UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO STRICTO SENSU – MESTRADO

LUCAS LOPES DÓRIA FERREIRA

PROCESSO, PROCEDIMENTO E REPARTIÇÃO CONSTITUCIONAL DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA: LIMITES DA REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA EM MATÉRIA DE PROCESSO E DE PROCEDIMENTO NO DIREITO BRASILEIRO E SEUS REFLEXOS SOBRE A LEGISLAÇÃO QUE CRIE VARAS COLEGIADAS NO PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO

Maceió
2016

LUCAS LOPES DÓRIA FERREIRA

PROCESSO, PROCEDIMENTO E REPARTIÇÃO CONSTITUCIONAL DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA: Limites da Repartição de Competência Legislativa em Matéria de Processo e de Procedimento no Direito Brasileiro e seus Reflexos sobre a Legislação que Crie Varas Colegiadas no Primeiro Grau de Jurisdição

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Alagoas, como parte dos requisitos para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Pedro Henrique Pedrosa Nogueira.

Maceió

2016

Catalogação na fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central
Bibliotecária Responsável: Helena Cristina Pimentel do Vale

F383p Ferreira, Lucas Lopes Dória.
Processo, procedimento e repartição constitucional de competência legislativa: limites da repartição de competência legislativa em matéria de processo e de procedimento no direito brasileiro e seus reflexos sobre a legislação que crie varas colegiadas no primeiro grau de jurisdição / Lucas Lopes Dória Ferreira. - 2016.
231 f.

Orientador: Pedro Henrique Pedrosa Nogueira.
Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade Federal de Alagoas. Faculdade de Direito de Alagoas. Programa de Pós-Graduação em Direito. Maceió, 2016.

Bibliografia: f. 222-231.

1. Direito civil – Processo. 2. Direito civil – Procedimento. 3. Repartição. 4. Competência legislativa. I. Título.

CDU: 347.9(81)

LUCAS LOPES DÓRIA FERREIRA

PROCESSO, PROCEDIMENTO E REPARTIÇÃO CONSTITUCIONAL DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA: *Limites da Repartição de Competência Legislativa em Matéria de Processo e de Procedimento no Direito Brasileiro e seus Reflexos sobre a Legislação que Crie Varas Colegiadas no Primeiro Grau de Jurisdição*

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Alagoas, como parte dos requisitos para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador:

_____

Prof. Dr. Pedro Henrique Pedrosa Nogueira (UFAL)

Banca Examinadora

_____

Prof. Dr. Alberto Jorge Correia de Barros Lima (UFAL)

_____

Prof. Dr. Beclaute Oliveira Silva (UFAL)

_____

Profa. Dra. Paula Sarno Braga (UFBA)

Maceió/AL, 15 de julho de 2016.

Aos meus pais, Antônio e Rita, que enxergam em mim o que não vejo; acreditam, mesmo quando me olho e não mais encontro a fé. Através de seus olhos e de suas crenças, é que renasço todos os dias e me reinvento melhor.

AGRADECIMENTOS

O relógio marca 3h. da manhã. É o horário preciso do fechamento de um ciclo, que se encerra com estes agradecimentos. O horário é apenas a representação dos encontros de rotina com as madrugadas durante o período de estudo do Mestrado.

Os estudos, as pesquisas e a produção desta dissertação foram desenvolvidos no frio das noites e na solidão do gabinete, com a companhia apenas de livros e, no mais das vezes, de alguma música suave.

Praticamente fiz tudo só. Da organização da rotina à compra, organização e catalogação de livros; da montagem do roteiro de trabalho à pesquisa científica; da leitura à escrita e revisão. A responsabilidade é inteiramente minha, portanto, assim pelos acertos como por eventuais equívocos nos quais tenha, inadvertidamente, incidido. Corro sozinho o risco de ter produzido um bom ou mau trabalho, sem dividir o peso dessa sorte com ninguém.

Mas a solidão da construção do trabalho obnubila a colaboração e a renúncia de diversas pessoas que, de alguma forma e medida, interferiram e fizeram com que o resultado pudesse se tornar realidade.

Primeiro, devo dirigir os meus melhores agradecimentos a Deus, que é luz em minha vida e guia seguro dos meus caminhos, permitindo-me seguir, passo-a-passo, sempre em frente, mesmo nas adversidades, revelando a força que Ele é em mim.

A minha gratidão, por estas e todas as conquistas, deve, também e sempre, se voltar para os meus pais, que, ainda quando não tenham colocado uma palavra neste texto, são responsáveis por cada uma delas. Neles, revigoro as minhas forças e me faço capaz. Às vezes, penso neles como um local, no qual posso ir, entrar, sentir-me à vontade e seguro, refazer-me, e, então, sair pronto e acabado para os enfrentamentos da vida. Como é bom tê-los.

À minha irmã, agradeço simplesmente o seu olhar orgulhoso, que se enche do que não vejo. Ou o seu amor a engana, ou é a minha constante desconfiança, que se me exige sempre estar vigilante.

À minha amada esposa e aos meus lindos filhos, Pedro Henrique e Luiz Guilherme, que, no cotidiano do dia-a-dia, interferem docemente na rotina de estudos e, no mais das vezes, bagunçam essa parte de minha vida – sempre gostosamente –, porém sem eles nada faria sentido.

Não poderia me esquecer da minha sogra, que, sempre quando necessário, assumiu o controle das crianças, permitindo-me ter paz, física e de espírito, para prosseguir.

Além da família, os meus agradecimentos devem voltar suas atenções aos meus orientadores (porque tive dois), os professores Frederico Wildson da Silva Dantas e Pedro Henrique Pedrosa Nogueira. Com ambos, o diálogo sempre foi franco e provocativo, contribuindo sobremodo para as minhas reflexões. No primeiro, hoje amigo, que me acolheu no estágio da Justiça Federal, quando nos conhecemos, encontro exemplo irretocável de pessoa e profissional, ao qual recorro sempre que a dúvida me assalta, assim na vida como na atividade profissional e acadêmica. Em Pedro, de outro lado, que aceitou, em momento difícil, por conta da licença de Frederico, orientar-me, devo igualmente ressaltar minha gratidão, não somente por sua acolhida amiga, mas por sua infinita paciência e seus conselhos sinceros e sempre pertinentes. A convivência com Pedro, no Mestrado, desde a sala de aula, me fez melhor, como pessoa e interessado pela ciência do Processo.

Registro a minha gratidão aos colegas do Mestrado, de quem sentirei falta, pelo convívio sempre alegre e os ensinamentos que pude extrair de cada um. São eles, nominalmente, Alanna Maria Lima da Silva, Artur Carnaúba Guerra Sangreman Lima, Carla Priscila Barbosa dos Santos Cordeiro, Carlos Humberto Rodrigues Silva, Fatima Maria Lyra Cavalcante, Felipe Rosa da Silva, Gustavo Barbosa Giudicelli, Hilda Maria Couto Monte, José Ailton da Silva Júnior, José Ribeiro Lins Neto, Kariana Loureiro Ribeiro Lins, Luís Manoel Borges do Vale, Maria Raquel Firmino Ramos, Pedro José Costa Melo, Plínio Régis Baima de Almeida, Rodrigo Cavalcante Ferro, Vanessa Paes de Vasconcelos e Viviane Cerqueira Torres. Obrigado a todos.

Quero agradecer, ainda, ao pessoal do secretariado do Mestrado da UFAL, o que faço nas pessoas de Sara e Fabrício, que facilitaram, em muito, a minha (e a de todos, estou certo) gestão de tarefas e prazos ao longo de todo o curso.

Tributo os meus agradecimentos, ademais, aos serventuários da Justiça, que, sempre compreensivos, permitiram-me cumprir o percurso sem qualquer afastamento.

E, por fim, não poderia faltar a minha querida amiga Shania, que sempre se me apresenta disponível para discutir os pormenores do português dos meus textos.

“Qualquer caminho é apenas um caminho e não constitui insulto algum – para si mesmo ou para os outros – abandoná-lo quando assim ordena o seu coração.

Olhe cada caminho com cuidado e atenção. Tente-o tantas vezes quantas julgar necessárias. Então, faça a si mesmo e apenas a si mesmo uma pergunta: possui esse caminho um coração?”

Carlos Castaneda

RESUMO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 traz consigo modelo particular de repartição de competência legislativa, reservando tratamento distinto para as matérias relacionadas a processo e a procedimento.

Segundo seu texto, resumidamente, compete à União legislar privativamente sobre processo, e a este ente central e aos Estados-membros e Distrito Federal editarem, concorrentemente, o disciplinamento sobre procedimento em matéria processual.

A partir deste formato, o trabalho devota-se, esforçadamente, a investigar a linha tênue de separação conceptual que deva haver entre processo e procedimento, percorrendo, em boa medida, os estudos clássicos e identificando o atual estado da arte sobre o assunto.

Descortinado no que consiste o processo e o procedimento, assim como bem definido o objeto de trabalho de cada um desses dois institutos, o estudo, enfim, apresenta o seu problema central, que se propõe a questionar de quem seria a competência para construir, de modo original, um modelo de Justiça que permitisse o exercício coletivo da jurisdição, com a formação de órgão julgador colegiado já no primeiro plano da Justiça, haja vista que paire dúvida sobre constituir tal modelo legislativo lei de natureza processual ou procedimental.

Palavras-chave: constituição; repartição; legislativa; competência; processo; procedimento.

ABSTRACT

The Constitution of the Federative Republic of Brazil 1988 brings own model of distribution of legislative powers, allowing different treatment for matters related to the process and procedure.

According to its format, in short, it is for the Union to legislate exclusively on process, and this central entity and the Member States and the Federal District edit, concurrently, on the disciplining procedure in procedural matters.

From this format, devoted to work, painstakingly investigating the fine line of conceptual separation that should exist between process and procedure, running in good measure, classical studies and identifying the current state of the art on the subject.

Uncovered what is the process and procedure, as well as well-defined work object of each of these two institutes, the study finally presents his central problem, which intends to question who would be the power to build, of original way, a model of justice to allow the collective exercise of jurisdiction, with the judge collegial body training already at the forefront of Justice, given that calve doubt constitute such a legislative model law procedural or procedural nature.

Key-words: constitution; distribution; legislative; powers; process; procedure.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 15

2 CONCEITOS JURÍDICOS E O POSICIONAMENTO DO PROCESSO 20

2.1 Considerações iniciais 20

2.2 Classificação conceptual da ciência do direito 22

2.2.1 Conceitos jurídico-positivos 23

2.2.2 Conceitos jurídicos fundamentais 25

2.2.2.1 Delimitação 25

2.2.2.2 Funcionalidade dos conceitos jurídicos fundamentais 26

2.2.3 Posicionamento do conceito de processo dentro da ciência processual civil: lógico-jurídico ou jurídico-positivo (?) 30

3 A REPARTIÇÃO CONSTITUCIONAL DE COMPETÊNCIA E O MODELO FEDERALISTA BRASILEIRO 33

3.1 Formas de estado e federalismo 33

3.1.1 Sistemas de repartição de competência legislativa 34

3.1.2 Federalismo brasileiro 36

3.1.2.1 Método de repartição de competência legislativa adotado pela Constituição de 1988 36

3.1.2.2 Competência privativa da União para legislar sobre processo 37

3.1.2.2.1 Delegação de competência privativa 38

3.1.2.3 Competência concorrente entre União, Estados e Distrito Federal 40

3.1.2.3.1 Competência concorrente da União para normas gerais e competência suplementar dos Estados e do Distrito Federal 41

3.1.2.3.1.1 O problema da distinção entre normas gerais e particulares no terreno da competência legislativa concorrente 42

3.1.2.3.1.2 Competência concorrente supletiva dos Estados e Distrito Federal 45

3.2 Competência para legislar sobre processo e procedimento no constitucionalismo brasileiro 46

3.2.1 Período pré-república (colônia e império) e a centralização legislativa em matéria de processo 47

3.2.2 República, modelo federativo e a descentralização legislativa da Constituição de 1891 48
3.2.3 A Constituição de 1934 e a (ré-)centralização legislativa em matéria de processo 51
3.2.4 A Constituição de 1988 e o seu disciplinamento particular 53
3.2.4.1 Competência constitucional para legislar sobre processo 53
3.2.4.2 Competência constitucional para legislar sobre procedimento 53
4 O CONCEITO DE PROCESSO 55
4.1 Esboço histórico-doutrinário do esforço para a construção de um conceito lógico-jurídico de processo 55
4.1.1 Definições clássicas 55
4.1.1.1 Processo como Relação Jurídica 55
4.1.1.2 Processo como situação jurídica 57
4.1.1.3 Proposta de compatibilização das teorias do processo como situação e relação jurídica 59
4.1.1.4 Processo como procedimento em contraditório 60
4.1.1.5 O Processo como entidade jurídica complexa 64
4.1.1.5.1 A evolução do conteúdo dos elementos (relação jurídica e procedimento) do processo 73
4.1.1.5.1.1 Variável do conteúdo da relação jurídica contida no conceito de processo 73
4.1.1.5.1.2 Variável do conteúdo do procedimento contido no conceito de processo 80
4.1.1.5.1.2.1 Procedimento como instrumento do "provimento" 81
4.1.1.5.1.2.2 Procedimento: sucessão de atos, fim e conteúdo 82
4.1.2 Algumas definições da doutrina nacional 85
4.1.2.1 Concepção de Francisco de Paula Batista 85
4.1.2.2 Concepção de João Mendes de Almeida Junior 86
4.1.2.3 A definição plurissignificativa do conceito de processo e a doutrina de Fredie Didier Jr. 87
4.1.2.3.1 Processo como método de produção de norma jurídica 87
4.1.2.3.2 Processo como ato jurídico complexo 88
4.1.2.3.3 Processo como relações jurídicas 88
4.1.2.3.4 Balanço conclusivo 89

5 NOVA PROPOSIÇÃO SOBRE O CONCEITO DE PROCESSO 90

5.1 Processo como procedimento (ato complexo de formação sucessiva) e vice versa 90

5.1.1 Identificação entre processo e procedimento 91

5.1.2 Tomada de posição a respeito da definição de atos complexos de formação sucessiva 92

5.1.3 A relação jurídica como elemento de eficácia do procedimento: crítica à teoria complexa do conceito de processo 98

5.1.3.1 Eficácia Jurídica e Processo 99

5.1.3.1.1 Conceito de situação jurídica (plano material) 101

5.1.3.1.2 Situação jurídica e suas espécies 102

5.1.3.1.3 Situação jurídica, noção jurídico-fundamental (“lógico-jurídico”) e transposição do plano material para o processual 108

5.1.3.1.4 Posicionamento da situação jurídica no do mundo do processo 110

5.1.3.1.4.1 Fatos e situações jurídicas processuais 110

5.1.3.1.4.2 Situações jurídicas processuais não relacionais 113

5.1.3.1.4.2.1 Qualidades processuais 113

5.1.3.1.4.2.2 Poderes processuais 113

5.1.3.1.4.3 Relações jurídicas processuais ou situações jurídicas relacionais processuais 115

5.1.4 O contraditório como elemento de validade do processo e não de existência 116

5.1.5 Conclusões sobre a identidade de processo e procedimento 117

6 CRÍTICAS SOBRE OS CONCEITOS DE PROCESSO 119

6.1 Críticas às construções sobre o conceito de processo 119

6.1.1 Críticas à teoria da relação jurídica processual 119

6.1.1.1 Objeções às críticas contra a teoria da relação jurídica processual 120

6.1.2 Críticas à teoria da situação jurídica 125

6.1.3 Crítica à teoria do processo enquanto procedimento em contraditório 127

6.1.3.1 Desabono à crítica: investida contra a identificação do processo ao ato jurídico (complexo) 132

6.1.4 Crítica à teoria do processo como entidade jurídica complexa 138

6.1.4.1 Generalidades 138

6.1.4.2 Posicionamento do Problema: o Processo Enquanto Conjunto de Relações Jurídicas 140
6.1.4.3 Crítica à Ideia da Presença das Relações Jurídicas Processuais Plurais no Conceito de Processo 142
6.1.4.4 Dialogando com a Crítica que Objeta o Conceito (Parcial) de Processo como Relações Jurídicas Plurais 144
6.1.5 Críticas à teoria da identidade entre processo e procedimento (desqualificado) 147
7 POSICIONAMENTO SOBRE O CONCEITO DE PROCESSO 161
7.1 Considerações iniciais 161
7.1.1 Processo como conjunto de fatos jurídicos processuais 162
7.1.1.1 Definição do fato jurídico como processual 167
7.1.2 Procedimento como conjunto de fatos jurídicos procedimentais 175
7.1.2.1 Definição de fato jurídico procedimental 177
7.2 Normas de processo e de procedimento 179
8 O EXERCÍCIO COLETIVO DA JURISDIÇÃO E A REPARTIÇÃO CONSTITUCIONAL DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA 189
8.1 A criação da jurisdição coletiva 189
8.2 Natureza jurídica da norma de competência processual 193
8.3 Natureza jurídico-processual da norma instituidora de jurisdição coletiva 199
8.3.1 Inconstitucionalidade de regulação estadual sobre a matéria alusiva ao exercício coletivo da jurisdição 201
8.4 A experiência local da vara coletiva 207
8.4.1 Atividade colegiada de produção de atos jurisdicionais 208
8.4.1.1 Princípio do contraditório, da ampla defesa e da publicidade dos atos processuais 209
8.4.1.2 Princípio do contraditório e da ampla defesa e o procedimento de julgamento no órgão colegiado 209
8.4.1.3 Princípio da publicidade e o julgamento no órgão colegiado 213
8.4.1.4 Proposta constitucionalização do funcionamento 216
9 CONCLUSÃO 219
REFERÊNCIAS 222

1 INTRODUÇÃO

Direito é linguagem. A linguagem produz o corpo do Direito e a interpretação, manifestada em linguagem, lê a sua alma. Na quadra jurídico-política, valora-se o fato e cria-se a regra jurídica. A expressão dessa valoração, a regra jurídica, é produzida por linguagem e seu registro conforma-se em signos linguísticos.

Sobrevindo, após a edição da regra jurídica, os fatos nela previstos – denominados por Pontes de Miranda de "suporte fáctico"[1] –, tem-se a incidência daquela sobre este, recobrindo o fato de juridicidade, que, por isso, passa a ser designado de "fato jurídico". A "revelação" desse processo, com a identificação do fato que seja jurídico, é feito por intérprete, o qual, por conseguinte, não prescinde da linguagem.

A linguagem, assim, cria o Direito, por meio do processo jurídico-político de valoração dos fatos (comuns), e, em seguida, no momento já jurídico, interpreta o produto de sua criação: a regra jurídica. Daí porque acentua Calmon de Passos que "a ciência jurídica não apenas descreve, mas também *conforma* o fenômeno que estuda, faz parte dele."[2].

O ponto central desta dissertação situa-se em meio à criação e interpretação de regra jurídica. Criação e interpretação de regras de processo e de procedimento. Quais fatos sujeitam-se à regulamentação por regras de processo ou de procedimento? E qual a natureza de regra já criada, e, portanto, sujeita ao processo de interpretação?

São dois momentos de enxergar o fenômeno do Direito: um é o de sua criação; o outro, o de seu manuseio (leia-se, interpretação). Ambos são igualmente imprescindíveis e sujeitos aos limites da linguagem. Exemplificativamente, porém ainda no plano teórico, para se determinar de quem é a competência legislativa para a criação de determinada regra jurídica, é preciso antever a natureza jurídica da regra criada vindouramente. No caso do presente estudo, interessa saber se de direito processual ou procedimental.

Do outro lado da moeda, para avaliar sobre se determinada regra jurídica, agora já criada, respeitou os parâmetros de competência legislativa determinados por norma superior, sobretudo os que encartados na Constituição, do mesmo modo afigura-se determinante identificar a natureza jurídica da regra infraconstitucional produzida: novamente, se de processo ou de procedimento.

---

[1] MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado.** 3ª ed., Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1970, t. I, p. 19 e 20.

[2] PASSOS, J. J. Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1983, v. 3, p. 1 e 2.

Não quisemos, com isso, ainda, apresentar o problema central, o qual reclama melhor detalhamento. Mas tivemos a intenção de, ao anunciar a sua silhueta, construir espaço para a apresentação de outro problema que, em relação ao central, coloca-se em posição de prejudicialidade, devendo, por isso mesmo, ser objeto de enfrentamento primeiro (seja na introdução ou no corpo do trabalho).

Referimo-nos à distinção (eventual) entre processo e procedimento. Esse problema extravasa as fronteiras do ordenamento jurídico nacional, já tendo sido objeto de preocupação e estudo por parte da processualística mundial. Cuida-se, assim, de um problema geral, cuja investigação e posicionamento são determinantes para os objetivos desta dissertação.

A título de introdução, com efeito, há de se pontuar que, historicamente, sobretudo no cenário alienígena, embora se tenha tentado, com bastante energia, dissociar um conceito do outro, não se dedicou igual esforço para associá-los a realidades distintas (ressalve-se, por exemplo, movimento que pretendeu confinar o procedimento às atividades administrativas e o processo, às jurisdicionais), caminhando quase que sempre de mãos dadas, embora com personalidades autônomas. Em importantes proposições teóricas para o desenvolvimento do assunto, ora o procedimento integrou o processo e ora o processo, o procedimento.

Isso não deixou de ser um problema. Ainda o é. E segundo a convicção de Calmon de Passos, jamais deixará de sê-lo[3]. Contudo, por mais importante que seja definir com precisão a que realidade se reporte o processo e o procedimento, o seu impacto pragmático, no geral, não é o mesmo que no Direito brasileiro.

No Brasil, a dificuldade se agiganta, porque, *de lege lata*, a Constituição da República prevê competências legislativas diversas para a edição de normas de processo e "procedimento em matéria processual". A expressão, em si, denota um paradoxo, o que já revela parcela de quão árdua é a tarefa de definir uma e outra realidade e, ainda, respeitar o imperativo constitucional.

No primeiro momento, aparta processo de procedimento, na medida em que reserva à União a competência legislativa para editar regras de processo (art. 22, inc. I, da CR/88), e aos Estados e Distrito Federal, concorrentemente com a União, igual competência para expedir regras de "procedimento em matéria processual" (art. 24, inc. XI, da CR/88). Porém, não obstante a clara separação entre o processo e o procedimento, nessa segunda norma, relaciona ambos. Afinal de contas, processo e procedimento têm ou não realidades conceituais distintas e autônomas? O que quis dizer com "procedimento em matéria processual?" Há procedimento

[3] PASSOS, J. J. Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1983, v. 3, p. 5.

que não seja processual? Quais seriam esses? E de quem seria a competência para legislar sobre eles?

Nem todos esses problemas são objetos de estudo nesta dissertação. Mas isso serve para sinalizar o grau de dificuldade sobre o assunto. Se distinguir processo de procedimento nunca foi algo simples, o problema se tornou ainda mais acentuado sob a égide da Constituição brasileira de 1988.

