto por força do § 3º do art. 6º., LINDB. Este dispositivo, ao conceituar a coisa julgada dita formal<sup>488</sup>, estabelece a diferenciação entre o recurso e os demais meios de impugnação. Logo, ao meio cuja fonte instituidora (que, como visto no capítulo anterior, é a lei federal) denominar de recurso – salvo hipotética excepcionalidade – atribui-se a potencialidade de manter a litispendência. Observe-se que não é a taxatividade o diferencial, seja porque outros meios de impugnação também são taxativos, seja porque, como reserva legal que é, ela tem a ver com o *modo* como recurso deve ser estabelecido, e não com *ser* dele.

Há, porém, a questão em torno das chamadas *decisões interinais*<sup>489</sup>. São aquelas que, proferidas num determinado momento procedimental, necessitam ser confirmadas posteriormente, daí o adjetivo. É o caso das decisões em tutela provisória no curso do procedimento. É o que se dá também com a decisão de admissibilidade sujeita à confirmação, o conhecido, não obstante a impropriedade do nome, despacho inicial<sup>490</sup>. Nessas hipóteses, é da própria essência da decisão o *existir para ser confirmada*, logo não tem como transitar em julgado. Sendo assim,

---

<sup>486</sup> A decisão no processo cautelar, por mais que se defenda ser apta a formar coisa julgada material, não tem tal propensão para tanto, conforme se demonstrará adiante.

<sup>487</sup> O procedimento acima mencionado serve para a produção de uma decisão antecipatória da tutela que, presentes as circunstâncias previstas no art. 304, CPC, pode se definitivar. Trata-se da chamada *estabilização da tutela antecipada*. Essa definitivização, porém, é apenas de cunho processual (como uma coisa julgada formal), salvo se transcorrido o prazo previsto no § 5º do mesmo art. 304, em que se dará a chamada *imutabilidade das eficácias antecipadas*, termo este cunhado em outro trabalho: nesse sentido, sobre todo o ponto, ver GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; PEIXOTO, Ravi; COSTA, Eduardo José da Fonseca. Estabilização, Imutabilidade das Eficácias Antecipadas e Eficácia de Coisa Julgada: uma versão aperfeiçoada. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro: UERJ, v. 17, 2016, p. 550-78.

<sup>488</sup> Identifica tal dispositivo com a coisa julgada, CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Coisa Julgada e Questões Prejudiciais*: limites objetivos. São Paulo: RT, 2019, p. 316-17.

<sup>489</sup> A *interinalidade* dá-se em decisões que, proferidas no curso de um procedimento, existem para ser, valendo-se dos extremos, revogadas ou confirmadas por uma decisão final. É o caso das decisões antecipatórias da tutela que não sejam proferidas em procedimentos específicos para sua prolação (caso do procedimento antecedente do art. 303, CPC). Assim, o próprio juiz da decisão poderá reanalisar a problemática decidida, em todo seu contexto, no próprio procedimento em que se deu a prolação. O termo *interinalidade* é utilizado, de há muito, por Ovídio Baptista da Silva para designar decisões do tipo (*Curso de Processo Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 2, p. 81 e segs.).

<sup>490</sup> Em verdade, o *despacho inicial* é uma decisão provisória referente à admissibilidade da postulação. Nalguns casos, implica antecipação de efeitos da tutela, como no procedimento da execução de títulos extrajudiciais, em que há condenação provisória do executado por força da admissão da demanda executiva. Tem a ver com o que Pontes de Miranda chama de *antecipação da cognição*, já mencionada nesta tese.



poder-se-ia dizer que o recurso contra ela não teria a propensão para impedir o trânsito em julgado, de modo que a diferença específica acima apontada não lhe ocorreria. Se assim o for realmente, manter a litispendência não é um aspecto essencial do recurso, mas sim apenas uma propriedade dele.

Não é isso que se sucede, contudo. Não é que, em tais casos, o recurso não tenha essa propensão; tão-somente ela é desnecessária, porque a própria decisão recorrida é desprovida da possibilidade de transitar em julgado. Observe-se a ordem lógica: não é que a norma instituidora do recurso tenha suprimido algo dele; é a *forma substancial* da decisão – portanto, algo antecedente à recorribilidade – que não comporta a possibilidade de trânsito em julgado. Não há, quanto ao ponto, regra recursal específica; a especificidade é da regra da decisão.

Há quem diga que, em verdade, a propensão do recurso é o impedimento da preclusão<sup>491</sup>. Mas à qual preclusão se está a referir? Se for a preclusão do poder de julgar, não há como, uma vez que isto é próprio da decisão (art. 494, CPC), não da impugnação contra ela. Seria até mesmo esdrúxulo dizer que o ataque (recurso) serve para manter o poder do sujeito atacado. Caso se fale da preclusão do próprio direito ao recurso, absurdo não deixa de existir, porquanto seria dizer que a potencialidade do ato tem a força de manter o direito a ele. Ora, o direito ao recurso – como, de resto, os direitos processuais como um todo – existem para ser exercidos dentro de um prazo. O exercício do direito não tem o condão de impedir a preclusão dele mesmo, pois esta ocorrerá seja com o transcurso do prazo (a prática do ato não é interruptiva nem suspensiva do prazo), seja com a própria ocorrência (preclusão consumativa)<sup>492</sup>. Logo, não se trata de impedir a preclusão, mas sim o término da litispendência.

---

<sup>491</sup> ALVIM, Teresa Arruda. Teoria Geral dos Recursos. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1990, v. 58, p. 156; MEDINA, José Miguel Garcia. *O Prequestionamento nos Recursos Extraordinário e Especial*. 4. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 61-3.

<sup>492</sup> Um dos grandes “mistérios” da processualística é revelar a base normativa da *preclusão consumativa*. Digo isso, pois, muito por força da autoridade de Chiovenda (*Instituições de Direito Processual*. Trad. J. Guimarães Mengale. São Paulo: Saraiva, 1969, v. 3, p. 155-57), repete-se que há três tipos de preclusão – dentre elas a consumativa-, que, além de tudo, seriam aplicáveis ao direito brasileiro. Não se pode, todavia, dentro da normatividade, defender a existência de algo – notadamente se supressor de direitos – sem indicar sua base textual-normativa. Em outras palavras, a preclusão depende de previsão em lei, esta entendida como fonte do direito processual. Muito resumidamente, pode-se dizer que preclusão é efeito jurídico que consiste na perda, por motivos

Pode-se, com isso, apresentar uma definição tendente à ideal: “(recurso) é a demanda que, mantendo a litispendência, impugna uma decisão judicial<sup>493</sup>”. Isto, salvo vicissitudes<sup>494</sup>, é essencial a qualquer recurso, o que não impede a ocorrência de aspectos acidentais nele, os quais, exatamente por assim o serem, não servem à sua definição.

### **2.2.5. Em conclusão: a natureza jurídica do recurso...**

De todo o dito acima, percebe-se que recurso é *demanda*. Como tal, principia um procedimento, possibilitando a prestação jurisdicional. Mais, é móvel de situações jurídicas que o recorrente tem contra o recorrido. Daí ser possível dizê-lo veiculador de ações. O que o diferencia, porém, de outros meios do tipo é seu viés impugnativo, ao menos primacialmente. O recurso é impugnativo no sentido de conter uma postulação em ataque a um ato autoridade. Esse ataque somente é possível porque o recurso é hábil a veicular formas impositivas: as ações, que, por possibilitarem a sobreposição à autoridade do julgador, submetem o beneficiário do ato judicial. A ocorrência delas preenche o conteúdo dos recursos, tornando-os *fundados*.

---

variados, de uma situação jurídica que se titulariza. Acima de tudo, poderes precluem. No caso da *preclusão consumativa*, a perda ocorre pelo exercício da situação jurídica titularizada. Ela extingue-se pelo uso, daí a adjetivação. Por mais que a preclusão, em si, não seja uma sanção (muito embora ilícitos dos mais diversos podem gerar outras caducidades), é inegável que ela é contrária aos interesses do titular da situação jurídica preclusa. E isso pelo simples motivos de ele perder algo que tem. E a razão da necessidade de ela ter previsão legal está exatamente nesse viés diminutivo da esfera jurídica do sujeito. No Brasil, tradicionalmente, tanto a preclusão temporal quanto a lógica têm bases normativas consolidadas. Vide, por exemplo, o art. 223, para o primeiro caso, e o parágrafo único do art. 1.000, ambos do CPC. Em relação à preclusão consumativa, porém, essa base normativa (se existir) não é tão óbvia. Isso, no que diz respeito aos atos das partes, porquanto, no que tange às decisões judiciais, há regra explícita: o art. 494, CPC, de aplicação restrita, todavia, às decisões dadas a título definitivo. É necessário registrar que apontamentos similares acerca da preclusão consumativa são feitos por SICA, Heitor Vitor. *Preclusão Processual Civil*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 155-58.

<sup>493</sup> De se registrar a posição de Sergio Bermurdes que, a partir da etimologia da palavra, entende que a essência da definição de recurso encontra-se no “tornar a decisão sem efeito, fazendo desaparecer o resultado alcançado, de modo a propiciar o surgimento de nova decisão, substitutiva da anterior”, *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 1977, v. 7, p. 13. Não obstante a engenhosidade, trata-se de uma decisão que, não só se baseia no fim, como também se refere a algo que não é propriamente o recurso, mas sim a ação recursal.

<sup>494</sup> O recurso pode ser, em verdade, algo totalmente desprovido de eficácia caso seja dirigido contra algo que sequer tenha natureza decisional. Trata-se, porém, de uma debilidade extrema. Não serve, portanto, para a definição do ato: a debilidade só pode ser parâmetro para definição daquilo que, de fato, seja débil; não pode ser levada em conta para a definição do que é são.

Acontece que nada impede ao recurso funcionar como veículo de formas impositivas não impugnativas. Ou seja, outras ações são veiculáveis por ele, e isto já vem sendo proporcionalmente estabelecido no direito brasileiro de há muito. Neste caso, o recurso é tomado não como *meio impugnativo*, mas sim como *veículo de oportunidade*, no qual alocam-se ações. Há, portanto, *ação propriamente recursal* e *ação recursal imprópria*. Para que uma deste último tipo possa ser veiculada, é preciso, porém, que uma daquele o seja. Isto significa que o recurso é impugnação, mas por ele algo não impugnativo pode ser movimentado.

No entanto, dizer que o recurso tem natureza de demanda impugnativa é algo incompleto, pois, ao fazê-lo, se está apenas a designar o gênero próximo. A natureza de algo é, ao menos nalgum sentido, sua *essência*, e esta não coincide com o gênero, que apenas tem as essências de suas espécies potencialmente. Logo, como já colocado acima, a natureza do recurso vai depender do perfil que a normatividade tiver atribuído: o *ser* no direito é, *antes*, um *dever-ser*. Ao menos no direito nacional, o recurso é a demanda impugnativa mantenedora da litispendência formada, e nisto consiste o ônus de recorrer, que vai além do simples ônus (geral) de demandar. Mais, por tudo isso, cada espécie recursal também tem sua natureza própria, que não se confunde com a do gênero a que se refere. Assim, a apelação tem um quê a mais que o recurso, tal como o agravo de instrumento, os embargos de declaração e todos os outros o têm. Isto não significa que se esteja a designar indivíduos recursais (de resto, dada a própria individualidade, impossíveis de serem definidos; no máximo, podem ser descritos), estes são a “apelação X interposta contra a sentença Y”, “os embargos declaratórios W opostos contra o acórdão Z” etc.

Este trabalho, consoante demarcado na sua introdução, refere-se ao movimento recursal como um gênero e, portanto, analisa o conceito de recurso numa perspectiva geral. As espécies recursais são aqui mencionadas como exemplos, ou seja, quando se faz necessário, para mais bem explicar, desenvolver uma argumentação que, distanciando da espécie, se aproxime um pouco do indivíduo. Eis, por conseguinte, a natureza (jurídica) do recurso.

### 2.2.6. ...e das contrarrazões

Mas, se se definiu o recurso e, com isso, revelou-se sua natureza, nada impede – ao contrário, é algo robustecedor da exposição empreendida – fazer a mesma coisa em relação à resposta ao recurso. Dentre as possíveis, destacam-se as contrarrazões, que, aliás, ganhou mais destaque com o advento do CPC. Em termos processuais, o que é uma *resposta*? Pela própria definição, responde-se a algo; no caso, às alegações feitas contra aquele que responde. Só há resposta quando algo tiver sido dirigido ao respondente. Aquele que “se atravessa” no processo, como, em regra, se dá com o autor dos embargos de terceiro, não responde; intromete-se. Por isso, por excelência, a resposta é um ato do réu, ou seja, é ato daquele contra o qual, colocado na posição passiva, foram feitas alegações.

Há respostas que consistem em verdadeiro (contra-)ataque, como a reconvenção; outras, são defesas. Só estas últimas têm a necessidade de rebater as alegações opostas, exatamente por isso são defesas. Toda defesa é, portanto, uma negação da afirmação feita ao defendente. Isto mesmo que é consista na chamada *defesa indireta*, porque esta, baseada numa afirmação, termina-se numa negação: o réu quando afirma ter pago a dívida contra ele afirmada, nega, em consequência, a *acionabilidade* do pedido autoral. Essa é a nota diferenciadora da forma defensiva da forma acional<sup>495</sup>: quem aciona quer algo contra o acionado; quem se defende também, mas o quer como mera rejeição do acionamento<sup>496</sup>. É isso que justifica, ademais, a necessidade de, quando do procedimento próprio, o réu ter de reconvir,

---

<sup>495</sup> Isso tanto na *forma material* quanto na *processual*. No primeiro caso, defesa são as situações jurídicas que se formam na *posição de acionado*, isto no conteúdo da relação jurídica. A *exceção*, que já foi mencionada nesta tese, aí reside, mas isso não significa que inexistam outras, como o são o *direito potestativo* (como o de compensar), o *direito de objetar* (alegar fato contrário à ação oposta) e o *direito de negar em geral*. No segundo caso, as defesas são remédios jurídicos processuais cujo pedido é o de rejeição da alegação feita contra o defendente. Pede-se, na defesa, mas se pede uma rejeição, seja relativa à admissão ou à improcedência da postulação. Nesse sentido, defendendo haver pedido na defesa, SILVA

<sup>496</sup> Não obstante, qualquer que seja a matéria da defesa, ela poderá compor a causa de pedir de ações. Ao réu que, citado numa ação de cobrança, já tinha pago a dívida, é possível tanto contestar, alegando em defesa a ocorrência do pagamento, quanto, com base nisto, propor ação declaratória de inexistência da dívida. Essa acionalidade, indubitavelmente, existe; o que pode não haver (como, de fato, não há) é a necessidade do meio utilizado, já que a contestação é muito mais simples. Não obstante, precluso o direito de contestar (o que não se aplica ao exemplo, pois, nos moldes do inciso do art. 342, III, CPC, pagamento é alegável após o prazo), o interesse exsurgirá.

a reconvenção é necessária quando se pretende ir além (ou diversamente) da rejeição do pedido<sup>497</sup>.

A defesa, por tudo isso, nas suas mais variadas formas<sup>498</sup>, é essencial ao devido processo legal. Quiçá, a regra constitucional que a impõe é a mais importante na densificação dele. Logo, não poderia ser diferente quanto à acionalidade recursal. Eis o fundamento das contrarrazões.

As contrarrazões têm, portanto, natureza jurídica de defesa (forma processual defensiva ou, a depender da perspectiva, remédio processual defensivo). Seu nome deixa isso muitíssimo claro, pois o prefixo *contra* adicionado ao termo *razões* denota ser um rebate às apresentadas no recurso. Na falta de um regramento que lhe seja próprio, poder-se-ia aplicar-lhe o regramento geral da defesa (arts. 335 e segs., CPC)? A análise desse (difícil) problema exigiria um trabalho próprio, mas, na exiguidade deste lugar, não se vê razão para não aplicação do disposto nos arts. 338, 339, 342 e, com as devidas adaptações, o próprio art. 337, todos do CPC. Já à disposição quanto ao efeito da revelia (art. 344, CPC) não é aplicável pela simples razão de o procedimento recursal ser de tipo documental, isto porque o fundamento do recurso (erros da decisão) é demonstrável pelo próprio documento da decisão recorrida: este auto-evidencia aquele. Logo, não se pode dizer verdadeira a alegação do recorrente quando tal condição somente é aferível da interpretação da própria decisão. Nesse sentido probatório, a decisão está para o recurso como o título executivo está para a execução.

### **3. Recurso e outros meios de impugnação**

Como é notório, não é o recurso o único meio de impugnação. O sistema brasileiro, aliás, é pródigo nesse sentido. Mais, conquanto haja aqueles que são incompatíveis com o meio recursal, caso da ação rescisória, há os que

---

<sup>497</sup> Nesse sentido, BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Reconvenção no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 135-37.

<sup>498</sup> As formas de defesa – não obstante a relevância de trabalhos existentes, como o de Heitor Sica, já mencionado – carece de ser mais bem sistematizada. Falar em formas de defesas significa, em termos processuais, se referir a diversos remédios processuais que se prestam a tal fim, cuja contestação é apenas o maior exemplo. Há defesas, inclusive, que se travestem em forma de demanda, como os embargos à execução.

verdadeiramente concorrem com ele, caso da remessa necessária<sup>499</sup>. Compará-los, um a um, ao recurso não é tarefa das mais complexas; difícil é estabelecer um critério para tanto, agrupando as espécies em gêneros. Só assim haverá algo de minimamente científico nesta que é das mais decantadas comparações da processualística.

A proposta que ora se apresenta neste é a seguinte: *i)* há meios que, tal como o recurso, são demandas; *ii)* há os que, embora pela forma de demanda, funcionam como defesas; *iii)* há outros que, em verdade, são ações propriamente ditas<sup>500</sup>. Existe, por conseguinte, uma *analogia de atribuição* entre o recurso e os demais meios, isto, claro, se se considerar o recurso como o meio de impugnação por excelência. Mais do que isso, nos três gêneros acima há os mais análogos que outros. A análise deles seguirá a ordem apresentada. Longe de se pretender estudar as nuances desses outros meios impugnativos. Quer-se apenas fazê-lo para diferenciá-los do recurso. Desse modo, a descrição da natureza e das propriedades de cada um deles será feita na medida de suas semelhanças (e, por conseguinte, diferenças) com este último.

### 3.1. Demandas impugnativas

Os meios de impugnação mais análogos ao recurso são as demandas cuja postulação é, tal como nele, impugnativa. Isto porque o que delas se considera não é a natureza do poder veiculado (a ação material), mas sim o ato impugnativo em si. Daí o alto grau de similitude com o recurso. Em todos eles, porém, falta algo que é próprio da espécie recursal: o *sustentar a litispendência*. Entre o recurso e eles pode haver, até mesmo, identidade quanto aos fins, de modo que, se manejáveis em concorrência, se dará uma conexão pelo pedido. Nesta categoria, entende-se que

---

<sup>499</sup> Não obstante, a natureza impugnativa da remessa necessária é algo discutível, que será devidamente analisado.

<sup>500</sup> Sem falar na clássica distinção entre o recurso e a chamada correção parcial, que, como bem demonstrou Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, tem natureza de direito de representação, algo próprio da relação geral entre o indivíduo e o Estado, englobada pelo direito administrativo em sentido amplo. Nesse sentido, DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. Correção Parcial não é Recurso (portanto, não deve ser usada como tal). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de outras Formas de Impugnação às Decisões Judiciais*. NERY JR., Nelson; ALVIM, TERESA Arruda. São Paulo, RT, 2001, v. 4, p. 782-802, especialmente.

três espécies impugnativas se enquadram: a reclamação, o mandado de segurança e o pedido de reconsideração. À cada uma, dedicar-se-á um subitem.

### 3.1.1. Recurso e reclamação

Costuma-se entender a reclamação como uma ação<sup>501</sup>. Não é disso que se trata, todavia. A reclamação veicula ações. É uma demanda, portanto. A prova disto é a diversidade das possibilidades acionais. Mesmo se se considerar apenas o previsto no art. 988, CPC, há as que possibilitam o desfazimento por invalidação da decisão reclamada e as que, precipuamente, servem à obtenção de uma ordem dirigida à autoridade reclamada. A reclamação para preservar a competência do tribunal a quem sem reclama é exemplo do primeiro tipo. Do segundo, o é aquela contra decisão que contraria título executivo emitido pelo órgão superior.

Por isso, em muitos aspectos, é bastante análoga ao recurso. Por expressa previsão legal (inciso I do § 5º do art. 988, CPC), porém, não tem a força deste último de impedir o trânsito em julgado. Assim, posto que possa ser apresentada em concorrência a um recurso, da ocorrência dele dependerá se a decisão reclamada tiver a possibilidade de se tornar definitiva.

### 3.1.2. Recurso e mandado de segurança

O mandado de segurança, por mais que ainda seja tratado como se fosse uma ação, a ponto de dizê-lo sinônimo da ideia de ação mandamental, não tem essa

---

<sup>501</sup> Nesse sentido, DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Reclamação Constitucional no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000, p. 459-461; TALAMINI, Eduardo. *Novos Aspectos da Jurisdição Constitucional Brasileira: repercussão geral, força vinculante, modulação dos efeitos do controle de constitucionalidade e alargamento do objeto do controle direto*. Tese de Livre-Docência apresentada à Faculdade de Direito do Largo do São Francisco. São Paulo, 2008, p. 173; MORATO, Leonardo L. *Reclamação*. São Paulo: RT, 2007, p. 109-12 LEONEL, Ricardo Barros. *Reclamação Constitucional*. São Paulo: RT, 2011, p. 171; MENDES, Gilmar Ferreira. A Reclamação Constitucional no Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, n. 100, p. 96; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 671; COSTA, Eduardo José da Fonseca. Da Reclamação. *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. ALVIM, Teresa Arruda; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coords.). São Paulo: RT, 2015, p. 2.203; AZEVEDO, Gustavo. Da Reclamação. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. RIBEIRO, Sergio Luiz de Almeida; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; PANTALEÃO, Izabel Cristina Pinheiro; GOUVEIA, Lúcio Grassi. São Paulo: LUALRI, 2018, t. 3, p. 329-30.

natureza jurídica<sup>502</sup>. Tal como a reclamação, trata-se de uma demanda, pela qual diversas ações são veiculáveis, sem que haja a necessidade de elas terem *força mandamental*<sup>503</sup>, aliás.

Mais uma vez similar à reclamação, o mandado de segurança tem previsão constitucional. Muito mais do que nela, contudo, a previsão dele é aberta. O texto constitucional não distingue se o ato impugnado por mandado de segurança é de natureza administrativa ou judicial (no sentido de jurisdicional), se é referente a um agente componente dos poderes constituídos ou se é um delegatário de função pública. É o que importa é que o ato seja de autoridade, isto é: seja impositivo ao indivíduo.

Essa abertura faz com que o cabimento do mandado de segurança seja larguíssimo. Não obstante, a lei de regência – especialmente, considerando o histórico, a vigente – faz restrições, em seu art. 5º., ao cabimento. Nesse sentido, se se levar em conta apenas a perspectiva constitucional, não se pode falar que o fato de a decisão (judicial) ser recorrível há impedimento à formação do direito ao mandado de segurança; na perspectiva legal, entretanto, há restrição.