O ponto central da dificuldade em lidar com o assunto sob as lentes da Constituição do Brasil possivelmente localiza-se em eventual necessidade de rechaçar-se, de plano, todas as teorias que tenham, ao longo do desenvolvimento da Ciência Processual, de algum modo, relacionado o processo ao procedimento, e vice-versa (que são as mais prestigiadas). Muito embora possível fazê-lo no plano teórico, com toda a dificuldade que permeie a tarefa, mais árduo ainda é promover a identificação da teoria proposta a uma realidade concreta (salvo a hipótese de se dizer processo somente aquilo que se relacione à jurisdição, sendo tudo o mais procedimento; embora aí haja grande espaço para enxergar as mesmas características do processo e do procedimento, fragilizando o critério).

Mas ainda não é tudo. Logre-se, com sucesso, identificar o que seja "procedimento em matéria processual" que não seja processo, outra tarefa, não menos intensa e complicada, ainda subsistirá, que é a de definir, dentro do mundo procedimental, o que se reserva à competência concorrente geral da União e o que deve ser suplementado pelos Estados e Distrito Federal, na medida em que os parágrafos §§ 1º e 2º do artigo 24 da Constituição da República atribuem àquela, em matéria de competência concorrente, apenas a capacidade legislativa geral, reservando aos Estados e ao Distrito Federal a competência suplementar. O que é geral e específico em matéria de procedimento(-processual)?

Essa conjuntura, sobretudo a jurídico-interna, tem provocado o surgimento de problemas pragmáticos de não menos difícil solução que os teóricos. Exemplo eloquente disso pode ser encontrado na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4414/AL, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e julgada pelo órgão plenário do Supremo Tribunal Federal em 2012, na qual se arguiu vício de inconstitucionalidade de lei do Estado de Alagoas que instituiu, no primeiro grau de jurisdição, juízo coletivo, composto por vários magistrados.

Essa particular questão, destacada do julgamento, conduziu a Suprema Corte ao debate sobre o alcance das regras encartadas nos artigos 22, inc. I, e 24, inc. XI, da Constituição da República, que definem, respectivamente, ser competência privativa da União legislar sobre

"processo" e competência concorrente desta com os Estados-membros (e também o Distrito Federal[4]) editar normas sobre "procedimento em matéria processual".

O problema central ou específico desta dissertação, enfim, cinge-se em questionar sobre a natureza jurídica de regra que resolva alterar a forma de composição dos órgãos judiciários de primeiro grau de jurisdição. Tal norma veicula conteúdo processual ou procedimental? E, decorrentemente, se procedimental for a conclusão, expressa conteúdo geral ou específico, a se sujeitar à competência concorrente da União ou dos Estados e do Distrito Federal?

O problema específico, malgrado o julgamento editado pelo Pretório Excelso, não está sepultado. Muito ao contrário, tanto quanto o problema precedente da definição do conceito de processo, que permanece vivo, sendo objeto de estudos atuais, importa em muito para o cenário jurídico nacional, pois que se propõe a responder teórica e pragmaticamente o problema. No primeiro caso, na medida em que se predispõe a refletir sobre a presença da relação jurídica no conceito de processo; e, no segundo, quando se dispõe a posicionar-se sobre a constitucionalidade de regras jurídicas semelhantes, a exemplo da lei federal n. 12.694/12, que, na esteira da lei estadual alagoana, instaura o que denominaríamos de "incidente de colegialidade", instituindo, também, modalidade de exercício colegiado da jurisdição[5].

Mas, logicamente, para a definição precisa da natureza jurídica do conteúdo de qualquer corpo legislativo infraconstitucional como veículo de concretização de um ou de outro comando constitucional, ou mesmo para a identificação do assunto que em qualquer norma esteja tratado, é necessário definir, previamente, o conceito de processo e de procedimento, sem o que não se poderá, igualmente, identificar qual o limite de atuação, em matéria de competência legislativa, dos legisladores nacional e regional segundo a Carta da República, permanecendo insolvível a questão central.

Assim também teve que proceder o Pretório Excelso naquele julgamento, indicando um conceito de processo e outro de procedimento, para, em seguida, cotejá-lo com o conteúdo

---

[4] A concorrência dos Estados-membros nessa particular espécie de repartição constitucional de competência haverá de ser sempre estabelecida para com a União e jamais com o Distrito Federal, que é indicado, expressamente, na cabeça do artigo. O dispositivo registrou, textualmente, o Distrito Federal porquanto este não se confunde com os Estados-membros, consoante disciplina do art. 18 da Constituição da República, e o seu particular regramento insculpindo no art. 32 da Lei Maior, o qual lhe reserva competência conferida tanto aos Estados como aos Municípios. Desse modo, a sua competência legislativa será, em maior escala (territorial), correspondente a dos Estados, de sorte que é impossível extravasar os limites para outro ente estatal da federação, hipótese única de concorrência, algo que somente pode vir a se concretizar entre a União e os Estados-membros ou entre aquela e o Distrito Federal.

[5] Cumpre advertir que a lei federal referida é superveniente ao julgamento do Supremo Tribunal Federal na ADI 4414/AL.

da legislação estadual, identificando fosse a matéria versada de uma ou outra natureza jurídico-processual, quando, então, fez-se possível definir a sua conformidade com a regra constitucional de repartição constitucional de competência. A pergunta que resta é: do ponto de vista dogmático, procedeu corretamente?

2 CONCEITOS JURÍDICOS E O POSICIONAMENTO DO PROCESSO

2.1 Considerações iniciais

O conteúdo do conceito de processo é um dos principais elementos de reflexão deste estudo. Ele exerce a central função de premissa (básica), a partir da qual será possível chegar à conclusão sobre o problema principal (apresentado).

O procedimento, de sua parte, não tem, no mesmo contexto, menor importância. Representa conceito igualmente determinante para os desígnios desta pesquisa. Porém, neste último caso, abre-se espaço para uma sutil advertência, que reflete na dedicação sobre um e outro tema: é que as respostas perseguidas em relação ao procedimento podem, eventualmente, ser alcançadas já na primeira parte do trabalho, aquela devotada ao conceito de processo.

Mas nada obstante represente o conceito de processo um dos pontos mais elevados desta investigação, não nos pareceu revelasse a melhor forma de abordagem – ao menos para os propósitos deste trabalho – sair diretamente à cata da resposta à pergunta "o que é processo?".

A cautela com essa postura deve ser tomada para evitar que se socorra de método que conduza à pesquisa exclusiva sobre essa ou aquela particular perspectiva a respeito do tema, lançada por um ou outro autor. É que, nesse caminho, por mais elevada que seja a voz (do pensamento), o risco que se corre é o de esbarrar na advertência arguta de Calmon de Passos, pela qual sinaliza haver, sobre o assunto, conceituações individuais plurais, as mais diversas, considerando, por isso, poder se revelar em problema verdadeiramente insolúvel[6].

O defeito desvelar-se-ia, como dito, no método de investigação, que se valeria de critério de comparação de proposições teóricas. Pensamento por pensamento, qual teria mais valia? Como não se trata de conceito vocacionado a descrever um determinado objeto físico, natural e sensível, sujeito à apreensão pelos sentidos, mas, diversamente, cuida de realidade jurídico-social complexa e difusa, a sobreposição de um frente ao outro pode manifestar algum grau de discrição do intérprete. A busca por conceito absolutamente verdadeiro, assim, pode não somente se traduzir em tarefa difícil, como mesmo se revelar imprópria.

No estudo dessa temática, é imprescindível contextualizar as opiniões dos estudiosos com o Direito e a sociedade de seu tempo, bem como com a amplitude que se lhe quis

---

[6] PASSOS, J. J. Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1983, v. 3, p. 5.

atribuir, pois é induvidoso que o processo consiste em termo impregnado de polissemia[7]. Por isso, revela-se impreterível determinar a dimensão do conceito abordada e encontrar uma construção que caia bem, servindo, assim, para explicar satisfatoriamente o fenômeno jurídico-social objeto de estudo (destinatário das vestes).

Assim, porque não é propósito deste estudo indicar determinada expressão do pensamento como verdadeira, ou meramente retratar as exposições antes colmatadas, senão, em parte, investigar algumas nuances das lições mais aceitas, identificando ou construindo a que bem sirva à descrição do fenômeno processual, é que o método de abordagem mais adequado pareceu-nos fosse o que posicionasse qual a espécie do conceito de processo, colocando-se, desse modo, em ponto antecedente na linha lógica de raciocínio sobre a pergunta central: "o que é processo?".

Essa questão, de elevada importância, que antecede ao problema central relativo ao conteúdo do conceito de processo (e os tantos outros circundantes, indicados na introdução), reclama se precise algumas definições igualmente precedentes. Tais (definições) dizem com a inserção e a precisão daquele conceito dentro do âmbito (lógico[8]) da ciência, sendo, pois, determinante aos fins propostos o seu enquadramento dentro do mundo dos conceitos universais ou individuais (na proposição de Karl Popper[9]).

Nessa linha, ensina Lourival Vilanova, que, ao menos da perspectiva lógica, a ciência é constituída por conceitos[10], que mantêm, entre si, conexões articuladas dentro de uma unidade sistemática[11]. Mas, nessa unidade sistemática conceptual, nem todos os conceitos ocupam a mesma categoria. "Há uma categoria Lógica que coordena e subordina os conceitos entre si."[12] Para o que interessa a este particular estudo, cumpre destacar que alguns conceitos são "fundamentais e principais e outros, derivados e adjacentes"[13].

Esse ajuste fino e prévio, com a finalidade de posicionar o conceito de processo dentro de um desses mundos conceptuais, que se os designou de "lógico-jurídicos" (com essa

---

[7] Fredie Didier Jr. destaca que o processo pode ser examinado sob diversas perspectivas. Tanto se sujeita à compreensão enquanto método de criação de normas jurídicas, ato jurídico complexo ou relação jurídica (DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil.** 17ª ed., Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 30.)

[8] VILANOVA, Lourival. Sobre o conceito do Direito. In **Escritos jurídicos e filosóficos.** Brasília: Axis Mvndi/IBET, 2003, v. 1, p. 4.

[9] POPPER, Karl. **A lógica da pesquisa científica.** Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota (trad.). São Paulo: Cultrix, 1978, p. 67.

[10] Popper, nada obstante, destaca que: "Os positivistas modernos têm condições de ver mais claramente que a Ciência não é um sistema de conceitos, mas, antes, um sistema de *enunciados."* (POPPER, Karl. **A lógica da pesquisa científica.** Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota (trad.). São Paulo: Cultrix, p. 35).

[11] VILANOVA, Lourival. Sobre o conceito do Direito. In **Escritos jurídicos e filosóficos.** Brasília: Axis Mvndi/IBET, 2003, v. 1, p. 4.

[12] VILANOVA, Lourival. Sobre o conceito do Direito. In **Escritos jurídicos e filosóficos.** Brasília: Axis Mvndi/IBET, 2003, v. 1, p. 10.

[13] VILANOVA, Lourival. Sobre o conceito do Direito. In **Escritos jurídicos e filosóficos.** Brasília: Axis Mvndi/IBET, 2003, v. 1, p. 10.

terminologia, por exemplo: José Souto Maior Borges[14], Fredie Didier Jr.) ou "conceitos fundamentais" ou "conceitos jurídicos fundamentais" (com essas outras: Lourival Vilanova[15], Eduardo Garcia Maynez[16] e também Fredie Didier Jr.) e "jurídico-positivos"[17], é fundamental para que se proceda com a sua interpretação antes da inserção no texto (*in casu*, constitucional) ou, diversamente, a partir dele (ponto de partida para o seu alcance e significação).

Essa separação de categorias, importante para qualquer "construção teórica sobre o Direito"[18], destina-se a identificar o conceito que se manifesta a serviço do fenômeno jurídico, onde quer que ele ocorra, independentemente de sistema jurídico particular, bem como de outras espécies de conceitos, os quais decorrem de determinado ordenamento jurídico, sujeitando-se, destarte, aos contornos por este conferido.

Assim, essa definição prévia à investigação sobre o conceito de processo se manifesta imprescindível para que se possa estabelecer uma destas premissas: ou (i) o conceito de processo é prévio à norma constitucional, aportando nela com delimitação completa de conteúdo e alcance; ou (ii) o conceito de processo é derivado da norma constitucional, ou desta e de outras normas infraconstitucionais, dependendo dos demais conceitos presentes na(s) norma(s) para a construção de sua significação.

Esse ponto de partida, no final de contas, é determinante para que se saiba onde procurar o conceito de processo, se em construção levada a efeito pela dogmática ou filosofia do Direito, sem descuidar, neste caso, do contexto histórico-jurídico em que fora produzido; ou, diferentemente, no interior de alguma norma pertencente a determinado ordenamento jurídico em particular.

Desse modo, nos itens que seguem imediatamente, o trabalho voltará as suas atenções à tentativa de explicar a definição de conceitos fundamentais e individuais, agasalhando, para tanto, as designações "conceitos lógico-jurídicos" ou "conceitos jurídicos fundamentais" e "conceitos jurídico-positivos" (também agasalhada – não criadas – por Fredie Didier Jr.[19]).

2.2 Classificação conceptual da ciência do direito

---

[14] BORGES, José Souto Maior. **Lançamento tributário.** 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 94.
[15] VILANOVA, Lourival. Sobre o conceito do Direito. In **Escritos jurídicos e filosóficos.** Brasília: Axis Mvndi/IBET, 2003, v. 1, p. 11.
[16] MÁYNEZ, Eduardo Garcia. **Lógica del concepto jurídico.** México: Fondo de Cultura Económica, 1959, p. 138.
[17] DIDIER JR. Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida.** Salvador: Juspodivm, 2013, p. 40.
[18] DIDIER JR. Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida.** Salvador: Juspodivm, 2013, p. 40.
[19] DIDIER JR. Fredie. **Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida.** Salvador: Juspodivm, 2013, p. 40.

2.2.1 Conceitos jurídico-positivos

Iniciemos com a explicação a respeito do que constituam os conceitos jurídico-positivos (o que se pode dizer que, para Popper, representem conceitos individuais, de cuja lição identifica-se a importância da distinção entre estes e os conceitos universais[20]).

Os conceitos jurídico-positivos são aqueles que têm determinado sistema normativo particular como fonte, porque dele extrai a sua significação (em processo que pode se sustentar numa ou mais normas, ou, ainda, no próprio sistema). Exatamente porque construído a partir de determinada realidade jurídico-positiva, têm (os conceitos jurídico-positivos) seus efeitos voltados para atender o ordenamento a partir do qual fora criado[21].

Ademais, porque compreendem conceitos revelados a partir de particular ordenamento jurídico, reclama o seu prévio conhecimento para a definição de conteúdo.

Como tratam de conceitos que nascem de normas dispostas em determinada ordem jurídica posta, é de se intuir, consequentemente, que aquelas disposições normativas são capazes de moldar-lhes o conteúdo, definindo suas características, e podendo, assim, a qualquer tempo, a depender da oscilação da vontade daqueles que as produzam, conferir-lhes outros rostos.

Fredie Didier Jr., ao proceder com semelhante recorte, apresenta alguns exemplos em prol da melhor compreensão da exposição teórica, uns dos quais, por revelarem maior potencial didático, passamos a reproduzir[22].

O primeiro exemplo que levanta é o do crime de estupro, que, mais recentemente, sofreu alteração de conteúdo por imperativo legal, tendo-se mudado tanto a sujeição passiva do crime como a conduta em si. Originalmente, tal delito tinha como sujeito passivo apenas a mulher, sobretudo porque a conduta típica descrita exigia, para a sua consumação, a conjunção carnal. A partir de 2009, o legislador brasileiro ampliou (significativamente) o espectro de abrangência do crime, tanto para atingir qualquer gênero, como para compreender atos libidinosos, quaisquer que sejam, indo, assim, além das fronteiras da conjunção carnal[23].

---

[20] POPPER, Karl. **A lógica da pesquisa científica.** Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota (trad.). São Paulo: Cultrix, p. 67.

[21] DIDIER JR., Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida.** 2ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2013, p. 40.

[22] DIDIER JR., Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida.** 2ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

[23] Redação original: "Art. 213. Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça:" Redação da Lei n. 12.015/2009: "Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:".

No campo do Direito Processual Civil, com a reforma completa do Código de Processo Civil brasileiro, a identificação de exemplo é bastante fértil, na medida em que institutos (de categoria jurídico-positiva) presentes no Código de Processo Civil de 1973 assumiram outra roupagem no de 2015. É, contudo, adequado destacar-se algum(ns) que (bem) sirva(m) à compreensão da abordagem teórica promovida logo acima.

No Código de Processo Civil de 1973, os Embargos Infringentes, que estavam regulados no artigo 530[24], tinham cabimento quando fossem observadas as seguintes condições: 1) apelação; 1.1) acórdão não unânime; 1.2) reforma de sentença de mérito; ou 2) ação rescisória; 2.1) acórdão não unânime; 2.2) procedência dos pedidos rescisório e rescindendo.

Esses contornos foram alterados substancialmente no Código de Processo Civil de 2015, segundo o qual o julgamento colegiado terá prosseguimento nos seguintes recursos e diante destas condições: 1) apelação; 1.1) julgamento não unânime; 2) ação rescisória; 2.1) rescisão da sentença; 3) agravo de instrumento; 3.1) acórdão não unânime; 3.2) reforma de decisão parcial de mérito.[25-26] Vê-se, inclusive, no caso, uma ampliação das hipóteses de reexame – antes provocada; agora, *ex officio* – de suas próprias decisões pelos tribunais, sobretudo por não condicionar, no primeiro dos casos, a reforma de decisão de mérito, como era exigência do Código de Processo Civil de 1973.

Esses exemplos, além de outros (de fácil identificação), torna bem evidente a afirmação de que determinados conceitos jurídicos submetem-se à sorte do direito positivo, sujeitando-se, além da alteração de conteúdo, à própria exclusão do sistema a que pertença. Não são, assim, construídos a partir de elementos imutáveis, ao menos à luz de determinado ordenamento jurídico.

---

[24] "Art. 530. Cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência."

[25] "Art. 942. Quando o resultado da apelação for não unânime, o julgamento terá prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores, que serão convocados nos termos previamente definidos no regimento interno, em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial, assegurado às partes e a eventuais terceiros o direito de sustentar oralmente suas razões perante os novos julgadores. § 3º A técnica de julgamento prevista neste artigo aplica-se, igualmente, ao julgamento não unânime proferido em: I - ação rescisória, quando o resultado for a rescisão da sentença, devendo, nesse caso, seu prosseguimento ocorrer em órgão de maior composição previsto no regimento interno; II - agravo de instrumento, quando houver reforma da decisão que julgar parcialmente o mérito.".

[26] Nesse caso, pode-se argumentar que não houve alteração da espécie recursal, já que nem sequer fora predisposta no novo diploma. No entanto, ainda que assim fosse, somente o fato de o direito positivo poder extinguir determinado instituto já revela a sua submissão às normas do sistema em particular. Além disso, no caso, a nova conformação pode até mesmo ter alterado a natureza jurídica dos Embargos Infringentes, excluindo, inclusive, a sua denominação, retirando-o da categoria de recursos para dispô-lo enquanto técnica de julgamento. Mas, ainda assim, tudo isso, somente evidencia a sujeição do conceito ao direito positivo, que, se pode extingui-lo, pode o menos, que é alterar-lhe a forma.

Assim, é de se perguntar: igual substância se confere a conceitos como fato jurídico, norma jurídica etc.? Esse questionamento constitui a essência do próximo item.

2.2.2 Conceitos jurídicos fundamentais

2.2.2.1 Delimitação

Linhas acima, delimitou-se que a ciência seria constituída por um conjunto de conceitos (ou de enunciados, para Popper). Porém, agora, há de se colocar que tais conceitos não nascem do vazio. Mantêm eles uma relação direta com a realidade a qual se reportam[27]. Há, pois, um plano objetivo que funciona de base para o "edifício conceptual científico."[28].

A realidade, no entanto, é mais rica do que a capacidade humana de sua apreensão (por completo). Mas o conceito exerce função seletora da realidade, apreendendo determinados objetos. Na feliz expressão de Lourival Vilanova: "Como princípio seletor do conhecimento, o conceito se move livremente ante a multiplicidade do real."[29].

A ciência, assim, constitui uma construção conceptual sobre determinado território individualizado da realidade (do ser, para Lourival Vilanova, que trabalha com o objeto como base para o conceito[30]). Mas essa construção da teia conceitual pertinente a determinado particular objeto destacado da realidade não se dá de modo horizontal. Não ao menos na classificação que molda o plano dos pensamentos. Impõe-se haja, entre eles, uma relação hierárquica lógica, de modo a individualizar ou generalizar o seu âmbito de abrangência.

Com conformação mais genérica dentro de determinado sistema, de modo a iluminar todos os seus recantos, encontram-se os conceitos jurídicos fundamentais[31], que servem não somente à interpretação das normas jurídicas de determinado ordenamento jurídico (o que se abordará no item destinado à funcionalidade do conceito jurídico fundamental), mas, antes, prestam-se a individualizar o território de determinada ciência[32] (geral, individual ou particular[33]).

---

[27] VILANOVA, Lourival. Sobre o conceito do Direito. In **Escritos jurídicos e filosóficos.** Brasília: Axis Mvndi/IBET, 2003, v. 1, p. 04.
[28] VILANOVA, Lourival. Sobre o conceito do Direito. In **Escritos jurídicos e filosóficos.** Brasília: Axis Mvndi/IBET, 2003, v. 1, p. 04.
[29] VILANOVA, Lourival. Sobre o conceito do Direito. In **Escritos jurídicos e filosóficos.** Brasília: Axis Mvndi/IBET, 2003, v. 1, p. 07.
[30] VILANOVA, Lourival. Sobre o conceito do Direito. In **Escritos jurídicos e filosóficos.** Brasília: Axis Mvndi/IBET, 2003, v. 1, p. 10.
[31] MÁYNEZ, Eduardo Garcia. **Lógica del concepto jurídico.** México: Fondo de Cultura Económica, 1959, p. 138.
[32] Nessa linha de pensamento, que posiciona o conceito jurídico fundamental como elemento de demarcação do espaço ocupado por determinada ciência, Lourival Vilanova expressa que: "A missão do pensamento é refletir

Os conceitos jurídicos fundamentais, diz-se, não são constituídos a partir de determinada realidade normativa positivada, pertencente que seja a algum ordenamento jurídico individual. Ao contrário, são produzidos pela Filosofia do Direito e detêm a pretensão de aplicação universal[34] (em qualquer que seja a conformação da ordem jurídica específica), almejando, com isso, contribuir para a compreensão do fenômeno jurídico (enquanto ciência, porquanto tenha particularizado determinada realidade).

Como os conceitos jurídicos fundamentais são independentes, relativamente a determinado direito positivo individual, resultam da experiência jurídica e delimitam um dado objetivo da realidade, particularizando uma ciência, diz-se que exerçem a função lógica de um *a priori*[35]. Com isso, quer-se significar que a definição do seu conteúdo serve ao delineamento da ciência em relação à qual detenha a condição de conceito fundante. Não é, assim, a ciência particular que lhe empresta significação.

Essa sua condição apriorística requer, para a compreensão sobre a particularização de determinado objeto e o conhecimento das fronteiras de alguma ciência individualizada, sobretudo por imperativo metodológico, tenha-se contato com os seus conceitos fundantes, somente após o que se deverá apreender as expressões cunhadas internamente pelo objeto de estudo identificado.

Feito esse posicionamento, há de se encaminhar ao item seguinte. Mas não sem antes advertir que os conceitos jurídicos fundamentais exercem determinadas outras funcionalidades, já então do lado de dentro da ciência que tenha particularizado, cumprindo se esclareça esse ponto antes de seguir com a investigação sobre o(s) conceito(s) fundamental(is) da ciência processual civil, sobretudo se o "processo" integra esse particular rol.

2.2.2.2 Funcionalidade dos conceitos jurídicos fundamentais

---

exatamente os diversos territórios de objetos em que o ser se oferece. Cada território específico de objetos exige uma ciência específica. O conceito fundamental nada mais significa que a categoria correspondente a esse território, que o configura perante as demais regiões do ser." (VILANOVA, Lourival. Sobre o conceito do Direito. In **Escritos jurídicos e filosóficos.** Vol. 1. Brasília: Axis Mvndi/IBET, 2003, p. 11.)

[33] As teorias das ciências sociais, a depender do grau de abstração, podem ser classificadas como geral, individual e particular. Significa que aquela primeira reúna enunciados com pretensões de universalidade. A teoria será individual, por sua vez, quando destine-se a organizar o conhecimento sobre determinado objeto singular. Por fim, pode, ainda, restringir-se a determinado grupo de objetos, sobre o qual trabalhará, quando, então, será classificada de particular (VILANOVA, Lourival. O problema do objeto da Teoria Geral do Estado. In **Escritos jurídicos e filosóficos.** Vol. 1. Brasília: Axis Mvndi/IBET, 2003, p. 93 a 95; POPPER, Karl. **A lógica da pesquisa científica.** Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota (trad.). São Paulo: Cultrix, 1978, p. 61; DIDIER JR., Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida.** 2ª ed. Salvador: Editora Juspodvm, 2013, p. 38).

[34] DIDIER JR., Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida.** 2ª ed. Salvador: Editora Juspodvm, 2013, p. 42.

[35] VILANOVA, Lourival. **Sobre o conceito do Direito.** In Escritos jurídicos e filosóficos. Brasília: Axis Mvndi/IBET, 2003, v. 1, p. 17.

Os conceitos jurídicos fundamentais têm importância e reflexo antes da construção dos conceitos jurídico-positivos, delimitando seu campo de atuação e servindo-lhe de base, bem como depois da sua constituição, quando, então, exercerão a tarefa de auxiliar na intepretação e aplicação das normas postas[36].

A relação entre tais conceitos é íntima, correlacional e dependente, de modo que os conceitos jurídico-positivos funcionam como particularização dos jurídicos fundamentais, que apresentam estruturas mais generalistas[37] – aptas, por isso, a alcançar todas as pontas da ciência cujo objeto da realidade particularizou.

Fredie Didier Jr., no campo do processo, que interessa superlativamente ao presente trabalho, destacou esse ponto, indicando, exemplificativamente, que os conceitos de petição inicial e de recurso, que são jurídico-positivos, não prescindem do conhecimento do que seja ato jurídico postulatório, que, por sua vez, pertence à categoria de conceitos jurídicos fundamentais. A mesma observação tem cabimento em relação à contestação e à reconvenção, as quais requerem se saiba os contornos dos conceitos de defesa e demanda, sendo os primeiros jurídico-positivos e os dois últimos, jurídicos fundamentais[38].

Recorda-se, também, ainda no espaço do Direito Processual, que, para a construção de conceitos jurídico-positivos relacionados à legitimidade *ad causam,* sobretudo no que diz respeito à sua extensão, é imprescindível identificar os contornos do conceito jurídico fundamental relativo à relação jurídica, máxime para que se possa, caso entenda necessário o direito positivo particular – como sói entende, sobretudo no seara da tutela coletiva –, estender a autorização para litigar àqueles que não componham a *res in iudicium deducta*, como vem a identificar o sistema processual brasileiro em hipóteses de legitimação extraordinária[39].

---

[36] DIDIER JR., Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida.** 2ª ed. Salvador: Editora Juspodvm, 2013, p. 47.

[37] DIDIER JR., Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida.** 2ª ed. Salvador: Editora Juspodvm, 2013, p. 47.

[38] DIDIER JR., Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida.** 2ª ed. Salvador: Editora Juspodvm, 2013, p. 48.

[39] Barbosa Moreira ensina-nos a todos que a lei, explícita ou implicitamente, cria um modelo subjetivo ideal e abstrato que deve ser observado na composição das partes do processo. Denomina esse esquema de "situação legitimante". A legitimação, contudo, dá-se com o encontro promovido entre a situação das partes, tal como dispostas diante da afirmação produzida no processo (*in status assertionis*) e a situação legitimante correspondente. Exemplifica que, em processo destinado à cobrança de crédito, tem-se o credor em posição legitimante de autor, devendo, assim, haver coincidência de posições jurídicas (material e processual) na mesma pessoa para que se tenha perfeita a legitimação. O mesmo se passa com a figura do réu. Entretanto, por vezes, em função de motivos especiais de conveniência, a lei confere eficácia legitimante a quem não representa subjetivamente o objeto submetido ao crivo do Judiciário. Coincidindo a situação legitimante com a situação subjetiva deduzida em juízo, diz-se ter legitimação ordinária. Caso contrário, a legitimação designa-se de

Nessas situações exemplificadas, o conceito jurídico fundamental funcionou como farol a iluminar o caminho a ser seguido pelo conceito jurídico-positivo a ele relacionado ou como base de sustentação (alicerce), sobre a qual se houve por erguer o prédio conceitual concebido por sistema jurídico positivo particular. Ou seja: o conceito jurídico fundamental funcionou precedentemente ao nascimento dos conceitos jurídico-positivos correspectivos. Assim, se teve funcionalidade prévia à construção do edifício jurídico-positivo, sua criação, em dado momento, independeu-se deste, ao menos quando examinado na perspectiva da independência frente ao produto de determinado enunciado positivo[40].

Porém, essa função prévia é uma das que detêm os conceitos jurídicos fundamentais (como se acentuou na abertura de item pretérito). Sobre ela, tais conceitos exercem influência no processo de interpretação e aplicação do Direito positivo. "Embora formais, os conceitos *lógico-jurídicos* revelam a sua utilidade no exame do Direito positivo... 'o direito positivo será melhor apreendido pela introdução das categorias formais na abordagem das normas que integram uma ordem jurídica particular'"[41].

A "manifestação consciente de vontade"[42], por exemplo, constitui, em parte, elemento cerne do suporte fático do negócio jurídico[43], que é espécie de conceito lógico-jurídico[44], estando, portanto, no plano das categorias formais. Porém, a compreensão do contrato de compra e venda não prescinde daquele elemento que compõe o conceito de sobreposição; antes, o requer. Afinal de contas, não se concebe compreenda essa espécie de negócio

---

extraordinária. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. **Revista dos Tribunais.** São Paulo, 1969, n. 404, p. 9 e 10).

[40] Como fizemos entrever linhas atrás, não se há conceber que os conceitos jurídicos fundamentais decorram do nada (dissemos: "do vazio"). É preciso haja um objeto que se passe no plano do real, o qual venha a ser apreendido por determinada ciência. Na experiência jurídica brasileira, ao menos, a fenomenologia jurídica não prescinde de regras jurídicas, de modo que a criação dos conceitos jurídicos fundamentais pressupõe a observação e recorte (ou valoração) dessa realidade jurídica, cujas normas jurídicas extraídas das regras servem à promoção do regramento social almejado. Porém, a sua origem não decorre de extração direta (interpretativa que seja) de determinada regra jurídica em particular, mas senão de toda a ciência ou, ao menos, das ciências parciais que integrem a ciência geral do Direito. A partir de então, esses conceitos fundantes passam a influir na recriação/renovação do direito positivo, sobretudo por criar balizas dentro das quais deverá se pautar. O momento, no fim de contas, é cíclico, tendo um conceito influência no outro e vice-versa.

[41] DIDIER JR., Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa Desconhecida.** 2ª ed. Salvador: Editora Juspodvm, 2013, p. 47/48.

[42] MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência.** 12ª ed. Saraiva: São Paulo, 2003, p. 51.

[43] É que o cerne do suporte fáctico do negócio jurídico é a "manifestação consciente de vontade *com poder de auto-regramento* (= poder de escolha da categoria jurídica e, dentro de limites prescritos pelo ordenamento, de estruturação do conteúdo da relação jurídica correspondente)". (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência.** 12ª ed. Saraiva: São Paulo, 2003, p. 50/51.)

[44] Nesse sentido, também posicionando o negócio jurídico na categoria de conceitos jurídicos fundamentais, pode-se ler em Fredie Didier Jr.: "A noção de negócio jurídico (conceito *lógico-jurídico*) é pressuposto para a compreensão das diversas espécies de contrato, cujos conceitos são *jurídico-positivos*..." (*in* **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida.** 2ª ed. Salvador: Editora Juspodvm, 2013, p. 48.)

jurídico, a compra e venda, sem, ao menos, saber que a "manifestação consciente de vontade" é-lhe (elemento) essencial (nem que, ao menos, se o interprete como elemento integrante indireto do contrato de compra e venda, já que, diretamente, integra o núcleo do negócio jurídico).

Mas constitui elemento essencial da compra e venda por derivação, pois que elemento (cerne) de categoria jurídica mais abrangente, que lhe antecede em dois graus. É necessário detalhar o ponto. A "vontade relevante", manifestada por determinada conduta, constitui, na verdade, elemento cerne do ato jurídico *lato sensu.* Este é composto de duas espécies: o (a) negócio jurídico e o (b) ato jurídico *stricto sensu.* Dentre as várias espécies de negócio jurídico, uma delas é a compra e venda. Assim, a vontade é elemento próprio do ato jurídico *lato sensu,* que, por derivação, faz-se presente no negócio jurídico e, consequentemente, em suas espécies, que vem a revelar-se no plano pragmático[45].

A sub-ramificação dentro da categoria jurídica dá-se por processo de acréscimo de elementos necessários à composição suficiente do suporte fáctico. No negócio jurídico, além da "manifestação da vontade relevante" em si, ela deve ser exteriorizada conscientemente e, ainda, aliar-se ao poder de auto-regramento do sujeito de direito[46]. Todo esse conjunto representa o cerne do suporte fáctico do negócio jurídico. Dentro desta última categoria jurídica, a particularização dá-se não mais com a alteração da composição do cerne do suporte fáctico, porém com a presença de mais outro elemento, que recebe a designação de "completante" (porque completa, e não porquanto complemente). Na compra e venda, especificamente, o elemento completante é a presença de disposição sobre determinado objeto e o pagamento do preço respectivo.

Com isso, é possível compreender que a vontade (relevante) não é elemento particular da compra e venda, que é conceito jurídico-positivo, e nem mesmo do negócio jurídico, integrante do rol de conceitos fundamentais, mas sim de categoria ainda mais abrangente: a dos atos jurídicos *lato sensu.* Assim, sobre indicar, ao legislador, seja impróprio criar um contrato de compra e venda sem o elemento da vontade – funcionalidade antecedente –, serve o conceito lógico-jurídico, no subsequente, à interpretação de que os vícios da vontade atingem outras categorias jurídicas, a exemplo dos atos jurídicos *stricto sensu,* e não somente

---

[45] MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência.** 12ª ed. Saraiva: São Paulo, 2003, p. 51.

[46] Ensina-nos a todos Marcos Bernardes de Melo que o conceito de sujeito de direito não coincide exatamente com o de pessoa, porque diz respeito à titularidade de relação jurídica, não sendo, por isso, exclusivo das pessoas, sendo, pois, mais abrangente (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Eficácia – 1ª parte.** São Paulo: Saraiva, 2003, p. 76).

os negócios jurídicos, como dispõe, inadvertidamente, o artigo 171, inc. II, do Código Civil[47-48].

2.2.3 Posicionamento do conceito de processo dentro da ciência processual civil: *lógico-jurídico* ou *jurídico-positivo* (?)

O Direito Processual é uma ciência porque identifica e dedica-se ao estudo de um objeto dotado de valoração no contexto jurídico-social[49]. Não causa vício rememorar que a ciência é uma plêiade de conceitos construídos a partir de determinado objeto de investigação. Isso vem destacado nas lições de Lourival Vilanova, quando pontua que "a ciência é uma construção conceptual" e que "um sistema de conceitos científicos [= uma ciência] tem necessariamente um fundamento objetivo como base."[50].

Porém, o Direito Processual é ciência que integra outra ciência, a qual (esta), uma vez confrontada com aquela, revela um maior grau de generalidade. A ciência gênero, assim, é o próprio Direito. O Direito apresenta-se como ciência geral e é integrado por diversas outras ciências parciais, como a ciência do Direito Processual, que detém essa qualificação (de parcial) se comparada com a ciência geral a qual integra[51]. Mas mesmo essa ciência parcial, tanto como outras, pode apresentar uma teoria geral, que significa compreenda os seus conceitos fundantes.

Convém explicar que a teoria pode ser compreendida como ciência. É também na lição de Lourival Vilanova que se colhe que a teoria é um "sistema de proposições orientado para um objeto com fim cognoscitivo"[52], o que vai ao encontro da conceituação que destina à ciência. Conclui, então: "teoria é ciência"[53]. Nessa linha, Fredie Didier Jr. adverte seja

---

[47] Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

[48] Nessa passagem, com efeito, é possível enxergar que os conceitos jurídicos fundamentais, em sua atuação no plano da interpretação dos conceitos jurídico-positivos, atuam além do texto expresso e, portanto, por sobre as fronteiras da interpretação gramatical, e mesmo da sistemática, na medida que, faz prescindir da leitura de outro enunciado positivo para concluir acerca do alcance mais largo do texto interapretado. Assim, mais se aproxima dos métodos de interpretação lógico e teleológico.

[49] FERRAZ JR. Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: *técnica, decisão, dominação*.** 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, 63.

[50] VILANOVA, Lourival. Sobre o conceito do Direito. **Escritos jurídicos e filosóficos.** Brasília: Axis Mvndi/IBET, 2003, v. 1, p. 4.

[51] "A Teoria Geral do Processo é, em relação à Teoria Geral do Direito, uma teoria parcial, pois se ocupa dos conceitos fundamentais relacionados ao processo, um dos fatos sociais regulados pelo Direito." (DIDIER JR., Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida.** 2ª ed. Salvador: Editora Juspodvm, 2013, p. 47/48).

[52] VILANOVA, Lourival. O problema do objeto da Teoria Geral do Estado. **Escritos jurídicos e filosóficos.** Vol. 1. Brasília: Axis Mvndi/IBET, 2003, p. 80.

[53] VILANOVA, Lourival. O problema do objeto da Teoria Geral do Estado. **Escritos jurídicos e filosóficos.** Vol. 1. Brasília: Axis Mvndi/IBET, 2003, p. 80.

possível designar uma ciência com o nome de uma teoria, embora pontue que a teoria sirva à ciência[54-55].

A ciência do Direito Processual é integrada por uma teoria que constrói e articula determinadas espécies de conceitos que servem a todos os quadrantes do objeto de estudo[56], sendo, por isso, fundamentais (ou lógico-jurídicos) para a sua composição, que recebe as designações de Teoria Geral do Processo, Teoria do Processo[57], Teoria Geral do Direito Processual Civil ou Teoria do Direito Processual[58].

Assim é que Eduardo J. Couture acentua que o processo não é apenas uma ciência dos atos processuais, designadamente das petições, provas, apelações, execuções, formas e prazos. Seria improvável, diz, que se pudesse construir alguma ciência do conhecimento ("do real"), com validade universal (ou pretensão a tanto), que tivesse assento apenas nesses elementos (de viés jurídico-positivo, é de se registrar). Em sintonia com a linha de pensamento deste trabalho, afirma que, antes de chegar àqueles conceitos, a ciência do processo precisa estruturar uma série de proposições com "conteúdo real" e aceitação universal, que não se submeta aos limites do tempo e do espaço, "sem as quais o objeto da ciência – o processo – não pode ser concebido, nem chegar a ser realizado."[59].

Os conceitos com que lida a Teoria Geral do Processo situam-se no campo da metalinguagem, na medida em que se sobrepõe à linguagem normativa. Porém, as suas disposições são indispensáveis à compreensão do fenômeno processual, independente do sistema particular onde se desenvolva.

O "processo" é um dos conceitos que integra a Teoria Geral do Processo e, exatamente por isso, representa espécie de conceito lógico-jurídico, a iluminar todo o fenômeno processual onde quer que ocorra. Mas, além disso, observada a advertência de que existe

---

[54] DIDIER JR., Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida.** 2ª ed. Salvador: Editora Juspodvm, 2013, p. 38.

[55] Possivelmente quis explicar que a ciência tem a sua própria designação (*e.g.* ciência do Direito, ciência médica, ciência x, y ou z). Mas, vez por outra, o substantivo ciência, como modo de designação, é substituído pela expressão teoria (e.g. teoria do Direito, teoria médica, teoria x, y ou z), o que não viciaria a compreensão. Porém, toda ciência é composta por uma plêiade de teorias, que são preenchidas por enunciados propositivos, as quais podem deter a condição de geral ou parcial, a depender do conteúdo da proposição e de sua abrangência. Assim, propriamente, a ciência do Direito Processual Civil é composta por inúmeras teorias, algumas delas parciais e outra geral.

[56] A ciência do Direito Processual é composta não apenas por conceitos jurídicos fundamentais processuais, os quais compõem a Teoria Geral do Processo, como também de conceitos jurídico-positivos processuais, que integram as teorias parciais do processo. Nesse sentido, DIDIER JR., Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida.** 2ª ed. Salvador: Editora Juspodvm, 2013, p. 60.

[57] Essa expressão, consoante advertência que se fez precedentemente, pode levar a confusão entre teoria(-integrante) e ciência (do Direito), razão por que não se sugere seja a mais apropriada.

[58] DIDIER JR., Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida.** 2ª ed. Salvador: Editora Juspodvm, 2013, p. 60.

[59] COUTURE, Eduardo J. **Interpretação das leis processuais.** Tradução de Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 155 e 156.

"uma hierarquia lógica que coordena e subordina os conceitos entre si"[60], diz-se que o conceito de processo, mais que fundamental, é, também, "primário" da Teoria Geral do Processo[61].

Dentre os conceitos fundamentais, haverá um, designado de "primário", que serve de fundamento a todos os outros de determinada ciência. Ao conceito fundamental primário, duas funções são reservadas: a de (i) delimitar o campo de objeto da ciência; e a de (ii) articular os demais conceitos entre si de forma sistematizada e lógica[62].

O conceito de processo, primário à ciência do Direito Processual, acaba por "delimitar" o objeto de estudo da ciência da qual faz parte, que é representado pelo fato jurídico-social em que se postula algo em face de autoridade integrante de um dos Poderes do Estado[63], e "articular" sobre todos os conceitos da ciência processual, sejam lógico-jurídicos ou jurídico-positivos.

Não há como definir o que seja ou contenha a norma de processo ou a de procedimento – premissa nuclear deste estudo –, por exemplo, sem antes conhecer e/ou tomar posição sobre o conceito de processo. Do mesmo modo, diversos outros conceitos são incompreensíveis sem o conceito de processo. Como lidar com o conceito de "capacidade processual" sem o conceito de processo? A dúvida seria insolúvel: capacidade de atuação em/sob qual objeto?

Definidos esses contornos iniciais, que findam neste item, fechando um ciclo deste trabalho, há de se iniciar a investigação sobre o conceito de processo.

---

[60] VILANOVA, Lourival. Sobre o conceito do Direito. In **Escritos jurídicos e filosóficos.** Brasília: Axis Mvndi/IBET, 2003, v. 1, p. 10.

[61] DIDIER JR., Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida.** 2ª ed. Salvador: Editora Juspodvm, 2013, p. 61.

[62] VILANOVA, Lourival. Sobre o conceito do Direito. In **Escritos jurídicos e filosóficos.** Brasília: Axis Mvndi/IBET, 2003, v. 1, p. 10.

[63] Talvez tenha sido em função disso que Fredie Didier Jr. acentuou: "Para que se possa investigar o processo, é preciso saber qual é o fato social que pode ser conhecido como processo. Simplesmente: para que se possa *investigar* o processo, é preciso saber o que *é* processo." (DIDIER JR., Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida.** 2ª ed. Salvador: Editora Juspodvm, 2013, p. 49).

3 A REPARTIÇÃO CONSTITUCIONAL DE COMPETÊNCIA E O MODELO FEDERALISTA BRASILEIRO

3.1 Formas de estado e federalismo

O caminho a ser percorrido para alcançar as respostas para os problemas deste estudo tem que passar, necessariamente, já no início, pelo exame das formas de Estado, a definição sobre o conceito de Federação e a identificação do modelo adotado pelo Brasil na Constituição de 1988.

A forma de Estado deve ser entendida a partir do modo como o Estado organiza alguns dos elementos que compõe a sua estrutura, como o povo e o território, e, também, a ordem jurídica[64]. Nesse sentido, poderá organizar-se com um poder político ou uma pluralidade deles; prevê um ou diversos ordenamentos jurídicos originários dentro da mesma base territorial.

Assim, é que Dirley da Cunha Júnior explica, ao falar do princípio federativo, que o Estado Federal é estruturado a partir da união indissolúvel de mais de uma organização política no mesmo espaço territorial[65].

Essa centralização da unidade de poder ou a sua repartição com unidades territoriais com competência e organização governamental própria determina a classificação dentre um desses grupos, o de Estados unitários e compostos.

Há, contudo, variações dessa classificação. O Estado unitário descentralizado, por exemplo, não chega a inserir-se no universo do Estado composto, na medida em que não confere autonomia político-constitucional aos entes parciais. É necessário, portanto, além de uma descentralização territorial e administrativa, a desconcentração política, de sorte a permitir a produção normativa autônoma[66-67].

---

[64] CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional.** 15ª ed., Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2009, p. 133 e 134.

[65] CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional.** 5ª ed., Salvador: Editora Juspodivm, 2011, p. 871.

[66] Etimologicamente, autonomia provém de *nómos*, que designa a edição de normas próprias (HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional.** 5 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 331).

[67] A expressão Estado unitário descentralizado, contudo, não comporta interpretação linear pela doutrina constitucionalista. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, por exemplo, define-o com os mesmos contornos do Estado composto. Assim, para o autor, Estado unitário descentralizado é o que tomamos, no corpo do texto, por Estado composto (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 51).