Trata-se da hipótese do inciso II do dispositivo legal logo acima citado. Segundo o texto, não é cabível o mandado de segurança se a decisão for passível de recurso com efeito suspensivo. Ao que tudo indica, essa disposição refere-se ao

---

<sup>502</sup> Em sentido contrário, questionando inclusive entendimento acerca da *natureza remedial* (algo que a aproxima da aqui defendida) do mandado de segurança, BARBI, Celso Agrícola. *Do Mandado de Segurança*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 44 e segs. Natureza remedial esta que, ao que parece, é defendida por autores mais antigos que escreveram sobre o tema, como, por exemplo, NUNES, Castro. *Do Mandado de Segurança e de Outros Meios de Defesa contra Atos do Poder Público*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1961, p. 73; e CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Do Mandado de Segurança*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957, p. 51-54. Defende a natureza de *ação judicial* ao mandado de segurança, mas sem fazer a (devida) distinção entre ação (de direito material) e demanda, ROCHA, José de Moura. *Mandado de Segurança: a defesa dos direitos individuais*. Rio de Janeiro: AIDE, 1982, p. 44-45. Ao que parece, Clayton Maranhão defende a natureza de ato postulatório (demanda, mais especificamente) do mandado de segurança, pois, logo após defender a natureza não recursal, fala ser tal mecanismo uma ‘ação’, valendo-se das aspas (Mandado de Segurança Contra Ato Judicial. *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis*. NERY JR., Nelson; ALVIM, Teresa Arruda. São Paulo: RT, 2002, v, 5, p. 91). Como se sabe, o termo ação colocado entre aspas (“”) é designativo por Pontes de Miranda da ação por ele dita *processual*, ou, também como ele diz, *remédio jurídico processual* (nesse sentido, ver *Tratado das Ações*. São Paulo: RT, 1970, t. 1, p. 110-11)

<sup>503</sup> Basta atentar para o mandado de segurança para a cobrança de valores (logo, força condenatória) que se vencerem no curso de seu procedimento, aqui com expressa guarida legal § 4º do art. 14, Lei n. 12.016/09.



enunciado n. 267 da Súmula do STF, que, editado ao tempo da Lei n. 1.533/51 (especificamente o inciso II do art. de mesma numeração ao da lei atual), consolidou o entendimento acerca do não cabimento do mandado de segurança contra decisões judiciais recorríveis. Nesse sentido, a lei é até mais permissiva que o citado entendimento jurisprudencial, visto que dispõe sobre o fato de o recurso (ter de) ter efeito suspensivo.

Não obstante, algumas questões ainda persistem pois: *i)* ao que parece a lei dispõe sobre recurso que (*con*)tenha efeito suspensivo, no sentido de este decorrer da própria recorribilidade, e não recurso para o qual se possa atribuir o dito efeito; *ii)* se pela expressão *efeito suspensivo* deve-se entender apenas o sentido próprio, logo efeito que impede a emanção imediata dos efeitos da decisão recorrida, ou se também serve para designar o chamado *efeito ativo*, que, mais propriamente, é uma *antecipação dos efeitos da tutela recursal*.

Não é, consoante já explicado, este trabalho o lugar para o (necessário) enfrentamento dessas questões; aqui importa o modo como o mandado de segurança se relaciona com o recurso. Nesse sentido, diferentemente da reclamação, dado o texto legal acima, o cabimento do recurso é, ao menos nalguns casos, impeditivo da aquisição do direito ao mandado de segurança. Neste caso, ele se afasta por completo de outra demanda impugnativa de quem, inclusive, tem alguma ancestralidade: o *habeas corpus*, que, salvo um ou outro óbice de ordem temporal (como o previsto no enunciado n. 691 da Súmula do STF), não é limitado pela recorribilidade da decisão atacável.

No mais, ele é plenamente compatível com os recursos, tanto que em âmbitos como o processual trabalhista e, até mesmo, o processual eleitoral continua a não só ser utilizado, como também largamente admitido.

Por fim, mais uma vez como a reclamação, difere do recurso, se não por muitas coisas, especialmente por aquilo que ao último é essencial: o impedimento ao trânsito em julgado. Mais, sem o recurso, que é produtor desse desiderato, sequer é possível, quando não de início, ao menos após sua impetração, uma vez que o inciso III do art. 5º. da lei que o regulamenta exclui o cabimento do mandado de segurança contra decisões transitadas em julgado.

### 3.1.3. Recurso e pedido de reconsideração

Eis possivelmente o mais enigmático dos meios de impugnação. Quer por não ter maiores sistematizações, quer até mesmo por ser quase nada mencionado, a análise do pedido de reconsideração tem de ser feita meio que por pistas. Seu nome já dá bom indício: se se pretende ver algo reconsiderado, quer-se um ato do sujeito que *considerou*. Daí se poder dizer que o pedido de reconsideração é meio de impugnação dirigido ao próprio juiz que decidiu, como os embargos de declaração. Diferentemente destes, porém, não tem as hipóteses delimitadas, sequer há menção de algum prazo. O pedido de reconsideração, por tudo isso, acaba por ir de encontro à ideia de preclusão judicial<sup>504</sup>. Por uma razão lógica: se se poder reconsiderar o decidido, como falar em perda do poder de analisar à matéria submetida à constatação?

Pois é exatamente diante desse aparente dilema que se encontra a chave para a correta sistematização deste meio impugnativo. A base normativa para tanto é o mesmo dispositivo que prevê a possibilidade dos embargos declaratórios: o art. 494, CPC. Por este, as decisões, ao serem proferidas, geram um tipo de *definitividade*. Claro, não se trata propriamente coisa julgada, quer a material quer mesmo a formal. Quanto a isto, a definitividade do mencionado dispositivo é apenas uma potência: a decisão pende para tanto, mas, exatamente pela recorribilidade, ainda não o é. Rigorosamente, o efeito que realmente se produz é o de preclusão do poder de julgar. Assim, salvo as exceções previstas nos incisos do próprio art. 494, CPC, proferida a decisão não se pode mais alterá-la, sendo essa impossibilidade de alterar decorrência natural da preclusão. As preclusões acabam por produzir estabilidades, mas não são uma destas<sup>505</sup>. Confundi-las é incidir no velho erro de ter a causa pelo efeito.

---

<sup>504</sup> Relaciona o pedido de reconsideração com o problema da preclusão judicial, conquanto trate-a como preclusão *pro iudicato* (a qual se refere à impossibilidade de analisar matérias não decididas, art. 508, CPC, e não propriamente à perda do poder de julgar), OLIANI, José Alexandre Manzano. *O Contraditório nos Recursos e no Pedido de Reconsideração*. São Paulo: RT, 2006, p. 145.

<sup>505</sup> Nesse sentido, por mais que se avenge a possibilidade de, se não equipará-las, tratar como coisas de mesma substância, preclusão e coisa julgada são bastante distintas. Tanto uma quanto outra são efeitos jurídicos: a primeira, por metonímia; a segunda, propriamente. Nesse sentido, sabe-se que as diversas eficácias possíveis de um fato jurídico podem operar das formas mais distintas. Dentre

Há, todavia, decisões que não se submetem a tal disposição legal. São, por isso, dadas a *título provisório*, o que possibilita sua *revogação* e, em menor grau, *modificação*. Por mais que se tente, mostra-se infrutífero e, pior, metodologicamente equivocado analisar esse tipo de decisão pelo *quantum* cognitivo despendido pelo juiz para o agir decisional. Muito embora certo engenho, a conhecida classificação de Kazuo Watanabe<sup>506</sup> sobre os tipos cognitivos deriva disto: querer objetivizar o que é, em essência, subjetivo. O acerto, neste caso, pertence a Beclaute Oliveira

---

outros, há fatos jurídicos que geram algo (eficácia positiva) e outros que retiram algo (eficácia negativa). Quando o fato jurídico tem eficácia negativa, esta opera de plano: produz seu efeito e se esvai. É o que se dá nas preclusões e noutras caducidades: ocorrido o fato jurídico preclusivo, algo (como um direito ou um poder), no mundo jurídico, é desconstituído. Não há, assim, prolongamento no tempo da eficácia jurídica negativa. Já numa eficácia de tipo positivo, há, no mínimo, a possibilidade lógica de ela (*per*)durar no tempo. Por um contrato de mútuo, o mutuante adquire um crédito (decorrente de uma eficácia positiva). Este último, até ser desconstituído por algum fato juridicamente relevante (como o pagamento), prossegue no tempo. A coisa julgada situa-se no primeiro tipo. Isso porque sua eficácia é atributiva a determinados sujeitos processuais (como as partes, um terceiro interessado e, até mesmo, o Estado-juiz) de situações jurídicas que se espraiam no tempo. Estas, por ser vistas oportunamente, baseiam-se na *indiscutibilidade*. Não é por outro motivo que se entende haver interesse de agir na obtenção da coisa julgada: eis o fundamento para o beneficiário de título executivo extrajudicial, deixando de lado o seu direito à via executiva direta, ir *buscar* a formação do título judicial, por intermédio de uma sentença condenatória. Isto, que já era plenamente dedutível do sistema, encontra-se, no âmbito do CPC vigente, em previsão expressa (art. 785, CPC). Ora, só é *buscável* judicialmente aquilo que possa agregar algo a quem o busca. Como dito, é corrente, especialmente nos últimos tempos, enquadrar a coisa julgada como um tipo de preclusão, uma “preclusão máxima” dir-se-ia. Não é correto, porém, tal entendimento. Preclusão é perda. Mais especificamente, perda de uma situação jurídica. Em regra, de um direito. Por exemplo, transcorrido o prazo para a interposição do recurso, perde-se o direito de recorrer. A preclusão, portanto, decorre de uma eficácia jurídica negativa. Ou seja, ao invés de agregar algo a alguém, retira-lho: *quem tinha direito de contestar, perde-o pelo transcurso do prazo; quem tinha direito de recorrer, perde-o por ter cumprido o comando decisório etc.* Diante disso, nada pode ter a ver com o conceito de coisa julgada, pois, como visto, esta gera algo para alguém. Refere-se, como explicado, a uma eficácia jurídica positiva. Esse algo é a *indiscutibilidade* na forma descrita e os efeitos que dela advém. Numa linguagem mais afeita à da processualística (nesse sentido, MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Ainda e Sempre a Coisa Julgada. Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 146), a coisa julgada é situação jurídica nova. Logo, é fácil entender que preclusão e coisa julgada estão em módulos distintos. Devendo-se, por isso, analisar cada uma segundo bases analíticas próprias. Ademais, é possível ocorrer uma sem que ocorra a outra. Por exemplo, decisões irrecorríveis, visto que não há algo a ser extinto, não dão causa à preclusão, mas geram, e de imediato, coisa julgada. Já as decisões dadas a título provisório (como as antecipatórias da tutela) dão azo à preclusão, já que, com o transcurso do prazo, se perde o direito de delas agravar; não são aptas, contudo, a formar coisa julgada, uma vez que são plenamente discutíveis, para ser modificadas ou revogadas, a qualquer tempo (art. 296, CPC). A coisa julgada, todavia, pode ter a preclusão como seu pressuposto, caso da coisa julgada formada pela preclusão do poder de recorrer de decisões dadas a título definitivo. Entendendo em sentido contrário, tendo a preclusão como espécie de um mesmo gênero em que se encontra a coisa julgada, até por, provavelmente, ser o mais contundente crítico da ideia de coisa julgada formal, CABRAL, Antonio do Passo. *A Coisa Julgada Formal Faz Sentido no Sistema do CPC-2015? Coisa Julgada e outras Estabilidades*. DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 144-5.

<sup>506</sup> WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: DPJ, 2005, p. 129-39.

Silva<sup>507</sup>, que estabelece como único critério possível para a distinção a imputação normativa: algumas decisões, e é a regra, são aptas a se definitivizarem; outras, por expressa ressalva legal, não têm tal propensão. É o caso da totalidade das decisões dadas no âmbito do sistema de tutela provisória do CPC (arts. 294-311), isto por força do art. 296 e, em consequência, o art. 298.

Pois bem. Se há decisões que, por se submeterem ao crivo do art. 494, CPC, não podem, logo que proferidas, ser alteradas e se há decisões que a tal disposição não se submetem, reconsideráveis são as do segundo do tipo. O pedido de reconsideração, portanto, é meio de impugnação adequado a decisões dadas a título provisório, e apenas a elas.

Trata-se de demanda impugnativa sem forma propriamente definida<sup>508</sup>. Deve ser dirigido por petição ao juiz da decisão impugnada. Seu fundamento, embora não seja necessariamente o mesmo dos do recurso, não pode ser uma simples *liberdade* de revogar ou mesmo modificar a decisão: é necessário que a justificação da *decisão reconsideratória* se dê em algo que ainda não tenha sido alvo de análise pelo juiz. Isto, porém, diversamente do que aduzem alguns, como José Joaquim Calmon de Passos<sup>509</sup>, não faz com que decisões revogáveis/modificáveis sejam aptas a formar coisa julgada<sup>510</sup>. Sem prazo para ser deduzido, deve-se entender

---

<sup>507</sup> SILVA, Beclate Oliveira. *A Cognição no Mandado de Segurança sob o Prisma da Dialógica de Mikhail Bakhtin*. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito do Recife. Recife, 2011, p. 264.

<sup>508</sup> José Alexandre Manzano Oliani define o pedido de reconsideração de modo similar: como “meio atípico de impugnação” (*O Contraditório...*, op. cit. p. 145).

<sup>509</sup> PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1984, v. 10, t. 1, p. 233-34.

<sup>510</sup> Sobre o tema, pede-se vênica para transcrever algo já dito alhures: “Por menor que seja, toda decisão – até mesmo aquelas antecipatórias da tutela – tem um dizer. No caso destas, o dizer é relativo à pretensão processual a antecipar, que tem o Estado-juiz como sujeito passivo, obrigado a prestá-la. A parte constatativa (o *dictum*) das decisões antecipatórias da tutela, que tem na ideia de “antecipação da cognição” de Pontes de Miranda sua base epistêmica, é comumente ignorada pela processualística brasileira em geral. Dentro de seus limites quantitativos e qualitativos, este estudo pretende fazer dela sua premissa analítica. Por óbvio, a indiscutibilidade do dizer impede que ele seja reprocessualizado, no sentido de voltar a ser discutido. Seja ele voltando como objeto a ser declarável, hipótese em que não poderá ser analisado (dito efeito negativo da coisa julgada), seja ele voltando como premissa para o julgamento, hipótese em que deverá ser considerado tal como o foi (dito efeito positivo da coisa julgada). No entanto, e o mais relevante, é entender que toda discutibilidade não é um fim em si mesma. Ela serve de base para outras consequências processuais possíveis. Mesmo na ação preponderantemente declaratória (dita, erroneamente, “meramente declaratória”) a discussão judicial serve a algo: no caso, a criação de certeza jurídica sobre o dito e, daí, possíveis efeitos práticos disso, como o impedimento à prática de qualquer agir que atente contra a declaração. A discutibilidade pode servir, desse modo, à mutação de outras eficácias sentenciasais.

que, ao longo de toda a litispendência perante o juiz da decisão, é possível a impugnação pelo meio ora em análise.

Quanto à sua relação com o recurso, não há incompatibilidade. Não há também – não aprioristicamente – condicionamento da reconsiderabilidade pela recorribilidade. O resultado, contudo, do pedido de reconsideração tem a força de tanto ser fato extintivo do direito ao recurso, caso este ainda não tenha sido interposto, ou do esvaziamento de seu objeto (falta superveniente do interesse recursal), em tendo havido a interposição.

Por fim, bastante similar ao pedido de reconsideração é o chamado *efeito regressivo do recurso*. Trata-se da possibilidade de, por força da interposição do recurso, requerer ao juiz da decisão recorrida a retratação. Por isso, o recurso é pressuposto para o manejo do pedido de retratação, que, se nalguns casos, acaba por coincidir com o pedido de reconsideração (como nos agravos contra decisões dadas a título provisório, art. 1.015, II, CPC), noutros, é formalmente distinto, por força da possibilidade de retratação naquilo que não é reconsiderável. É o que acontece com o pedido de retratação em virtude tanto de recurso de apelação como

---

Nas decisões no âmbito das tutelas provisórias, por exemplo, por não haver indiscutibilidade, é possível, nos moldes do *caput* do art. 296, CPC/15, alterar a situação estabelecida, seja para revogar, seja para modificar. Válido frisar que, com a ressalva da eficácia declaratória-base da sentença, todas as outras são mutáveis por variados motivos. A indiscutibilidade da coisa julgada não é óbice a isso. Eis a razão de ser equivocada – não obstante a literalidade da disposição legal, no caso o art. 502, CPC/15 – a ideia de ter a imutabilidade da sentença (mais propriamente, de suas eficácias) como decorrência da coisa julgada. Se o condenado paga, a eficácia condenatória da sentença se esvai sem que isso atente contra a coisa julgada. Se ocorre o advento do prazo de prescrição, resta neutralizada, com o devido exercício da exceção de prescrição pelo condenado, a eficácia executiva da sentença, algo que, igualmente, não atenta contra a coisa julgada. São exemplos que não nos permitem dizer o contrário. A indiscutibilidade do *dictum* impossibilita tão-somente que as demais eficácias sentenciárias sejam alteradas pela constatação de inexistência daquilo que foi declarado. Pela ocorrência daquela, este sequer pode ser reanalisado. O único meio de rediscutir é por intermédio do desfazimento da eficácia declaratória-base, algo que, no direito processual civil brasileiro, só pode ocorrer mediante ação rescisória (a qual, no processo penal, tem como correspondente a revisão criminal). Rescinde-se, como bem coloca Pontes de Miranda<sup>510</sup>, a coisa julgada formal (e, com isso, a material), ressuscitando-se, desse modo, a litispendência. Impende destacar que as ações de nulidade e ineficácia da sentença não têm a ver com a indiscutibilidade, pois a sentença nula e a ineficaz não geram coisa julgada. Além do mais, é importante ressaltar que a indiscutibilidade se dá no sentido de não se poder reprocessualizar a questão decidida para impor ao beneficiário dela algo diverso do que obteve. Nada impede, porém, que, por acordo, (claro, desde que transacionável seja o benefício auferido), o beneficiário transacione sobre aquilo que a sentença lhe proporcionou ou, até mesmo, dele renuncie. A eficácia de coisa julgada não impede a negociação sobre a eficácia da sentença. Pode-se dizer, com isso, que a sentença com força de coisa julgada material tem o nível mais alto de estabilidade, nível este causado pela indiscutibilidade” (GOUVEIA FILHO; PEIXOTO; COSTA, op. cit., p. 560-62).

o de agravo contra decisões a título definitivo (de que são exemplos as do inciso I do mesmo art. 1.015).

### 3.2. Recurso e defesas impugnativas

Há defesas que servem à impugnação. Não que uma defesa possa em impugnação consistir. Já se viu que quem defende o faz contra um pedido cujo resultado a si pode se voltar. Defende-se, acima de tudo, contrapondo-se às afirmações que baseiam tal pedido. Uma defesa é, por essência, um ato de negação. Logo, a impugnação pode ocorrer *numa* defesa; mas não é propriamente uma delas. É o que se dá, por exemplo, quando numa contestação o réu formula pedido de reconsideração.

Há algumas defesas, porém, que vêm em forma de demanda. Isto é, toda a matéria de defesa, por força de especialização procedimental, acaba por ter se deduzida num ataque. Não um ataque diretamente ao pedido feito contra o defendente, mas sim um ataque em impugnação. Essas defesas acontecem em procedimentos em *antecipação de cognição*<sup>511</sup>, nos quais, como decorrência do próprio juízo de admissibilidade, profere-se uma decisão contra o réu. É o que, por exemplo, se dá no procedimento fundando em título executivo extrajudicial, no procedimento monitório. Ao réu cabe embargar, isto é: insurgir-se à decisão contra ele proferida. Portanto, muito embora formalmente sejam uma demanda, os embargos constituem a defesa do réu, provisoriamente condenado<sup>512</sup>. Em relação aos recursos, esses embargos – especialmente, dado o efeito suspensivo que lhes é inerente – acabam por serem uma forma de esvaziamento prévio do interesse recursal: como tudo aquilo que poderia ser obtido por intermédio do recurso, pode sê-lo de um modo mais simples pelos embargos, poder-se-ia falar em desnecessidade do meio recursal, embora a *necessidade da tutela jurídica*, exatamente por isso, esteja presente. No mínimo, em casos como o dos embargos monitórios, há desnecessidade no recurso de formular pedido de efeito suspensivo.

---

<sup>511</sup> Expressão devida a Pontes de Miranda, já referenciada alhures.

<sup>512</sup> Nesse sentido, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, t. 10, p. 168.

Um desses embargos, porém, merece destaque: os de terceiro. Também em forma de demanda, servem de defesa ao terceiro que foi atingido (ou está por sê-lo) em seu patrimônio por decisão judicial. Esse aspecto defensivo transparece em algumas disposições legais, como o § 4º do art. 792, CPC, que impõe a necessidade de intimação do terceiro beneficiário do ato para se poder discutir a ocorrência de fraude à execução. O destaque aos embargos de terceiro se deve ao fato de eles poderem concorrer com o meio recursal. O terceiro, até por não ser parte, já pode se insurgir diretamente a órgão superior, por intermédio de recurso de terceiro, não obstante os problemas redacionais do art. 996, CPC, vistos no capítulo anterior.

Um último detalhe importante na relação desses meios impugnativos com os recursos é o fato de, por consistirem numa defesa do sujeito atingido pela forma de demanda, acabam, obliquamente, impedindo a consumação do trânsito em julgado da decisão impugnada. Por serem demanda, terão de ser julgados e, do julgamento, possibilita-se por intermédio do recurso adequado a renovação<sup>513</sup> de toda a matéria deduzida. Eis um fator que, ao menos de *lege ferenda*, pode servir para se estabelecer a não recorribilidade imediata referente a decisões impugnáveis por embargos defensivos. Não obstante, sendo possíveis ambos os meios, é de se frisar que os últimos não têm o condão de impedir a ocorrência da preclusão do direito de recorrer contra a decisão embargável. Ultrapassado o prazo recursal, precluso estará tal direito.

---

<sup>513</sup> O termo renovação é, inclusive, tradicional na processualística. Utiliza-o, por exemplo, GUIMARÃES, Luiz Machado. Efeito Devolutivo da Apelação. *Estudos de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, 1969, p. 217: “não se trata de recurso tendente à reparação de um vício, mediante a rescisão da sentença, mas de recurso tendente à renovação (ou reexame) do precedente processo”. Já Jorge Americano fala de algo como que uma função reiterativa do recurso, que, a seu ver, têm a ver a apelação e os embargos, *Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1960, v. 4, p. 4. (lembrando que o autor escreveu ao tempo do CPC/39, afora escritos anteriores referentes ao CPC do Estado de São Paulo). Crê-se que essa reiteração tem a ver com a renovação de que aqui se trata. No mesmo perfil é a ideia de *novo exame dos autos defendida*, por exemplo, por SANTOS, J. M. Carvalho. *Código de Processo Civil Interpretado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1941, v. 9, p. 200. Por fim, também a partir de uma base etimológica, ressalta o viés de *retorno* (“correr para trás ou correr para o lugar de onde veio”, nas suas palavras) do meio recursal, SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 1, t. 1, p. 319.

### 3.3. Recurso e ações (materiais) impugnativas

De um simples pedido de suspensão à ação rescisória<sup>514</sup>, levando-se em conta o aspecto propriamente acional, são muitas as ações de impugnação. Além dos dois, destacam-se, em espécies: ação modificatória, ação de invalidade (dentre as possibilidades, a anulatória de decisões homologativas), ação declaratória de inexistência de decisão, ação de nulidade da sentença (*querela nullitatis insanabilis*), ação declaratória de ineficácia decisional, ações contidas no § 5º do art. 304, CPC, e, até mesmo, a arguição de descumprimento de preceito fundamental pode servir para impugnar decisões judiciais. Todas diferem do recurso pela própria substância: ele é demanda (ato postulatório); elas, ação de direito material. Quando se fala, por exemplo, de ação rescisória não se está a tratar da demanda que a veicula, muito menos do procedimento em que esta última se insere; reporta-se sim ao aspecto eficaz: trata-se de ação para rescindir (forma de desconstituir) uma decisão. Logo, são menos análogas aos recursos que as defesas impugnativas e mais ainda que as demandas impugnativas.