O Estado federal é uma espécie (ou modalidade) de Estado composto[68]. Etimologicamente, federação origina-se de *foedus, foederis,* que significa aliança, pacto, união. É representado, assim, pela união de organizações políticas autônomas[69].

Assim, notadamente ao diante da quase que impossível concentração das atividades funcionais do Estado, é que o Estado Federal desenvolve-se sobre espécie de técnica de descentralização política, nos limites de uma base territorial, em moldes a repartir o dever e responsabilidade das decisões políticas e administrativas sobre vários centros de tomada de posição: um central e outros locais, parciais ou regionais, ao que pressupõe, evidentemente, a existência de diversos ordenamentos jurídicos originários[70].

Dada essa descentralização política, um dos elementos característicos da Federação encontra assento na autonomia política dos entes parciais, de modo que possua capacidade de produção legislativa própria. É assim que se define a federação como uma forma de organização do Estado baseada na repartição de competência (legislativa) entre o governo nacional e os estaduais, de modo que a União detenha supremacia sobre os Estados-membros, porém estes sejam dotados de autonomia constitucional frente à União[71].

Enxerga-se, com isso, a importância e o peso da repartição de competência legislativa dentro de uma federação. Nela, coexistem ordens paralelas de poderes normativos, formando um complexo sistema com potencial conflituoso.

É daí que nos importa estudar os sistemas de repartição de competência legislativa dentro de uma Federação, o que será objeto de análise em seguida.

3.1.1 Sistemas de repartição de competência legislativa

Nesse momento, faz-se importante conhecer como a doutrina especializada classifica as formas possíveis de repartição de competência. A primeira delas subdivide em dois os modelos: o clássico e o moderno; a segunda, em horizontal e vertical.

O modelo clássico, que haure inspiração na Constituição norte-americana de 1787, pressupõe a destinação, no texto constitucional, da competência da União, reservando aos Estados-membros o espaço da competência residual (*e.g.* EUA, Suíça, Argentina, México e

---

[68] FERREIRA, Pinto. **Curso de Direito Constitucional.** 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 261.
[69] CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional.** 5ª ed., Salvador: Editora Juspodivm, 2011, p. 520.
[70] CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional.** 15ª ed., Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2009, p. 138.
[71] FERREIRA, Pinto. **Curso de Direito Constitucional.** 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 262.

Áustria)[72]. O modelo moderno, de outra banda, surgido após a Primeira Guerra Mundial, descreve, de modo expresso, na Constituição, não só as atribuições da União, como também as hipóteses de competência comum e concorrente entre a União e os Estados (*e.g.* Índia e Venezuela)[73-74].

A segunda forma de classificação, diferentemente da primeira (que leva em consideração a enumeração das atribuições dos entes federados), toma como premissa a existência, ou não, de espécie de condomínio entre os entes federativos sobre determinada matéria, atribuindo-lhes competência comum ou concorrente e/ou reservando-lhes espaços privativos ou exclusivos de atuações para os assuntos em que não haja comunicação com outros entes. Desse modo, constrói a elaboração de um modelo horizontal e outro vertical de repartição de competência.

No modelo horizontal, próprio do federalismo dual[75], não há concorrência de competência entre os entes federados. Cada qual atua dentro da esfera que lhe tenha reservado o Texto Magno. Nesse, não há qualquer espécie de relação, sobretudo de subordinação, entre as competências pré-definidas pela Constituição, de modo que o controle de validade da atuação de cada entidade federada dar-se-á de modo direito com a Carta Suprema. Esta será, desse modo, o parâmetro de validade dos atos normativos editados pelos centros de poder político da Federação.

O modelo vertical, característico do federalismo cooperativo[76], onde se pode enxergar uma atuação coordenada entre as entidades federadas, diversamente, atribui a mesma matéria a mais de um ente federado, de maneira que mais de um deles passa a ter competência para tratar do mesmo tema. Há uma concorrência entre os integrantes da Federação para disciplinar determinado assunto. Dessa forma, para que não subsista conflito entre atos praticados por mais de um deles, deve haver uma relação de subordinação (ou subsidiariedade; ou particularização).

---

[72] CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional.** 15ª ed., Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2009, p. 994.
[73] CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional.** 5ª ed., Salvador: Editora Juspodivm, 2011, p. 879.
[74] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional. 2**ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 800.
[75] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 54 e 55; CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional.** 5ª ed., Salvador: Editora Juspodivm, 2011, p. 881.
[76] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 55; CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional.** 5ª ed., Salvador: Editora Juspodivm, 2011, p. 881.

O sistema de repartição constitucional de competência legislativa traduz em processo de repartição de ponderes e caracteriza elemento central do Estado Federal[77]. Assim, importa ao presente estudo saber qual foi o método utilizado no federalismo brasileiro.

3.1.2 Federalismo brasileiro

3.1.2.1 Método de repartição de competência legislativa adotado pela Constituição de 1988

A repartição constitucional de competência legislativa representa um processo de distribuição de poderes entre os entes federados e constitui o ponto nuclear da conformação do Estado Federal[78]. A autonomia[79] das entidades federativas pressupõe a repartição constitucional de competência, necessária para o exercício da atividade normativa[80].

A Constituição de 1988 elaborou uma divisão do poder político e o distribuiu entre as entidades integrantes da federação, eliminando a concentração na União. Segundo esse modelo, afirma a doutrina que pretendeu a Constituição atingir um "federalismo de equilíbrio", mantido entre União, Estados e Municípios. A determinação dessa distribuição foi informada pelo princípio geral da predominância de interesse[81].

O Brasil adotou um sistema complexo de repartição de competência, segundo o qual diversos critérios são utilizados para definir a distribuição da competência legislativa entre os corpos políticos da Federação[82]. Trabalha, assim, com competências exclusivas, privativas, comuns e concorrentes, buscando, com isso, construir o chamado federalismo de equilíbrio[83].

---

[77] CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional.** 5ª ed., Salvador: Editora Juspodivm, 2011, p. 878.

[78] CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional.** 5ª ed., Salvador: Editora Juspodivm, 2011, p. 878; SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 27ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 477.

[79] A autonomia abrange quatro capacidades: auto-organização, autolegislação, autogoverno e auto-administração (CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional.** 5ª ed., Salvador: Editora Juspodivm, 2011, p. 882).

[80] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 27ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 477.

[81] CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional.** 5ª ed., Salvador: Editora Juspodivm, 2011, p. 878.

[82] Gabriel Ivo destaca que "a tendência das Constituições é misturar as diversas técnicas. São enumeradas as matérias que compõem as competências da União e dos entes parcelares. Essa tendência desemboca num desprestígio dos chamados poderes reservados e revela a predominância das chamadas normas gerais, ou normas de princípios. Consiste numa espécie de repartição vertical de competências onde a mesma matéria é distribuída entre a União e os Estados-membros. Para que não ocorram conflitos, cabe ao ente central legislar sobre os princípios gerais acerca do tema, restando aos entes locais pormenorizar nas suas normas os conteúdos conforme os interesses e necessidades deles." (IVO, Gabriel. **Constituição Estadual: competência para elaboração da Constituição do Estado-membro.** São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 88 e 89).

[83] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 27ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 477.

Contudo, quer-nos parecer tenha predominância o modelo horizontal, algo visto em consulta aos artigos 21, 22, 23, 25 e 30 da Constituição da República, o que não exclui, em absoluto, a mescla com o modelo vertical, do qual é exemplo mais significativo o artigo 24 do Texto Magno.

Nesse conjunto de disposições, é que parece se situe o problema, especialmente no terreno dos artigos 22, inc. I, e 24, inc. XI, da Constituição da República. O primeiro deles trata da competência privativa da União para legislar sobre Direito Processual (Penal, inclusive) e o segundo, da competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre procedimento em matéria processual.

3.1.2.2 Competência privativa da União para legislar sobre processo

Na técnica de repartição constitucional horizontal de competência legislativa, tem espaço a competência privativa, especialmente porque o critério requer a separação absoluta das esferas de atribuição, havendo, pois, atuação independente de cada qual[84].

Assim, porque cada um dos entes integrantes da federação exerce atividade em áreas próprias (específicas), não pode haver a interferência de um ente na esfera de atuação do outro, o que se daria com a edição de norma por Estado-membro quando a competência tenha sido reservada à União ou vice-versa.

Em matéria de processo, como visto, a Constituição fez reserva de competência, para a produção legislativa, à União (CR/88, art. 22, inc. I), de modo que, dividido o âmbito de atuação legislativa no plano horizontal, é proscrito aos Estados-membros, Distrito Federal e Municípios atuarem nesse espaço, com a edição de normas de conteúdo e/ou natureza processual.

Nesse caso, a lei estadual, distrital ou municipal que invadisse esse conteúdo reservado à União, incidiria em vício formal de inconstitucionalidade[85-86] – por ofensa direta à

---

[84] CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional.** 5ª ed., Salvador: Editora Juspodivm, 2011, p. 881.

[85] BONAVIDES, **Curso de Direito Constitucional**. 21ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 297.

[86] Sarlet, Marinoni e Mitidiero explicam que a produção legislativa deve observar determinados pressupostos de formação, que dizem, sobretudo, com a competência para produção legal e os ditames procedimentais. O defeito que toque quaisquer desses dois requisitos vicia formalmente a lei. A inconstitucionalidade formal, destarte, decorre de vício na formação do ato por inobservância da competência ou do procedimento. Os autores, ademais, exemplificam a inconstitucionalidade formal com hipótese de inobservância do quanto estabelecido no artigo 22 da Constituição. Dizem, assim, que o "art. 22. outorga competência privativa à União para legislar sobre determinados assuntos, arrolados em seus incisos. Há vício de competência quando a Assembleia Legislativa Estadual edita norma em matéria de competência da União, legislando, por exemplo, sobre direito processual." (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 860 e 861).

Constituição, já que é nela própria que se demarca a área de atuação normativa dos entes federados[87] –, reclamando, pois, o restabelecimento da situação de normalidade, o que se dará, certamente, pela via da Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Sobretudo isso, importa destacar que a Constituição de 1988, na quadra da repartição horizontal de competência legislativa, observa as técnicas que reserva a competência privativa para a União de modo enumerado, indicando em que consiste o seu limite de atuação, prevendo, igualmente, competência privativa para os Estados, só que em caráter residual (não enumerado), atribuindo, por fim, aos municípios uma competência privativa por enumeração genérica (competência privativa indicada)[88].

Assim, revela-se importante, para os desígnios do presente trabalho, acentuar que a opção do Constituinte foi colocar a matéria processual sob o pálio de tratamento da repartição horizontal de competência, atribuindo-a a um dos entes federativos – no caso, à União (art. 22, inc. I) –, impossibilitando, com isso, em regra, que quaisquer dos demais outros pudessem lidar, concorrentemente, com aquela matéria.

Dizemos, com efeito, que a possibilidade de disciplinamento sobre processo está hermeticamente compreendida no universo da competência legislativa da União em regra porquanto a própria Constituição abre espaço para a criação de exceção, como veremos na sequência.

3.1.2.2.1 Delegação de competência privativa

A Constituição, em ao menos uma hipótese, previu a possibilidade de delegação da competência privativa, outorgando a outros entes da federação a capacidade para lidar com matéria que se encontra reservada à União.

A regra esta insculpida no § 1º do artigo 22 da Constituição e diz que lei complementar pode autorizar os Estados a tratarem de matéria que enumera o artigo em seus incisos[89], dentre as quais se insere o processo, como sujeito à competência privativa da União.

---

[87] Nesse caso, é tanto inconstitucional, formalmente, a lei estadual que invada espaço normativo reservado à União, quanto a lei proveniente do ente central que avance para dentro de território normativo pertencente aos Estados e Distrito Federal.

[88] CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional.** 5ª ed., Salvador: Editora Juspodivm, 2011, p. 881.

[89] A competência delegada, dentre as Constituições pretéritas mais próximas, foi disciplinada na de 1937, em seu art. 17, que estabelecia: "Nas matérias de competência exclusiva da União, a lei poderá delegar aos Estados a faculdade de legislar, seja para regular a matéria, seja para suprimir as lacunas da legislação federal, quando se trate de questão que interesse, de maneira predominante, a um ou alguns Estados. Nesse caso, a lei votada pela Assembléia Estadual só entrará em vigor mediante aprovação do Governo Federal".

A primeira observação a ser feita é de que o dispositivo cria uma espécie de delegação de competência legislativa de mão única, sempre iniciada no terreno legislativo da União e voltado a conferir abertura aos Estados – embora não indique expressamente o Distrito Federal, entendemos igual tratamento lhe deva ser conferido, sobretudo por força do § 1º do artigo 32 da Constituição.

O segundo ponto consiste em identificar que, uma vez lançado mão do instrumento previsto naquela norma constitucional, com a edição de lei complementar que estenda aos Estados[90] competência originalmente privativa da União, ter-se-á a instituição, propriamente, de um condomínio legislativo, no qual a competência será compartilhada por mais de um ente federal.

Observe-se que é algo diferente da disposição vertical de competência, sede em que se requer uma hierarquização do exercício da competência legislativa, ou, ao menos, dentro do mesmo universo, uma separação de atuação, normalmente particularizada pelo grau de profundidade, estabelecendo, assim, marcos de atuação, limitando até que ponto (leia-se: profundidade) cada qual poderá ir. Nesse último caso, observado o princípio da predominância de interesse, é comum se reserve ao ente central uma competência mais genérica – portanto, menos profunda – e aos entes locais, uma competência mais particularizada, revelada que deverá ser em normas específicas, alcançando níveis mais profundos (para além do ocupado pelas normas gerais).

Assim, diferentemente da repartição de competência segundo o modelo vertical, essa outorga de competência dentro da quadra da divisão horizontal de competência pode conduzir a determinado conflito normativo, requerendo se pré-determine qual o critério prevalecente para a solução de eventual conflito.

Seria a hipótese em que, legitimados que estejam União e Estados a legislarem sobre determinado assunto, por autorizativo de lei complementar editada nos moldes do § 1º do art. 22, venham a dispor de modo díspar. O questionamento que surge é: deve prevalecer o direito federal sobre o estadual ou a lei mais recente se sobreporá a menos moderna, segundo o critério temporal? O problema surge quando a lei estadual sobre a matéria delegada seja mais recente que a lei federal.

---

[90] Aqui, compartilhamos do entendimento de que não legitima a norma a que proceda a União com uma delegação desigual de competência legislativa para os Estados, tendo essa linha de interpretação apoio na regra constitucional do art. 19, inc. III. Essa é a interpretação de Fernanda Dias Almeida. Porém, contrário a ela colocam-se as visões de Manoel Gonçalves Ferreira Filho e André Luiz Borges Netto (ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. Comentário ao artigo 22 parágrafo único. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 747; BORGES NETTO, André Luiz. Competência legislativas dos Estados-membros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 155 a 157).

Pinto Ferreira apresenta diretriz segundo a qual o direito federal quebra o direito estadual (*Bundesrecht bricht Landesrecht*). O preceito indica que, havendo discordância entre normas editadas pela União e Estados, as federais têm prevalência sobre as estaduais[91].

Não se deve omitir, contudo, que a doutrina constitucionalista, no plano nacional, sobretudo, utiliza-se desse preceito para aplicação no campo da competência concorrente. Contudo, em modalidade de competência concorrente a que se designa de cumulativa, cuja denominação se deve à igualdade de exercício da competência por parte dos entes federados. Assim, a máxima menos se aproxima de competência concorrente verticalizada (não-cumulativa), onde haja escalas de trabalhos, inconfundíveis, do que de competência privativa compartilhada por delegação, na qual falte essa delimitação das áreas de atribuição legislativa.

Por isso, parece seja mesmo essa orientação, de sobreposição da lei federal, que deva prevalecer, mesmo que na quadra da competência privativa, quando observada a delegação. Pois que, não sendo assim, haveria, sempre, para a União, a alternativa de revogar a lei complementar – e, consequentemente, a outorga legislativa –, e, posteriormente, fazer editar a sua norma, com as diretrizes que entendesse devesse imperar. Com isso, a lei estadual perderia sua base de sustentação – ao menos para o futuro –, e teria predomínio a lei federal superveniente.

3.1.2.3 Competência concorrente entre União, Estados e Distrito Federal

Noutra passagem, reservada ao capítulo da distribuição de competência legislativa, a Constituição do Brasil lança mão do uso da técnica da repartição vertical de competência (art. 24, *caput*), indicando possam legislar sobre as matérias que enumera tanto a União, os Estados e o Distrito Federal (não se olvida da regra do art. 30, inc. II, que estabelece concorrência legislativa, só que para incluir os Municípios).

A disposição, lida isoladamente, é potencialmente capaz de conduzir ao conflito legislativo, com normas provenientes de entes diversos e conteúdos contraditórios. Por esse motivo, diferentemente do tratamento conferido à repartição horizontal de competência, editou-se um corpo de regras que discipline, dentro da mesma matéria, qual o espaço de atuação de cada um dos entes co-legitimados.

De modo amplo, a prevenção de eventual conflito passa (igualmente) pela reserva de espaços de atuações, conferindo-se a cada ente uma atribuição, dentro de um mesmo assunto, o que fez o § 1º do artigo 24 da Constituição, que será objeto de análise no próximo item.

---

[91] FERREIRA, Pinto. **Curso de Direito Constitucional.** 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 291.

3.1.2.3.1 Competência concorrente da União para normas gerais e competência suplementar dos Estados e do Distrito Federal

A competência concorrente permite haja uma maior participação legislativa dos Estados e do Distrito Federal nas matérias que seja objeto daquela espécie de reserva de atribuição.

Com isso, possibilita-se o trato particular da matéria, nas proximidades da realidade concreta, o que se fará por intermédio dos Estados, que editarão as normas locais sobre a matéria de concorrência legislativa, e, ao mesmo tempo, o disciplinamento harmonizador produzido pelo ente central.

Dentro dessa perspectiva de tratamento (dual) de determinada matéria a Constituição brasileira de 1988 socorreu-se de método que divide um só assunto em suas generalidades e especificidades, atribuindo as normas que tratem da primeira perspectiva – sendo, assim, gerais – à União e reservando o poder residual e específico aos Estados (cf. CR/88, art. 24, § 1º).

Assim, em termos de valoração política, o constituinte sopesou fossem os Estados, em detrimento da União, mais aptos a identificar determinada realidade particular, restando ao ente central a edição de normas gerais sobre a matéria, que possam, porque sobrepostas, traçar os parâmetros básicos, sobre os quais se sustentará a norma particular local.

Por isso, há de se compreender que a invasão de reserva constitucional, neste aspecto da repartição horizontal de competência, dá-se pela via ou da particularização (minudência) do assunto por parte da União, ou pelo caminho inverso, compreendido como o da generalização da matéria por Estado-membro, conflitando seu conteúdo com lei federal já existente (sim, porque se não houver tal lei – propriamente, nacional –, aos Estados será lícito a edição de norma geral, pois que autorizado pela Constituição, segundo o § 3º do artigo 24 da Constituição, ao exercício pleno da competência sobre a matéria).

Destarte, na quadra do procedimento em matéria processual, porque no espaço reservado à competência concorrente, exercida tanto pela União como pelos Estados e o Distrito Federal, em tese, não pode a União extrapolar os limites do exercício geral do disciplinamento procedimental e nem também os Estados ou o Distrito Federal lançarem norma que conflite com o conteúdo de lei geral produzida pelo ente central[92].

[92] Sobre o assunto, contudo, temos interpretação particular, segundo a qual, em determinada hipótese, estará a União autorizada a disciplinar integralmente a matéria, máxime para conferir funcionalidade à norma que traz ao

Problema de elevada envergadura intelectual, contudo, é a definição, precisa e teórica, daquilo o quanto se encaixe na expressão "normas gerais", sendo, por isso, de atribuição da União, identificando, por exclusão, o que não se possa dizer geral, que se pode dizer seja, então, particular, e, portanto, segundo o texto constitucional, de atribuição dos Estados e do Distrito Federal, que complementarão, com isso, o trabalho legislativo da União.

3.1.2.3.1.1 O problema da distinção entre normas gerais e particulares no terreno da competência legislativa concorrente

A identificação do caráter geral da norma ou não é de definitiva importância para o contexto atual do Direito Processual Civil brasileiro, em que se tem, pela primeira vez, uma codificação produzida após a Constituição de 1988 (a Lei Federal n. 13.105/15).

Esse relevo toma corpo quando ouvimos vozes defendendo que o Código de Processo Civil de 2015 somente pode ter aplicação integral e irrestrita no âmbito da Justiça Federal, tendo sua aplicabilidade restringida na quadra da Justiça Estadual, onde somente teria importância as suas normas gerais, com caráter, pois, nacional[93].

Ainda é possível colher outras expressões do pensamento, que defendem seja somente constitucional o que no novel diploma processual haja de geral (= normas gerais), sendo o que contenha de particular inconstitucional, porquanto invada esfera de competência legislativa que a Constituição reservara aos Estados e ao Distrito Federal (cf. CR/88, art. 24, § 2º).

Nesse sentido, revela-se a doutrina de Fernando Gajardoni. O autor, desse modo, defende que as normas processuais e procedimentais editadas pela União antes da Constituição de 1988 são todas constitucionais, sejam elas gerais ou específicas, na medida em esse material normativo era todo ele reservado à competência legislativa daquele ente central.

Porém, com a Constituição de 1988, na qual houve a alteração de cenário, tanto em relação à divisão processo-procedimento como à separação entre procedimento geral e procedimento não geral, todas as normas editadas supervenientemente pela União que não se encaixem no perfil de norma geral seriam inconstitucionais[94].

---

mundo do direito, sem que isso prejudique a capacidade legislativa suplementar dos Estados e do Distrito Federal. Essa leitura, com efeito, é trazida ao cenário de reflexão mais adiante, no próprio corpo do texto.

[93] BRAGA, Paula Sarno. **Normas de processo e normas de procedimento: o problema da repartição constitucional de competência legislativa no Direito Constitucional brasileiro.** Salvador**:** Juspodivm, 2015, p. 305.

[94] GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização Procedimental: um Novo Enfoque para o Estudo do Procedimento em Matéria Processual.** São Paulo: Atlas, 2008, p. 41 e 42.

Este trabalho, contudo, não é sobre normas gerais e não gerais em matéria de processo, de sorte que a reflexão sobre o tema não represente elemento central. Nada obstante, há a possibilidade de se concluir, ao longo do desenvolvimento deste estudo, se trate a "coletivização do exercício da jurisdição" – problema central desta dissertação – de matéria sujeita ao disciplinamento por meio de norma procedimental.

Aí, nessa hipótese, portanto, será necessário proceder com um segundo passo, o qual consiste exatamente em saber se se trata de norma procedimental de caráter geral ou particular, de sorte a poder-se definir trate a competência para editá-lo da União ou dos Estados e Distrito Federal (sem prejuízo do exercício da competência plena, na hipótese que particulariza da Constituição).