Não obstante, guardam similitudes e, de algum modo, relacionam-se com o recurso. A rescisória, a ação de nulidade da sentença, a modificatória, as declaratórias de inexistência e ineficácia de decisão, por exemplo, dependem ou da impossibilidade ou da não mais possibilidade de ser o julgado impugnável recorrível. O pedido de suspensão<sup>515</sup> pode ser formulado independentemente de recurso (§ 6º do art. 4º. da Lei n. 8.437/92), mas também pode existir de modo concomitante com um e, em hipótese alguma, é, conforme o mesmo dispositivo legal citado, condicionado pela decisão recursal<sup>516</sup>. O próprio pedido de efeito suspensivo feito

---

<sup>514</sup> Tratam a ação rescisória como uma demanda, dentre outros, CÂMARA, Alexandre Freitas. *Ação Rescisória*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 19; e, não obstante defenda a existência da ação de direito material (âmbito no qual encontra-se a ação rescisória) SILVEIRA, Marcelo Pichioli da. *Ação Rescisória*. São Paulo: LUALRI, 2017, p. 23.

<sup>515</sup> Nega a natureza acional ao pedido de suspensão, sustentando ter ele natureza de incidente processual, RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Suspensão de Segurança*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 87 e segs. Não obstante, o fato de ser incidente processual não revela a natureza daquilo que justifica o pedido (a situação jurídica material deduzida), mas sim apenas o meio processual. Quando se alude ao pedido de suspensão – tal como ocorre na ação rescisória, por exemplo – não se mira no meio processual, mas sim na natureza da materialidade deduzida: suspender e rescindir são possibilidades referentes ao direito material, não ao mecanismo processual em si.

<sup>516</sup> O pedido de suspensão (tal como o pedido de efeito suspensivo cumulado ao pedido recursal) tem natureza preventiva, mais especificamente, quando baseado no perigo de dano (ou algo análogo), natureza cautelar. Trata-se de lição já bastante conhecida na processualística (por todos, VENTURI,



em cumulação com o pedido recursal ou vinculado a um recurso consiste numa ação do tipo ora em análise e, com o recurso (mais propriamente, com a ação recursal), relaciona-se em acessoriedade.

Até por sua própria natureza, as ações impugnativas têm mais a ver com a ação recursal que propriamente com recurso. Do mesmo modo que a ação de nulidade tem a força de desfazer a decisão nula, isso pode ser feito por intermédio do recurso. Observe-se: não em virtude dele mesmo, mas sim por aquilo que ele deduz: a *ação impugnativa*, que se faz *recursal* por força de seu móvel. Uma dessas ações, porém, guarda similitude com o recurso em si. Trata-se da ação rescisória. Isto porque o resultado de sua procedência (quanto ao *ius rescidens*) é a *ressureição* da litispendência finda pelo trânsito em julgado da decisão rescindida<sup>517</sup>. O que decorrerá disto vai depender das circunstâncias do caso. Daí porque Pontes de Miranda, desde sempre, dizer que a ação rescisória volta-se contra a coisa julgada formal<sup>518</sup>. O recurso, como se sabe, igualmente diz respeito à litispendência, que, por força dele, se mantém. São análogos: ela é restaurativa da relação processual referente à decisão impugnada; ele, mantenedor dessa relação. Frise-se que tal analogia não é entre a ação recursal e a ação rescisória, mas sim entre esta e o próprio recurso: é o efeito precípua dele que, mantendo a litispendência, permite a reanálise do que foi decidido, algo possibilitado pela procedência do pedido rescindente. Logo, neste aspecto, a ação rescisória é proporcional ao recurso.

Enfim, a relação de cada um dos meios impugnativos acima com o recurso é algo que pode ser objeto de uma análise própria. Deixa-se aqui o início desse caminhar.

---

Elton. *Suspensão de Liminares e Sentença Contrárias ao Poder Público*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 65 e segs.), muito embora, talvez por não fazer a devida distinção entre *preventividade pura* (na qual o perigo é *suposto* por lei ou por outra fonte de norma processual adequada) e *preventividade em urgência* (na qual o perigo há de ser real, sendo, ao menos na sistematização que recebe no CPC, a *cautelaridade* uma das hipóteses), sustente, indistintamente, a natureza cautelar do meio.

<sup>517</sup> “A ação rescisória vai, exatamente, contra a eficácia formal de coisa julgada: quebra essa muralha de eficácia formal, já está o processado, a relação jurídica processual, que a preclusão fechara e fizera cessar; exsurge, não se reabre, o juízo rescisório não é reinstalação, mas volta à vida, ressureição. Não se reconstrói a casa, que se fechara; abre-se a porte (= destrói-se a sentença) e reocupa-se a casa”, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado da Ação Rescisória*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 173.

<sup>518</sup> *Ibidem*.

### 3.4. O (complexo) problema da remessa necessária

Diante se está daquele que é possivelmente o mais polêmico dos meios de impugnação. Tanto por questões referentes à sua natureza jurídica como por sua suposta (falta de) isonomia, a *remessa necessária* não é tema que passe incólume por quem o analise. Mas, em verdade, há nela natureza impugnativa? A solução a essa questão é determinante até mesmo para que se possa comparar a remessa ao recurso. Antes de tudo, é preciso descrever sua ocorrência, a fim de que, tendo uma ideia de sua realidade, se torne possível dizê-la pertencente ou não a determinado gênero. No caso, se ela é uma impugnação ou não.

Nesse sentido, a remessa consiste num ato praticado pelo juiz da decisão pelo qual se determina que a causa, já julgada, siga à análise de outro órgão judicial, mas que de grau superior. Logo, a causa segue para uma reanálise, um reexame, uma reapreciação. Daí se falar de *reexame necessário*. Muitos não o diferenciam a remessa do reexame<sup>519</sup>. São coisas distintas, contudo. A remessa é apenas aquilo que possibilita o reexame. O fim propriamente é o segundo, sendo ela o meio para tanto. Ademais, embora o juiz tenha o dever de ordená-la, em verdade, não precisa ocorrer, visto que, dada a inércia judicial, à autoridade superior cabe avocar o processamento da causa (§ 1º do art 496, CPC). A chave para a compreensão do problema passa, portanto, pela diferenciação da remessa do reexame.

O recurso, como já se sabe e será mais bem delineado abaixo, possibilita a reapreciação da questão decidida. O reexame desta, portanto, é algo ínsito àquele. Isto, porém, não porque ele constitua um “segundo tempo” na análise judicial, mas sim porque, simplesmente, ele é impugnativo da decisão. A reanálise no recurso, como se sabe, é produto da inovação causada por ele.

Com o reexame ocorre algo distinto: a decisão precisa ser avaliada. É necessário ressaltar uma obviedade: não é a decisão que é reexaminada, mas sim,

---

<sup>519</sup> Mas há os que, com acerto, o fazem, como MAZZEI, Rodrigo dos Reis. A Remessa “Necessária” (Reexame por Remessa e sua Natureza Jurídica). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e Assuntos Afins*. NERY JR., Nelson; ALVIM, Teresa Arruda (coords.). São Paulo: RT, 2011, v. 12, p. 418-20; PIMENTEL, Alexandre Freire. Análise Histórico Comparativa da Remessa Necessária (II). *Revista Brasileira de Direito Processual*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, v. 94.

sendo o caso<sup>520</sup>, a matéria decidida. O reexame assume, por isso, um viés de *necessidade*, como que um ônus processual. Não um ônus jurídico no sentido de necessidade de um agir para algo (sob a pena de sofrer pelo não agir), como o é o próprio ônus de recorrer; ônus por *ser um peso sobre*, sobre o tipo de ação cuja matéria que a compõe submete-se, por força da lei, a reexame, isto é: a uma dupla análise<sup>521</sup>. Por isso, o nome duplo grau de jurisdição necessário lhe é bastante adequado<sup>522</sup>. Já foi assim com as ações de nulidade e invalidação do casamento; continua a sê-lo em outros casos, especialmente o das ações contrárias à Fazenda Pública, com as podas legalmente estabelecidos, claro.

Desse modo, a remessa tem natureza de ato em cumprimento de dever<sup>523</sup>; o reexame, que dela não depende, de necessidade, um ônus sobre determinados tipos de ação.

Por isso, fica afastada a suposta natureza impugnativa do reexame necessário e, desse modo, a natureza recursal: conquanto similar ao recurso pelo *fim* (ambos possibilitam a reanálise da matéria decidida), diferem quanto à *forma substancial*: não são espécies de um mesmo gênero. Por outro lado, em virtude da necessidade que lhe é essencial, o reexame condiciona<sup>524</sup> o trânsito em julgado<sup>525</sup>.

---

<sup>520</sup> Sendo o caso porque, no reexame, a decisão pode vir a ser invalidada, de modo que, ao menos formalmente, não irá haver reapreciação da matéria decidida.

<sup>521</sup> Não se trata, porém, de dizer ser o reexame necessário a última etapa de um ato complexo, no sentido mais *administrativístico* do termo. No ato complexo, cada decisão proferida é parte de um todo: por exemplo, o STJ escolhe, dentre os inscritos, cinco pessoas para compor a lista necessária ao preenchimento da vaga nele existente (de qualquer um dos *terços institucionais* que o compõem). A lista segue ao Presidente da República (PR) para a devida escolha. O ato do STJ não é uma deliberação revisível pelo PR; é a primeira etapa da deliberação final para o preenchimento da vaga. No ato complexo, enfim, o ato anterior da autoridade anterior é autônomo em relação àquele que lhe vem depois. Definitivamente, não é isto que, pela própria definição, se dá com o reexame necessário.

<sup>522</sup> Nesse sentido, valendo-se de tal nomenclatura, PIMENTEL, op. cit.

<sup>523</sup> O ato do juiz de determinar a remessa, conquanto seja em cumprimento de dever, não é em si uma decisão. Devendo, prioritariamente, ser praticado na própria (no sentido de no mesmo ato) decisão reexaminável, não consiste numa resolução de questão, critério que, conforme se demonstrou no capítulo passado, é o adequado para diferenciar a decisão dos demais pronunciamentos. Não obstante, a determinação da remessa quando não é caso para tanto constitui, dada erronia na percepção da realidade, autêntica decisão. Dizer que há necessidade de reexame (que é exatamente o que o juiz faz ao determinar a remessa) implica impedir a ocorrência do trânsito em julgado: a ordem de remessa (ou, no mínimo, a declaração da necessidade dela) verdadeiramente *cria* um impedimento a ele, pois desfaz o efeito que se dá pela simples incidência da regra estabelecida da necessidade do reexame. Já o não determinar a remessa é omissão decisória passível de ser suprida por uma simples petição, não há qualquer *necessidade* do meio recursal.

<sup>524</sup> Há certa celeuma entre aqueles que, enfrentando o tema, defendem não ser o reexame necessário uma condição. Não que ele assim o seja; mas há erro nesses autores quando tentam

Nisto, equivale ao recurso, posto que, neste, o condicionamento dependa do agir do recorrente; naquele, é algo inerente à própria estrutura da ação posta para julgamento. Frise-se que esse condicionamento não se dá com o ato do juiz que declara a necessidade do reexame e, conseqüentemente, determina a remessa, mas sim pela simples incidência da regra que o estabelece. Caso o juiz quede-se inerte, a decisão ficará como que num limbo, pois nem se encontra *em processo* para ser reexaminada, nem transita em julgado. Cabe ao interessado, por simples petição, provocar o juiz sobre a necessidade do reexame.

De igual forma, não se pode dizer como agir recursal o ato de remessa para reexame. Não porque consista no exercício de um dever: é possível direito a recurso preenchido por obrigatoriedade, e não facultatividade, de modo a ser um *direito-dever* (caso, por exemplo, do recurso interposto pelo curador especial); mas sim porque simplesmente o ato judicial de determinação da remessa não é uma postulação: o juiz não pede, nem para o beneficiário da remessa. Muito menos há impugnação<sup>526</sup>: a decisão não é atacada; é posta para ser reexaminada. O ato de remessa é nada mais que exercício do *dever de impulso oficial*, tanto que

---

negar tal natureza dizendo que, ao contrário da condição prevista no art. 121, CC, o reexame é um evento futuro e *certo*, o que o aproxima do *termo*. O sentido do termo condição empregado para se referir ao reexame é de condição como algo *necessário* a outro, tal como um requisito. No caso, o reexame é necessário ao trânsito em julgado da decisão reexaminável. Ademais, consoante defende Pontes de Miranda, há condições outras para além da regulada na legislação civil, compõem o que se chama de *conditio iuris* (Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1974, v. 5, p. 97-9).

<sup>525</sup> Condicionar o trânsito em julgado nada que tem com condicionar a eficácia da decisão reexaminável. O condicionamento da eficácia é possível no reexame, mas não necessário, tanto que, como bem identificaram Leonardo Cunha e Fredie Didier Jr. (*Curso...*, op. cit., p. 489), em algumas hipóteses ele não se dá. Já o condicionamento do trânsito em julgado é essencial ao reexame: do contrário, tendo, com o trânsito em julgado, se tornado definitiva, como se poderia dizer reexaminável a decisão? Não obstante, o reexame não pode ser definido por isso, já que se trata de uma propriedade dele, não da essência: não é que ele *seja* (a) condição ao trânsito em julgado; ele *a produz*. Só isso é bastante para mostrar o desacerto analítico de trabalhos como o de Jorge Tosta (*Do Reexame Necessário*. São Paulo; RT, 2005), que, numa monografia sobre o tema, depois de esforço argumentativo para rechaçar posições opostas, acaba por definir o reexame como *condição de eficácia*. De modo similar, SIMARDI, Cláudia A. Remessa Obrigatória. *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos*. ALVIM, Eduardo Arruda; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.) São Paulo: RT, 2000, p. 125-27. Tais autores, ousando investigar a fundo a natureza jurídica de determinando *ente jurídico*, a ponto de tecerem críticas contundentes aos que se posicionam de modo diverso, acabam caindo na armadilha de definir algo por aquilo que lhe é meramente accidental. Nada se diz sobre a essência do reexame necessário ao enquadrá-lo como uma condição de eficácia, porque esta é apenas uma qualidade (logo, simples possibilidade) dele.

<sup>526</sup> Pontes de Miranda, que defende a natureza recursal da remessa, afirma que a impugnação dá-se por força de lei a partir do ato de impulso promovido, ao menos a princípio, pelo juiz da decisão (*Comentários...*, op. cit., v. 5, p. 217).

substituível pela medida já mencionado § 1º do art. 496, caso o juiz quede-se inerte.

Costuma-se invocar para a negação da natureza recursal à remessa uma série de argumentos, todos eles referentes a *aspectos acidentais* do recurso, tais como: ausência de dialeticidade, inexistência de tempo fixado para a prática do ato, ausência de voluntariedade (no sentido de agir em facultatividade). Não que isto interfira nas conclusões obtidas acima, mas é válido ressaltar a fim de mostrar o quanto, muitas vezes, a análise da natureza jurídica de algo é metodologicamente equivocada: em vez de ir ao elemento que caracteriza a essência do ente, foca-se em dado acidental. O recurso não é como tal porque é fundado na dialética (entre a tese da decisão e antítese do fundamento recursal), tanto que a ausência de fundamentação recursal implica a debilidade do ato, não um óbice à sua *geração*. De todos os argumentos acima, o único que pode ser levado em conta – muito por força de uma *razão prática* – é o da tempestividade, pois todos os atos processuais precisam ter prazos fixados. Observe-se, porém, que, bem vistas as coisas, não é que a remessa necessária não tenha prazo para ocorrer: tem-no, tanto que, caso não se dê, ao tribunal competente para o reexame imputa-se o *dever de advocação*: o que não tem prazo é o reexame, pois este condiciona o trânsito em julgado: enquanto não ocorrer, o processo fica como que num *limbo inercial*. Fala-se, além disso, que não há legitimados na remessa. Nada em direito, como em qualquer *ação prática*, se dá sem legitimados, no sentido de sujeitos *referenciados* ao ato. Quer na remessa quer no reexame há esses sujeitos: nela, o juiz da decisão e, caso se dê a aludida inércia, o tribunal em seu órgão competente. O juiz é legitimado no sentido mais próprio deste termo: o de titular, no caso, do dever de remeter; nele, o autor da ação onerada e, de algum modo, o beneficiário da remessa. Eis, enfim, um ótimo exemplo para mostrar (no sentido aristotélico do termo) como o estudo de temas mais analíticos precisa de maior acuidade por parte de muitos.

#### **4. O recurso em seu acontecimento**

Eis o momento de analisar a ocorrência do recurso em si mesma. Não se trata, porém, de uma análise estática – de resto, já feita acima: há de se observá-lo em seu acontecimento, o que significa examinar a sua formação. Isto em termos do marco teórico deste trabalho refere-se ao estudo do fato jurídico que o sistema

denomina de recurso. Nesse sentido, seguindo com o movimento iniciado com a descrição, feita no capítulo anterior, da potência recursal, passe-se à análise da formação do ato recursal. Isto é, há de descrever tal movimento propriamente: dela a ele. Trata-se de uma mudança de tipo geracional (formação), tal como antecipado no capítulo primeiro.

Poder-se-ia, numa linguagem mais afeita à processualística em geral, dizer que o que aqui se objetiva é o estudo do *juízo de admissibilidade do recurso*. De outro modo, agora numa linguagem própria à obra de Marcos Bernardes de Mello, que se estaria a querer estudar os pressupostos de existência, validade e eficácia do ato recursal. Não que essas perspectivas não tenham que ver com o propósito deste empreendimento, apenas a análise, além de ter suas peculiaridades, será baseada, quanto ao primeiro caso, no recurso em sua ocorrência, e não em algo que lhe pós-cede: a decisão sobre sua admissibilidade; quanto ao segundo, o que de fato importa é a ocorrência em si do recurso, e não o estudo de todas as suas qualidades (e, inversamente, de seus déficits). Pretende-se (de)mostrar o ato recursal puro e simples, o que equivale à existência jurídica no modelo bernardiano. O que nele, porém, é tido por existência do fato jurídico, aqui será tratado como a própria formação deste último, até porque, mais uma vez invocando o capítulo inicial, formação do fato jurídico e existência jurídica são, em suma, a mesma coisa. A existência não é uma consequência do fato; é o próprio.

Não obstante, descrita a formação, será aberto um espaço à análise do problema da ineficácia e, conforme o caso, da invalidade do recurso. Como já se sabe, este não é um trabalho para estudá-lo como um ente perfeito; tampouco para estudar seus efeitos. Embora não seja também um estudo próprio sobre sua impotência e sua debilidade, a ocorrência impotente e debilitada do recurso é relevante, na medida em que ambas são possibilidades contidas na potência recursal.

#### **4.1. A formação do ato jurídico recursal**

Se, como já se sabe, recurso é um fato jurídico, falar de sua formação significa descrever os elementos que são indispensáveis à sua existência, no sentido mais próprio desta. Na linguagem adotada neste trabalho, o problema é

referente aos elementos nucleares do fato jurídico em questão. Isso poderia ser feito de modo mais simples se já passasse à (mera) descrição desses elementos. Ocorre que, além de isso não seguir o fio condutor desta tese, a simples catalogação desses elementos não explica propriamente a natureza das coisas. Ademais, não se está a fazer aqui uma análise dos pressupostos recursais em si; a relevâncias deles está na proporção que têm a ver com a formação do recurso.

Em rigor, toda análise da formação de um fato jurídico deve basear-se na seguinte pergunta fundamental, isto é: o que ele é? É preciso identificar o ente para, após, tentar revelar sua causa. Nesse sentido, sabe-se que, mais do que fato jurídico, recurso é ato. Se assim o é, já se está diante de um dado relevantíssimo: ao contrário do *fato jurídico recursal*, visto no capítulo passado, o recurso necessita do agir de alguém. Ele não é algo que meramente se refere a um sujeito; por este é verdadeiramente causado. É o ato, portanto, o elemento base da formação do recurso.

Isto, porém, por consequência direta revela um problema: já que ato, o recurso seria do tipo ato jurídico ou seria, se não um próprio, causado por um ato-fato jurídico? Está-se, com isso, diante da primeira das questões levantadas quando, no âmbito análise da natureza jurídica do recurso, se aludiu à ideia de *voluntariedade*.

Há quem defenda existir no recurso um ato-fato jurídico (processual, mais especificamente), que consistiria no ato de interposição<sup>527</sup>. Sem entrar aqui em problemas de perfil consequencial, do tipo: “é fundamental entender-se o recurso como ato-fato jurídico a fim de que seus efeitos sejam irreversíveis”. O que importa apenas é a viabilidade analítica do intento. Para tanto, só há duas possibilidades: *i)* ou se separa o recurso do ato de sua interposição, de modo que, sendo substâncias distintas, podem ter naturezas diversas; *ii)* ou se entende o todo do recurso como um ato-fato jurídico, o que implica descaracterizá-lo como ato postulatório. Esta possibilidade é totalmente absurda pelo simples fato de no recurso haver pedido; não se trata de um simples agir; há manifestação de vontade, e declarada. Ao

---

<sup>527</sup> Nesse sentido, MACÊDO, Lucas Buri de. *Objeto dos Recursos Cíveis*. Salvador: JusPODIVM, 2019.

menos que se diga (e prove-se!) que o ato-fato jurídico é composto de manifestação de vontade<sup>528</sup>, a possibilidade em questão é completamente despercebida de sentido. O ponto (ii) necessita de uma análise à parte.

A separação apontada, para ser viável, deve se basear no seguinte: uma coisa é o agir em si; outra, o resultado que dela advém. Nesse sentido, o recurso seria o resultante do ato de sua interposição. Tal como um contrato de locação seria o resultante do ato de sua celebração. Não obstante certa engenhosidade nessa construção, ela funda-se num equívoco. Claro, tanto o recurso quanto o contrato são resultantes, não de um agir jurídico que consista em sua ocorrência, mas dos suportes fáticos juridicizados que lhes causam, como em qualquer fato jurídico. Essa aparente separação entre a ocorrência do ato (tido, no caso do recurso ao menos, como ato-fato jurídico) e o ato jurídico em si decorre de uma má compreensão da realidade. Como dito no primeiro capítulo, salvo nos atos complexos, os fatos jurídicos são marcados por *punctualidade*: eles ocorrem, e *como que ficam* no momento da ocorrência, quem sobeja não é algo deles em si, mas, em verdade, outra substância: o efeito que deles resulta. Uma coisa, portanto, é o contrato de locação, outra, a obrigação que dele resulta; do mesmo modo com o recurso e a relação jurídica que dele exsurge, esta continente dos chamados *efeitos recursais*. Relembre-se que, esse *ficar no momento* de sua ocorrência, não significa o desfazimento do ato, sua retirada do mundo jurídico, especificamente; é apenas a essência de sua *punctualidade*. Tanto isso é verdade que todo ato praticado após a ocorrência do recurso – como, especialmente, sua alteração e sua emenda - é *outro* ato, que, no máximo, ao recurso se agrega, porque este *lá* está: no *quando* de seu acontecimento. Não há, por tudo isso, como separar o recurso de sua interposição, esta é um aspecto do todo recursal: referente ao *tempo* dele.

Claro, a (*hipó*)tese da *ato-factuality* da interposição do recurso é “sedutora” por, *v. g.*, ser uma espécie de *fundamento seguro* para a defesa da irreversibilidade dos efeitos recursais produzidos e da irrelevância da manifestação da vontade à tal produção. Nem uma coisa e nem outra precisa, porém, de um arremedo jurídico para ser sustentada. Isto porque, no primeiro caso, basta dizer que o desfazimento

---

<sup>528</sup> Isto é: ser coisa diversa daquilo que, consoante descrito no primeiro capítulo, há tempos se diz que ele é. Tal como se, de uma hora para outra, se dissesse que *motocicleta* é, na verdade, *bicicleta*.



do recurso não produz eficácia retroativa quanto aos efeitos gerados (em verdade, quanto ao efeito básico: o de impedir à consumação do trânsito em julgado); no segundo, tal como se demonstrará quando da análise das *ações veiculáveis pelo recurso*, é suficiente dizer que o recurso (ou, mais precisamente, um fato que advenha no procedimento por ele iniciado) funciona como fato para anexação de uma eficácia, como se dá com o chamado *efeito translativo*.

Logo, descartada está a possibilidade de o recurso ser um ato-fato jurídico ou decorrer de um deles. Recurso é ato jurídico: mais, é, na forma já demonstrada alhures, um ato postulatório inicial, uma demanda, enfim. Com isso, estabelecido está o *elemento cerne* do suporte fático recursal. Faltam agora os *elementos completantes*.

#### **4.1.2. Os elementos completantes do suporte fático do recurso**

Como se sabe, esses elementos estão no próprio núcleo do suporte fático; em rigor, eles e o cerne são uma única *substância*. A separação neles é meramente lógica, não propriamente real. Nos atos postulatórios, como o recurso, isso fica muitíssimo evidente. Se, consoante visto acima, nele a demanda é o cerne, os demais estão presentes nela. Para verificar isso basta efetuar *como que* um desmonte dela. Nesse sentido, de que é composta a demanda?

Por ser ato, é causado por um sujeito que o pratica. Claro, a existência desse sujeito antecede ao próprio ato, mas para fins de ocorrência deste o que importa é a *presença* nele do sujeito praticante. Até porque o ato é porque alguém assim o fez. O sujeito é *causa eficiente* mas também *princípio* do ato. Exige-se, obviamente, em termos jurídicos que ele o seja de tal modo para o *direito*, que ele seja um *sujeito de direito*, logo *algo* que, dotado de capacidade para tanto, transforme-se em *alguém* no direito. Por isso se diz que a capacidade de direito ou jurídica é pressuposto do ato, porquanto pressuposto da própria condição subjetiva do praticante do ato. Em termos processuais, conforme já demonstrado, essa capacidade *traduz-se* na capacidade de ser parte, esta que, decorrente *factualmente*, coincide *normativamente* com aquela.

Mas os atos se diferenciam, já que espécies. Essa diferença refere-se à existência no ato no sentido de que esta, em verdade, é uma pertinência: algo pode sê-lo juridicamente embora não o seja como intencionalmente se pretendeu que fosse. Se alguém que pretende vender aceita coisa no lugar de dinheiro, troca; não propriamente vende. Nos atos postulatórios, a diferença está no pedido (ou, amplamente, requerimento) feito. Sem o pedido, não há ato *que seja possível como* postulatório, posto que possa pertencer de outro modo ao direito, como uma mera comunicação, por exemplo. O pedido é o próprio cerne, a bem da verdade<sup>529</sup>.

Mas o recurso não é uma simples postulação. Ele o é, na forma vista acima, em impugnação. Seu pedido, portanto, deve-se voltar contra uma decisão, que, muito embora possa não existir<sup>530</sup>, deve ser afirmada no agir petitório. Se assim não o for, o recurso refere-se apenas a uma ação originária qualquer.

Ocorre que não se trata de uma impugnação qualquer, há de ser nas *formas jurídicas* estabelecidas. Algo só existe como recurso se se referir a alguma das hipóteses legais previstas. Não o sendo, é um meio de impugnação outro. Nunca é

---

<sup>529</sup> Caso o ato inicial não contenha pedido, não há formação da relação jurídica processual, posto que haja, de algum modo, procedimento. O ato judicial de intimar o autor para, emendando a petição, acrescentar-lhe um pedido desenvolve-se ainda no âmbito (da relação jurídica) pré-processual. Nesse sentido, o pedido é necessário à existência da demanda e também da relação processual, conquanto, mesmo sem ele, em virtude de agir *qualquer* inicial, se forme o procedimento. Logo, a tão consagrada ideia de *pressuposto de existência do processo* deve ser vista em perspectiva. Algo, como o pedido, pode ser pressuposto *para* a existência da relação jurídica processual e não o ser quanto ao procedimento. Este, logicamente, sempre tem de ser iniciado, ou seja: ser resultante de um ato inicial, conquanto, em termos de pertinência, esse ato possa não ser uma petição. É de se registrar que, em análise deste tipo, acerta Fredie Didier Jr. quando coloca os pressupostos processuais em referência ao procedimento, daí ter dito, na defesa de sua tese doutoral, que o pedido não é necessário à existência, isto quando fora arguido por José Roberto dos Santos Bedaque (ver, para tanto, *Pressupostos Processuais e Condições da Ação*: o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 133, nota 69). Passou despercebido a Didier Jr., porém, que o pedido é necessário à própria demanda, que, para ele, é pressuposto de existência do processo. Ressalte-se que ele divide a demanda em duas: uma dita continente, ato de demandar; outra, conteúdo, a postulação (e seus fundamentos) em si. Aqui, não obstante certa engenhosidade, equivoca-se porquanto, talvez por não ter conhecimento de que, em direito, o existir é um pertencer, não pode haver ato de demandar (que, em rigor, é um ato de pedir) sem demanda, quando o que, verdadeiramente, ocorre num ato inicial sem pedido é uma simples missiva dirigida à autoridade julgante.

<sup>530</sup> Embora a existência de uma decisão seja necessária à formação do suporte fático do fato jurídico recursal, isso não implica que, interposto recurso contra um ato não decisório (como o despacho que determina ao autor a emenda da petição inicial), o recurso inexista. A decisão, nesse sentido, não é necessária à existência do recurso. O ato é recurso porque tem *forma* de recurso, e esta consiste, como visto acima, da impugnação recursal. Do mesmo modo que a alegação falsa de um crime é alegação, posto que infundada, a interposição de recurso contra um ato não decisório é existente, embora inadmissível. Rigorosamente, a existência *do ser* decisório no ato recorrido é pressuposto de eficácia do recurso interposto.

demais ressaltar: o não existir (como) recurso não implica não existir, mesmo juridicamente, de outro modo. Em direito, existir é um pertencer. No entanto, essa forma jurídica – que, analogamente, é uma *forma substancial* – está no ser do ato, e não no nome que a ele se dá. Em atos praticados de modo escrito, como o são os postulacionais, isso tem muita importância. Dessa forma, se se chama de *mandado de segurança a apelação*, isso não a desnatura como ato, conquanto a debilita.

De tudo isso, decompondo os elementos nucleares do suporte fático, obtém-se o seguinte: demanda (*cerne*), praticada por alguém que seja sujeito de direito (*completante*), em referência impugnativa a uma decisão (*completante*), de acordo com alguma das formas jurídicas estabelecidas (*completante*).

Ainda não é suficiente, pois, por ser ato comunicativo, o recurso precisa ser direcionado a alguém. Pode-se dizer – com base em certa sedimentação de uma teoria dos pressupostos processuais – que há outro elemento necessário à formação do recurso: a investidura jurisdicional do órgão a quem o ato é dirigido. Não é propriamente disso que se trata. O que é necessário à existência do ato não é um agente externo a ele, mas sim que, nele mesmo, haja referência a tal agente. Da mesma forma que a existência do sujeito praticante (e, especificamente, comunicante), a existência do sujeito receptor comunicado é aferível no momento da ocorrência do ato. De nada adianta existir um ente dotado do poder de analisar o ato (no caso, de jurisdição), se este àquele não se dirige. O que releva, portanto, é a *direção* dada ao ato, não apenas a existência exterior do ente ao qual se há de direcionar. Essa direção, obviamente, está no próprio ato.

Tudo isso, contudo, tem a ver com uma mera hipótese de ato. Falta o mais relevante de todos os elementos: a ocorrência dele. Ato só é quando ocorrido. Atuar é uma forma de fazer ocorrer. Os atos postulatórios, em geral, e as demandas, em particular, só o são quando praticados nas formas previstas. Não há demanda enquanto o texto a ela referente encontra-se num arquivo do *notebook* do postulante ou, impressa, numa gaveta no escritório deste último. Assim, a ação (no sentido processual) só é enquanto proposta; o recurso, enquanto interposto; a defesa, enquanto apresentada; os embargos, enquanto opostos etc. Como não poderia ser diferente, os atos jurídicos são determinados no tempo, é a mencionada

*punctualidade*. Para eles, o marco desta última é o protocolo, tanto o físico quanto o eletrônico. O erro no protocolo, quer quanto a informações nele contidas, quer quanto ao lugar mesmo dele, não interfere na ocorrência do ato, conquanto, em algum grau, a macule.

Eis, em síntese, a formação do recurso.

#### **4.1.2. O que significa a admissibilidade do recurso?**

Este trabalho não tem por objetivo analisar a admissibilidade do recurso, muito menos os pormenores acerca da decisão referente a ela. É indispensável, porém, diante de um tópico referente à formação do ato recursal, falar daquilo que é o resultante dessa formação: a admissibilidade do ato postulatório formado.

Sem dúvida, é dos temas mais robustos da processualística. A ele, só para ficar no âmbito nacional, já se dedicou importantes trabalhos, destacando-se, no geral, a tese doutoral de Fredie Didier Jr.<sup>531</sup> e, no específico, uma das teses de cátedra de José Carlos Barbosa Moreira<sup>532</sup>. Aqui, não se adere nem a posição de um nem a do outro, não como um todo.

Neste sentido, entende-se o conceito de *admissibilidade* na forma mencionada acima: como aquilo que resulta da formação do ato postulatório. Este existe para ser analisado. Eis sua *causa final*. Para tanto, faz-se necessário admiti-lo, isto é: declará-lo apto ou, noutras palavras, admissível.

Disto, pode-se extrair algumas conclusões: *i)* a admissibilidade não é do ato complexo como um todo, mas sim do ato postulatório que nele se encontra, sejam quantos forem. Por exemplo, havendo, além da petição inicial, contestação, há dois atos passíveis de admissão, cada um com suas propriedades; *ii)* a admissibilidade é uma potência do ato. Mais genericamente, uma qualidade sua; *iii)* daí a geração de um efeito, que consiste numa *pretensão processual* em favor do postulante: pretensão à admissão do ato; *iv)* não se trata de uma terceira qualidade do ato, além da validade e da eficácia; é exatamente uma eficácia, a de gerar o efeito acima.

---

<sup>531</sup> DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos...*, op. cit.

<sup>532</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Juízo de Admissibilidade...*, op. cit.

Isso, em termos de recurso, significa a produção do chamado efeito devolutivo<sup>533</sup>, tal como será visto no item referente à *ação recursal*; v) seu inverso: a inadmissibilidade, não pode ser tido como um estado irreversível. Não de modo *a priori*. Existem formas de *transformação (movimento quanto à qualidade)* do inapto em apto, cada vez mais gerais e expressas no ordenamento jurídico brasileiro; vi) ademais, a inadmissibilidade não ato não tem a ver necessariamente com a ineficácia total dele. Como dito, a admissibilidade é *uma* (das) eficácia(s).

Diante disso, impende demonstrar quando o recurso é inadmissível. O que implica ter de analisar o problema do recurso ineficaz e o do recurso inválido, nesta respectiva ordem.

#### 4.1.3. O problema do recurso ineficaz

No primeiro capítulo, já se aludiu à ineficácia em geral; no segundo, isto foi feito quanto aos atos postulatórios. Portanto, sabe-se que, de um modo geral, toda questão relativa à eficácia (e, inversamente, à ineficácia) deve ser observada em perspectiva: ao dizer ser ineficaz determinado ato, deve-se referir ao efeito que ele não é apto a produzir. Claro, é possível existir uma ineficácia total, ou seja, a falta de algo que importe a impossibilidade de o ato produzir qualquer efeito. Há, desse modo, a possibilidade de existirem pressupostos de eficácia referentes a determinado efeito e pressupostos de eficácia referentes à totalidade dos efeitos possíveis do ato. Essa diferenciação é bastante própria nos atos postulatórios, máxime nos recursos.

---

<sup>533</sup> Rigorosamente, o efeito devolutivo, que, como de praxe se diz: “devolve ao órgão recursal o conhecimento da matéria impugnada”, é gerativo de uma pretensão processual ao recorrente: ao de ter a matéria impugnada devidamente analisada pelo juiz do recurso, isto, consoante demonstrado acima, se o recurso for admissível. Não se trata de uma devolução por devolução; devolve-se para algo: para a devida análise da matéria devolvida, o que, em termos jurídicos, é referente ao conceito de *dever*. Um devolver gerador de um dever, portanto. Esse efeito não tem por objeto a manutenção da litispendência (dito efeito obstativo), embora esta última seja condição de possibilidade dele. Com a interposição do recurso, desde que haja o mínimo eficaz, a litispendência não cessa, o que permite que a matéria por ela envolvida (ou, numa linguagem mais afeita ao cânone deste trabalho, *atualizada*) seja reanalisada. Relaciona o efeito do recurso com um gerar dever, posto que, ao menos do que se percebe do texto, não relacione tal fato ao efeito devolutivo, aludindo a uma espécie de efeito de abertura do procedimento, DINAMARCO, Efeitos dos Recursos, op. cit., p. 29-30. Esse suposto efeito aludido pelo autor é, em verdade, o próprio efeito obstativo: ao impedir a cessão da litispendência, prossegue-se com a procedimentalidade; não obstante, ao contrário do entendimento do citado autor, nem sempre abrindo um novo procedimento, como já se demonstrou.

Consoante demonstrado logo acima, o recurso pode ser inadmissível, isto é, ineficaz para produzir o efeito relativo à admissibilidade, que, no caso, é o conhecido *efeito devolutivo* e tudo que o tem por base. Mas isso não necessariamente implica total ineficácia. No caso do recurso, mesmo inadmissível, há a produção do efeito fundamental: o de impedir a consumação do trânsito em julgado. Logo, todo pressuposto referente à admissibilidade não tem pertinência no que tange ao este último efeito, denominado, como cediço, de *obstativo*.

É necessário, desse modo, analisar cada um dos pressupostos, observando cada uma de suas peculiaridades, para saber se a não ocorrência deles acarretará e ineficácia e, em isto ocorrendo, qual delas. Não é tarefa que caiba a este trabalho, pelos seus próprios limites estabelecidos. Não obstante, pode-se apresentar alguns parâmetros.

Primeiramente, sabe-se que há pressupostos referentes apenas a eficácia, que nada têm com a validade. Como explicitado no primeiro capítulo, referem-se ao poder de praticar o ato. Portanto, antes de serem pressupostos para a eficácia deste último, são necessários à geração da própria possibilidade de atuar. Diante deles, há de se analisar se: *i)* dizem respeito à totalidade da eficácia ou a alguma específica; *ii)* seu preenchimento pode se dar posteriormente, de modo a pós-eficacizar o recurso. Nesses casos, do próprio ordenamento jurídico, extraem-se as seguintes conclusões: *i)* a tempestividade é um que abrange à totalidade da eficácia, porque o transcurso do prazo acarreta, além da perda do poder de recorrer e por isto mesmo, o trânsito em julgado. Logo, nem mesmo o *efeito fundamental* tem como ser produzido<sup>534-535</sup>; *ii)* a ilegitimidade do recorrido, além de não abranger à totalidade da

---

<sup>534</sup> Como cediço, Barbosa Moreira (*Comentários...*, op. cit., p. 263) arrola a *tempestividade* como *pressuposto extrínseco* de admissibilidade recursal. Muitos o seguem (exemplificativamente, JORGE, op. cit., p. 163; SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 44; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 16. ed. Salvador: JusPODIVM, 2019, v. 3, p. 154 e segs.; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHARDT, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2016, v. 2, p. 525; LEMOS, Vinicius Silva. *Recurso e Processo nos Tribunais*. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 147-48; RODRIGUES, Marco Antonio. *Manual dos Recursos, Ação Rescisória e Reclamação*. São Paulo: Atlas, 2017, p. 60). Discorda-se de tal posicionamento. A tempestividade não tem a ver com a forma do ato recursal, nele não se encontra. Trata-se de um fato, ou melhor: trata-se do tempo da prática do ato. O que se deve verificar é se tal prática deu-se dentro do tempo fixado pelo regramento instituidor do recurso ou fora dele. Sendo fora, inexoravelmente terá havido o transcurso do prazo, o que leva, por força do art. 223, *caput*, CPC, à perda do direito ao recurso (poder de recorrer), logo algo afeito a um *pressuposto instrínseco*, na premissa do próprio

eficácia, referindo-se à específica de admissibilidade, pode ser corrigida pois que, além de ser algo que não viola nenhum direito do recorrido, é facilmente corrigível por uma emenda à petição recursal, esta que, de resto, se encontra expressamente prevista no parágrafo único do art. 932, CPC<sup>536</sup>.

Ademais, há os pressupostos que, referentes à validade, repercutem na eficácia dele. Como já demonstrado, referem-se à solenidade necessária para a prática do ato. Nos atos postulatórios, do mesmo modo, a invalidade repercute na eficácia precípua do ato: a de gerar a pretensão processual à análise de seu conteúdo. Isto também nos recursos, conquanto essa deficiência nada afete à produção do *efeito fundamental*. Logo, recurso inválido não pode ser admitido, ao menos que seja validado. E o sistema processual vigente é totalmente tendente à validação, seja pelas regras gerais (arts. 276-283, CPC)<sup>537</sup>, seja pela regra

Barbosa Moreira. Em rigor, classificável é o transcurso do prazo, como fato impeditivo do poder de recorrer, e não a tempestividade em si, que, como dito, refere-se ao tempo: recurso, como qualquer ente, não tem propriamente um tempo; neste dá-se.

<sup>535</sup> Não é o fato de um pressuposto se referir à eficácia do ato que faz dele ser peremptório, isto é: insuscetível de preenchimento posterior, gerando a *pós-eficacização* do ato. Não só se trata de tema conhecidíssimo da melhor doutrina sobre (ver, por todos, MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico*: plano da eficácia – 1ª. parte. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 64-5), como próprio sistema processual regula (como já trazia, vide a notória nomeação à autoria, arts. 62 e segs., CPC/73), caso da correção da legitimidade passiva, nos moldes do art. 338, CPC. Ocorre que, no que tange à tempestividade para a prática dos atos processuais, há o agravante que é a *consolidação de situação jurídica* pelo transcurso in albis do prazo, na forma do já citado art. 223, *caput*, CPC. No que tange a alguns recursos isto se acentua porquanto tal consolidação refere-se à formação de coisa julgada, que não pode ser superada para além das hipóteses previstas constitucionalmente. Eis o porquê de – ao menos na imensa maioria dos casos – a intempestividade recursal não poder ser relevada, salvo, obviamente, hipóteses previstas em lei, como a dos parágrafos do próprio art. 223, CPC.

<sup>536</sup> Entende-se que, no que tange à legitimidade recursal, há de se falar sim em aproveitamento. Quanto à passiva, além de tudo, deve-se aplicar, por analogia, o disposto no art. 338, CPC; quanto à ativa, não há de falar em óbice diante da regra prevista no dispositivo legal acima. É caso, sem dúvida, para permitir a pós-eficacização. Assim, deve o relator intimar o real legitimado para assumir a posição de titular do recurso.

<sup>537</sup> Alhures, já se teve a oportunidade de, comentando o sistema de nulidades do CPC (arts. 276-283), catalogar seis hipóteses de sanção (ou seja, validação do ato processual defeituoso). São elas: *i*) primeiramente, a retificação, mencionada no próprio texto legal em comento. Ela se dá quando o sujeito praticante do ato age, sendo possível, para consertar o defeito, caso do autor que, intimado, emenda a petição inicial; *ii*) em seguida, tem-se a ratificação (ou confirmação), que ocorre quando o ato, tendo sido praticado por quem não poderia fazê-lo (ou, ao menos, não poderia sozinho, caso do relativamente incapaz), é chancelado por aquele que o deveria. É o que acontece com a *translatio iudicii*, prevista no § 4º do art. 64, CPC/15, que possibilita ao juízo competente manter – expressa ou tacitamente – os efeitos da decisão praticada pelo juízo incompetente; *iii*) continuando, a convalidação. Aqui, o defeito desaparece não por um aproveitamento, mas sim pelo decurso do prazo para, invocando-se o poder de invalidação, questioná-lo. Ocorre uma preclusão, que, além de tudo, tem eficácia sanatória do defeito. Em local próprio, a convalidação já foi devidamente analisada. É possível também falar em convalidação pela renúncia do poder de invalidar ou por prática de ato incompatível com tal poder. Em ambos os casos, ocorre, como consequência de tais atos, preclusão

específica dos recursos quanto à sanção por correção do ato (parágrafo único do art. 932, CPC)<sup>538</sup>, seja até mesmo por regras mais específicas ainda, como as dos arts. 1.032 e 1.033, ambos do CPC.

---

a dele, sendo ela eficácia natural do ato no primeiro caso e, no segundo, eficácia anexa (preclusão por contraditoriedade lógica); *iv*) outra forma, também, quando do comentário ao art. 277, CPC, já vista, é a do atingimento da finalidade. Por ela, desde que observados os pressupostos (como a não violação a direito da parte adversa ou não ser necessário determinar a correção do ato), despreza-se o vício formal do ato por ele ter alcançado seu fim. Ou seja, quando ele produziu seu respetivo efeito jurídico; *v*) há também a sanção por irrelevância da consequência invalidante. Isso se dá quando, não obstante o defeito, a parte beneficiária da invalidação não tem prejuízo. A regra que prevê a irrelevância é central dentro de sistema de invalidades. É preciso, até por isso, muito cuidado ao analisá-la. Em momento próprio, isso será feito; *vi*) por fim, a última forma que aqui se aventa é a conversão. Para ela, é preciso que, presentes os pressupostos, receba-se o ato defeituoso por outro, fazendo desaparecer o defeito. A conversão, juntamente com o atingimento da finalidade, é uma forma de aproveitamento do ato. As regras de fungibilidade previstas na legislação processual bem expressam a conversão (GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. *Das Nulidades*. RIBEIRO, Sergio Luiz de Almeida; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos.; PANTALEÃO, Izabel Cristina; GOUVEIA, Lúcio Grassi de. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: LUALRI, 2018, v. 1, p. 440-41). Ademais, no mesmo lugar, defendeu-se a necessária aplicação de um teste de (in)sanabilidade para fins de se poder invalidar o ato debilitado: **“2. Todo defeito processual é sanável? Premissas necessárias.** A questão deve ser solucionada com uma análise rigorosa do direito positivo, e não com qualquer colocação apriorística, como se existisse uma impossibilidade prévia de ato processual de defeito insanável. Embora partindo da ideia de restringir ao máximo a invalidação do ato defeituoso, o texto, ao falar em “atos que não possam ser aproveitados”, dá margem para o entendimento de que nem todo defeito processual é sanável. Mas isso é pouco, pois se poderia argumentar dizendo-o ser um texto normativo sem aplicabilidade. Poder-se-ia, retoricamente, fazer alusão, para a “defesa” da insanabilidade, aos atos ineficazes, como os intempestivos, que, salvo nas hipóteses de relevamento do transcurso do prazo, não podem ser admitidos. Como vem sendo colocado, contudo, o sistema dos arts. 276-283, CPC, não versa sobre déficit de ato processual por falta de pressuposto de eficácia. A análise deve centrar-se no plano da validade. Pois bem. Para que um ato processual defeituoso seja insanável é necessário que nenhuma das formas de sanção seja a ele aplicável, mormente a retificação, o atingimento da finalidade, a irrelevância do defeito por ausência de prejuízo e a convalidação por preclusão do poder de invalidar. É preciso, portanto, fazer um verdadeiro “teste de (in)sanabilidade” para dizer insanável o ato defeituoso. Em termos de fundamentação, não pode simplesmente o juiz invalidar o ato sem explicitar as razões de não poder saná-lo. Deve ele, pois, efetuar o aludido teste” (Idem, p. 445).