Objetivamente, um dos melhores inventários doutrinários sobre as investidas doutrinárias em se promover uma distinção profícua e útil sobre normas gerais e particulares encontra-se no corpo da obra "Normas de Processo e Normas de Procedimento", de autoria da professora Paula Sarno Braga. Nela, cuidou a autora de, além de apresentar o pensamento de importantes estudiosos, identificar os critérios de distinção.

Semelhante trabalho também foi desenvolvido por André Luiz Borges Netto, em seu "Competência Legislativas dos Estados-Membros"[95], que, ao final da exposição da pesquisa, acaba por aderir ao posicionamento agasalhado por Diogo de Figueiredo Moreira Neto. É deste último autor, com efeito, um dos estudos mais completos sobre o assunto, tendo concluído, conceitualmente, que:

> "normas gerais são declarações principiológicas que cabe à União editar, no uso de sua competência concorrente limitada, restrita ao estabelecimento de diretrizes nacionais sobre certos assuntos, que deverão ser respeitadas pelos Estados-membros na feitura de suas respectivas legislações, através de normas específicas e particularizantes que as detalharão, de modo que possam ser aplicadas, direta e imediatamente, às relações e situações concretas a que se destinam, em seus respectivos âmbitos políticos."[96]

Este trabalho, entretanto, não comporta espaço para que se proceda a estudo minudente e crítico sobre tais proposições, apresentadas por aqueles que se dedicaram à temática. Assim, parece seja mais apropriado apontar o critério aqui adotado, especificamente para a finalidade de se concluir, mais a frente, detenha a norma que institua espécie de

---

[95] BORGES NETTO, André Luiz. Competência legislativas dos Estados-membros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 126 a 136.

[96] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Competência concorrente limitada: o problema da conceituação das normas gerais. **Revista de Informação Legislativa.** Brasília. Senado Federal, v. 25, n. 100, p. 127-162, out./dez. 1988, p. 159.

coletivização da jurisdição natureza procedimental, requisitando, assim, se particularize o seu conteúdo como sendo geral ou particular.

A definição do que seja geral ou não, consoante lição de Tercio Sampaio Ferraz passa por uma leitura lógica e teleológica. No primeiro aspecto, o lógico, a identificação das normas como geral ou particular submete-se a uma subdivisão quanto ao destinatário – que, diríamos nós, de extensão – e ao conteúdo. Assim, gerais, do ponto de vista lógico-subjetivo (destinatários), seriam aquelas normas universais. O reducionismo desse universo dar-se-ia, pois, com as normas particulares e individuais, reservadas, as primeiras, a uma coletividade ou categoria, e as últimas, a determinado destinatário, singularmente considerado. O conteúdo, como segundo elemento, também é subdividido pelo autor em seus aspectos gerais, particulares e individuais. No primeiro dos casos, a norma apresenta conteúdo geral na medida em que discipline todos os casos da mesma espécie. Revela-se particular quando regula uma parte de todos os casos da espécie e individual na medida em que seja vocacionada a regular um único caso[97].

O autor, contudo, identifica, ademais, que o critério lógico não é bastante para solucionar todos os problemas que possam advir da dificuldade em se distinguir normas gerais e particulares. Por essa razão, indica que seja necessário combiná-lo com outro critério, o teleológico, cuja diretriz inclinar-se-á segundo o interesse prevalecente no contexto da organização federativa. Assim, geral seria a norma que extravase os interesses de determinada unidade federativa, ou porque seja comum a todos os entes, ou, ainda, porque envolva conceituações que, se particularizadas, conduziriam a conflitos e dificuldades no intercâmbio nacional[98].

De todo modo, Tércio Sampaio adverte que a Constituição fez opção por um Federalismo do tipo cooperativo, exigindo, com isso, colaboração dos entes federativos e conferindo, portanto, menor expressão à separação e independência entre os entes da federação.

Dessa passagem, cremos possa se concluir que o autor tenha indicado que, à luz das opções constitucionais, devam os critérios estabelecidos ser interpretados de modo a fortalecer a unidade da federação, prestigiando o Federalismo cooperativo, instituído que foi pela Constituição de 1988.

---

[97] FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Normas gerais e competência concorrente: uma exegese do art. 24 da Constituição Federal. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo,** São Paulo, Vol. 90, 1995, p. 248 e 249.

[98] FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Normas gerais e competência concorrente: uma exegese do art. 24 da Constituição Federal. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo,** São Paulo, Vol. 90, 1995, p. 249 e 250.

Essa leitura de Tércio Sampaio Ferraz, conquanto disposta em linguagem própria, mais abstrata, parece em tudo harmonizar-se com a doutrina de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, que está disposta em termos mais concretos.

Em abono aos entendimentos apresentados, importa pontuar, sobretudo para os desígnios deste estudo, que a norma geral possui a distinta característica de ter abrangência nacional – daí a sua universalidade – e conteúdo uniforme, impondo parâmetros mínimos de tratamento sobre determinado assunto, a serem observados obrigatoriamente pelos Estados-membros e o Distrito Federal na promoção da particularização da norma, ajustando-a, para além do geral, às suas realidades locais.

Além disso, para sua edição (ou seja, antes mesmo dela), enquanto norma geral, deve haver, como advertiu Tercio Sampaio Ferraz, a identificação de um propósito finalístico (= teleológico), representado pelo interesse comum de todos ou, ao menos, mais de um ente da federação.

3.1.2.3.1.2 Competência concorrente supletiva dos Estados e Distrito Federal

No plano da repartição vertical de competência, sobretudo no que se tenha optado por divisão baseada em níveis de profundidade, como o fez a Constituição de 1988, há de se prevê fora de regulação específica quando omisso o ente responsável pela edição da norma geral.

É o que se passa, no âmbito constitucional do Brasil, atualmente, com a disposição da competência supletiva dos Estados e do Distrito Federal, que passam a ter autorização para atuar legislativamente na hipótese específica de omissão do ente central, a quem compete traçar as diretrizes normativas gerais.

Assim, dispõe o § 3º do artigo 24 da Constituição de 1988 que, restando omissa a União em atuar no espaço da edição de normas gerais – o que apanha os procedimentos em matéria processual (inc. XI) –, os Estados (e o Distrito Federal, é claro, embora omisso o parágrafo em sua literalidade) passam a deter o poder de legislar plenamente sobre a matéria, com o propósito de atender as suas peculiaridades.

Nessa hipótese, o exercício da competência supletiva pelos Estados pressupõe perpasse pelo plano geral, no qual haverá de traçar as balizas primárias do disciplinamento, descendo ao plano das particularidades. Em casos que tais, tem-se hipótese de regulamentação geral cujo âmbito de abrangência opera restrito aos limites territoriais do ente parcial[99].

---

[99] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira de 1988.** Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 191.

A competência supletiva, assim, viabiliza o disciplinamento de determinada necessidade local que esteja dentro do espaço da competência concorrente. A omissão da União, não fosse a abertura conferida por este regramento de extensão da competência dos Estados e Distrito Federal, implicaria em absoluta imobilidade dos entes parciais em exercerem a parcela da concorrência legislativa que lhes fora constitucionalmente outorgada.

Sobre tudo isso, a Constituição previu, ainda, mecanismo de retomada da competência geral pela União, que poderá lançar regramento geral, cassando todas as incursões que tenham feito Estados ou Distrito Federal sobre espaço legislativo que lhe reserva a competência concorrente.

Assim é que o § 4º do artigo 24 da Constituição prevê que, sobrevindo lei federal, a qual traga consigo disciplinamento geral, suspender-se-á a "eficácia" da(s) lei(s) estadual(is) conflitante(s) (ou cumulativa).

Há, em sede doutrinária, debate sobre haver, nesse caso, suspensão da eficácia ou propriamente revogação da lei local. Alguns, como Paulo Luiz Neto Lobo, colocam que o advento da norma geral, editada pela União, implicará em imediata revogação da legislação estadual[100-101]. De outro lado, outros, como José Afonso da Silva, afirmam tenha a Constituição sido precisa (técnica) nessa passagem, não havendo, portanto, revogação ou derrogação, senão perda de aplicabilidade, porquanto suspensa a eficácia[102].

O debate, com efeito, é dotado de potencial impacto prático, na medida em que, partilhe de um ou outro pensamento, isso refletirá diretamente sobre a possibilidade de a lei local recobrar sua capacidade de reger as situações da vida que a sua descrição contemple.

Ao que nos parece, a última interpretação deve prevalecer. Segundo a dicção constitucional, a lei federal não atinge a lei local em sua perspectiva existencial ou de validade, mas tão somente cria, para ela, uma barreira à sua incidência. De certo modo, a norma constitucional acaba por excepcionar a do art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), no quanto se refira à revogação de normas incompatíveis.

3.2 Competência para legislar sobre processo e procedimento no constitucionalismo brasileiro

[100] LOBO, Paulo Luiz Neto. Competência legislativa concorrente dos Estados-membros na Constituição de 1988. **Revista de Informação Legislativa,** Brasília, v. 26, n. 101, p. 87-104, jan./mar. 1989, p. 100.
[101] Sob a égide do regime constitucional de 1967, Pontes de Miranda manifestou fosse a hipótese de revogação ou derrogação (MIRANDA, Pontes. **Comentário à Constituição de 1967.** Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 178 e 179).
[102] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 27ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 504.

3.2.1 Período pré-república (colônia e império) e a centralização legislativa em matéria de processo

O período colonial do Brasil perdurou até a proclamação da independência, consagrada em 1822 (7 de setembro). Por todo esse intervalo de tempo, tiveram vigência as normas processuais portuguesas. Inicialmente, com as Ordenações Afonsinas, Livro III, de 1500 a 1521, e, depois, com as Ordenações Manuelinas, também em seu Livro III, de 1521 a 1603. Após essas disposições, sobrevieram as Ordenações Filipinas, que, por seu Livro III, de 1603 até boa parte do período Imperial, regeram o processo civil em território brasileiro.

Após a proclamação da independência do Brasil, sobreveio a Constituição Imperial de 1824, que, em seu artigo 1, instituiu modelo unitário de Estado – ao negar expressamente a federação[103] – e conferiu ao Poder Legislativo Imperial, representado pela Assembleia Geral, a capacidade para legislar sobre processo (cf. CI/24, art. 15, inc. VIII[104-105]).

Contudo, esse poder de legislar sobre processo, agora concentrado no Poder Legislativo central, não foi exercido prontamente, tendo, por isso, se mantido vigentes as Ordenações Filipinas, que permaneceram com força para reger as relações mantidas dentro do processo civil até a sobrevinda do Regulamento n. 737, de 25 de novembro de 1850[106]. Esse corpo normativo, contudo, limitou-se a estabelecer regras voltadas às causas de índole comercial.

Antes, com efeito, em manifestação da competência outorgada constitucionalmente à Assembleia Geral, porque editado o Código Criminal do Império, de 16 de dezembro de 1830[107], produziu-se um Código de Processo Criminal, que passou a integrar o ordenamento jurídico Imperial a partir de 1832.

Nada obstante os recortes promovidos pelo Código de Processo Criminal imperial e o Regulamento 737/1850, todo o universo civil continuou a ser disciplinado, do ponto de vista processual, pelas Ordenações Filipinas lusitanas, e suas alterações.

---

[103] Art. 1. O Imperio do Brazil é a associação Politica de todos os Cidadãos Brazileiros. Elles formam uma Nação livre, e independente, que não admitte com qualquer outra laço algum de união, ou federação, que se opponha á sua Independencia.

[104] Art. 15. É da attribuição da Assembléa Geral: VIII. Fazer Leis, interpretal-as, suspendel-as, e rovogal-as.

[105] Observa-se que a outorga de competência legislativa foi atribuída à Assembleia Geral de maneira bastante ampla, não ficando, pois, restrita ao universo do processo.

[106] A continuidade da vigência da legislação lusitana mesmo após a proclamação da independência do Brasil deu-se por decreto, datado de 20 de outubro de 1823, que legitimou a utilização da legislação estrangeira em tudo que não contrariasse a soberania nacional e o regime brasileiro (CINTRA, Antonio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegruini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 111).

[107] O Código Criminal do Império representa obra de grande valor, tendo inovado no cenário jurídico, consagrando, inclusive, o princípio da reserva legal (CCI/30, art. 1º).

Com a crescente legislativa sobre processo, o Governo Imperial, com o propósito de regulamentar o processo no âmbito cível, destacou o Conselheiro Antônio Joaquim Ribas para reunir a legislação processual em um único corpo de normas. O resultado do trabalho foi a Consolidação das Leis do Processo Civil, que passou a ter força de lei por conta da Resolução Imperial de 28 de dezembro de 1876[108].

De todo modo, inobstante a sobrevinda da Consolidação das Leis do Processo Civil, o Regulamento 737/1850, continuou a regular validamente as causas do comércio.

Após a proclamação da República, em 1889, o "Governo Provisorio da Republica dos Estados Unidos do Brazil" altera o cenário da regulação do processo civil e disciplina, por meio do Decreto n. 763, de 19 de novembro de 1890, valha, para todo âmbito processual relativo às causas cíveis, o Regulamento 737/1850 (estendendo a regulação processual do comércio para todo o campo cível).

A medida, com efeito, não teve o condão de eliminar, por completo, o Código de Ribas, que passou a restringir-se às causas especiais não compreendias, processualmente, pelo Regulamento 737/1850[109].

Posteriormente à edição do Decreto 763/1890, foi emitido o Decreto 848, de 11 de outubro de 1890, em cujo conteúdo trouxe regras de direito processual para as causas que fossem da competência da Justiça Federal (apenas).

3.2.2 República, modelo federativo e a descentralização legislativa da Constituição de 1891

Proclamada a República, sobreveio a primeira Constituição republicana do Brasil. Como forma de governo, a Constituição da (primeira) República adotou o modelo federativo (cf. CR/1891, art. 1º).

Esse texto constitucional – interpretado sob a influência do ideário federalista –, trouxe, em seu art. 34, § 22, regra segundo a qual competia ao Congresso Nacional, privativamente, legislar sobre Direito Processual, porém restrita essa outorga de capacidade legislativa ao âmbito da Justiça Federal[110].

---

[108] CINTRA, Antonio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 113.

[109] GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização Procedimental: um Novo Enfoque para o Estudo do Procedimento em Matéria Processual.** São Paulo: Atlas, 2008, p. 24; BRAGA, Paula Sarno. **Normas de processo e normas de procedimento: o problema da repartição constitucional de competência legislativa no Direito Constitucional brasileiro.** Salvador: Juspodivm, 2015, p. 332.

[110] "Art. 34 - Compete privativamente ao Congresso Nacional: 22. legislar sobre o direito civil, commercial e criminal da Republica e o processual da justiça federal;"

Mais adiante, indicou a Constituição republicana que, aos Estados (entes parciais), era "facultado" o exercício de todo e qualquer poder ou direito que não lhe fosse negado por cláusula expressa ou implicitamente contido em cláusula expressa da Constituição (cf. CR/1891, art. 65, § 2º[111]).

Esse dispositivo, que conferia abertura aos Estados, inclusive, era tido, por muitos, como o principal dispositivo da Federação, que estava por se inaugurar com aquele diploma constitucional[112].

A conjuntura em que dispostas essas normas da Constituição da República de 1891 conduziram à interpretação, predominante, de que, à União, competia legislar sobre processo exclusivamente para Justiça Federal, e, aos Estados, por sua vez, conferiu-se competência legislativa no campo processual para disciplinar a matéria nos limites de sua respectiva esfera de atribuição política.

Em 1898, produziu-se o que chamou de "Consolidação das Leis Referentes à Justiça Federal", diploma no qual continha regras próprias de processo, podendo-se, pois, denomina-lo de Código de Processo daquele ramo da Justiça. O corpo de normas foi veiculado através do Decreto 3.048, de 5 de novembro de 1898, cuja elaboração é atribuída a José Higino Duarte Pereira[113].

Muito embora autorizados, constitucionalmente, a legislar sobre processo (segundo a interpretação prevalecente), nem todos os Estados produziram os seus próprios Códigos de Processo. Esses entes parciais, a exemplo de Alagoas, Goiás e Amazonas, dada a ausência de legislação processual particular, continuaram a disciplinar os processos em trâmite no âmbito da Justiça Estadual de seus respectivos territórios segundo as regras do Regulamento 737/1850, consoante autorizativo, pós-república, do Decreto 763/1890.

Contudo, não obstante esse o quadro delineado pela Constituição da República de 1891, as posições sobre a autonomia estadual em matéria de processo não foram proclamadas em uníssono, havendo mesmo quem discordasse que a Carta Republicana tivesse outorgado tal competência aos Estados, a exemplo da doutrina de João Mendes de Almeida Júnior[114].

Rui Barbosa, embora não tenha feito igual leitura a que promoveu João Mendes de Almeida Júnior, identificou que, no Direito da "União Americana" (EUA), cada Estado

---

[111] "Art. 65 - É facultado aos Estados: 2º) em geral, todo e qualquer poder ou direito, que lhes não for negado por cláusula expressa ou implicitamente contida nas cláusulas expressas da Constituição."

[112] GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização Procedimental: um Novo Enfoque para o Estudo do Procedimento em Matéria Processual.** São Paulo: Atlas, 2008, p. 24.

[113] CINTRA, Antonio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 114.

[114] ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. **Direito Judiciário Brasileiro.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1940, p. 347 a 354.

disciplinava o seu próprio direito material, sendo, por isso, "mais lógico" que eles mesmos organizassem os seus respectivos processos e as suas carreiras da magistratura. Porém, no Brasil, diversamente, o direito substantivo era (e, em boa parte, ainda o é) um só – porque editado privativamente pelo Congresso Nacional (CR/1891, art. 34, § 22) –, reclamando, por isso, também seja uno o "sistema do processo" e o organismo judiciário. Defendeu, por isso, que a Constituição devesse ser reformada para contemplar uma única competência para legislar sobre processo e conduzir à unificação da magistratura[115].

Semelhante à visão esposada por Rui Barbosa, Pontes de Miranda também se revelou crítico da pluralidade de competência legislativa em matéria processual. Nessa perspectiva, o jurista alagoano veio a afirmar que a maior evidência de que esse desdobramento legislativo processual não fazia qualquer sentido podia ser obtida com a análise dos Códigos Estaduais, que continham repetições mútuas (um do outro), sem revelar, com isso, qualquer criatividade, demonstrando a desnecessidade da autonomia legislativa estadual em matéria de processo[116].

Mas mesmo com o texto constitucional inalterado, João Mendes de Almeida Junior não identificava a competência dos Estados para legislar sobre processo – e, é bem de ver, o texto não explicita essa competência[117] –, ao que defendia: "Não é verdade que tivesse ficado assentada pela Constituição da República a multiplicidade de 'lei adjetiva' ou do 'direito formal.'".

O autor lança uma série de argumentos, todos relevantes, no sentido contrário à interpretação de que a primeira Constituição Republicana, por conta do federalismo que instituiu, teria instaurado um regime processual dual. Indica que, sobre não ter sido expressa a Constituição nesse sentido, o advérbio privativo não conduz à limitação na esfera dos Estados[118]. Aponta que a faculdade autorizativa do art. 65, § 2º, aponta exatamente no sentido contrário ao que vinha sendo interpretado[119]. Alude, ainda, que o Poder Judiciário, tanto no exercício da jurisdição federal quanto no da estadual é um poder eminentemente nacional, constituindo a separação não em um sentido próprio, mas sim figurado, de modo que os

---

[115] BARBOSA, Rui. **Obras Completas de Rui Barbosa. Excursão eleitoral aos Estados da Bahia e Minas Gerais.** Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1967, v. XXXVII, t. 1, p. 36 e 37.

[116] MIRANDA, Pontes. **Comentários ao Código de Processo Civil (1939).** 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, t. I, p. 38 e 39.

[117] João Mendes de Almeida Junior também aponta expressamente essa ausência textual, ao dizer que: "Não ha mesmo texto algum na Constituição, conferindo aos Estados federados a atribuição de legislar sobre direito processual, tanto assim que os separatistas pretendem, por argumento de exclusão, deduzir essa atribuição, or inferencia, do art. 34 n. 23 da mesma Constituição..." (ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. **Direito Judiciário Brasileiro.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1940, p. 347).

[118] ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. **Direito Judiciário Brasileiro.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1940, p. 347.

[119] ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. **Direito Judiciário Brasileiro.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1940, p. 348.

Estados não teriam que construir um Poder Judiciário, mas deveriam, isto sim, organizar uma jurisdição[120].

Os argumentos, como dissemos, foram vários, mas o interessante é que o autor, já ao final, identifica que detivessem os Estados competência legislativa para editar normas de procedimento[121]. O que chama a atenção nisso são dois fatores. O primeiro é que o autor era partidário de haver, entre processo e procedimento, alguma autonomia conceitual e científica. Mas essa conclusão não teria sido extraída da Constituição – e este é o segundo fator –, dado que a divisão a respeito da capacidade legislativa para editar normas de processo e procedimento somente viria a integrar o texto constitucional com o Diploma de 1988.

3.2.3 A Constituição de 1934 e a (ré-)centralização legislativa em matéria de processo

A (ré-)centralização da competência legislativa para editar normas de processo nas mãos da União veio com Constituição de 1934 (art. 5º, inc. XIX, alínea "a"), retomando, com isso, o modelo do Estado Simples Imperial.

Com o propósito de fazer cumprir, brevemente, a disposição constitucional, o art. 11 das Disposições Transitórias previu que, promulgada a Constituição, o governo deveria nomear três juristas, cuja atribuição seria a de organizar um projeto de Código de Processo Civil e Comercial[122].

A Carta de 1934, contudo, no § 3º do artigo 5º, dispôs sobre o poder conferido aos Estados para suprir lacunas ou deficiências que contivesse a legislação sobre processo, editada no espaço da competência privativa da União[123].

---

[120] ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. **Direito Judiciário Brasileiro.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1940, p. 350.

[121] Dizia o autor: "Não queremos dizer que os Estados federados não possam legislar sobre o procedimento, especialmente em relação aos termos dependentes da distancia e meios de communicação e em relação a estylos exorbitantes das regras de direito que affectarem a normalidade da administração da justiça..." (ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. **Direito Judiciário Brasileiro.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1940, p. 353 e 354).

[122] Art. 11 - O Governo, uma vez promulgada esta Constituição, nomeará uma comissão de três juristas, sendo dois ministros da Corte Suprema e um advogado, para, ouvidas as Congregações das Faculdades de Direito, as Cortes de Apelações dos Estados e os Institutos de Advogados, organizar dentro em três meses um projeto de Código de Processo Civil e Comercial; e outra para elaborar um projeto de Código de Processo Penal. § 1º - O Poder Legislativo deverá, uma vez apresentados esses projetos, discuti-los e votá-los imediatamente. § 2º - Enquanto não forem decretados esses Códigos, continuarão em vigor, nos respectivos territórios, os dos Estados.