<sup>538</sup> A análise do dispositivo acima mencionado não pode - como, de resto, qualquer coisa em Dogmática Jurídica - ser feita de modo apriorístico. O texto legal não diz quais casos são sanáveis e quais não são, apenas dispõe que a parte será intimada para “sanar o vício” e/ou “complementar a documentação”, o que, de plano, afasta qualquer entendimento que reduza o âmbito de incidência do dispositivo aos chamados problemas de ausência documental na interposição do recurso. Ora, na forma do texto, o termo *vício* tem a ver exatamente, valendo-se da classificação barbosiana com a falta dos pressupostos extrínsecos de admissibilidade recursal, o que engloba, dentro daquilo que se convencionou chamar de *regularidade formal*, a própria fundamentação recursal. Assim, ao recurso deve-se aplicar plenamente as hipóteses de emenda da petição, na forma do art. 321, CPC. Nada justifica (não em termos normativos) que, por exemplo, não se permita ao recorrente corrigir as razões recursais, de modo a cumprir a chamada *dialeiticidade*. Que a parte, até em observância analógica ao disposto nos § 1º e § 2º do art. 489, CPC, tem de cumprir esta exigência, não há dúvida; que não se deva conceder-lhe a oportunidade de corrigir o ato defeituoso, é outro problema, que, para fugir do *a priori*, deve ser feito à luz do sistema de aproveitamento dos atos (postulatórios) defeituosos, máxime quando se tem regra específica (art. 932, parágrafo único, CPC) Logo, equivocados estão entendimentos em sentido contrário, como, por todos (já que autor de trabalho monográfico sobre o tema), LINS, Artur Orlando. *A Primazia do Mérito no Processo Civil Brasileiro: fundamentos, concretização e limites dogmáticos*. Salvador: JusPODIVM, 2019, p. 278-83. Ademais,



Eis, numa brevíssima síntese, este que talvez o mais complexo problema da formação do ato postulatório, em geral, e recursal, particularmente.

## **4.2. Outros aspectos do ato recursal**

Tendo sido observado o ato recursal em sua formação, chega-se ao fim do movimento ao qual se propôs analisar. Poder-se-ia terminar aqui. Contudo, um dos objetivos desta tese também é o de identificar, ao longo do movimento descrito, alguns pontos que podem ser objeto de um estudo próprio com idêntica pretensão de inovação. Verdadeiros *achados* do trabalho. Destes, destacam-se: *i)* as situações jurídicas materiais de cuja processualização o conteúdo do ato recursal é formado; *ii)* as posições processuais no recurso e *(iii)* a natureza da decisão sujeita a recurso. Cada uma dessas hipóteses será analisada abaixo. Isto sem a pretensão de exaurir as temáticas, tampouco pretende-se meramente reproduzir aquilo que já foi dito por outros autores. Tentar-se-á, portanto, lançar as bases para estudos próprios sobre esses temas.

Assim, cada um num respectivo subitem, os temas acima, na ordem estabelecida e nos limites ficados, serão objeto das linhas seguintes.

### **4.2.1. A ação recursal**

Uma decisão pode ser atacada pelos meios dos mais diversos. Ao estabelecer-se a *impugnatividade*, atribui-se ação ao indivíduo prejudicado pela decisão. A razão de ele titularizar ação – mais do que qualquer outro poder – é dupla: *i)* precisa impor algo a quem da decisão se beneficia. Não é um simples exigir-lhe uma prestação, conquanto isto também possa ser feito; *ii)* para tanto, precisará sobrepor-se à autoridade decisional, o que somente se faz possível por

---

comete o citado autor um erro de premissa (algo que, acredita-se, influencie em suas conclusões) ao não diferenciar, para fins de aproveitamento dos atos processuais, problemas referentes à falta de pressupostos de *validade* (caso da regularidade formal) de outros relativos à *eficácia* (caso da tempestividade, interesse e legitimidade).

intermédio de outro ato autoritativo, que, conquanto de mesma substância, é qualitativamente (no sentido hierárquico<sup>539</sup>), superior.

Como qualquer outra, a ação recursal liga-se a uma pretensão à tutela jurídica, cuja ocorrência foi vista no capítulo passado. Nele, ademais, provou-se que a pretensão à tutela jurídica recursal implementa uma inovação no processo. Não se demonstrou, porém, o *como* da ocorrência desta última, algo que se fará agora.

#### 4.2.1.1. O modo como se dá a inovação causada pelo recurso

Sabe-se que o recurso não é apenas renovatório pelo simples fato de não se poder *relevar* a existência da decisão. Há a *necessidade de impugnar*. Recorrer não é, portanto, um simples “reiniciar o jogo”; está muito mais para um “tentar virar”. A inovação é, por isso, consequência natural da *necessidade de impugnar*. De que modo, porém, ela atua? A resposta perpassa pela própria estrutura dos atos do procedimento.

Sabe-se que a diferenciação do ato do procedimento em relação aos demais atos processuais é seu elemento comunicativo. Se o recurso pertence ao primeiro grupo, nele há esse tipo de elemento. Como petição que é, recurso tem pedido e, por consequência do sistema, causa de pedir. Mais, se ele é impugnativo, a comunicação refere-se, antes de tudo, ao ato impugnado, à decisão recorrida, especificamente. No recurso, o prejudicado não diz: “por força do fato X, faço jus a Y contra a pessoa Z”. Há de ser dito: “contra mim (ou contra o interesse que defendo), foi proferida a decisão X, que não deve prevalecer pelo motivo Y”<sup>540</sup>. Sem isto, não há recurso, mas sim uma (irregular) propositura de ação originária não impugnativa. A comunicação recursal, desse modo, é calcada na afirmação de um *erro* na

---

<sup>539</sup> A hierarquia a que se alude acima é de natureza processual, e não funcional. O juiz da decisão não está vinculado ao juiz recursal por subordinação, mas sim pela própria estrutura do sistema processual brasileiro: a autoridade recursal é, nesse sentido, superior.

<sup>540</sup> Flávio Cheim Jorge, embora adotando a equivocada distinção entre pedido *imediato* e *mediato*, afirma algo análogo ao dito acima quando diz que o chamado pedido imediato no recurso não tem a ver com o pedido dantes veiculado (para ele, na demanda), pois, no seu entender, “as ações não se voltam normalmente para a anulação ou reforma de decisões judiciais” (JORGE, Flávio Cheim, op. cit., p. 89). Por óbvio, refere-se o autor a ações não impugnativas. Não obstante esse insight, o autor equivoca-se quando não percebe que exatamente nisso está o *fiio da meada* acerca da natureza autônoma da pretensão recursal. Para ele, recurso é apenas um prolongamento da postulação feita (idem, p. 39).

decisão recorrida. Deixar de fazê-la constitui irregularidade no exercício do direito ao recurso. Antes da interposição não há qualquer *discutibilidade* acerca desse erro, eis a inovação, pura e simples.

Todavia, em muitos casos, a inovação implica imediatamente uma renovação do que foi postulado<sup>541</sup>. Logo, uma vez constatado o erro, renovada estará a possibilidade de analisar a postulação feita. Isso, porém, irá depender do tipo de *erro* cometido<sup>542</sup>. Deve-se, por isso, analisar os erros judiciais a fim de que se possa mais bem precisar o estudo da *inovação/renovação* recursal.

Como cediço, fala-se em dois erros: *in procedendo* e *in iudicando*. O que significam? São eles os únicos mesmo ou há outros tipos?

Já se encontra bastante assentada a perspectiva de distingui-los por um aspecto relacional<sup>543</sup>: enquanto o segundo tem a ver com decidido, o primeiro é completamente estranho a isso; o primeiro é de *tipo formal*, o segundo refere-se à *matéria do decidir*; o primeiro é alheio à aplicação do direito, o segundo ocorre na própria aplicação; o primeiro é um mal proceder, o segundo, um mal analisar, eis o porquê de seus nomes.

Antes de tudo, porém, o *error in procedendo* é verdadeiro ilícito processual, uma vez que, embora não necessariamente intencional, se dá em descumprimento de dever: o de, em termos gerais, respeitar o *devido processo legal*. Já o *error in*

---

<sup>541</sup> Talvez por isso, Pontes de Miranda fale que o recurso que “erra quem quer que não compreenda o juízo do recurso como juízo que se opera a *extensão* da relação jurídica processual” e, noutra passagem, “quem recorre exige a prestação jurisdicional em novo curso (*re-cursos*)”, *Comentários...*, op. cit., t. 7, p. 31 e 34, respectivamente. Sem dúvida, essas passagens do autor refletem sobremaneira o aspecto *renovativo* do recurso na forma acima demonstrada. O autor, porém, ao frisar a questão de o recurso estender a relação processual instaurada, acaba por negar o viés *inovativo* do ato recursal, algo que difere sobremaneira do que se defende nesta tese.

<sup>542</sup> Há duas hipóteses de ações recursais que não são, verdadeiramente, baseadas em erros da decisão: uma é a fundada em alegação nova de fato (art. 1.014, CPC); outra, em fato superveniente (art. 493, CPC), nalgumas das possibilidades em que ele se apresenta. Em momento próprio, ambos os problemas serão analisados.

<sup>543</sup> É o que faz José Carlos Barbosa Moreira (*Comentários...*, op. cit., p. 267-68). Seguem-no: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da, op. cit., p. 177-73. Na mesma linha, mas com aportes próprios: JORGE, Flávio Cheim, op. cit., p. 87-90, até porque, como dito, o autor traz a importante contribuição de que o que ele chama de pedido imediato do recurso nada tem a ver com a decisão recorrida; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte. *Execução e Recursos: comentários ao CPC de 2015*. Rio de Janeiro: Método, 2017, v. 3, p. 941-43.

*iudicando* por si não constitui ilícito, até porque não existe o dever de proferir a única decisão possível; no máximo, há de se proferir a melhor decisão dentre as possíveis.

O recurso fundado em erro do primeiro tipo é completamente alheio às postulações feitas. Ele, portanto, puramente inova; fundando em erro do segundo tipo, porém, tem forte carga renovatória, porque a postulação feita não só compõe seu fundamento, como também, quando provido, implica necessariamente renovação, coincidente com o próprio provimento.

Exemplos, certamente, auxiliarão na compreensão: *i)* quanto ao *error in procedendo*: “afirma-se que a decisão recorrida está eivada, já que imotivada”. O dizer nula essa decisão em absolutamente nada se refere ao foi postulado, até por lhe ser superveniente; *ii)* quanto ao *error in iudicando*: “afirma-se que, ao contrário do declarado na decisão, o autor é parte legítima para a causa”. Essa afirmação reproduz o conteúdo da postulação antes feita (referente ao pedido, implícito muitas vezes, de admissão da causa) e, se procedente, acarretará decisão de sinal oposto ao da recorrida. Logo, imediatamente renovada e acolhida estará a postulação inicial.

Não por outro motivo o recurso fundado em *error in iudicando* (e somente ele<sup>544</sup>) é apto a operar o chamado *efeito substitutivo*.

---

<sup>544</sup> Trata-se, sem dúvida, de uma afirmação polêmica, mas plenamente demonstrável. Como cediço, pelo chamado *efeito substitutivo*, a decisão recorrida é, para os mais diversos fins, substituída pela decisão do recurso, em especial para o *trânsito em julgado*. É de se frisar que, no caso, o *ato de substituir* faz com que o *objeto substituído* (a decisão recorrida) *deixe de existir*, como que “apagado do mapa”. Uma *substituição* como forma de *desconstituição*, portanto. Tudo isso tem, porém, uma *causa simplíssima* (e, por isso, óbvia): o recurso versa sobre a mesma *matéria* analisada na decisão recorrida. A substituição, desse modo, ou é um imperativo de ordem lógica, quando o recurso é provido, ou de ordem prática, quando do não provimento. Contudo, para que o recurso (e, por consequência, a decisão sobre ele) verse sobre o mesmo objeto analisado na decisão recorrida, é preciso que seu fundamento seja a alegação de algum *error in iudicando*. Nesse caso, vindo a ser provido, o órgão recursal emitirá um juízo de sinal contrário ao constante na decisão recorrida. Por exemplo: em tendo sido dito nesta última ser “o autor é parte legítima para a causa”; fale-se, na decisão do recurso, “o autor não é parte legítima para a causa”. Aqui, como mencionado, a substituição é uma simples consequência lógica, já que, não podendo duas decisões contraditórias conviverem no sistema, a decisão recursal extinguirá a recorrida. De outro modo, não sendo provido o recurso, ambas as decisões, além de versarem sobre o mesmo objeto, terão o mesmo sentido. A do recurso, todavia, dada a própria estrutura do sistema, prevalece, pelo fato de o órgão recursal ter por essência servir de controle da atuação do órgão originário. Tem-se, com isso, uma substituição estrutural. Quando o fundamento do recurso, porém, é um *error in procedendo*, fala-se, muito por força da autoridade de Barbosa Moreira (é o caso, por exemplo, de DIDIER JR.; CUNHA, op. cit., p. 175. É de se registrar, porém, que, conquanto fale em substituição quando a decisão recursal

Dito isso, é preciso saber se há a possibilidade de se falar em outro ou outros tipos de erros fundantes da impugnação. A resposta é negativa: trata-se de um *dualismo inquebrantável*. Como dizer isso de modo tão categórico, mormente quando se sabe que, ao menos na processualística, outros fundamentos são catalogados?

A simplicidade da resposta está no fato de que tais erros estão sempre relacionados a aspectos totalizantes do ato decisório: um, o *in iudicando*, refere-se ao conteúdo da decisão, independentemente da matéria que o preencha; o outro, *in procedendo*, é tudo que for alheio a esse conteúdo. *Metaforicamente*, um erro está dentro do lugar da decisão; o outro, fora. Como é impossível algo não estar nem dentro e nem fora de outro, ou o erro é de um tipo ou é de outro. O que pode variar são as consequências advenientes de cada um<sup>545</sup>, mas eles mesmo não.

---

*confirma* a recorrida, não resta categórico na obra de Barbosa Moreira se ele defende exatamente o entendimento em exposição, qual seja: especificamente, o de substituição diante da rejeição de recurso fundando em *error in procedendo*. Ver, para tanto, (*Comentários...*, op. cit., p. 397-99), que a substituição acontece se o recurso for *improvido*. Sendo *provido*, ter-se-á um *juízo rescindente*. Enfim, tal concepção pode ser sintetizada do seguinte modo: “o efeito substitutivo ocorre toda vez que, conhecido o recurso, a decisão recorrida não for invalidada”. Não se mostra correta, todavia. Não no que se refere ao não provimento do recurso. Sem falar da questão – meramente lateral – de que, em verdade, não há *rescisão*, como sugere o termo utilizado por Barbosa Moreira (possivelmente, a partir de fontes clássicas), mas sim *invalidação*, há nela um manifesto erro de premissa. Explica-se. Quando o fundamento do recurso é o *error in procedendo*, não há identidade entre o *objeto da decisão recursal* e o *objeto da decisão recorrida*. O que se alega no recurso é algo externo ao conteúdo desta última. Por variados motivos, diz-se: “tal decisão não poderia ter sido proferida”. Por exemplo, “não poderia ter sido julgada improcedente a ação pois não se deu à parte a oportunidade produção de provas”. Nesse caso, no não provimento, a decisão do recurso terá o seguinte dizer: “não houve cerceamento de defesa, não há o que se invalidar”. Algo que, obviamente, nada tem a ver com conteúdo da decisão recorrida. Analiticamente, não se pode falar em substituição, porquanto *não são homogêneos os objetos de ambas decisões*. Eles não são substituíveis entre si (o próprio Barbosa Moreira acaba por dizer isso: “como é possível que, na instância superior, seja diverso o objeto da cognição [casos de impugnação por *error in procedendo*]. E a diferença é relevantíssima, ao ângulo que agora situamos: só no primeiro grupo de casos é que se falará, com propriedade, de ‘substituição’ da decisão recorrida pelo julgamento proferido no recurso”, op. ult., cit., p. 397-398, algo que denota a não defesa pelo autor do posicionamento ora criticado). Ademais, tem de se entender de tal modo para justificar uma necessidade pragmática. A decisão recorrida permanece e, com o esgotamento das vias recursais, transita em julgado. Como também, exatamente por ter um objeto distinto, transitará em julgado a decisão do recurso. Tem-se um *duplo trânsito em julgado*, portanto. Em virtude disso, é possível que uma decisão seja *rescindível* sem que a outra o seja. A *rescindibilidade* é, com a permissão da metáfora, “personalíssima”, pois tem a ver com cada decisão tida isoladamente. Se se entender que, em tal caso, há efeito substitutivo, não se pode, logicamente, falar em *rescindibilidade* da decisão recorrida, uma vez que, por força dele, esta deixa de existir juridicamente.

<sup>545</sup> Como dito acima, os erros da decisão somente podem ser dos dois tipos acima aventados. As consequências, todavia, podem variar. Isto, porém, apenas se a decisão estiver eivada de *error in procedendo*, neste caso com expressa previsão legal (§ 1º do art. 938, CPC). Ou seja, embora eivada, caso a decisão recorrida seja sanável, dever-se-á possibilitar a correção do defeito, seja dela

Claro, pode-se especificar esses erros, mas isto só comprova a hipótese: há dois grandes gêneros de espécies. Por exemplo, o erro de fato é um caso especial de *error in iudicando*, como também o é a má percepção da realidade pela não comprovação de um fato relevante para a causa<sup>546</sup>. Já as hipóteses de embargos declaratórios são, rigorosamente, casos específicos de *error in procedendo*: omissão, contradição, obscuridade e erro material baseiam-se em descumprimentos de deveres processuais. Tanto assim o é que, caso alegados em outros recursos (como o de apelação), sê-lo-ão como *error in procedendo*<sup>547</sup>.

#### 4.2.1.2. Recurso é algo diferente de ação recursal

É preciso ressaltar que o recurso não é a ação por ele veiculada. Esta, se existir, antecede-lhe. Antecede, rigorosamente, à própria pretensão à tutela jurídica recursal, cuja possibilidade é condição de possibilidade do próprio recurso.

A ação recursal é de natureza material<sup>548</sup>. Titularizada pelo prejudicado, submete o beneficiário da decisão. Embora efeito de um fato jurídico processual,

---

mesma (ausência de assinatura, por exemplo), seja de algo que lhe antecede cuja falta lhe contamine (não realização de perícia, *e. g.*), logo, superado o *error in procedendo*, o recurso acabará por servir como móvel para o aproveitamento da decisão recorrida; não havendo de se falar em invalidação, posto que, como consequência do aproveitamento, possa haver reforma, caso a decisão (além de tudo) esteja eivada de *error in iudicando*: sana-se para rejulgar a matéria. Não há falar, porém, em superação do *error in iudicando*. Juízo (no sentido de entendimento) equivocado deve ser suplantado pelo órgão de revisão da matéria decidida, o *juiz recursal*, no caso. Registre-se que isso nada tem a ver com a continuação do julgamento prevista nos § 3º e § 4º do art. 1.013, CPC, por ser visto adiante. A continuação não se refere à ação recursal propriamente, mas sim a outro poder que a ela é acoplado (*eficácia anexa*), logo impertinente ao problema dos erros judiciais. Por fim, impende destacar que, nas hipóteses dos incisos II e IV do mesmo dispositivo, haverá, pela constatação de *error in procedendo*, invalidação da decisão recorrida (portanto, *sequência natural da ação recursal*), mas com continuação do julgamento, aqui por acoplamento do tipo acima mencionado; já na hipótese do inciso III haverá aproveitamento da decisão recorrida, de modo que a decisão do recurso, absorvendo-a, complementará a prestação jurisdicional devida, tal como se dá no acolhimento de embargos de declaração fundados em omissão judicial, com a diferença de se tratar de algo feito pelo órgão jurisdicional superior, daí essa *absorvência*. Eis um caso em que o *curso da ação recursal* é deveras diferenciado.

<sup>546</sup> Hipótese de recurso a partir do disposto no inciso do inciso VIII art. 966, CPC, valendo-se do argumento *a fortiori*.

<sup>547</sup> É o que inclusive sustenta MAZZEI, Rodrigo. *Embargos de Declaração: recurso de saneamento com função constitucional*. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade Autônoma de Direito. São Paulo, 2012.

<sup>548</sup> Conforme já afirmado, uma coisa é a natureza material da ação, referente à própria substância ação material, cujo nome é designativo de um poder de impor; outra, é ela ser referente ao plano material, algo que somente é possível quando de um processo. *Ação material* designa uma substância; *ação no plano material*, uma relação.

coincidente com o do direito ao recurso, é referente ao plano material<sup>549</sup>. É uma das tantas ações que pode exsurgir no âmbito de um processo. Mais, é a ação possível no conteúdo da relação jurídica processual. Como visto no primeiro capítulo, salvo *mutação de eficácia*, toda relação jurídica é apta a conter ação, surgida, tal como também foi demonstrado no mesmo lugar, a partir de um descumprimento ou de uma outra situação de necessidade. Se a relação processual tem por (principal) objeto a necessidade de o juiz prestar a tutela jurisdicional, o descumprimento desse dever produz ação<sup>550</sup>, não contra o julgador em si<sup>551</sup>, mas sim contra o beneficiário da decisão proferida.

Em verdade, pode-se dizer que, contra determinada decisão que lhe seja prejudicial, o indivíduo tem ação para impugná-la. Os fins acionais podem variar, mas o meio é sempre o mesmo: impugnação. Isto é devido ao fato de que, diante de uma decisão, nada pode ser feito enquanto ela perdurar. É a aludida *necessidade de impugnação*. Não se pode simplesmente propor ação contra o beneficiário “fingindo” que este não tem uma decisão em seu favor.

O meio para tanto, porém, varia. E o sistema processual brasileiro é pródigo nisto. O recurso – como espécie – é apenas o mais emblemático. Dentre outros, destacam-se, a *remessa necessária*, a *reclamação*, o *mandado de segurança contra ato judicial*, o *pedido de reconsideração*, o *pedido de suspensão*, as *defesas impugnativas* (como os *embargos de terceiro*), a *ação rescisória*, a *ação de invalidade*, a *ação de nulidade da sentença (querela nullitatis insanabilis)*, a *ação declaratória*, a *ação modificatória*. Muito deles, já analisados acima numa perspectiva comparatística com o recurso. Em intensidades distintas, guardam similitude com o meio recursal. Não que a ação recursal seja idêntica às ações veiculáveis pelos meios acima, sobretudo os cinco últimos, que são ações em si. Há, todavia, uma equivalência substancial e possíveis diferenças de ordem qualitativa e quantitativa. Até porque, já se sabe, é próprio da demanda amoldar o composto

---

<sup>549</sup> Assim o é porquanto seu exercício compõe o conteúdo de um ato postulatório: é *coisa* que é posta à análise judicial.

<sup>550</sup> Como já falado, o *error in iudicando* não consiste em descumprimento de dever. Não obstante, é gerador de ação, advinda de *outra necessidade*: a de “afastar” o ato decisório.

<sup>551</sup> O que não impede que o ato judicial possa compor suportes fáticos referentes a ações contra o próprio juiz ou, caso da ação de indenização por erro ilícito judicial (art. 143, CPC), contra alguém que se responsabilize pelo ato.

eficacial das ações. Há entre eles e o recurso uma conexão por identidade de elementos. Sabe-se, ademais, que alguns desses outros meios são utilizáveis concomitantemente ao recurso; outros têm por requisito a impossibilidade recursal.

Enfim, a relação entre recurso e ação recursal é a mesma de qualquer demanda e a ação nela alegada. A ação impugnativa processualiza-se, especialmente pelo recurso. Quando veiculável por um, dada certa moldagem por ele operada, torna-se *ação recursal*. Ademais, como dito acima, seu exercício preenche o conteúdo do recurso, por isso, *dinamicamente*, é referente ao *mérito recursal*. A decisão sobre a existência ou não da ação recursal é baseada no código *procedência/improcedência*, nada tendo a ver com o ato recursal em si.

#### **4.2.1.3. Outras ações (e outros poderes) veiculáveis pelo recurso**

Não é de hoje que o recurso serve à veiculação de outras ações e, até mesmo, de outros poderes. Sequer é preciso invocar o disposto no § 3º do art. 515, CPC/73, introduzido em 2001. Muito menos é uma novidade do CPC vigente, e seu especificado art. 1.013, §§ 3º e 4º. Uma coisa é certa, com uma única exceção, todos dependem da ação recursal. Esses poderes podem ser classificados em três tipos: *i)* preventivos; *ii)* consequenciais; e *(iii)* supervenientes<sup>552</sup>.

Os primeiros, embora estejam em função da ação recursal, realizam-se antes desta. O chamado *pedido de efeito suspensivo* é exatamente o meio para veicular esse tipo de poder acional. Como o fim é de cunho preventivo, quer-se tão-somente impedir que a decisão recorrida repercuta de imediato. Tal como se pode pedir a

---

<sup>552</sup> Poder-se-ia dizer que a previsão do art. 1.014, CPC, estabelece um *poder recursal impróprio*, diverso, pois, da ação recursal. Não se trata disso, certamente. O que o dispositivo permite é a alegação nova – logo, de algo velho – de questão de fato. Por mais que se dê a esta a amplitude de se tornar uma outra causa de pedir remota ou outro fundamento de defesa (entende-se que, pela abertura semântica do texto, não há razão para não o ser de tal modo), trata-se de uma questão de fato apta a elidir o dispositivo decisional. Algo, portanto, fundante de uma ação recursal, que, dado o novo fundamento apresentado, tem forte cunho *inovativo*. É de se analisar, porém, se tal ação é fundada em erro da decisão impugnada. Se se considerar à realidade como um todo, uma *realidade em si*, a resposta há de ser positiva, porquanto, como já existia, o fato alegado no recurso seria suficiente para a prolação do resultado oposto. Não obstante, a realidade processual limita-se – seja por motivos de limites do próprio conhecimento seja por óbices normativos (caso da *garantia* de não julgar com base em algo não demonstrado) – ao que está no procedimento, nas alegações feitas em seus atos e nas provas que lhe são trazidas. Desse modo, não há como imputar ao juiz da decisão um erro referente a algo que ou não tinha como conhecer ou não poderia dizê-lo ter conhecido. Tudo isso, parece demonstrar que a ação recursal prevista no art. 1.014, CPC, é *sui generis*.



concessão de uma *tutela cautelar* ou algo do gênero em qualquer demanda (parágrafo único do art. 294, CPC, como regra geral, e inciso VIII do art. 799, especificamente), pode-se fazê-lo na recursal, algo que, se historicamente teve restrições, ganhou plenitude com o advento da Lei n. 9.139/95, encontrando-se consolidado no texto vigente (inciso II do art. 932). Ressalte-se que não se trata de um pedaço da ação recursal: como qualquer ação preventiva, tem fundamento e objeto próprios, diferenciando-se substancialmente da ação *dita* principal.

Os segundos são oriundos da efetivação da ação recursal. Têm a ver com o chamado *efeito translativo*<sup>553</sup> do recurso. Por este, possibilita-se ao órgão recursal a

---

<sup>553</sup> Conquanto não seja o cerne desta tese, é necessário analisar alguns pontos referentes aos chamados efeitos dos recursos, mormente o *devolutivo* e o *translativo*: *i*) primeiramente, sobre a problemática em geral desses efeitos. É imperioso dar contornos mais analíticos ao estudo desses efeitos. Não se está a afirmar que consagrados autores que se dedicaram ao tema não o tenham feito. Contudo, faz-se necessário ir além. O ideal é que cada um que se dedique ao tema aloque a questão dentro dos paradigmas teóricos que segue. É o que se fará aqui. Ora, por se tratar de um *efeito* é preciso determinar sua *causa*. Desse modo, se se trata de um *efeito jurídico* ela, dentro das perspectivas adotadas neste trabalho, só pode ser um *fato jurídico*. Diante disso, pode-se dizer, como de algum modo se diz: este último é o *recurso*. Tal colocação, todavia, além de *imprecisa*, contém *verdadeiros equívocos*. Imprecisa porquanto não bem define que tipo de efeito jurídico o recurso gera. Mais propriamente, a qual *categoria eficaz* ele se enquadra: se, por exemplo, uma *relação jurídica*, uma *situação jurídica* etc. Por sua vez, continente de equívocos pelo fato de que nem todos os aludidos *efeitos dos recursos* são, em verdade, destes provenientes. É o caso, por exemplo, do *efeito expansivo objetivo* (cuja disseminação no direito brasileiro deve-se, sem dúvida, a NERY JR., op. cit., p. 404-09). Sendo, como é, o recurso um fato jurídico, há de se verificar qual é o efeito por ele gerado. Sabe-se que o recurso, se eficaz, produz uma *nova relação jurídica processual*, de modo que exsurtem *direitos/deveres, pretensões/obrigações*. É nesse contexto, portanto, que se deve falar de efeitos dos recursos. Não há apenas um *laço dever/direito* decorrente do recurso. A análise deve ser feita de modo pormenorizado. Por exemplo, diz-se que o recurso impede a ocorrência do trânsito em julgado, prolongando o *estado de processualidade* (litispendência) sobre a questão levada à apreciação judicial. Tal efeito, porém, não é da *interposição do recurso em si mesma*, mas sim do fato de o recurso ser, conforme a hipótese, *eficaz*; *ii*) em seguida quanto ao *efeito devolutivo*. Não é incomum dizê-lo (presente no *caput* do art. 1.013, CPC) decorrente do recurso. Não obstante, também não é devido à simples *existência do recurso*; é-o ao fato de ser este último *admissível* (ou, não o sendo, assim se tornar). Falar em efeito devolutivo do recurso é, em rigor, aludir a um poder-dever do *juiz recursal* de analisar a matéria impugnada, mas esse dever, obviamente, só é produzido se o ato recursal se encontrar admissível. A relação jurídica gerada pelo recurso tem seu conteúdo eficaz preenchido de acordo com o estado em que se encontra sua *causa*, o recurso. Se este, por exemplo, não for admissível, o dever nela gerado é o de inadmitir. Não se pode falar, neste caso, em efeito devolutivo. Tal como se entende que o juiz de uma ação qualquer só tem o dever processual de analisá-la se o processamento dela estiver admissível, deve-se entender para a ação recursal. Não há, substancialmente, maiores diferenças aqui; *iii*) agora, o efeito translativo, referenciado acima. Conquanto se dê no âmbito da *devolução*, o *efeito translativo* não é componente dela. Explica-se. Posto que tenham a ver com a ideia de um dever de o órgão recursal analisar determinadas matérias, os deveres correlatados a cada um são distintos, já que as próprias matérias assim o são. Ademais, o efeito devolutivo serve ao recorrente; o translativo pode servir ao recorrido. O efeito translativo diz respeito a algo não analisado e, principalmente, não impugnado; o efeito devolutivo cinge-se ao que foi impugnado e, em regra, analisado. É possível, porém, que haja *devolução* de matéria não analisada. Isso se dá em recursos baseados em *error in procedendo*, na hipótese de não análise de matéria que deveria tê-lo sido. Aqui, não há falar em *translação* porque tal matéria compõe a própria

análise de matérias não apreciadas, quer por naturalidade quer por equívoco, pelo juízo recorrido. O latente provimento do recurso, portanto, permite ao juiz recursal o conhecimento originário dessas matérias, que, por fundarem uma impositividade, formam uma ação ou outro poder<sup>554</sup>. Logo, o recurso funciona como meio de ações originárias<sup>555</sup>. Não é incomum dizer que essa possibilidade se principiou quando se

*ação recursal*. Se, por exemplo, uma *ação de cobrança* for julgada improcedente sem que o juiz analise o requerimento de produção de prova pericial feito pelo autor, há ilicitude na decisão. Caso o autor apele da sentença alegando tal ilicitude, ao tribunal, caberá dizer se o julgamento necessita, ou não, da produção de tal prova, não por força de um efeito translativo, mas sim por ser o próprio cerne do recurso interposto. Ademais, é preciso ressaltar que o efeito translativo se dá em decorrência de *eficácia anexada* à ação recursal e, com isso, à decisão de procedência do recurso. Isso não faz, porém, do recurso um *ato-fato jurídico*, nem mesmo o coloca como elemento de suporte fático de algo do tipo. No corpo do texto deste capítulo, já foram apresentadas razões para tanto. Não custa, porém, reforçar o entendimento: o recurso tem natureza de *ato jurídico*, ao menos no direito brasileiro. O fato de se anexar a ele uma eficácia não desvirtua sua essência. Não é a eficácia que faz o ato, pois este precede *ontologicamente* a ela. Também não é a ocorrência de uma eficácia não decorrente de *manifestação de vontade* (no caso, o requerimento recursal) que faz de um fato jurídico ser do tipo ato-fato; a eficácia é, simplesmente, posta por lei ou por disposição negocial. E o é sobre algo que já existe. A *prova dos nove* de não ser o recurso um ato-fato jurídico está em que, invalidado o ato recursal, o efeito decorrente de lei (o translativo, na hipótese), tal como os demais, esvai-se; *iv*) por fim, é necessário relacionar ambos os efeitos. Entre a translação e a devolução há relação de *condicionamento*. No direito brasileiro, por força, acima de tudo, do art. 1.002, CPC, aquilo que é transladado limita-se ao que foi impugnado e, por isso, devolvido. Ou seja, a porção não impugnada da decisão (e, se assim o é, porção que foi analisada) transita em julgado, logo não poderá ser alvo de nenhuma análise pelo órgão julgador do recurso. De outro modo, pode-se dizer que o objeto impugnado é, ao menos em parte, a *matéria-prima* sobre a qual se dará a *translação*.

<sup>554</sup> Poder-se-ia objetar que, por decorrerem de uma eficácia anexada à ação recursal, tais poderes não se configurariam como uma ação (ou outra situação jurídica material), mas apenas um *poder processual* do órgão recursal analisar matérias não analisadas. Sem dúvida, há esse poder processual; mas há, no plano material, poder titularizado pelo recorrente (ou, conforme o caso, recorrido) contra o adversário. A anexação não tem a ver com a ação em si, de modo que a tornasse desnecessária; refere-se ao exercício: por força da eficácia anexa, a parte não precisa pedir pelo implemento processual da ação que titulariza. A natureza acional, em suma, está no fato de que imposição de algo a alguém (o adversário) em favor de outrem (o titular da ação).

<sup>555</sup> Na hipótese, não há supressão de instância, a qual, de resto, somente se configuraria se houvesse burla às regras de competência originária previstas na CRFB. Não há, porque o trâmite acional começou na instância competente, tendo havido julgamento por parte dela. Mesmo que a causa em si (aquilo que se chama de *mérito*) não tenha sido apreciada, algo da ação o foi: sua admissibilidade, mais precisamente. Em verdade, a admissibilidade é uma das tantas etapas possíveis de um *julgamento completo*. Um exemplo pode auxiliar a compreensão. Numa ação de cobrança de valores pecuniários, o réu alega em defesa: *i*) ilegitimidade passiva; *ii*) ilegitimidade ativa; *iii*) nulidade do título da dívida; *iv*) prescrição; *v*) compensação. Entre essas matérias há, na ordem estabelecida, prioridade. Todas elas constituem, portanto, etapas sucessivas de um julgamento, que se pode dizer completo. Há, em ordem crescente, uma proximidade do núcleo da causa (o *cerne do mérito*, pode-se dizer). Ademais, contrapõem-se a alegações feitas pela parte adversa (ainda que estas estejam apenas implicitamente afirmadas). Logo, para avançar na direção do núcleo da causa, o juiz precisa admitir a legitimidade ativa, em seguida, a passiva, logo após, a validade do título da dívida, depois, a exigibilidade desta e, por fim, a ausência de compensabilidade. Trata-se de admissão no sentido próprio do termo, pois, em essência, admitir é *dizer que se pode ir além*, conquanto, noutra perspectiva, no juízo de admissão haja um de procedência: rigorosamente, a admissão da postulação baseia-se na procedência da alegação para tanto. Assim, se se diz que a dívida é exigível (logo, por contraditoriedade, não pode estar prescrita), dá-se procedência a alegação a tal fato referida, permitindo-se, com isso, ir além, para, por exemplo, analisar a ocorrência do

acresceu o § 3º ao art. 515, CPC/73. Rigorosamente, algo do tipo já existia nos dois parágrafos anteriores do mesmo dispositivo, que, além de contemporâneos ao início do Código, tinham, nalguma medida, a ver com o que já se dispunha no art. 824, *caput*, CPC/39. Neles, mormente no § 2º, já se encontrava a base normativa de um poder originário no recurso. Se não em sua totalidade, no mínimo parte de um que, pelos motivos acima, ficou sem ser analisado. Observe-se: uma ação de cobrança é, em síntese, composta da existência de uma dívida, exigível e inadimplida. Quando o réu, em defesa, alega pagamento e compensação, insurge-se a partes distintas da ação lhe dirigida: no primeiro caso, questiona a própria existência da dívida; no segundo, reconhecendo-a, exerce direito postestativo contra o credor. Exerce-o em forma de defesa, já que não se faz necessário acionar<sup>556</sup>. Se o juiz acolher a defesa fundada no pagamento, haverá de julgar improcedente a ação, sem analisar, por consequência lógica, a defesa baseada na compensação. Interposto recurso pelo autor, possibilita-se ao órgão recursal, caso proveja o recurso, a análise da defesa não apreciada (poder de compensar). Análise esta, ao menos em regra, que há de ser feita na própria decisão de procedência da ação recursal. Assim, ao invés de determinar o retorno do processamento da causa ao juiz originário, o órgão recursal julga desde logo aquilo que ainda não foi sequer apreciado. A redação do velho § 2º do art. 515, CPC/73: “§ 2º-Quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais”, não deixa margem para dúvidas acerca dessa conclusão, ao menos para casos como o exemplificado e outros análogos. O que se deu com o advento da Lei n. 10.352/01 foi uma expansão dessa translatividade<sup>557</sup>, algo, de resto, ampliado com a vigência do atual CPC.

---

inadimplemento, o que possibilitará, ou não, a condenação do réu a pagar. Por tudo isso, pode-se dizer que o chamado juízo de admissibilidade de qualquer postulação já é uma etapa, posto que quantitativamente menos intensa, do julgamento da causa. Em conclusão: em nada viola disposições constitucionais a lei que, tal como os §§ 3º e 4º do art. 1.013, CPC, estabeleça a análise originária de matéria componente de determinada causa que, nalguma intensidade, tenha sido feita pelo juiz originariamente competente.

<sup>556</sup> O que não torna inexistente a ação de compensação, apenas faz dela desnecessária.

<sup>557</sup> Com argumentos distintos dos aqui apresentados, valendo-se da ideia de dispositividade/inquisitividade (dados meramente consequências do problema), defende que esse tipo de disposição, dá-se pelo efeito translativo, ALVIM, Eduardo Arruda. Anotações sobre o Novo § 3º do art. 515, do Código de Processo Civil. *Linhas Mestras do Processo Civil*. COSTA, Helio Rubens Batista Ribeiro; RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende; DINAMARCO, Pedro (coords.). São Paulo: Atlas, 2004, p. 194. Tendo dedicado trabalho monográfico ao tema, Gervásio Lopes da Silva Jr., após

Por último, faz-se necessário falar das ações (e outros poderes) supervenientes. Superveniente, como se sabe, é *o que vem depois*. Obviamente, trata-se de um dado relacional, porque é preciso determinar *ao que* ele vem depois. Na forma do art. 493, CPC, a superveniência é à postulação, autoral ou defensiva. Ao juiz é dado o poder de analisar tal fato desde que se coadune com o pedido formulado. Dessa forma, ao recurso propriamente, o fato só será superveniente se vier após a interposição. Neste caso, há dois tipos possíveis de fato superveniente: *i)* o primeiro refere-se à postulação anteriormente feita; *ii)* o segundo, à postulação recursal.

Quanto ao primeiro caso, além de haver regramento específico (art. 933, *caput*, CPC), isto revela-se óbvio pelo simples fato de o recurso dar seguimento à litispendência. Esse *dar seguimento* não significa apenas possibilitar o conhecimento do que já foi conhecido, mas também de possibilitar o conhecimento do que vier a ocorrer no âmbito da litispendência que, pelo recurso, foi sustentada para, sendo o caso<sup>558</sup>, ser prolongada. Um exemplo bem característico é o da ação de despejo. Fundada em inadimplemento dos alugueis, após a prolação da sentença de improcedência, o réu (ao menos na visão do autor apelante) causa danos ao imóvel, estes que também são razão suficiente para o despejo. O conhecimento disto é plenamente possível na esfera recursal. Mais característico ainda é o caso da

---

longa digressão na qual tenta enquadrar o dispositivo em comento em alguns dos conhecidos efeitos do recurso, negando qualquer possibilidade, todavia, sustenta que tal tipo de julgamento (a quem, seguindo jargão doutrinário, ele adjetiva de *per saltum*), adviria de um “efeito desobstrutivo”. No entender do autor, o efeito translativo não se refere ao problema, porquanto o recorrente pode impedir a incidência do dispositivo, seja (e, aqui, com esteio em José Roberto dos Santos Bedaque, *Apelação: questões de admissibilidade e efeitos. Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de outros Meios de Impugnação às Decisões Judiciais*. NERY JR., Nelson; ALVIM, Teresa Arruda. São Paulo: RT, 2003, v. 7, p. 454) por pedido de limitação à análise da causa, seja por força da ausência de recurso quanto a algum dos capítulos decisórios (*Julgamento Direto do Mérito Recursal*. Salvador: JusPODIVM, 2007, p. 55 e segs.). Não se trata disso, porém, não que o recurso “desobstrua a caminha para que o órgão recursal possa passar”; ele cumpre seu curso natural. O *juízo consequencial* vem por força de lei. O recurso é apenas condição de possibilidade para tanto por ser o móvel da decisão à qual se anexará a eficácia atributiva do poder de julgar a matéria não apreciada pelo juiz originário. Não se leva em conta o recurso em si, sua *forma substancial*, mas sim o simples fato de ele ocorrer. Portanto, é algo alheio não só ao recurso, como também à decisão que acolhe o pedido nele contido. Talvez a resistência do autor a enquadrar esse julgamento no conceito de efeito translativo dê-se pela não percepção de que este é, como demonstrado alhures, decorrente de uma eficácia anexa. Pelo que percebe da leitura de sua obra, o autor entende que tal efeito é decorrente do simples conhecimento do recurso (op. cit., p. 44 e 57), algo já refutado neste trabalho.

<sup>558</sup> Sendo o caso, porquanto, como visto acima, isso é dependente do fato de o recurso ser admissível.

consignatória referente a dívidas de trato sucessivo<sup>559</sup>. O recurso possibilita o (re)conhecimento de todas as parcelas que se vencerem após a prolação da decisão recorrida, isto pela própria eficácia da ação em questão. Assim, o autor (quer recorrente quer recorrido) estará, desde que legitimado por uma decisão<sup>560</sup>, autorizado a efetuar o depósito de tais parcelas, cabendo ao juiz recursal analisar, para os fins próprios, a integralidade do depósito.

A hipótese referente ao segundo caso somente se faz possível diante da prolação de outra decisão após a interposição do recurso. Mais, essa decisão há de ser no mesmo sentido da recorrida, de modo que o fato por ela causado “encaixe-se” no pedido recursal. Por exemplo, numa ação de arresto de bens, após proferir decisão liminar com base no fato de que o réu, ao que tudo indica, está por cometer uma alienação indevida de determinado bem, o juiz entende que o réu também está a ocultar patrimônio. Assim, reforçando a decisão anterior, ratifica o arresto dos bens, seja aquele que provavelmente estava para ser alienado, seja os que estão, também na aparência, sendo ocultados. Já tendo sido interposto recurso contra a primeira (cujo pedido, percebe-se facilmente, tem a ver com o desbloqueio patrimonial operado), a segunda decisão funcionará como fato superveniente ao pedido recursal, tendo, por isso, de ser analisada pelo juiz do recurso sem que, para tanto, seja necessária a interposição de outro.

Das duas hipóteses acima, apenas a primeira pode ter a ver com à ideia de *ação recursal imprópria*, que, na definição aqui dada, decorre da ação recursal. Os dois exemplos dados bem demonstram o porquê de, mesmo na primeira, haver apenas uma possibilidade: *i)* no caso da ação de despejo, o fato superveniente não

---

<sup>559</sup> Curiosamente, a expressão vedação legal à consignação dos valores que se vencerem após a prolação da sentença no âmbito da consignatória de alugueres (inciso III do art. 67, Lei n. 8.245/91). Incorre no erro de não admitir o depósito em fase recursal, sem restringir a essa vedação legal, talvez porque não observe a nuance referente ao fato superveniente em grau de recurso, FABRÍCIO, Adrualdo Furtado. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 8, t. 3, p. 105-06.

<sup>560</sup> A decisão autorizativa do depósito na ação de consignação em pagamento (de resto, da própria estrutura do procedimento) é de natureza antecipatória da *eficácia mandamental* da sentença declaratória do efeito próprio do pagamento que, pelo depósito, foi substituído. A sentença de procedência dessa ação é declaratória pois que, exatamente, suas eficácias foram antecipadas pela decisão autorizativa do depósito. Assim, resta apenas declarar que este produziu os efeitos próprios do pagamento, que, por isso, foi substituído. Ressalte-se que não necessariamente o efeito em questão será o de extinção da dívida: no caso, por exemplo, de pagamento por terceiro interessado o efeito é o de sub-rogação no crédito.

depende da ação recursal pelo simples fato de, em verdade, concorrer com ela. O que acontece é uma cumulação ulterior em concorrência de ações no recurso, pois o fim almejado é o mesmo: procedente qualquer delas, a decisão recorrida não poderá prevalecer<sup>561</sup>. A ação recursal superveniente não é, por motivos óbvios, fundada em erro da decisão recorrida<sup>562</sup>; ii) diversamente, no da consignatória, o dever de analisar os depósitos posteriores (e, sendo o caso, de autorizá-los) decorre da procedência da ação recursal, pois, enquanto mantida a sentença de improcedência, o autor/recorrente não tem como obter o fim pretendido: é preciso reformá-la (ou obter a antecipação dos efeitos da tutela recursal) para viabilizar os depósitos, tanto os anteriores quanto os referentes aos vencimentos ocorridos após a interposição do recurso.

Já na segunda hipótese, o que se tem é, propriamente, uma ação recursal superveniente, que, dada a eficácia do fato jurídico previsto no, também aplicado à hipótese, art. 933, *caput*, CPC<sup>563</sup>, é automaticamente cumulada à anteriormente deduzida. Ação propriamente recursal, portanto.