[123] § 3º - A competência federal para legislar sobre as matérias dos números XIV e XIX, letras *c* e *i* , *in fine* , e sobre registros públicos, desapropriações, arbitragem comercial, juntas comerciais e respectivos processos; requisições civis e militares, radiocomunicação, emigração, imigração e caixas econômicas; riquezas do subsolo, mineração, metalurgia, águas, energia hidrelétrica, florestas, caça e pesca, e a sua exploração não exclui a legislação estadual supletiva ou complementar sobre as mesmas matérias. As leis estaduais, nestes casos, poderão, atendendo às peculiaridades locais, suprir as lacunas ou deficiências da legislação federal, sem dispensar as exigências desta.

Aquela Constituição, contudo, não provocou a revogação imediata dos Códigos Estaduais, que foram recepcionados na nova ordem constitucional (aliás, expressamente pelo § 2º do art. 11 das Disposições Transitórias).

Posteriormente, a denominada Constituição do Estado Novo, Getulista ou Polaca, de 1937, foi outorgada pelo Presidente Getúlio Vargas, mantendo, inteiramente, naquilo o que pertinente à competência legislativa em matéria processual, o regramento previsto no diploma constitucional pretérito (art. 16, inc. XVI).

Nada obstante, a Constituição de 1937 ampliou a possibilidade de atuação dos Estados em matéria de legislação processual, pois previu que, além das hipóteses de supressão de deficiências, os entes parciais poderiam suprir a lacuna provocada por falta de lei federal, sujeitando-se, contudo, à condição resolutiva, acaso sobreviesse lei federal sobre a matéria (art. 18, *caput* e parágrafo único).

Na vigência da Carta Constitucional de 1937, o projeto de Código do advogado Pedro Batista Martins foi apresentado ao Ministro da Justiça, tendo sido, posteriormente, revisado, por completo, pelo juiz Guilherme Estellita. Esse projeto de lei, no fim de contas, logrou transformar-se no Código de Processo Civil de 1939 (Decreto-lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939)[124], revogando, completamente, as legislações estaduais sobre a matéria.

A Constituição de 1946 manteve a competência da União, disciplinando o assunto por meio de seu art. 5º, inc. XV, alínea "a". Malgrado isso, suprimiu as competências estaduais denominadas de complementar, suplementar e supletiva (o art. 6º do texto constitucional não elencou o processo dentre as espécies de legislação aptas a serem disciplinadas pelos Estados).

Não se manifestou diferentemente da Constituição de 1946 a de 1967, mesmo quando alterada por força da Emenda Constitucional n. 1, de 1969, que manteve a competência privativa da União em matéria de processo, também sem qualquer possibilidade de os Estados legislarem complementar ou suplementarmente (art. 8º, inc. XVII, alínea "b" e parágrafo único).

Foi, com efeito, sob a égide desse regime constitucional que o Anteprojeto do Professor Alfredo Buzaid (1964), revisado por Luís Antonio de Andrade e Luiz Machado Guimarães, além de, posteriormente, com a morte deste, também por José Frederico Marques, veio a ser apresentado ao Congresso Nacional, o que ocorreu em 02 de agosto de 1972,

---

[124] ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil.** 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 1, p. 54.

tornando-se, após as deliberações legislativas de rigor, o Código de Processo Civil, tendo sido sancionado pelo Presidente da República em 11 de janeiro de 1973[125].

3.2.4 A Constituição de 1988 e o seu disciplinamento particular

3.2.4.1 Competência constitucional para legislar sobre processo

A Constituição de 1988 não alterou a competência constitucional privativa da União para legislar sobre processo (art. 22, inc. I). Manteve-a, assim, concentrada nas mãos do poder central.

Ademais, nos moldes da Constituição de 1946 e das seguintes, a atual Constituição não previu mecanismos de atuação legislativa dos Estados em matéria processual, sendo-lhes vedada a incursão sobre essa área (sob pena de incorrer em vício de inconstitucionalidade formal).

Contudo, muito embora não haja autorizativo contido no corpo da Constituição, que garanta aos Estados a atuação legislativa em matéria de processo (ressalve-se o art. 24, inc. X, relativos aos juizados de pequenas causas[126]), há espaço para a criação de hipótese (particular) de exceção, porém dependente de edição de lei complementar, produzida pela União.

A concessão é feita com a instituição da competência delegada (art. 22, parágrafo único), que possibilita se estenda a capacidade legislativa da União, de atuar em matérias a si reservadas, para os Estados e o Distrito Federal (vide item 3.2.1.1.1, acima).

Nesta passagem, com efeito, importa acentuar que, embora tenha contado com regulações diferentes nas Constituições pretéritas, revelando, agora, um novo contorno para a pluralização da competência legislativa em matéria de processo, já que exige lei complementar – não é, pois, um autorizativo direto –, essa não foi a grande novidade da Constituição de 1988, que ficou por conta da cisão entre processo e procedimento.

3.2.4.2 Competência constitucional para legislar sobre procedimento

A grande inovação da Constituição de 1988 em matéria de competência para legislar sobre processo ficou por conta do artigo 24, inc. XI, que, impondo divisão entre processo e

---

[125] ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil.** 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 1, p. 54 e 55.
[126] GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização Procedimental: um Novo Enfoque para o Estudo do Procedimento em Matéria Processual.** São Paulo: Atlas, 2008, p. 57.

procedimento, disciplinou que este, diferente daquele, compusesse o rol de matérias submetidas ao tratamento da competência concorrente.

A ideia do constituinte de 1988, certamente, esteve relacionada com as dimensões continentais do Brasil e suas diferenças regionais, reclamando, aqui e ali, regramento formal particular, sobretudo no que se relacione com o procedimento, adequando-se, assim, à realidade local e conferindo maior aderência e funcionalidade ao processo.

No entanto, é a partir daí que surge toda uma ordem de problema, máxime de índole pragmática, porque, para tanto, reclamaria fossem, processo e procedimento, realidades distintas. E são? É o que se buscará com a investigação sobre o conceito de processo, promovida no capítulo imediato.

4 O CONCEITO DE PROCESSO

4.1 Esboço histórico-doutrinário do esforço para a construção de um conceito lógico-jurídico de processo

4.1.1 Definições clássicas

4.1.1.1 Processo como Relação Jurídica

A obra de Oskar von Bülow, publicada em Giessen, na Alemanha, no ano de 1868, com o título: "Teoria das exceções processuais e dos pressupostos processuais", representa um divisor de águas na doutrina processual mundial, pois que se convencionou represente rompimento com concepção predominante há séculos, em que processo era confundido com procedimento (o procedimento absorvia o processo)[127-128]. Essa importância, de marco histórico-científico, é emprestada àquela obra mesmo sem ignorar as ideias inicialmente concebidas por Hegel e Bethmann-Holweg[129].

Mesmo Bülow não olvidava essa particularidade. Tanto que abre a sua importante obra destacando não se ignore (naquele estágio de desenvolvimento da Ciência do Processo) que o processo comporte uma relação jurídica, na qual se insere direitos e obrigações recíprocos. Isso, contudo, é bastante para mudar o foco dos atos materiais praticados no processo para os sujeitos dessa nova e diversa relação, que são responsáveis pelas edições dos atos. Com isso, de logo, sobressalta-se a participação de agentes do estado, conduzindo à distinção substancial relativamente às relações de direito privado, que funcionam como objeto do processo. A propósito dessa primeira conclusão, identificou, no processo, uma relação essencialmente pública.

---

[127] GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo.** 2º ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 59 a 63.

[128] Pontes de Miranda adverte que, antes de Bülow, processualistas pensaram sobre a relação jurídica processual, exemplificando Manuel Mendes de Castro, porém reconhece que somente depois de Bülow é que se passou a uma sistemática do direito processual (MIRANDA, Pontes de. Relação Jurídica Processual *In* SANTOS, J. M. Carvalho (org.). **Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro.** Rio de Janeiro: Borsói, 48 v., p. 90).

[129] Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco expõem que a doutrina de Bülow é "unanimemente considerada como a primeira obra científica sobre direito processual que abriu horizontes para o nascimento desse ramo autônomo na árvore do direito e para o surgimento de uma verdadeira *escola sistemática* do direito processual civil. Não é que haja Bülow propriamente *criado* a idéia de que, no processo haja uma relação entre as partes e o juiz, que não se confunde com a relação jurídica de direito material controvertida: antes dele, outros autores já haviam acenado a essa idéia... O grande mérito de Bülow foi a sistematização, não a intuição da existência da relação jurídica processual, ordenadora da conduta dos sujeitos do processo em suas ligações recíprocas." (CINTRA, Antonio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo.** 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 298).

A conclusão do autor sobre a autonomia da relação jurídica processual em face da de direito material ocorre em meio a estudo acerca das exceções dilatórias. Constata o autor que estes instrumentos de resistência confeririam ao réu a possibilidade de indicar vícios pertinentes ao processo e cujo reconhecimento não atingiria a relação jurídica de direito material contida no processo, que permaneceria intacta. Na perspectiva oposta, também a inexistência da relação jurídica de direito material não importaria em igual e correspondente ausência da relação de direito processual, que se instauraria validamente, ainda que se concluísse, ao final, pela inexistência da relação jurídica contida: a de direito material.

Observou, assim, que a relação jurídica processual distinguir-se-ia da de direito material objetiva e subjetivamente. Neste último caso, apresentariam, em sua configuração, sujeitos próprios, que eram representados por autor, réu e Estado-juiz. No primeiro, teria como objeto a prestação jurisdicional e, ainda, traria consigo os seus próprios pressupostos, ditos processuais. Os pressupostos processuais são tratados pelo autor como elementos de constituição da relação (autônoma) processual, sem os quais não se haveria falar em processo[130].

Além disso, pontua o doutrinador que a relação jurídica processual teria a peculiar característica de comportar evolução contínua, desenvolvendo-se gradativamente em direção ao momento conclusivo, característica essa que, de outro modo, distingui-la-ia da relação jurídica de direito material[131]. Esta, contudo, estaria contida no processo, como objeto da prestação jurisdicional[132], mas não seria elemento de sua constituição, que poderia existir, como se viu, mesmo ante a ausência absoluta dela, o que resultaria em uma tutela denegatória.

Com isso, ao invés de enxergar o processo como encadeamento de atos, confundindo-o com o procedimento, permitiu-se compreendê-lo como relação jurídica autônoma e de caráter publicista, que apresenta constante "movimento e transformação". Ainda quando tenha

---

[130] Sobre a independência do Direito Processual, destaca Ovídio Baptista que: "O estudo do processo como uma relação jurídica de direito público que se estabelece entre o Estado (juiz) e aquele que busca este tipo de tutela jurídica deu origem, sem dúvida, ao nascimento do Direito Processual Civil como uma ciência particular, com objeto próprio e com suas leis e princípios essências, distintos dos princípios e leis que regem os ramos do direito material." (SILVA, Ovídio A. Baptista. **Curso de Processo Civil.** 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, v. 1, p. 16).

[131] BÜLOW, Oskar Von. **Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais.** 2ª ed. Tradução: Ricardo Rodrigues Gama. Campinas , São Paulo: LZN Editora , 2005, p. 05 e 06.

[132] Giuseppe Chiovenda e Paula Sarno Braga expressam que a relação jurídica substancial é objeto da relação jurídica processual. (CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil.** Campinas: Bookseller, 1998, v. 1, p. 79; BRAGA, Paula Sarno. **Normas de processo e normas de procedimento: o problema da repartição constitucional de competência legislativa no Direito Constitucional brasileiro.** Salvador**:** Juspodivm, 2015, p. 124). Parece associar-se a essa ideia Fredie Didier Jr. e Pedro Henrique Nogueira, pois que, em passagem atinente à doutrina de James Goldschmidt, expressam, sutilmente, e embora noutro contexto, que o direito material seria objeto do processo: "(...) o conceito de situação jurídica dissocia-se da ideia de relação jurídica processual, conceito que não guarda nexo algum com o direito material objeto do processo..." (DIDIER JR. Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Teoria dos fatos jurídicos processuais. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 131)

se pretendido superar essa construção, ela vem convivendo mesmo com as objeções articuladas por James Goldschmidt[133] e Elio Fazzalari[134-135], dentre outras. Essa leitura é, ainda hoje, tida como a que contém o maior número de adeptos[136]. Seu prestígio, como identificou Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco[137], decorre da sistematização da relação jurídica processual, com manifesto caráter científico, e da equiparação do sistema processual ao de direito material, sobretudo pela identificação de elementos próprios e autônomos em relação aos de direito material.

Em Giuseppe Chiovenda, é possível encontrar, de modo claro, o acolhimento à teoria que propala contenha o processo civil uma relação jurídica de natureza autônoma e complexa, em tudo distinta da "relação jurídica substancial deduzida em juízo", que constitui, propriamente, objeto da relação jurídica processual[138].

Mas tomando o devido distanciamento da doutrina de Bülow, Chiovenda entendia, ainda, que o processo, além de sua relação jurídica própria, era, também, um *"complexo de atos",* os quais vêm a atuar de forma sucessiva, conjunta e relacional, tendo, pois, por objetivo, promover a "vontade da lei" (na literalidade de sua doutrina)[139]. Esse encadeamento de atos, propugnado pelo autor, é, portanto, o que constitui, propriamente, o procedimento, o qual, vê-se, integra o próprio conceito de processo.

4.1.1.2 Processo como situação jurídica

Em direção oposta à independência do processo, enquanto ciência autônoma em relação à do direito material, parece posicionar-se a teoria apresentada pelo também alemão

---

133 GOLDSCHIMIDT, James. **Direito Processual Civil.** Tradição Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller, 2003, v. I, p. 21.

134 FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual.** Tradução: Elaine Nassif. Campinas, São Paulo: Bookseller, 2006, p. 111.

135 "A proposta de Goldschimidt, apesar de sua notável originalidade e de ser considerada verdadeiramente revolucionária, não foi suficiente para suplantar a ideia de uma relçação jurídica processual.". "Além disso, a consideração do processo como procedimento em contraditório não se revela incompatível com a ideia de relação jurídica processual." (DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais.** Salvador: Editora Juspodivm, 2011, p. 136 e 138).

136 CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil.** 1ª ed. Campinas, São Paulo: Bookseller, 1998, v. 1, p. 77/78; MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1996, t. I, p. 215 ss.; ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria Geral do Processo.** 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 169/170. GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro.** 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 2, p. 35.

137 CINTRA, Antonio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 298.

138 CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil.** 1ª ed. Campinas, São Paulo: Bookseller, 1998, v. I, p. 78 e 79.

139 CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil.** 1ª ed. Campinas, São Paulo: Bookseller, 1998, v. I, p. 72.

James Goldschmidt, construída com o propósito de contrapor-se à teoria que proclamava o processo como relação jurídica independente, de Oskar von Bülow.

Propôs Goldschmidt que o processo representaria uma situação jurídica (sem a qualificar como de caráter processual), e não uma relação jurídica. Incialmente, o jurista promove uma representação de que a definição levada a efeito pelo direito processual não corresponderia necessariamente ao direito, que, no plano estático do direito material, seria certo. Compara, assim, com o que se sucede numa guerra, em que o vencedor desfruta de posição vantajosa pelo simples sucesso colhido na batalha, sem se perquirir sobre haver ou não algum direito disposto anteriormente no mesmo sentido da vitória[140].

No processo, o direito subjetivo, que tem caráter estático, passaria a ter conteúdo dinâmico e sujeitar-se-ia a uma alteração estrutural. O que antes do processo constituía direito (subjetivo mesmo, porém com caráter de certeza) sofreria mutação para representar meras chances, que consistiriam em "possibilidades" de prática de atos; "expectativas" de obtenção de determinado direito, "perspectiva" de uma sentença favorável e "ônus" de praticar certos atos, por imperativo dos próprios interesses, evitando, com isso, uma situação jurídica desfavorável[141].

A crítica central articulada por Goldschmidt era a de que o conceito de relação jurídica não serviria para descrever o fenômeno processual, porquanto, entre os litigantes, no curso do processo, não havia qualquer vínculo de caráter obrigacional, além de tratar de conceito que bem serviria à representação de fenômeno estático do direito[142], e não dinâmico, como se apresenta o processo. Sobre isso, ainda, apontou que a obrigação de decidir não decorria de um vínculo relacional processual, mas imposta por vínculo de relação política mantido entre o cidadão e o Estado, cuja inobservância poderia caracterizar responsabilidade de índole civil ou criminal, porém não processual[143].

A teoria de Goldschmidt é rejeitada por grande maioria dos processualistas, muito embora tenha trazido importantes contribuições para o desenvolvimento da ciência do processo. Mas o que tem de importante, em contributo ao presente trabalho, são as críticas que lhe são direcionadas, colaborando, assim, para a defesa da relação jurídica como elemento

---

[140] GOLDSCHMIDT, James. **Princípios Generales del Proceso.** Vol. I, Buenos Aires: Edicciones Jurídicas Europa-America, 1961, p. 58 a 63.

[141] CINTRA, Antonio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 299.

[142] A concepção de Fazzalari sobre o conceito de processo compartilha do argumento de que a relação jurídica apresenta-se como elemento insuficiente para refletir a inteireza do fenômeno processual, na medida em que adequado à descrição de uma realidade estática (FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual.** Tradução Eliane Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 140 e 141).

[143] GOLDSCHMIDT, James. **Princípios Generales del Proceso.**, Buenos Aires: Edicciones Jurídicas Europa-America, 1961, v. 1, p. 19 e 20; DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais.** Salvador: Editora Juspodivm, 2011, p. 130.

integrante do direito processual, autonomamente. Essas críticas, voltadas à teoria de Goldschmidt, podem, eventualmente, servir para embasar, ainda hoje, a manutenção, no conceito de processo, da relação jurídica, bem como para afastar, total ou parcialmente, teorias como a de Elio Fazzalari[144] e Paula Sarno Braga[145].

4.1.1.3 Proposta de compatibilização das teorias do processo como situação e relação jurídica

Diferentemente da leitura ordinária feita pelos processualistas, há quem interprete seja possível compatibilizar as teorias do processo como relação e situação jurídica. Trata-se de visão esposada por Ovídio A. Baptista da Silva, para quem não se cuida de proposições excludentes.

A leitura que o ator faz sobre a teoria de Goldschmtidt adere à crítica que desferira Liebman à teoria do processo enquanto situação jurídica. Essa objeção argui que a proposta lançada em contraposição à da relação jurídica processual não teve o condão de infirmá-la na medida em que voltou atenção ao objeto do processo, a *res in iudicio deducta,* e não propriamente à definição de processo[146].

Do que se pode extrair dessa corrente, vê-se que suas atenções são voltadas para a passagem da teoria da situação jurídica na qual afirma que o processo é capaz de alterar o estado de certeza presente no campo do direito material, transmudando o que era direito em expectativa de direito. Com isso, conclui que a proposta não se dedica a explicar o processo em si, senão o seu objeto, que é exatamente o direito material articulado em juízo.

Assim, conclui o autor seja possível admitir a definição do processo como uma relação jurídica complexa, diferente, portanto, da relação jurídica presente e própria do direito material, sem prejuízo de, igualmente, reconhecer as categorias que compõem a relação jurídico-processual como elementos de uma situação jurídica[147-148.]

---

144 FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual.** Tradução Eliane Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 118 a 120.

145 BRAGA, Paula Sarno. **Normas de processo e normas de procedimento: o problema da repartição constitucional de competência legislativa no Direito Constitucional brasileiro.** Salvador**:** Juspodivm, 2015, p. 160 e 161.

146 SILVA, Ovídio A. Baptista. **Curso de Processo Civil.** 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, v. 1, p. 20.

147 SILVA, Ovídio A. Baptista. **Curso de Processo Civil.** 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, v. 1, p. 20.

148 Cumpre pontuar, com efeito, que o sentido de situação jurídica empregado é sutilmente diferente do de Goldschmidt, embora afirme aderir a sua concepção de processo. No sentido que dispôs o autor, a situação jurídica seria uma fase da constituição do direito subjetivo, formado somente ao final do processo. Para Goldschmidt, direito subjetivo haveria no plano do direito material, porém que poderia vir a ser desconstituído por sentença, restabelecendo o estado de incerteza instaurado em razão da submissão do direito material ao

4.1.1.4 Processo como procedimento em contraditório

Em tempos mais recentes, porém sem pretender ou mesmo se contrapor à autonomia científica do processo em relação ao direito material, surge, na Itália, a posição de Elio Fazzalari, que classifica diferentemente o conceito de processo e critica a teoria que o conceitua como sinônimo de relação jurídica.

Depois do rompimento provocado pela doutrina de Bülow entre o procedimento e o processo, em que este se independe daquele, a proposição de Fazzalari é a mais importante teoria de (re)aproximação entre ambos os conceitos – tendo o procedimento, atualmente, relevante participação no estudo do conceito de processo[149] –, embora fazendo não mais por similitude, senão por integração de um ao outro.

Inicialmente, explica o autor que o direito público não se limita a disciplinar determinados atos de cujo conteúdo emanam comandos imperativos, os quais são produzidos, cada qual, por seus competentes órgãos. Ao que os denomina de "provimentos". Alude, nessa colocação inicial, que, aos provimentos, precede uma série de atividades preparatórias à sua edição, sendo ele próprio o elemento final dessa cadeia[150]. A partir da observação desse fenômeno, chega a algumas conclusões, ainda iniciais em sua obra: (a) a de que o *iter* preparatório à edição do ato dotado de imperatividade seria identificado como "procedimento" (puro; não qualificado); (b) o ato conclusivo integraria o procedimento, enquanto seu ato final; (c) o vício que inquine a atividade preparatória contamina o ato final, justamente porque parte integrante do todo[151].

Nesse contexto, porém investigando mais detida e aprofundadamente, identifica, no passo seguinte, que, em determinadas situações, as quais se revelam frequentes, o ordenamento exige a participação daqueles cujas esferas jurídicas venham a ser apanhadas pela eficácia do ato final, além daqueles responsáveis pela edição do ato final. Nessa

---

processo (SILVA, Ovídio A. Baptista. **Curso de Processo Civil.** 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, v. 1, p. 21).

[149] Cândido Dinamarco chega a advertir que, em tempos mais recentes, teria havido uma "reabilitação" do procedimento, que passou a constituir-se em instrumento processual de primeira grandeza (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo.** 13ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 149).

[150] FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual.** Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 31 e 32.

[151] FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual.** Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 32 e 33.

participação, que qualifica deva ser desenvolvida em contraditório, indicando o protagonismo das partes, teria sede a "essência do *'processo'*" [152].

O autor enxerga o procedimento como uma sequência de atos, que são predispostos previamente em determinada norma jurídica[153]. Essa sucessão de atos, contudo, produz uma série de "posições jurídicas", representadas por "faculdades", "poderes", "deveres" e quantas mais sejam as posições subjetivas possíveis diante da norma que regulamenta essa sequência encadeada de atos(-jurídicos)[154]. Assim, é de se concluir, o procedimento está em meio à concatenação desse conjunto, representado – nesta ordem – por: norma, posição subjetiva e ato, tudo com vocação e propósito de produzir o provimento final da cadeia. Porém, lê-se que, em Fazzalari, o procedimento seria propriamente a sequência interligada dos diversos atos, não integrando o núcleo do conceito a norma, nem a posição subjetiva (de resto presente em diversas outras conformações jurídicas)[155].