#### 4.2.2. Posições processuais no recurso

Como toda demanda, o recurso envolve sujeitos. Fala-se em *recorrente e recorrido*, que, em verdade, são especificações de *autor e réu* ou *demandante e demandado*. Obviamente, o segundo há de ser o beneficiário da decisão; o primeiro, o prejudicado. Aqui se encontra a autêntica *legitimidade* não como posição jurídica, nos moldes visto no capítulo passado.

---

<sup>561</sup> Não obstante, apenas a procedência da ação recursal fundada no inadimplemento dos alugueis tem a força de ensejar a reforma da decisão recorrida. Procedente a segunda (fundada em danos ao imóvel), a decisão recorrida, embora neutralizada, permanecerá válida e eficazmente no sistema, porque seu fundamento (não ocorrência de inadimplemento dos alugueis) resta intacto. Neste caso, duas decisões seguirão à *pós-processualidade*: a de improcedência da ação de despejo, porque não se constatou o inadimplemento, e a de procedência da outra ação de despejo, já que foi constatada a ocorrência de danos ao imóvel. Não há, rigorosamente, contradição entre essas decisões. Tal como não haveria se essas ações tivessem sido cumuladas perante o juízo de origem, e este, analisando o primeiro fundamento, rejeitasse o pedido, porém, considerando o segundo fundamento, acabasse por acolhê-lo.

<sup>562</sup> Não obstante a superveniência e, por isso, não estar fundada em erro decisional, trata-se de ação recursal, porque se volta contra a decisão já impugnada por intermédio da ação inicialmente deduzida no recurso.

<sup>563</sup> Defendem, desde o tempo do CPC/73 (por força do, à época, art. 462), embora sem as distinções feitas acima, a ocorrência do fato superveniente no juízo recursal: BARIONI, Rodrigo. *Efeito Devolutivo da Apelação Civil*. São Paulo: RT, 2007, p. 142-43; ELIAS, Carlos Eduardo Stefen. *Apelação: os limites objetivos do efeito devolutivo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 113-14.

Todavia, se o recurso é interposto à decisão recorrida, não seria do prolator desta a legitimidade passiva? Não, porquanto o recurso se volta contra o beneficiário da decisão. Se provido, nalguma intensidade, o afetará. O juiz da decisão, porém, relaciona-se. Mas em que sentido?

Como o recurso ataca a decisão recorrida e os efeitos de seu provimento desfazem-na, a decisão recursal é a que prevalece, eis o chamado *efeito substitutivo*. Logo, o juiz recorrido está vinculado ao decidido no procedimento recursal. Há, embora, em regra, implícita, uma eficácia mandamental lhe dirigida. Não poderá, portanto, proferir decisão contrária. Se o órgão recursal, por exemplo, entende, ao contrário do órgão recorrido, ser o autor parte legítima para a causa, não pode o segundo, por mais errada que possa estar a decisão do recurso, decidir de modo contrário. Trata-se de *vinculação direta*, inerente à hierarquia<sup>564</sup> referente ao caso, nada tendo a ver com vinculação própria dos precedentes judiciais<sup>565</sup>. O órgão recorrido encontra-se vinculado pelo simples fato de sua decisão ter sido desfeita.

Por tudo isso, posto que isso não fique manifesto, a posição processual do juiz recorrido no recurso é a de uma *autoridade coatora*. Como tal, ele é destinatário de uma ordem. Assim sendo, toda ação recursal é dotada de uma eficácia mandamental. Essa *mandamentalidade* implícita fica evidentíssima se, no lugar do recurso, for impetrado mandado de segurança ou outro remédio processual análogo. Neste caso, porque a lei exige (no sentido de onerar o impetrante) a indicação da autoridade. O fato, porém, de não se fazer necessária a indicação não significa que inexista oponibilidade da decisão do recurso ao órgão recorrido. Seria plenamente possível à lei regrar essa necessidade; talvez não o faz porquanto, no âmbito recursal, essa vinculação é intuitiva, até porque o vinculado encontra-se implicitamente mencionado, pelo simples fato de, nas razões recursais, se fazer menção à decisão recorrida, logo ao sujeito que a proferiu.

---

<sup>564</sup> De natureza processual, e não funcional, conforme já foi descrito.

<sup>565</sup> Sobre esse tipo de vinculação, ver ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues. *Precedentes Vinculantes e a Irretroatividade do Direito no Sistema Processual Brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2012; MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 114-16; PEIXOTO, Ravi. *Superação do Precedente e Segurança Jurídica*. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2019, p. 165-68.

Claro, o recurso (e, mais, a decisão que lhe dá provimento) repercute para o recorrido, atingindo-o. Ele sofre as consequências; ao juiz o atingimento só será possível se sua esfera funcional for afetada pela decisão recursal, algo que o habilita a *responder* ao recurso como *terceiro interessado*.

#### 4.2.3. Natureza da decisão sujeita a recurso

Costuma-se dizer que a decisão recorrida está condicionada. O recurso seria, por isso, uma condição de eficácia dela. Embora haja quem mencione ser uma condição de tipo suspensivo, predomina o entendimento acerca da resolutividade. Em síntese, preconiza-se: “por poder desfazer a decisão, o recurso é condição resolutiva dela”.

Não é disso, porém, que se trata a questão. No mínimo, três razões sustentam esse entendimento: *i)* o recurso é impugnação, logo não se trata de condicionar a decisão, mas sim atacá-la; *ii)* nesse sentido, se provido, a decisão será desfeita (salvo quando tem por finalidade a sanção do ato decisório). O recurso, portanto, afeta o próprio ato decisório, não apenas sua eficácia; *iii)* ademais, o desfazimento da decisão não se dá por resolução, que é forma de desconstituição do ato jurídico por fato posterior à sua formação<sup>566</sup>, mas sim por invalidação ou reforma.

Em verdade, a decisão sujeita a recurso é decisão que ainda não se definitivizou<sup>567-568</sup>, porque não se deu o trânsito em julgado. O recurso, como se sabe, não é condicionante deste, mas sim fato impeditivo de sua consumação.

---

<sup>566</sup> Não obstante seja sempre por fato superveniente, nem toda resolução é devida ao inadimplemento, caso mais conhecido dela. Basta atentar para a resolução por caso fortuito ou força maior (art. 393, CC) e a resolução por onerosidade excessiva (art. 478, CC), além da própria resolução pelo implemento da condição resolutiva.

<sup>567</sup> “A sentença de primeira instância constitui (esse elemento constitutivo é comum a todas as sentenças suscetíveis de se imutabilizarem pela preclusão) *situação jurídica*, que pode ser desconstituída pela sentença de superior instância, ou se tornar preclusa (transita em julgado) São de repelir-se todas as teorias que têm a sentença de primeiro grau como sentença condicionada, ou como sentença *firme* que se há de confirmar ou infirmar”, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários...*, op. cit., t. 7, p. 28.

<sup>568</sup> A definitividade acima aludida é a meramente processual: aliás, único tipo de definitividade decisional possível. Isto porque, uma vez transitada em julgado, a decisão não mais pode ser desfeita, salvo pela excepcionalidade da rescisão. A existência ou não de *coisa julgada material* (ou,



Por tudo isso, é de *decisão provisória* a natureza da decisão sujeita a recurso.

\*\*\*

Chega-se ao fim de uma jornada. Se ao longo dos dois primeiros capítulos demonstrou-se o desenvolvimento do movimento jurídico geral e, respectivamente, do movimento processual, neste e no anterior tratou-se problema do título da tese. Partindo da formação do direito ao recurso, algo que implica a análise do problema da recorribilidade, chegou-se à ocorrência do ato recursal. Se, por um lado, o (conceito de) recurso serviu de *mote* para a demonstração de que o fenômeno processual (e, de resto, o jurídico como um todo) se desenvolve como um *movimento*; por outro, este serviu de *fio condutor* para que se pudesse reanalisar o *conceito de recurso*, que, embora seja um dos entes processuais mais importantes e, quiçá, o mais estudado, ainda não tem seu conceito satisfatoriamente definido. Isto, acredita-se, ficou claro neste capítulo.

Como dito, o movimento poderia (e, nalguma perspectiva, deveria) prosseguir, no mínimo, para analisar o problema dos efeitos recursais, *causa final* que são do ato recursal, conquanto, de algum modo, alguns deles tenham sido analisados. Isso, porém, há de ficar para outro momento: a quantidade do texto do trabalho já está bastante considerável. No mínimo, o que aqui se encontra servirá de matéria para críticas que se mostrarem necessárias.

---

como aqui se prefere, *efeito material da coisa julgada*) não tem a ver com a definitividade em si, mas com a impossibilidade de se rediscutir o decidido. Na decisão com um passar em julgado tão-somente formal é possível a rediscussão pelo simples fato de não ter havido decisão sobre a matéria por ser rediscutida. Não que a análise desta última tenha se dado em provisoriedade; simplesmente não houve qualquer análise sobre.

## CONCLUSÃO

Diante de tudo o que foi exposto, acredita-se ter se demonstrado que há situações jurídicas processuais – incluindo as originárias, logo relações jurídicas – que, surgidas do contexto processual, não compõem a relação jurídica processual, conquanto, por consequência lógica a esse surgimento, sejam formadas a partir dela. É o caso da relação jurídica continente do *direito ao recurso* (ou, observando-se outros aspectos de sua composição, *poder de recorrer*). Mais precisamente, tal direito refere-se a uma pretensão à tutela jurídica (convencionalmente chamada de *direito de ação*), que, como qualquer outra, tem sempre concretude, já que relacionada à atualização da *capacidade de ser parte*. Isto significa dizer que, em princípio, os sujeitos de direito em geral são dotados tão-somente da possibilidade de adquirirem pretensão à tutela jurídica (que é exatamente o ser dotado dessa capacidade), que se forma a cada necessidade concreta da vida (interesse de agir). Uma das grandes descobertas desta tese refere-se a isto. Sem dúvida, algo que surpreende. A demonstração analítica dessa descoberta encontra-se no segundo capítulo. Ademais, a ideia de *movimento jurídico* (apresentada no primeiro capítulo) encontra-se muitíssimo bem caracterizada no âmbito processual, seja porque – em sua dinamicidade – a processualidade é formada pela atualização da situação jurídica que a precede (no nível da *pré-processualidade*), seja porque, inversamente, tal âmbito é formativo de situações jurídicas que o sobejarão (nível da *pós-processualidade*). Enfim, demonstrada restou a primeira hipótese levantada na introdução.

Em decorrência dela, tem-se que o direito ao recurso reside no nível da pós-processualidade. Isto pelo fato de sua formação não ser um resultado natural do *movimento processual*, mas sim de algo como que um efeito colateral dele: não é a decisão (*causa final* de tal movimento) que produz o direito ao recurso, mas sim um fato jurídico que a tem como um de seus elementos, ao qual se denominou de *fato jurídico recursal*. Antes de ser propriamente um direito ao recurso, tal situação jurídica é um poder de impugnar, ou seja, de se contrapor ao que ao estado que foi estatuído pela decisão, até porque, pela própria definição, esta é algo que, se não em si definitivo, torna, enquanto sua força persistir, inequívoca a condição do sujeito a quem ela se dirige: submissão é a palavra. O poder de impugnar é exatamente a

possibilidade que o sistema jurídico atribui a tal sujeito de – até mesmo pelo aproveitamento do ato decisório – reverter tal condição, como que se livrando do peso que sobre ele foi colocado. É aqui que se encontra o *direito ao recurso*: em rigor, uma forma específica do poder de impugnar. Pode-se dizer – sendo fiel ao que consta do próprio trabalho – que o poder de impugnar é pretensão à tutela jurídica; o direito ao recurso, direito ao meio processual, este que somente se pode perfazer pela via de um procedimento, daí se dizer ser, noutra perspectiva, um ônus deste último. Formado no seio da processualidade, o direito ao recurso aloca-se, por sua vez, numa (outra) pré-processualidade: à qual se diz *recorribilidade*. Isto significa que novo movimento processual se encontra latente, movimento este estritamente (ou, na expressão do título da tese, *emblematicamente*) processual, a começar pelo fato de que a potência (marco inicial de qualquer movimento, de acordo com a Ontologia aristotélica encampada no trabalho), que é a própria recorribilidade, surge no âmbito processual. Diante disso, demonstrada está a segunda hipótese levantada.

O segundo capítulo também é constitui a base para a demonstração da terceira hipótese. O processo faz-se (no sentido formativo mesmo) pelo procedimento. Este é como que o corpo dele. Se inegavelmente, o procedimento judicial é de tipo impositivo, isto é: existe para gerar uma decisão contra alguém, e, para tanto (ônus de demandar), faz-se necessária uma provocação, é porque, em síntese, o procedimento é formado por postulação e decisão. Aos interessados, incluindo o sujeito que se encontra na possibilidade de ser submetido (a quem se pode denominar de *réu*), cabe postular, até porque, em essência, querem algo, mas esse *querer* tem de ser por intermédio de um *requerer*. O ato postulatório diferencia-se de qualquer outro ato procedimental porquanto sua formação, além do óbvio (o requerimento), baseia-se na afirmação de algo que lhe precede, à qual se denomina de situação jurídica material (*res in iudicium deducta*). Assim o é, por decorrência do *princípio democrático*: ninguém pode querer impor algo a outrem sem ter uma devida razão jurídica para tanto. Como qualquer afirmação, refere-se a algo: no caso, à situação jurídica denominada ação de direito material, amplamente destrinchada no primeiro capítulo. Logo, uma coisa é o ato postulatório; outra, a situação fundante da postulação. O recurso – ao qual, sequer intuitivamente, se pode negar a natureza postulacional – assim o é. Portanto, há o recurso e há aquilo

que neste trabalho se denominou de *ação recursal*. Eis a demonstração da terceira hipótese.

Por fim, a última hipótese levantada na introdução encontra-se igualmente demonstrada. A chamada ação recursal é outra coisa em relação às postulações anteriormente feitas (grosso modo, pelo autor, mas também pelo réu). Logo, se aquilo que enseja o recurso é novidade, ele também inova, o que não significa que, num maior ou menor grau, também não renove. Inova porquanto entre a postulação dita inicial e o recurso há o ato decisório. Não se pode simplesmente “fingir” que este não existe, renovando a postulação feita. Recurso não é um simples recomeço; é um tentar virar.

É isto que, ao menos até o presente momento, se entende pela conclusão do trabalho.

## REFERÊNCIAS

- ABREU, Leonardo Santana. *Direito, Ação e Tutela Jurisdicional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- ADEODATO, João Maurício. *Uma Teoria Retórica da Norma Jurídica e do Direito Subjetivo*. São Paulo: Noeses, 2011.
- ALMEIDA JR., João Mendes. *Direito Judiciário Brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1940.
- ALSINA, Hugo, *Tratado Teorico Practico de Derecho Procesal Civil y Comercial*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 1956, v. 1.
- ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto do Código Civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ALVIM, Eduardo Arruda. Anotações sobre o Novo § 3º do art. 515, do Código de Processo Civil. *Linhas Mestras do Processo Civil*. COSTA, Helio Rubens Batista Ribeiro; RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende; DINAMARCO, Pedro (coords.). São Paulo: Atlas, 2004.
- ALVIM, José Manoel de Arruda. *Tratado de Direito Processual Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 1996, v. 2.
- ALVIM, Teresa Arruda. *Nulidades do Processo e da Sentença*. 6. ed. São Paulo: RT, 2007.
- ALVIM, Teresa Arruda. *Omissão Judicial e Embargos de Declaração*. São Paulo: RT, 2005.
- ALVIM, Teresa Arruda. Teoria Geral dos Recursos. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1990, v. 58, p. 156; MEDINA, José Miguel Garcia. *O Prequestionamento nos Recursos Extraordinário e Especial*. 4. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 61-3.
- ALVIM, Thereza. *O Direito Processual de Estar em Juízo*. São Paulo: RT, 1996.
- AMERICANO, Jorge. *Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1960, v. 4
- ANDRADE, Odilon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1946, v. 9.
- APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Apelação e seus Efeitos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

AQUINO, Santo Tomás de. *Comentários à Física. Iniciação à Filosofia de São Tomás de Aquino: introdução, lógica e cosmologia*. Trad. Cristiane Negreiros e Carlos Eduardo de Oliveira. São Paulo: 2013.

\_\_\_\_\_. *Comentários à Metafísica de Aristóteles (V-VIII)*. Campinas/SP: Vide Editorial, 2017, v. 2.

\_\_\_\_\_. *Comentários à Metafísica de Aristóteles (IX-XII)*. Trad. Paulo Faitanin e Bernardo Veiga. Campinas/SP: Vide Editorial, v. 3.

\_\_\_\_\_. *O Ente e a Essência*. Trad. Carlos Arthur do Nascimento. Petrópolis/RJ: Vozes, 2018.

\_\_\_\_\_. *Suma Teológica: I parte – questões 44-119*. 4. ed. São Paulo: Loyola, v. 2.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Do Agravo Regimental*. *Revista de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1960, v. 2.

ARENHARDT, Sergio Cruz. *A Defesa do Executado pela Via Recursal. Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de outras Formas de Impugnação às Decisões Judiciais*. NERY JR., Nelson; ALVIM, TERESA Arruda. São Paulo, RT, 2001, v. 4.

ARISTÓTELES. *Categorias*. Trad. José Veríssimo Teixeira da Mata. São Paulo: UNESP, 2018.

\_\_\_\_\_. *Física I e II*. Trad. Lucas Angioni. Campinas/SP: UNICAMP, 2013.

\_\_\_\_\_. *Metafísica*. Trad. Giovanni Reale. 5. ed. São Paulo: 2015, v. 2.

\_\_\_\_\_. *Retórica*. Trad. Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2011.

ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para Agir no Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: RT, 1979.

ASSIS, Araken de. *Cumulação de Ações*. 4. ed. São Paulo: RT, 2002.

\_\_\_\_\_. *Manual dos Recursos*. 8. ed. São Paulo: RT, 2016.

ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues. *Precedentes Vinculantes e a Irretroatividade do Direito no Sistema Processual Brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2012.

AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

AZEVEDO, Gustavo. *Da Reclamação. Novo Código de Processo Civil Comentado*. RIBEIRO, Sergio Luiz de Almeida; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; PANTALEÃO, Izabel Cristina Pinheiro; GOUVEIA, Lúcio Grassi. São Paulo: LUALRI, 2018.

AZEVEDO, Luiz Carlos de; TUCCI, José Rogério Cruz. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: RT, 2001.

BARBI, Celso Agrícola. *Ação Declaratória Principal e Incidente*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, v. 1.

BARIONI, Rodrigo. *Efeito Devolutivo da Apelação Civil*. São Paulo: RT, 2007.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 3. ed. São Paulo: Lejus, 1998.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Apelação: questões de admissibilidade e efeitos. Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de outros Meios de Impugnação às Decisões Judiciais*. NERY JR., Nelson; ALVIM, Teresa Arruda. São Paulo: RT, 2003, v. 7,

BERALO, Maria Carolina Silveira. *Processo e Procedimento à luz da Constituição Federal de 1988: normas processuais e procedimentais civis*. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito do Largo do São Francisco, São Paulo, 2015.

BERMUDES, Sergio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 1977, v. 7.

BERTI, Enrico. *Estrutura e Significado da Metafísica de Aristóteles*. Trad. José Bortolini. São Paulo: Paulus, 2012.

BETTI, Emilio. *Diritto Processuale Civile Italiano*. 2. ed. Roma: Società Editrice del Foro Italiano, 1936.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Reconvenção no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BORGES, José Souto Maior. *Obrigação Tributária: uma introdução metodológica*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BORGES, José Souto Maior. *Curso de direito comunitário*. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. *Isenções tributárias*. 2. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980.

\_\_\_\_\_. *Lançamento Tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BRAGA, Paula Sarno. *Norma de Processo e Norma de Procedimento: o problema da repartição de competência legislativa no Direito Constitucional brasileiro*. Salvador: JusPODVIM, 2015.

BUENO, Cassio Scarpinella, *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, v. 1.

BÜLOW, Oskar, *La Teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales*. Trad. Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: EJE, 1964.

CABRAL, Antonio do Passo. *A Coisa Julgada Formal Faz Sentido no Sistema do CPC-2015? Coisa Julgada e outras Estabilidades*. DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. Salvador: JusPODIVM, 2018.

\_\_\_\_\_. *Convenções Processuais: entre publicismo e privatismo*. Tese de Livre-Docência apresentada perante Banca Examinadora da Faculdade de Direito do Largo do São Francisco. São Paulo, 2015.

\_\_\_\_\_. *Despolarização do Processo e Zonas de Interesse: sobre a migração entre os polos da demanda. Reconstituindo a Teoria Geral do Processo*. DIDIER JR., Fredie (org.). Salvador: JusPODIVM, 2012.

\_\_\_\_\_. *Pacto de Non Petendo: a promessa de não processar no direito brasileiro*. Texto Inédito, já aprovado para ser publicado na Revista de Processo, gentilmente cedido pelo autor.

\_\_\_\_\_. *Nulidades no Processo Civil Moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CALAMANDREI, PIERO. *Appunti sulla Sentenza come Fatto Giuridico*. *Rivista de Diritto Processuale Civile*. Padova: CEDAM, 1932, v. 1.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Ação Rescisória*. São Paulo: Atlas, 2014,

\_\_\_\_\_. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015

CARNELUTTI, Francesco. *Derecho y Proceso*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1971.

\_\_\_\_\_. *Instituciones del proceso civil*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, s/a, v.1.

CARVALHO DE MENDONÇA, Manuel Inácio. *Doutrina e prática das obrigações*. Atualização de José de Aguiar Dias. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956, t. 2.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. São Paulo: Saraiva, 1998.

\_\_\_\_\_. *Direito Tributário: os fundamentos jurídicos da incidência*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. *Direito Tributário: linguagem e método*. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2013.

CASTRO JR, Torquato. *Da Causa no Contrato*. Recife: Imprensa Universitária, 1966.

\_\_\_\_\_. *Teoria da Situação Jurídica em Direito Privado Nacional*. São Paulo: Saraiva, 1985.



CASTRO JR, Torquato. *A Pragmática das Nulidades e a Teoria do Ato Jurídico Inexistente*. São Paulo: Noeses, 2009.

CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituições de Direito Processual Civil*. Trad. J. Guimarães Menegale. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1969, v. 1.

\_\_\_\_\_. *Instituições de Direito Processual Civil*. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969, v. 3

COPLESTON, Frederick. *Filosofia Medieval: uma introdução*. Trad. Wilson Filho Ribeiro de Almeida. Campinas/SP: Danúbio. 2018.

COSTA, Adriano Soares da. A Reunião das Ações Eleitorais sobre os mesmos Fatos. *O Direito Eleitoral e o Novo Código de Processo Civil*. TAVARES, André Ramos; AGRA, Walber de Moura; PEREIRA, Luiz Fernando. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

\_\_\_\_\_. *Instituições de Direito Eleitoral*. 9. ed. Belo Horizonte: Forum, 2013.

COSTA, Alfredo de Araujo Lopes. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. 3.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. *As Garantias Arquifundamentais Contrajurisdicionais: Não Criatividade e Imparcialidade*. <https://emporiododireito.com.br/leitura/as-garantias-arquifundamentais-constrajurisdicionais-nao-criatividade-e-imparcialidade> Acesso em 22/04/2020.

\_\_\_\_\_. Da Reclamação. *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. ALVIM, Teresa Arruda; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coords.). São Paulo: RT, 2015

\_\_\_\_\_. *O Direito Vivo das Liminares*. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. Teoria Trinária vs. Teoria Quinária: crônica de um diálogo de surdos. *Teoria Quinária da Ação*. COSTA, Eduardo José; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords.). Salvador: JusPODIVM, 2010.

COSTA, Tito. *Recursos em Matéria Eleitoral*. 9. ed. São Paulo: RT, 2010

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma, 1976.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Atendibilidade dos Fatos Supervenientes no Processo Civil*. Coimbra: Almedina, 2012.

\_\_\_\_\_. *A Fazenda Pública em Juízo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016

\_\_\_\_\_. *O Interesse de Agir na Ação Declaratória*. Curitiba: Juruá, 2002.

CRUZ, Joao Claudino de Oliveira. *Recursos no Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1954.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. Correição Parcial não é Recurso (portanto, não deve ser usada como tal). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de outras Formas de Impugnação às Decisões Judiciais*. NERY JR., Nelson; ALVIM, TERESA Arruda. São Paulo, RT, 2001, v. 4.

\_\_\_\_\_. *Mandado de Segurança Coletivo: legitimação ativa*. São Paulo: Saraiva, 2000.

\_\_\_\_\_. *Reclamação Constitucional no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000

DE MENDONÇA LIMA, Alcides. *Introdução aos Recursos Cíveis*. 2. ed. São Paulo: RT, 1976

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 19. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017, v. 1.

\_\_\_\_\_. Fonte Normativa da Legitimação Extraordinária no Novo Código de Processo Civil: a legitimação extraordinária de origem negocial. *Coleção Novo CPC: doutrina selecionada*. MACÊDO, Lucas Buri; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 244-248

\_\_\_\_\_. *Recurso de Terceiro: juízo de admissibilidade*. São Paulo: RT, 2002.

\_\_\_\_\_. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida*. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 16. ed. Salvador: JusPODIVM, 2019, v. 3.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

\_\_\_\_\_. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, v. 3.

\_\_\_\_\_. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. 2.

\_\_\_\_\_. *O Conceito de Mérito no Processo Civil. Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. Os Efeitos dos Recursos. *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis*. NERY JR., Nelson; ALVIM, TERESA Arruda. São Paulo: RT, 2002, v. 5

DÜRING, Ingmar. *Aristóteles: exposición e interpretación de su pensamiento*. Trad. Bernabé Navarro. México: Universidade Nacional Autónoma de México, 2005.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría General del Proceso*. 3. ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2003, p. 156

EID, Elie Pierre. Repercussões do Litisconsórcio Unitário sobre a Eficácia da Sentença e os Limites da Coisa Julgada. *Coisa Julgada e outras Estabilidades Processuais*. DIDIER, JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo (coords). Salvador: JusPODIVM, 2018

ELIAS, Carlos Eduardo Stefen. *Apelação: os limites objetivos do efeito devolutivo*. São Paulo: Atlas, 2010.

ENNECCERUS, Ludwig. *Derecho Civil: parte general*. Trad. Blas Pérez Gonzáles e José Alguer. Barcelona: Bosch, 1944.

ESTELLITA, Guilherme, *Direito de Ação, Direito de Demandar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1942.

FABRÍCIO, Adrualdo Furtado. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 8, t. 3

FARIA, Guilherme Henrique Lages. *Negócios Processuais no Modelo Constitucional de Processo*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2019.

FAZZALARI, Elio. *Istituzione di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 1975.

FERNANDES, André Lucas. *Entre o Sistema e o Tratado: o pensamento de Pontes de Miranda e modelização da sociedade*. Curitiba: CRV, 2018.

FERRAZ, Manuel Carlos de Figueiredo. *Apontamentos sobre a Noção Ontológica de Processo*. Campinas/SP: Julex, 1936.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Função Social da Dogmática*. São Paulo: Atlas, 2015.

FRAGA, Affonso, *Instituições do Processo Civil do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1940, t. 1.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Condições da Ação: enfoque sobre o interesse de agir*. 3. ed. São Paulo: RT, 2005.

GARDEIL, Henri-Dominique. *Iniciação à Filosofia de São Tomás de Aquino: introdução, lógica e cosmologia*. Trad. Cristiane Negreiros e Carlos Eduardo de Oliveira. São Paulo: 2013.

\_\_\_\_\_. *Iniciação à Filosofia de São Tomás de Aquino: psicologia e metafísica*. Trad. Paulo Eduardo Arantes. São Paulo: Paulus, 2013.

GODINHO, Robson. *Negócios Processuais sobre o Ônus da Prova no Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015.

GOLDSCHMIDT, James. *Direito Processual Civil*. Trad. Lisa Pary Scarpa. Campinas/SP: Bookseller, 2003.

GOLDSCHIMDT, James. *Teoría General del Proceso*. Barcelona: Labor, 1936.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1993.

GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. *A Capacidade Postulatória como uma Situação Jurídica Processual Simples*: ensaio em defesa de uma teoria das capacidades em direito. Dissertação de Mestrado apresentada à Universidade Católica de Pernambuco. Recife, 2008.

\_\_\_\_\_. *Código de Processo Civil Comentado*. Hélder Moroni Câmara (coord). São Paulo: Almedina, 2015

\_\_\_\_\_. Da Especialidade do Procedimento das Execuções Fundadas em Título Extrajudicial: primeiras notas para uma teoria semiótica dos procedimentos especiais. MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (orgs.). *Procedimentos Especiais, Tutela Provisória e Direito Transitório*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 333-360

\_\_\_\_\_. Das Nulidades. RIBEIRO, Sergio Luiz de Almeida; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos.; PANTALEÃO, Izabel Cristina; GOUVEIA, Lúcio Grassi de. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: LUALRI, 2018, v. 1.

\_\_\_\_\_. Um Crítica Analítica à ideia de Relação Processual entre as Partes. *Revista Brasileira de Direito Processual*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, v. 93, p. 264-265

GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; DI SPIRITO, Marco Paulo. Sobre o Negócio Jurídico de Espraiamento Sentencial. *Revista Brasileira de Direito Processual*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 270 e segs.

GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; MIRANDA, Gabriela Expósito. O Fenômeno Processual de acordo com os Plano Material, Pré-Processual e Processual do Direito: breves considerações do tema a partir (e além) do pensamento de Pontes de Miranda. *Coleção Novo CPC: doutrina selecionada*, Fórum, 2015, p. 195-197

GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; OLIVEIRA JR., Deocleciano Otávio. Improcedência da Ação! *Improcedência*. MOUZALAS, Rinaldo; SILVA, Beclaute Oliveira; MARINHO, Rodrigo Saraiva. Salvador: JusPODIVM, 2015.

GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; PEIXOTO, Ravi; COSTA, Eduardo José da Fonseca. Estabilização, Imutabilidade das Eficácias Antecipadas e Eficácia de Coisa Julgada: uma versão aperfeiçoada. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro: UERJ, 2016, 2017.

GRECO, Leonardo. *A Teoria da Ação no Processo Civil*. São Paulo: Dialética, 2003.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição Voluntária Moderna*. São Paulo: Dialética, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: RT, 2005.

GUASP, Jaime. *Derecho Procesal Civil*. 3. ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1977, v. 1.

GUASP, Jaime. *Derecho Procesal Civil*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1968, v.2.

GUIMARÃES, Luiz Machado. Efeito Devolutivo da Apelação. *Estudos de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, 1969.

HART, Hebert L. A. *O Conceito de Direito*. 5. ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*. Trad. Christian Viktor Hamm e Valerio Hohden. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

JARIDIM, Augusto Tanger Jardim. *A Causa de Pedir no Direito Processual Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

JORGE, Flávio Cheim. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*. 7. ed. São Paulo: RT, 2015.

KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. Trad. Fernando Costa de Matos. Petrópolis/RJ: Vozes, 2012.

KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KLIMA, Gyula. Natureza: o problema dos universais. *Filosofia Medieval (Coleção Companions)*. MCGRADE, A. S. (org.). São Paulo: Ideias e Letras, 2018.

KOMATSU, Roque. *Da Invalidade no Processo Civil*. São Paulo: RT, 1991.

KUHN, Thomas. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 13. ed. São Paulo: Perspectiva, 2013.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *O Duplo Grau de Jurisdição no Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 1995.

LAVELLE, Louis. *A Presença Total: ensaios reunidos*. Trad. Carlos Nougué. São Paulo: É Realizações, 2012.

LAZZARINI, Alexandre Alves. *A Causa Petendi nas Ações de Separação Judicial e Dissolução de União Estável*. São Paulo: RT, 1999.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTR, 2010

LEMOS, Vinícius Silva. A Regra da Não Preclusão Imediata do Art. 1.009, § 1º e a Conjunção com o Art. 278: protesto preclusivo no CPC/2015? *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro, ano 12, v. 19, n. 1.

\_\_\_\_\_. *Recursos e Processos nos Tribunais*. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018.

LIMA, Alcides de Mendonça. *Introdução aos Recursos Cíveis*. 2. ed. São Paulo: RT, 1976

LIEBMAN, Enrico Tullio. Embargos do executado (oposições de mérito no processo de execução). Tradução por J. Guimarães Menegale, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1968.

\_\_\_\_\_. *Manual de Direito Processual Civil*. 3. ed. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005, v. 1.

LINS, Artur Orlando. *A Primazia do Mérito no Processo Civil Brasileiro: fundamentos, concretização e limites dogmáticos*. Salvador: JusPODIVM, 2019, p. 278-83

LOBÃO, Manuel de Almeida, *Segundas Linhas sobre o Direito Processual Civil: Adições de Joaquim José Caetano Pereira e Sousa*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1855, v. 1.

LOPES, João Batista. *Ação Declaratória*. 5. ed. São Paulo: RT, 2002.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O Dever de Motivação das Decisões Judiciais: estado de direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo Procedimento*. Trad. Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: UNB, 1980

\_\_\_\_\_. *O Direito da Sociedade*. Trad. Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2017

\_\_\_\_\_. *Sistemas Sociais: esboço de uma teoria geral*. Trad. Antonio Luiz Costa, Roberto Dutra Torres Júnior e Marcos Antonio dos Santos Casanova. Petrópolis/RJ: Vozes, 2016

\_\_\_\_\_. *Sociologia do Direito I*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

\_\_\_\_\_. *Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica*. Trad. Ignacio de Otto Pardo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

MACEDO, Lucas Buriel de. *Objeto dos Recursos Cíveis*. Salvador: JusPODIVM, 2019.

\_\_\_\_\_. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*. Salvador: JusPODIVM, 2015.

MACHADO, Fábio Cardoso. *Jurisdição, Condenação e Tutela Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MALACHINI, Edson Ribas. As Ações (e Sentenças) Condenatórias, Mandamentais e Executivas. *Teoria Quinária da Ação*. COSTA, Eduardo José; MOURÃO, Luiz

Eduardo Ribeiro; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords.). Salvador: JusPODIVM, 2010.

MARANHÃO, Clayton. Mandado de Segurança Contra Ato Judicial. *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis*. NERY JR., Nelson; ALVIM, Teresa Arruda. São Paulo: RT, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. São Paulo: RT, 1993.

\_\_\_\_\_. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHARDT, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2016, v. 2.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1962, v. 2.

MARTINS, Pedro Batista. *Recursos e Processos de Competência Originária dos Tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

MAZZEI, Rodrigo dos Reis. A Remessa “Necessária” (Reexame por Remessa e sua Natureza Jurídica). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e Assuntos Afins*. NERY JR., Nelson; ALVIM, Teresa Arruda (coords.). São Paulo: RT, 2011, v. 12, p. 418-20;

\_\_\_\_\_. Embargos de Declaração no Processo Eleitoral: breve releitura após a vigência do CPC-15. *Repercussões do Novo CPC: direito eleitoral*. LUCON, Paulo Henrique dos Santos; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. Salvador: JusPODIVM, 2016

\_\_\_\_\_. *Embargos de Declaração*: recurso de saneamento com função constitucional. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade Autônoma de Direito. São Paulo, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Marcos Bernardes de. Da Ação como Objeto Litigioso no Processo Civil. *Teoria Quinária da Ação*. COSTA, Eduardo José; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords.). Salvador: JusPODIVM, 2010.

\_\_\_\_\_. Achegas para uma Teoria das Capacidades em Direito. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: RT, 2001, n. 03.

\_\_\_\_\_. Teoria do Fato Jurídico: plano da existência. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003

\_\_\_\_\_. *Teoria do fato jurídico*: plano da validade. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 112-118.

\_\_\_\_\_. *Teoria do fato jurídico: plano de eficácia* 1ª parte. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 5, nota 9

MENDES, Gilmar Ferreira. A Reclamação Constitucional no Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, n. 100.

MENDONÇA JR., Delosmar Domingos de. *Agravo Interno*. São Paulo: RT, 2009.

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

\_\_\_\_\_. *Colaboração no Processo Civil*. São Paulo: RT, 2009.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Memória Jurídica, 2005, t. 1.

\_\_\_\_\_. O Problema da Invalidade dos Atos Processuais no Direito Processual Civil Brasileiro. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênese, 2005, n. 35.

MORATO, Leonardo L. *Reclamação*. São Paulo: RT, 2007, p. 109-12 LEONEL, Ricardo Barros. *Reclamação Constitucional*. São Paulo: RT, 2011

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ainda e Sempre a Coisa Julgada. *Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 5, 2009.

\_\_\_\_\_. Invalidade e Ineficácia do Negócio Jurídico. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre: Síntese, 2003, n. 23.

\_\_\_\_\_. Item do Pedido sobre o qual Não Houve Decisão. Possibilidade de Reiteração noutro Processo. *Temas de Direito Processual – Segunda Série*. São Paulo: Saraiva, 1980.

\_\_\_\_\_. O Juízo de Admissibilidade no Sistema dos *Recursos Cíveis*. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado da Guanabara*. Rio de Janeiro, 1968.

\_\_\_\_\_. *Questões Velhas e Novas em Matéria de Classificação das Sentenças*. *Temas de Direito Processual – Oitava Série*. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. Tutela Sancionatória e Tutela Preventiva. *Temas de Direito Processual – Segunda Série*. São Paulo: Saraiva, 1980.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

NERY JR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004.



\_\_\_\_\_. *Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos*. 4. ed. São Paulo: RT, 1997.

\_\_\_\_\_. *Teoria Geral dos Recursos: princípios fundamentais*. 4ª. ed. São Paulo: RT, 1997.

NERY JR., Nelson; ABOUD, Georges. *Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: RT, 2019.

NEVES, Marcelo da Costa Pinto. A Incidência da Norma e o Fato Jurídico. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado, ano 21, n. 84, out/dez de 1984.

\_\_\_\_\_. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. WMF Martins Fontes, 2014.

\_\_\_\_\_. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios Processuais*. Salvador: JusPODIVM, 2008.

\_\_\_\_\_. *Primeiras Reflexões sobre a Legitimidade Processual no Código de Processo Civil Brasileiro*. Texto aceito para ser publicado na Revista de Processo, gentilmente cedido pelo autor, p. 5 e segs.

\_\_\_\_\_. Situações Jurídicas Processuais. *Teoria do Processo – Panorama Doutrinário Mundial 2ª. Série*. DIDIER JR., Fredie (org.). Salvador: JusPODIVM, 2010.

\_\_\_\_\_. *Teoria da Ação de Direito Material*. Salvador: JusPODIVM, 2008.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Direito Material, Processo e Tutela Jurisdicional. *Polêmica sobre a Ação*. MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (orgs.) Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

\_\_\_\_\_. *Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008

OLIVEIRA, Manfredo de Araújo. *Reviravolta Linguístico-Pragmática na Filosofia Contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1996.

OLIVEIRA, Pedro Miranda. *Agravo Interno e Agravo Regimental: hipóteses de incidência e poderes do relator*. São Paulo: RT, 2009.

ORIONE NETO, Luiz. Os Princípios Fundamentais dos Recursos Cíveis. *Dos Recursos: temas obrigatórios e atuais*. MAZZEI. Rodrigo dos Reis (coord.). Vitória: ICE, 2001.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *A Ação no Direito Processual Civil Brasileiro*. Salvador: Imprensa Oficial, 1960.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1984, v. 10, t. 1.

\_\_\_\_\_. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PAULA BAPTISTA, Francisco de. *Compêndio de teoria e prática do processo civil comparado com o comercial e de hermenêutica jurídica*. 7. ed. Rio de Janeiro: H. Garnier, 1907.

PAULO APÓSTOLO, São. Carta aos Gálatas: capítulo 3, versículo 8. *Bíblia*. Trad. Frederico Lourenço. São Paulo: Cia da Letras, 2018.

PEIXOTO, Ravi. *Superação do Precedente e Segurança Jurídica*. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2019.

PIMENTEL, Alexandre Freire. Análise Histórico Comparativa da Remessa Necessária (II). *Revista Brasileira de Direito Processual*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, v. 94.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: RT, 1967, t. 1.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, t. 1.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, t. 1.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, t. 4.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1975, t. 5.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, t. 6.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1975, t. 7.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, t. 9.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, t. 10.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, t. 12.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, t. 16.

\_\_\_\_\_. Relação Jurídica Processual. SANTOS, J. M. Carvalho (org.). *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Borsoi, s.a, v. 48.

\_\_\_\_\_. Remédio Jurídico Processual. *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Borsoi, s.a., v. 48.

\_\_\_\_\_. *Sistema de Ciência Positiva do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, t. 1

\_\_\_\_\_. *Sistema de Ciência Positiva do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, t. 2.

\_\_\_\_\_. *Tratado da Ação Rescisória*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

\_\_\_\_\_. *Tratado das Ações*. São Paulo: RT, 1970, t. 1.

\_\_\_\_\_. *Tratado das Ações*. São Paulo: RT, 1970, t. 2.

\_\_\_\_\_. *Tratado das Ações*. São Paulo: RT, 1974, t. 5.

\_\_\_\_\_. *Tratado das Ações*. São Paulo: RT, 1976, t. 6.

\_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, t. 1.

\_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, t. 2.

\_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, t. 3.

\_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1954, t. 5.

\_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, t. 6.

\_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, t. 25.

\_\_\_\_\_. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962, t. 38.

PORFÍRIO. *Isagoge*. Trad. Bento Silva Santos. São Paulo: Attar, 2002.

POZZO, Carlo Umberto dal. *Le Impugnazioni Penale*: Padova: CEDAM.

PRATA, Edson. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, v. 2, t. 1.

PROVINCIALI, Renzo. *Delle Impugnazioni in Generale*. Napoli: Morano, 1962.

RÃO, Vicente. *Ato jurídico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1981.

RODRIGUES, Adriano Duarte. *As Dimensões da Pragmática na Comunicação*. Rio de Janeiro: Diadorim, 1995.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Suspensão de Segurança*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.

RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A Modificação do Pedido e da Causa de Pedir no Processo Civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014.

\_\_\_\_\_. *Manual dos Recursos, Ação Rescisória e Reclamação*. São Paulo: Atlas, 2017.

SANCHES, Sydney. Objeto do Processo e Objeto Litigioso do Processo. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1979, n. 13, p. 44-45; DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos Processuais e Condições da Ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 1.

SANTOS, J. M. Carvalho. *Código de Processo Civil Interpretado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1941, v. 9.

SANTOS, Mário Ferreira dos. *Filosofia e Cosmologia*. São Paulo: É Realizações, 2015.

\_\_\_\_\_. *Ontologia e Cosmologia*. 3. ed. Logos: São Paulo, 1959 v. 5.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão Processual Civil*. São Paulo: Atlas, 2006

SILVA, Beclate Oliveira. *A Cognição no Mandado de Segurança sob o Prisma da Dialógica de Mikhail Bakhtin*. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito do Recife. Recife, 2011.

\_\_\_\_\_. O Autor Pede... o Réu Também! Ou da Improcedência como Procedência. *Improcedência*. MOUZALAS, Rinaldo; SILVA, Beclate Oliveira; MARINHO, Rodrigo Saraiva. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 56-59

SILVA, Clovis do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: FGV Editora, 2006.

\_\_\_\_\_. Tutela Preventiva. *Digesto de Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1988, v. 5.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Adimplemento e Extinção das Obrigações*. São Paulo: RT, 2006.

SILVA, Ovídio Baptista da. "Ação" e Ações na História do Processo Civil Moderno. *Teoria Quinária da Ação*. COSTA, Eduardo José; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords.). Salvador: JusPODIVM, 2010, p. 423 e segs.

\_\_\_\_\_. *Ação de Imissão de Posse*. 3. ed. São Paulo: RT, 2001.

\_\_\_\_\_. Assistência Litisconsorcial. *Da Sentença Liminar à Nulidade da Sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

\_\_\_\_\_. Conteúdo da Sentença e Coisa Julgada. *Sentença e Coisa Julgada*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

\_\_\_\_\_. Curso de Processo Civil. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 1, t. 1

\_\_\_\_\_. Direito Subjetivo, Pretensão de Direito Material e Ação. MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (orgs.). *Polêmica sobre a Ação*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006.

\_\_\_\_\_. *Do Processo Cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

\_\_\_\_\_. Eficácias da Sentença e Coisa Julgada. *Sentença e Coisa Julgada*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

\_\_\_\_\_. Execução em face do Executado. *Da Sentença Liminar à Nulidade da Sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição, Direito Material e Processo*. Rio de Janeiro, Forense, 2008.

SILVA, Ovídio Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria Geral do Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 2002.

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.

SILVA JR., Gervasio Lopes. *Julgamento Direto do Mérito Recursal*. Salvador: JusPODIVIM, 2007.

SILVEIRA, Marcelo Pichioli da. *Ação Rescisória*. São Paulo: LUALRI, 2017.

SIMARDI, Cláudia A. Remessa Obrigatória. *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos*. ALVIM, Eduardo Arruda; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.) São Paulo: RT, 2000

SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SPIRITO, Marco Paulo Denucci di. Negócios Jurídicos Processuais: uma abordagem casuística e prática. *Perspectiva da Defensoria Pública*. SILVA, Franklyn Alves (org.). Salvador: JusPODIVIM, 2018.

TALAMINI, Eduardo. Decisões Individuais: legitimidade e controle. *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis*. NERY JR., Nelson; ALVIM, Teresa Arruda. São Paulo: RT, 2002, v. 5.

\_\_\_\_\_. *Novos Aspectos da Jurisdição Constitucional Brasileira: repercussão geral, força vinculante, modulação dos efeitos do controle de constitucionalidade e*

alargamento do objeto do controle direto. Tese de Livre-Docência apresentada à Faculdade de Direito do Largo do São Francisco. São Paulo, 2008.

TEIXEIRA, João Paulo Allain. Dois Modelos de Direito e Legalidade: Hans Kelsen e Niklas Luhmann. *Princípio da Legalidade: da Dogmática Jurídica à Teoria do Direito*. Cláudio Brandão, Francisco Cavalcanti e João Maurício Adeodato (orgs.). Rio de Janeiro: Forense, 2009.

TERAN, Juan Manuel. *Filosofia del Derecho*. 7. ed. México: Porrúa, 1977.

TOMÁS, João de São. *Tratado dos Signos*. Trad. Anabela Gradim Alves. Lisboa: Imprensa Nacional.

TOSTA, Jorge. *Do Reexame Necessário*. São Paulo; RT, 2005.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *A Causa Petendi no Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2001.

UZEDA, Carolina. *Interesse Recursal*. Salvador: JusPODIVM, 2018.

VENTURI, Elton. *Suspensão de Liminares e Sentença Contrárias ao Poder Público*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010.

VILANOVA, Lourival. *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

\_\_\_\_\_. *Causalidade e Relação no Direito*. 4. ed. São Paulo: RT, 2000.

WACH, Adolf. *La Pretension de Declaracion*. Trad. Juan M. Semon. Buenos Aires: EJEJA, s/a

WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: DPJ, 2005

WEAVER, Richard M. *As Ideias têm Consequências*. 2. ed. Trad. Guilherme Araújo Ferreira. São Paulo: É Realizações, 2016.

WINDSCHEID, Bernhard. La “Actio” del Derecho Civil Romano, desde el Punto de Vista del Derecho Actual. Polemica sobre la “Actio”. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJEJA, 1977.