Explicitamente, indica que o procedimento está presente em regramento composto por uma série de normas, emanando todas de comandos que refletem uma conduta a ser praticada por seu destinatário (ora a representar um direito, ora, uma obrigação – e, quem sabe, tivesse espaço para a contribuição de Goldschmidt: e ora, um ônus). Mas o mais importante é a percepção de que é a conduta efetivamente realizada quem dá ensejo à incidência da norma subsequente, autorizando ou impondo a prática de uma nova conduta[156].

Pinçou exemplo jurídico-normativo da realidade brasileira Paula Sarno Braga, quando lembra que, a depender do conteúdo da contestação, trazendo ela fatos novos ou documentos (sempre novos, porquanto é a primeira oportunidade de falar conferida ao réu), ou, ainda, questões processuais, tem-se a incidência da norma que determina a realização de providências preliminares, devendo o Poder Judiciário, assim, intimar o autor para que, completando a parte faltante do contraditório (porque sobre os fatos novos, questões processuais e documentos ainda não se pronunciou), exerça o seu direito de replicar[157].

---

[152] FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual.** Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 33.
[153] FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual.** Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 114.
[154] FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual.** Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 114.
[155] Essa observação se revela importante sobretudo para passagem do capítulo mais adiante, em que se fará apresentar critérios utilizados para tentar separar, conceitualmente, o processo do procedimento, tendo Fazzalari, com sua construção, criado conformação diversa, seja quando confrontada com a perspectiva que pressupunha similitude entre ambos ou mesmo na que retirava o procedimento do núcleo conceitual do processo (Bülow).
[156] FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual.** Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 113.
[157] BRAGA, Paula Sarno. **Normas de processo e normas de procedimento: o problema da repartição constitucional de competência legislativa no Direito Constitucional brasileiro.** Salvador**:** Juspodivm, 2015, p. 157.

Porém, com já fizemos transparecer logo acima, o procedimento poderia, segundo defende, conformar-se (ou convolar-se) em processo, desde quando haja participação simétrica dos interessados, em contraditório, e do responsável pela edição do provimento final, em todo o percurso composto pelos atos preparatórios. Seria, assim, o processo uma espécie de procedimento[158]. E indica que só recentemente o processo tenha recebido significação própria. Contudo – e isto é importante para o presente estudo –, não quer dizer que possa a noção de processo e procedimento caminhar em separado, malgrado contenham significações distintas[159].

No entanto, que a doutrina adepta dessa concepção falazzariana tem a compreensão do contraditório relacionado à presença de interesses divergentes dos destinatários do provimento final, de modo a não consistir processo, por falta de identificação do contraditório, por exemplo, a inscrição em concurso público, a matrícula em instituição pública e as postulações articuladas em sede de jurisdição voluntária[160]. Entretanto, mais recentemente, tem-se entendido que o contraditório não pressupõe necessariamente litigiosidade ou interesses contrapostos, mas, sim, participação e diálogo, em moldes a poder influir na construção do ato derradeiro[161].

Essa observação, que, no fim de contas, intenta promover uma leitura atualizada da teoria de Elio Fazzalari, é importante porque altera os seus limites de atuação conceitual, dilatando-o sensivelmente, e permitindo, com isso, alcançar situações antes não apanhadas pela concepção do processo segundo os contornos originários da teoria, tal como concebida. É dizer: o que, originalmente, para Fazzalari, poderia constar com mero procedimento, na medida em que inexistentes interesses contrapostos, qualificado, processualmente, como lide, hoje, mesmo aderida a sua doutrina, poderia ser classificado como processo.

Demais disso, tem espaço, neste momento, se ponha em destaque que, para o autor, o procedimento não representava espécie de ato composto ou complexo, diferentemente de alguns posicionamentos doutrinários, mesmo contemporâneos[162]. Entende que, em quaisquer

---

[158] Precede à proposição de Elio Fazzalari a concepção esposada por Feliciano Bevenuti, que, em escrito de 1952, abre caminho para valorização do procedimento, com a sua consequente disposição como gênero, funcionando o processo como espécie sua, cuja particularidade estaria na participação, no "procedimento" de sujeitos divesos daquele produtor do ato final (BEVENUTI, Feliciano. Funzione Amministrativa, Procedimento, Processo. **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico.** Milano. Giuffrè, 1952, p. 130 a 140).

[159] FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual.** Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 112.

[160] GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo.** 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 111 e 113.

[161] BRAGA, Paula Sarno. **Normas de processo e normas de procedimento: o problema da repartição constitucional de competência legislativa no Direito Constitucional brasileiro.** Salvador**:** Juspodivm, 2015, p. 159.

[162] Encampa a ideia de procedimento com "ato complexo de formação sucessiva" Paula Sarno Braga (BRAGA, Paula Sarno. **Normas de processo e normas de procedimento: o problema da repartição constitucional de**

dessas espécies, há combinação de ingredientes na formação de ato único (ou numa única *fatispécie*)[163]. As normas que exigem condutas plúrimas e os atos plurais consequentes são todos elementos integrantes de um único ato, cuja falta de um dos elementos prejudica a formação do próprio ato. Exemplifica os atos complexos com a deliberação de órgão colegiado e os atos compostos, com as etapas necessárias à construção do contrato[164].

Diverso seria a estrutura do procedimento. Este, diferentemente de quaisquer daqueles, seria composto por diversos atos – unitários, complexos ou compostos –, que, em si, estariam formados (construídos, perfeitos), vindo a integrar uma cadeia onde diversos outros se fazem presentes[165]. No procedimento, o que há é uma interligação entre atos completos, tudo com a finalidade de se construir, ao final, mais outro ato, o qual conterá as "disposições imperativas"[166], que, como se indicou, pode, inclusive, ser composto ou complexo, sendo frequente que seja[167].

A teoria do processo enquanto procedimento em contraditório conquistou vários adeptos. No Brasil, aderiam-na Aroldo Plínio Gonçalves[168], Carlos Alberto de Oliveira Alvaro[169], Daniel Mitidiero[170], Dierle Nunes[171-172]. Adrualdo Furtado Fabrício também acolhe a teoria construída por Elio Fazzalari, porém ressalva seja ela incompatível com as opções

---

competência legislativa no Direito Constitucional brasileiro. Salvador**:** Juspodivm, 2015, p. 115**)**, que, em boa medida encontra-se acompanhada por J. J. Calmon de Passos (PASSOS, J. J. Calmon de. **Esboço de uma Teoria das Nulidades Aplicadas às Nulidades Processuais.** Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 83).

163 FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual.** Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 115.

164 FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual.** Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 92.

165 FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual.** Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 92.

166 FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual.** Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 32.

167 FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual.** Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 115.

168 GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo.** 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 98 a 110.

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

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

171 NUNES, Dierle. **O Princípio do Contraditório: uma Garantia de Influência e de não surpresa.** In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo (coord.). **Teoria do Processo: Panorama Doutrinário Mundial.** Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 151 e segs.

172 Paula Sarno Braga não considera o contraditório elemento essencial ao conceito de processo, embora o posicione no plano da validade. Para a autora, processo é procedimento. Argumenta que, como o processo constitui conceito jurídico fundamental, a inserção do contraditório em seu núcleo conceitual não faria com que se pudesse abranger o processo de alguns ordenamentos não-democráticos, que, muito embora sem atenção ao contraditório, não deixam de ser processo. Conclui, assim, que o contraditório deve constar como elemento de validade do processo, porém não constitutivo ou indispensável para a sua existência. Esse estudo será objeto de abordagem específica nesta dissertação. (BRAGA, Paula Sarno. **Normas de processo e normas de procedimento: o problema da repartição constitucional de competência legislativa no Direito Constitucional brasileiro.** Salvador**:** Juspodivm, 2015).

tomadas no Código de Processo Civil de 1973[173]. Por fim, ainda existem os que se colocam em posição intermédia, ao dizerem ser possível compatibilizar essa construção com a tradicional ideia de processo como relação jurídica processual[174].

4.1.1.5 O Processo como entidade jurídica complexa

Pôde-se entrever, da leitura dos itens pretéritos, que as definições de processo que contaram com maior adesão dos estudiosos ao longo do tempo foram as que o relacionaram, de algum modo, à relação jurídica autônoma ou ao procedimento. Um e outro, é certo, sofreram evoluções em seus conteúdos, algo que, mais adiante, será particularmente abordado. Para o momento, por rigor de linguagem, é, ao menos, importante noticiar que, por determinada variável, à relação jurídica, para alguns, deve-se adicionar, semelhantemente, a qualificação de "complexa".

No entanto, a expressão "complexa", disposta no título (sub-)item, agrega-se ao termo "entidade", de sorte a pretender expressar que o conceito de processo, para a corrente que se apresentará, possui conteúdo dúplice (plural, portanto), e não único. Com isso, quer-se pontuar, claramente, que "entidade complexa" nada tem que ver com "relação jurídica complexa".

Feita essa observação, para situar o leitor, habilita-se o início da exposição, na qual se dedica forças à teoria que propala seja o processo uma entidade (jurídica) complexa, não comportando o reducionismo a "uma" relação jurídica ou mesmo à mera sucessão de atos, interligados que sejam, o que representaria o procedimento. Esta posição (a seguir detalhada), que não engrossa o coro, isoladamente, de Bülow – este, em dada perspectiva, porquanto se entende comporte leitura ligeiramente diferente – nem de Fazzalari – aqui, apenas no que se refere ao procedimento, sem a qualificação do contraditório –, é francamente dominante entre

---

[173] O posicionamento do autor pode ser muito bem identificado nas seguintes passagens: "Com efeito, *processo* é o conjunto mesmo dos atos entre si encadeados e orientados no sentido da solução do litígio, ao passo que por *procedimento* se designam a ordem, a forma e a disposição desses atos na série, variáveis segundo as exigências da relação de Direito Material afirmada, ou segundo outras necessidades ou conveniências que impressionaram o legislador.". (...) O procedimento é, pois, o conteúdo cujo continente é o processo..." (...) "Não repudiamos a sugestão segundo a qual 'todo poder se exerce mediante um *procedimento*, caracterizando-se este como um *processo*, desde que seja feito em *contraditório'*. Mas essa é, certamente, uma outra acepção, baseada em premissas metodológicas diversas daquelas do legislador do Código e, pois, inadequadas à sua exegese: nessa perspectiva, seria necessário admitir que toda atividade estatal se traduzisse em procedimentos, alguns processuais, outros não." (FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Comantários ao Código de processo Civil.** 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, v. VIII, t. III, p. 02 e 03.)

[174] CINTRA, Antonio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegruini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 301; THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil.** 51ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 1, p. 56 e 57; DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais.** Salvador: Editora Juspodivm, 2011, p. 135 a 144.

os processualistas, aderindo-a, em perspectiva ampla, mesmo os que criticam a definição de relação jurídica ou de procedimento, a exemplo, como se verá, de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero.

Giuseppe Chiovenda foi um claro partidário da teoria de Oskar von Bülow (sem ter olvidado a importância de Hegel e Bethmann-Holweg para a formulação dessa concepção, sistematizada por Bülow). Tendo, bem por isso, manifestado fosse o processo uma relação jurídica com características próprias: "autônomo, complexo e pertencente ao *direito público.*". A autonomia do processo indicaria a sua vida e condições próprias; a complexidade, sua abertura a um conjunto indefinido de direitos, não se restringindo a apenas um, ou mesmo à isolada obrigação[175-176].

Mas nada obstante tenha produzido sua obra muito antes que a doutrina de Elio Fazzalari viesse a ser concebida, Giuseppe Chiovenda não elaborou construção que confinasse o processo à relação jurídica, mesmo que com toda autonomia descortinada pela doutrina precursora do século XIX. Não a desconsiderou, porém (como se viu). Enxergou por sobre os ombros de Bülow e identificou que, além da relação jurídica, o processo continha outro elemento, integrante porque presente em todo e qualquer ele, representado que era pela sucessão encadeada de atos ("complexo dos atos coordenados ao objetivo da atuação da vontade da lei"), que recebe o nome de procedimento[177].

Para o autor, portanto, o processo consiste na prática de uma pluralidade de atos. Entretanto, destaca que esses atos não são considerados em sua individualidade, isoladamente, senão no conjunto, sobretudo no vinculo relacional que mantêm entre si, além do objetivo comum de "atuação da vontade da lei"[178]. Nisso, consistiria o procedimento: uma "sequência ordenada em lei"[179], que movimentaria a atividade judicial à prestação da tutela pretendida (ainda que, na expressão do autor, hoje superada, representada pela aplicação da vontade concreta da lei).

Nessa abordagem sobre a doutrina de Chiovenda, cabe uma observação (posicionada, propriamente, fora dessa linha de raciocínio). É que, em determinada passagem, interpretamos

---

[175] CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil.** Campinas: Bookseller, 1998, v. 1, p. 79.
[176] "O processo, ao contrário, é unidade *jurídica*, uma empresa *jurídica*, em outros termos, uma *relação jurídica."* (...) "Daí a idéia singelíssima, e, não obstante, fundamental, vislumbrada por Hegel, positivada por Bethamann-Holweg, e explanada especialmente por Oskar Bülow, e depois por Kohler e muitos outros, inclusive na Itália: *o processo civil contém uma relação jurídica."* (...) "O processo apresenta-nos, assim, em potência ou em ato, duas ou mais *aspirações* normalmente contrastantes, e outras tantas *expectativas* jurídicas coincidentes, concedidas às partes a serviço das respectivas aspirações. Por isso é uma relação jurídica." (...) "A relação jurídica processual é uma relação *autônoma* e *complexa*, pertencente ao *direito público."* (CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil.** Vol. 1. Campinas: Bookseller, 1998, p. 77 e 79).
[177] CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil.** Campinas: Bookseller, 1998, v. 1, p. 56.
[178] CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil.** Campinas: Bookseller, 1998, v. 1, p. 72.
[179] CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil.** Campinas: Bookseller, 1998, v. 1, p. 73.

tenha o autor, em certa medida, antevisto (ou, quem sabe, sugerido) a confecção da concepção de Elio Fazzalari, consistente em promover a identificação do processo com o procedimento (qualificado) em contraditório. O seu ensinamento é expresso em indicar que, normalmente, "o processo se desenvolve com a participação ativa de todos os interessados"[180], reconhecendo exceção na hipótese de revelia. Nisso, quer-nos parecer, esteja a gênese do contraditório para o procedimento que se qualifica em processo, consoante apontado por Fazzalari. E nem mesmo este haveria de desconsiderar o estrito atendimento ao postulado do contraditório nas hipóteses de revelia, pois que se manifesta muito mais na possibilidade/faculdade de participar e de influir no processo decisório, do que na efetiva participação – até porque ninguém pode ser compelido a litigar processualmente, senão meramente provocado.

Essa linha de construção do conceito de processo enquanto entidade complexa, composta tanto por uma relação jurídica autônoma como por procedimento, também veio a ser agasalhada, posteriormente, por Enrico Tullio Liebman. A manifestação dessa forma de pensar encontra particular destaque em passagem que reverbera: "Na disciplina legal do processo, dois são os aspectos que requerem particular realce (...): trata-se da relação existente entre seus atos e da que se estabelece entre seus sujeitos."[181].

Mais adiante, o jurista destaca que, do ponto de vista da relação entre os atos, essa ligação da pluralidade de atos individuais, a mais das vezes com interesses e finalidades pessoais diferentes, deve ser enxergada como elemento de um todo, haja vista o escopo formal comum de atingir o ato final do processo, representado pela sentença (*lato sensu*). A esse conjunto de atos, tanto em sua sucessão como em sua unidade formal, destaca possuir a designação técnica de procedimento[182] (não se afasta, em substância, da doutrina de Chiovenda).

Assim, a partir da prática do primeiro ato do processo – que é um ato do procedimento –, instaura-se uma relação jurídica especial, que vincula as partes e o órgão responsável pela edição do ato decisório, criando, para cada um deles, consequências jurídicas relevantes[183], consistentes na exigência de tomada de posição após a edição de cada ato do procedimento (*e.g.,* após a formalização da demanda, surge, para o Juiz, o dever de despachar, analisando a regularidade do ato inicial e, em caso positivo, emitindo comando de aptidão e de ordem de

[180] CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil.** Campinas: Bookseller, 1998, v. 1, p. 73.
[181] LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil.** 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, v. I, p. 62.
[182] LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil.** 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, v. I, p. 63.
[183] LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil.** 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, v. I, p. 64.

citação, eximindo-se de dever processual, porém criando ônus para o réu, de prática de mais outro ato, o de responder).

Cândido Rangel Diamarco é, possivelmente, o maior representante brasileiro dessa corrente, sobretudo porque hauriu inspiração diretamente dos ensinamentos de Enrico Tullio Liebman. Em todas as suas abordagens, é possível extrair, claramente, a sua adesão à tese de que o conceito de processo é complexo e compreende tanto o elemento da relação jurídica como o do procedimento[184].

No início do século XIX e primeira metade do seguinte foi muito prestigiada a corrente inaugurada por Bülow, segundo a qual o conceito de processo estava representado por uma relação jurídica(-processual) independente da de direito material, estando esta contida no bojo daquela. Essa posição reagiu contra a postura tradicional anterior, segundo a qual o processo seria confundido (ou absorvido pelo) com o procedimento, cuja característica seria a de mera sucessão de atos componente do rito de aplicação jurisdicional do direito[185].

A reação foi tão forte que, de certo modo, sufocou o procedimento, ofuscando a sua importância para o processo (ou dentro dele). Os adeptos da teoria da relação jurídica como conceito de processo promoveram a inclusão do procedimento dentro do processo – ao contrário do pensamento precedente, em que o processo estava contido ou confundia-se com o procedimento –, mitigando a sua importância, sobretudo porque o foco de luz particularizava a relação jurídica, responsável pela alforria do processo enquanto ciência[186].

Nunca se conseguiu desligar, porém, o processo do procedimento (ou este daquele)[187]. Daí é que, menos de um século depois da proclamação da independência do processo, o procedimento, seu antigo elemento, volta a ganhar prestígio[188], muito embora com outros novos contornos, que vão além do formalismo característico do século XIX (procedimento

---

[184] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil.** 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, v. II, p. 25.

[185] GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo.** 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 53.

[186] GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo.** 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 55.

[187] Em todo o percurso histórico, vê-se que os estudiosos do processo não conseguiram dissociar processo de procedimento. Os movimentos têm sido pendulares. Muito embora o desenvolvimento não seja linear, é possível identificar, incialmente, a confusão do processo com o procedimento, período pré-Bülow; a tentativa (mal sucedida) de separação dos conceitos de processo e de procedimento, tanto que, mesmo esta, inseria o procedimento como elemento integrante do processo (Oskar Von Bülow, J. Ramiro Podetti, Ugo Rocco, Salvatore Satta, Carnelutti, etc.); depois, a inversão total, para dispor o processo como uma espécie de procedimento qualificado (Felicino Bevenuti, Elio Fazzalari, etc.); e, por fim, novamente a associação do processo ao procedimento (Paula Sarno Braga).

[188] DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo.** 13ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 149.

como método de legitimação do exercício do poder; procedimento como meio de concretização do contraditório[189]; procedimento como postulado democrático[190], etc.).

Cândido Dinamarco, após identificar a evolução do conceito de procedimento, define-o como "um sistema de atos interligados em relação de dependência sucessiva e unificados pela finalidade comum de preparar o ato final de consumação do exercício do poder – no caso da jurisdição, sentença de mérito ou entrega do bem ao exeqüente."[191]. Essa definição, como se pôde ver, identifica-se com a doutrina de Eli Fazzalari. Aliás, o autor apoia expressamente a ideia desse jurista, particularmente ao fazer incluir, no conceito de processo, o "elemento político constitucional do contraditório.". Porém, repugna a proposição dogmática de excluir desse conceito a relação processual[192].

Nem todo procedimento é processo para essa concepção. A condição jurídica de processo somente é alcançada com a presença do contraditório no procedimento. Assim é que, segundo prega, há procedimentos (em sentido mais estrito) que se dissociam do processo[193]. Seria aquele conjunto de atividades cujos resultados não viessem a atingir a esfera jurídica de pessoas, a ordem social e política. Como exemplo, ter-se-ia o inquérito policial, que se qualificaria enquanto mero procedimento, e não como processo, haja vista a ausência de contraditório. No inquérito, o contraditório seria inexistente na medida em que sua conclusão não produziria provimento (ou ato imperativo) algum. Termina com o relatório da autoridade policial e serve, apenas, como elemento de formação da *opinio delicti*, pertencente a outro órgão[194-195].

---

[189] FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual.** Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 114.

[190] DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo.** 13ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 157.

[191] DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo.** 13ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 155.

[192] DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo.** 13ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 155.

[193] Essa parece ser uma linha de pensamento que, ao menos em parte, propugna haver o desligamento do procedimento em relação ao processo. Linhas acima, dissemos não conhecer proposição que dissociasse o processo do procedimento. A doutrina de Fazzalari, mesmo nesse particular ponto, em que enxerga procedimento sem processo, não desqualifica o argumento. De semelhante modo, também a teoria da relação jurídica, que não abandonou completamente o procedimento, ignorando o ritual formal pelo qual o processo fazia cumprir os seus comandos imperativos. Desse modo, parece hígida e escorreita a afirmação de que o processo nunca se desligou do procedimento, embora este possa, em determinada corrente de pensamento, ter-se desprendido daquele.

[194] DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo.** 13ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 158.

[195] Paula Sarno Braga critica essa posição esposada por Cândido Rangel Dinamarco, eis que, segundo afirma, haja, mesmo no inquérito policial, um provimento (para usar da expressão afeta à doutrina de Elio Fazzalari, da qual se aproxima), editado após o trâmite procedimental, e que estaria representado pela decisão de arquivamento. Além disso, afirma que, também no inquérito, haveria um contraditório mínimo, de modo que, seja na concepção que lança ou de processo enquanto procedimento em contraditório, ter-se-ia a presença de um processo. Na abordagem crítica ao exemplo de Cândido Dinamarco, porque breve, possivelmente, não esclarece,

Em um novo ciclo pendular, o renascimento da importância dogmática do procedimento empolgou significativa parcela dos estudiosos e impulsionou ao movimento contrário, conduzindo, assim, ao repúdio à teoria da relação jurídica processual (cujas críticas articuladas serão minudenciadas em capítulo situado mais à frente). O conceito de processo volta a posicionar-se ao redor do procedimento, embora com outros contornos, em que esse elemento vem qualificado pelo contraditório, o qual representa garantia constitucional presente nas constituições democráticas, como é o caso da Constituição da República do Brasil de 1988[196].

Contudo, a opinião de Cândido Dinamarco não se exaure aí. Embora adira a proposição de que o processo é procedimento em contraditório, afirma não seja só isso. É isso. Mas é, também, mais que isso. O procedimento representaria a face perceptível do processo. Porém, a efetivação do contraditório dentro do procedimento ocorre com a outorga de situações jurídicas aos litigantes, em que, ora se confere a algum dos participantes uma situação jurídica ativa, permitindo-lhe a prática de atos em prol da defesa de seus interesses, ora a de uma situação passiva, exigindo-lhe a realização de ato, a abstenção completa ou a sujeição à eficácia de determinado ato praticado (= poderes, faculdades, deveres, ônus e sujeição). Esse conjunto de situações, portanto, traduziria um vínculo dinâmico e complexo entre os sujeitos do processo, o qual se define como sendo a relação jurídica processual[197].

Por isso que subscreve a teoria do procedimento em contraditório para a definição dos contornos do processo, sem prejuízo algum à presença da relação jurídica processual, que poderia, sem embaraço, integrar o conceito de processo, conjuntamente. A tanto, expressa as virtudes da proposta mais moderna, como o mérito que teria em possibilitar a abertura do

---

contudo, as situações nas quais os inquéritos não venham a ser arquivados, terminando com o relatório da autoridade policial e seguindo como instrumento de documentação probatória da denúncia a ser articulada pelo Ministério Público. Nesses casos, a dúvida que se põe é: o provimento seria o próprio relatório? Há nele, efetivamente, comando imperativo estatal? Se não, como, então, enxergar "provimento" no inquérito? E sem provimento, haveria, ainda assim, processo? (BRAGA, Paula Sarno. **Normas de processo e normas de procedimento: o problema da repartição constitucional de competência legislativa no Direito Constitucional brasileiro.** Salvador**:** Juspodivm, 2015, p. 161)

[196] DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo.** 13ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 158.

[197] DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo.** 13ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 159.

conceito de processo a locais antes não aceitos, a exemplo da jurisdição voluntária[198] e dos "processos" administrativos (tanto em um como outro, pode haver contraditório)[199-200].

Em função dessa última colocação, tem espaço uma observação. É possível identificar, tanto na doutrina especializada administrativista como processual, quem distinga processo de procedimento segundo a atividade estatal na qual esteja inserido. O processo estaria reservado à função jurisdicional, enquanto o procedimento, conquanto representado ao exercício da função estatal, teria feição residual, apanhando o que fica para o lado de fora da atividade jurisdicional[201]. É com esteio nesta corrente que o "processo" administrativo não seria considerado verdadeiro processo, senão mero procedimento[202]. A jurisdição voluntária, de outro lado, seria apanhada pela classificação residual na medida em que não representaria verdadeira atividade jurisdicional, mas sim administração pública dos interesses privados, sendo, por isso, de fato, classificada como atividade administrativa.

Isso conduziu à proposição, tomando como ponto de partida um Direito instrumental, de dividirem-se em duas categorias, a do Direito processual e a do Direito procedimental. Essa divisão cuidaria de identificar os atos sucessivos e classificá-los segundo a função estatal responsável por sua produção. Se a atividade desenvolvida deu-se sob as bases da função jurisdicional, ter-se-ia, aí, propriamente, um processo. Mas o Direito procedimental, de outra

---

198 Cumpre recordar que, nos procedimentos de jurisdição voluntária, oportuniza-se às partes dialogarem e influírem no comando decisório, cumprindo, devidamente, os desígnios do contraditório. Serve à comprovação o exemplo do "processo" de interdição, em que é absolutamente legítimo ao interditando impugnar a pretensão (contra si) deduzida (vide CPC/73, art. 1.182 e CPC/15, art. 752), de modo a contrapor-se ao pedido e influenciar no desfecho da causa. Não se olvide, ademais, do que proclama os arts. 1.105, do CPC/73, e 721, do CPC/15, que igualmente conferem concreção ao disposto no art. 5º, inc. LV, da CR/88.

199 Contraditório é, sobretudo, a possibilidade (= abertura); não o exercício. Estará o postulado atendido com a possibilidade real que tenham as partes sujeitas aos efeitos do provimento final de dialogar e influir, mutuamente, mas, sobretudo, no espírito de quem seja responsável pela edição do ato final, cujos reflexos lhes atingirão a órbita jurídica.

200 DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo.** 13ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 156.

201 Sobre o assunto, vide: MEDAUAR, Odete. **A Processualidade no Direito Administrativo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 11 a 14; SILVA, Paula Costa e. **Acto e Processo. Coimbra:** Coimbra Editora, 2003, p. 124 a 128.

202 É nesse sentido o pensamento de José Frederico Marques, para quem o processo, além de outros elementos, somente se faz presente onde houver jurisdição. Desse modo, as demais atividades estatais, em que haja atos coordenados e sucessivos, desenvolvem-se por meio de meros procedimentos, não suscetíveis de se convolarem em processo. O mesmo se daria com os processos legislativos. Diz o autor: "Só por antonomásia fala-se em processo administrativo para designação de procedimentos formados em repartições públicas, no tocante a atividades diversas que ali realizaram órgãos da Administração. Em tais casos, o que existe é apenas procedimento administrativo. E o mesmo se diga do denominado *processo administrativo*, que é apenas o conjunto de formas e regras de tramitação procedimental, para constituírem-se leis e atos normativos." (MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil.** 3ª ed. Saraiva: São Paulo, 1975, v. I, p. 9)

banda, cuidaria de disciplinar o desenvolvimento das atividades produzidas pelo legislativo, além da edição de atos administrativos pelo poder público[203].

Feita essa observação, há de se registrar que a teoria do conteúdo complexo do conceito de processo tem contado com ampla aceitação na doutrina nacional. Mas isso não significa dizer que essa acolhida seja imune a críticas. Absolutamente, não. Em alguma medida, sobretudo com o propósito de atualizar o seu conteúdo, promovem-se ajustes nos contornos da definição de relação jurídica (*e.g.* Marinoni; Arenhart; Mitidiero[204]), como também na de procedimento. Porém, não obstante os ajustes nos elementos contidos (a relação jurídica e o procedimento), é inegável o encaixe de tais pensamentos à classificação que intitula o presente item.

Seguem-na, dentre outros, Cândido Rangel Dinamarco[205], Ada Pelegrini Grinover, Antonio Carlos de Araújo Cintra, Antônio Scarance Fernando[206-207], Pedro Henrique Nogueira[208], Fernando Gajardoni[209], Kazuo Wuatanabe[210], Luiz Rodrigues Wambier[211], Fredie Didier Jr.[212], Enrico Tullio Liebman[213], Giusepe Chiovenda[214], J. J. Calmon de

---

[203] BRAGA, Paula Sarno. **Normas de processo e normas de procedimento: o problema da repartição constitucional de competência legislativa no Direito Constitucional brasileiro.** Salvador**:** Juspodivm, 2015, p. 139.

[204] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015, p. 432 a 440.

[205] DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo.** 13ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 158 e 159.

[206] CINTRA, Antonio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegruini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo.** 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 302 e 303.

[207] FERNANDES, Antonio Scarance. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 28 a 31.

[208] NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa; DIDIER JR., Fredie. **Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais.** Salvador: Juspodivm, 2011, p. 134 a 144.

[209] GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização Procedimental: um Novo Enfoque para o Estudo do Procedimento em Matéria Processual.** São Paulo: Atlas, 2008, p. 32.

[210] WATANABE, Kazauo. **Da Cognição no Processo Civil.** 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2000, p. 122.

[211] Acentua o autor: "Em nosso entender, se é correto afirmar que o processo tem como dado de substância o fato de se constituir na relação jurídica de natureza processual que se instaura entre as partes e o Estado, não é menos veraz reconhecer que o procedimento exerce um papel determinante no processo, na medida em que se revela como seu aspecto formal, ou a sua exteriorização, do ponto de vista de sua organização estrutural." (WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Sentença civil: liquidação e cumprimento.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 89 e 90).

[212] DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais.** Salvador: Juspodivm, 2011, p. 134 a 144. Em outra obra, Fredie Didier Jr. promove abordagem sobre o conceito de processo de modo mais analítico, onde reconhece haver diversos ângulos sobre os quais possa o aludido conceito vir a ser examinado. De todo modo, afirma que, em ao menos duas das possibilidades, o processo pode ser visto sob o prisma do "ato jurídico complexo", o que compreenderia o procedimento, e as "relações jurídicas" (processuais), que, embora no plural, ajusta-se, *lato sensu*, ao modelo destacado neste item (DIDIER JR., Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida.** 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 62 a 67). É possível encontrar o mesmo posicionamento do autor ainda em outras publicações, como, por exemplo, *in* DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento.** 17ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 30; e DIDIER JR. Fredie. **Pressupostos Processuais e Condições da Ação: o juízo de admissibilidade do processo.** São Paulo: Saraiva, 2005, p. 19.

[213] LIEBMAN, Eurico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil.** 3. Ed. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005, v. 1, p. 62 a 64.

Passos[215], Luiz Guilherme Marinoni, Sergio Cruz Arehart, Daniel Mitidiero[216] e Flávio Luiz Yarshell[217].

Esse alinhamento de estudiosos sob o mesmo rótulo, posicionando todos como adeptos da teoria que entenda o processo enquanto entidade jurídica complexa, não significa sejam suas opiniões produtoras de um único som. Ao contrário, há dissonância, como dito (linhas acima). Contudo, nessa passagem do estudo, o exame proposto situa-se no plano ainda macro, de sorte a identificar aqueles que enxerguem no processo a presença de mais de um elemento, sendo eles a relação jurídica e o procedimento. Mas daí a dizer que todos conferem igual delimitação ao conteúdo do processo vai um salto de leitura, cujo qual não nos arriscamos a proceder. O toque particular que cada um conferiu aos elementos do processo será tratado (os principais) em momento próprio.

Por fim, cumpre-se justificar e comprovar a inserção de J. J. Calmon de Passos nesse grupo. É que alguma dúvida poderia surgir sobre a correção dessa informação, porquanto é manifestamente conhecida a sua posição de que o processo compreende "o conjunto de todos os atos necessários para a obtenção de uma providência jurisdicional"[218], de sorte a revelar, com isso, adesão à ideia de que o procedimento funciona como elemento do processo, estando nele contido. Essa interpretação não está equivocada, de modo algum. O procedimento, para ele, está no processo. Mas ainda assim, promove distinção entre um e outro. Importa, para o momento, com efeito, destacar que, malgrado isso, ele não despreza a presença da relação jurídica no conceito de processo, a se aproximar de Cândido Dinamarco, sem prejuízo, porém, de sua marcante originalidade.

Em uma de suas obras, Calmon de Passos destaca, expressamente, a presença e importância da relação jurídica para o processo:

---

[214] CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil.** Campinas: BookSeller, 1998, v. I, p. 56, 72 e 77 a 79.

[215] PASSOS, J. J. Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1983, v. 3, p. 5; PASSOS, J. J. Calmon de. **Esboço de uma Teoria das Nulidades Aplicadas às Nulidades Processuais.** Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 73 e 88.

[216] Marinoni, Arenhart e Mitidiero fazem uma severa crítica ao conceito de relação jurídica. Porém, é uma crítica de (in)suficiência do elemento, assim como de caráter ideológico-cultural, segundo a qual não seria legítimo o transporte da relação jurídica, como edificado no século XIX, para o tempo do Estado constitucional. Assim, ao que parece, não ignoram que o processo contenha uma relação jurídica. Apenas entendem que esta deve passar por uma (re)leitura segundo os princípios e disposições constitucionais, além de incorporar o procedimento (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015, p. 432 a 440). Com essa construção, é possível, tal como se procedeu com diversos outros estudiosos, nesse momento, o enquadramento dessa doutrina dentro da classificação do conceito de processo como entidade jurídica complexa (lato sensu), sem prejuízo de se detalhar as particularidades que haja em alguma e outra linha de pensamento, seja no que toca ao elemento da relação jurídica ou mesmo ao procedimento.

[217] YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela jurisdicional.** 2ª ed. São Paulo: DPJ Editora, 2006, p. 181.

[218] PASSOS, J. J. Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1983, v. 3, p. 5.

> "...nenhuma teoria é mais fecunda, em suas consequências, nem mais adequada, politicamente, para um Estado de direito democrático que a da relação jurídica. Somente, ela explica o processo, quer analisando do ponto de vista das partes, quer do ponto de vista do juiz, como é a única que favorece sua compreensão sistemática, revestindo-o de racionalidade e evidenciando sua dimensão política, o que é do mais alto alcance, por legitimar a existência de um direito público subjetivos do litigante à prestação da atividade jurisdicional por parte do estado, um ganho civilizatório que cumpre seja preservado e é indissociável do Estado de direito democrático.
>
> (...)
>
> De tudo quanto exposto, retiramos a conclusão de que, em sua perspectiva estrutural, o processo é um *tipo complexo de formação sucessiva do tipo procedimento*. Como visto antes, a explicação científica aceitável da natureza jurídico do processo é aquela que o afirma como uma relação jurídica, ou diz estar nele contida uma relação jurídica."[219]

Dessa afirmação, que tem apoio na transcrição acima, é possível concluir que Calmon lia o processo como instrumento jurídico composto por dois elementos, o formal (ou objetivo) e o subjetivo, de modo a ser legítimo, pensamos, que possamos inseri-lo dentro do grupo destacado neste item, sem prejuízo a suas considerações próprias.

4.1.1.5.1 A evolução do conteúdo dos elementos (relação jurídica e procedimento) do processo

4.1.1.5.1.1 Variável do conteúdo da relação jurídica contida no conceito de processo

O processo enquanto relação jurídica, desde o início dessa construção, sujeitou-se a críticas – como fizemos ver com a que articulara Goldschmidt –, dentre elas a de imprestabilidade do conceito, sobretudo porque tomado de empréstimo, sem as devidas adaptações necessárias, do direito material (o detalhamento dessa objeção será feito mais adiante).

Mas para muitos que não abandonaram o elemento relação jurídica do conceito de processo, ele haveria de se submeter a adequações, sobretudo para se encaixar, com perfeição, à essência dinâmica que o processo traz, naturalmente, consigo. É nessa linha crítica que Francesco Carnelutti expressa que, por muito tempo, "a figura da relação jurídica processual foi muito mal delineada..."[220].

---

[219] PASSOS, J. J. Calmon de. **Esboço de uma Teoria das Nulidades Aplicadas às Nulidades Processuais.** Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 73 e 88.
[220] CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do Processo Civil**. Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000, 1 v, p. 341.

Malgrado Bülow[221], Wach[222] e muitos seguidores do processo como relação jurídica tenham destacado tratar-se de uma relação dinâmica, diferentemente da de direito material, isso não foi suficiente para superar, convincentemente, as objeções assacadas pelos críticos daquela opção teórica. Aliás, ainda hoje a crítica encontra eco. Tanto é assim que muitos rejeitam a definição do processo pela relação jurídica, preferindo agasalhar o procedimento como sendo seu elemento característico e central[223].

Esse obstáculo, pois, transmuda-se em ponto de partida para outra construção, sutilmente diversa, porém sem abandonar, por completo, a ideia difundida por Bülow. A conclusão a que se chega, para dela haver o renascimento de nova concepção, é a de que o processo não pode ser reduzido à relação jurídica[224]. É daí que Carnelutti chega a pontuar, expressamente, que "hoje o processo já não é uma relação jurídica..."[225]. Mas sua afirmação, lida com atenção, não significa que o processo não seja relação jurídica, mas apenas que não possa ser reduzida a apenas "uma" ("relação jurídica").

A expressão em destaque, é bem verdade, pode ser entendida como artigo indefinido, querendo, com isso, significar que o processo não possa ser correlacionado como ("uma": artigo indefinido) relação jurídica qualquer. Porém, essa não sugere seja a melhor interpretação, sobretudo porque, na explicação do conceito de processo, jamais se poderia articular qualquer construção que o relacionasse "à" (com artigo definido) relação jurídica determinada. É assim mesmo para os que entendam seja o processo, essencialmente, relação jurídica, alguma qualquer formada no cotidiano forense, jamais "a" relação jurídica, essa ou aquela sujeita à determinação precisa.

Além disso, para a indeterminação da oração, bastaria a supressão do vocábulo (*e.g.:* hoje o processo não é relação jurídica). Tivesse feito isso, estaria claro que a sua intenção seria a de se posicionar pela superação da teoria, então dominante, de que o processo constituir-se-ia numa relação jurídica. Mas não foi como, textualmente, expressou-se, nem tampouco é o que se pode extrair do contexto, sobretudo o que dá seguimento ao texto.

Para fechar a linha de argumentação, na passagem de continuidade à oração, Carnelutti destaca que, para o desenvolvimento do processo, a legislação atribui às partes (*lato sensu*),

---

[221] BÜLOW, Oskar von. La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales. Tradução Miguel Angel Rosas Lichtschein. Lima: Aara, 2008, p. 24 e 25.
[222] WACH, Adolf. **Manual de Derecho Procesal Civil.** Tomo I. Tradução Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJEA, 1977, p. 70.
[223] A exemplo de Aroldo Plínio Gonçalves, Carlos Alberto de Oliveira Alvaro, Daniel Mitidiero, Dierle Nunes e Adrualdo Furtado Fabrício, citados anteriormente.
[224] DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais.** Salvador: Juspodivm, 2011, p. 140; CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do Processo Civil**. Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000, v. 1, p. 341.
[225] CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do Processo Civil**. Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000, v. 1, p. 341.

aos auxiliares da Justiça e aos terceiros, poderes e deveres que são direcionados entre eles, formando, com isso, relações. Mas daí identifica que essa "dinâmica" desenvolve-se no plural, pois que surgem, são resolvidas (pelo cumprimento ou descumprimento, durante a marcha procedimental) e desaparecem, quando novas outras se sucedem, em ciclos contínuos, até que se atinja o ato final objetivado[226]. No período destacado das lições de Carnelutti, a expressão é, gramaticalmente, um numeral, portanto.

A partir dessa construção, diversos são os processualistas que desenvolvem a ideia de haver, no processo, um plexo de relações jurídicas[227-228] ao longo do desenvolvimento do procedimento, sendo exatamente esse suceder de posições jurídicas que movimenta o processo no caminho de seu resultado derradeiro. Essa posição é sobretudo manifestada pelos que entendem o processo como realidade jurídica complexa, eis que posicionados em ponto mais adiantado no amadurecimento do estudo sobre o assunto.

A pluralidade (ou plexo) de relações jurídicas nasce da ideia de que a formação da relação jurídica singular ocorre dentro do processo diante da prática de ato procedimental levado a efeito pelas partes. Assim, tantas quantas sejam as atividades que pratiquem os sujeitos do processo, pode haver correspondência, em igual medida, a diversas relações jurídicas (no plural), todas integrantes do mesmo processo.

A doutrina que se inclina por essa linha de pensamento não expressa, com precisão, se entende as relações jurídicas parciais como eficácia proveniente de ato jurídico (individualidade) ou de procedimento (totalidade), bem como se considera constituir este, o procedimento, o ato jurídico individual que se pratique no processo ou somente o conjunto interligado de atos praticados dentro do processo (o que é procedimento? É também o ato individual ou o conjunto interligado deles?).

---

[226] CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do Processo Civil**. Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000, v. 1, p. 341.

[227] Antonio Scarance Fernandes expõe que: "A idéia de relação jurídica não servia para explicar suficientemente o processo, pois não ficava esclarecido como essa relação jurídica constituía um todo unitário. Para superar essa dificuldade, afirmou-se, então, que o processo não seria formado por uma só relação jurídica, mas por um feixe de relações jurídicas, ou que o processo era uma relação jurídica constituída de uma diversidade de situações jurídicas" (FERNANDES, Antonio Scarance. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 28.)

[228] CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do Processo Civil**. Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, v. 1, 2000, p. 341; CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e processo.** Napoli: Morano, 1958, p. 35; DIDIER JR.., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais.** Salvador: Juspodivm, 2011, p. 144; DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento.** 17ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 32; DIDIER JR., Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida.** 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 65 a 67; MIRANDA, Pontes de. Relação Jurídica Processual. *In* SANTOS, J. M. Carvalho (org.). **Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro.** Vol. 48. Rio de Janeiro: Borsói, p. 116 e 117; MEDAUAR, Odete. **A Processualidade no Direito Administrativo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 27 e 28;

O que resulta evidente, porém, é a derivação dessa construção da Teoria do Fato Jurídico. Considera, destarte, que, uma vez praticado determinado ato jurídico processual (ou procedimento), dá-se ensejo ao surgimento de situações jurídicas[229] (compreendidas em seu sentido largo). Com a petição inicial, protocolada e distribuída, surge, para o Estado-juiz, o "dever" (público) de examinar e praticar algum dos atos que a lei "processual" (ou "procedimental", quem sabe?) impõe. O "dever" é sempre correlato a um "direito" previamente existente. *In casu*, ao direito decorrente do princípio da inafastabilidade da jurisdição, que confere amplo acesso ao Poder Judiciário (CR/88, art. 5º, inc. XXXV). Essa interação entre "direito" e "dever" é personificada em mais de um sujeito de direito, ao menos dois[230]. Está aí a relação jurídica de caráter processual.

Mas como a cada novo ato outro "dever" (*v.g.* direito↔dever; pretensão↔obrigação; ação↔situação de acionado; exceção↔situação de exceptuado) surge (de caráter relacional), têm-se, ao longo do desenvolvimento do processo, diversas situações dessa ordem, a qualificar a relação jurídica como complexa. Ou seja, no processo, estariam compreendidas (ou ao menos em potência) diversas relações jurídicas, autorizando-se a falar do processo enquanto relação jurídica única apenas por metonímia[231].

Sobre essa construção, além das objeções que se articulam contra a relação jurídica como elemento essencial ao conceito de processo, desenvolve-se outra crítica, que será, por opção didática, abordada em capítulo reservado, o qual está posicionado em ponto mais adiante do texto.

Há, além dessa, outra importante contribuição à reflexão sobre os limites da relação jurídica processual enquanto elemento inserido no conceito de processo. Trata-se da doutrina de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero (elaborada em

---

[229] A situação jurídica, em sentido *lato*, é uma das categorias eficaciais, posicionando-se ao lado das sanções, premiações e ônus. Essa específica espécie de efeito jurídico subdivide-se em situação jurídica em sentido amplo e situação jurídica em sentido restrito. *Lato sensu*, compreende todas as espécies de eficácia jurídica, inclusive a relação jurídica, que é a principal delas. Restritamente falando, designa as demais hipóteses de eficácia jurídica onde não esteja presente relação jurídica. Para um estudo mais detalhado do assunto, consulte-se o artigo Situações Jurídicas Processuais, de autoria de Pedro Henrique Pedrosa Nogueira (NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Situações jurídicas processuais. In DIDIER JR., Fredie (coord.). **Teoria do Processo. Panorama doutrinário mundial.** Salvador: Juspodivm, v. 2, 2010, p. 749-769.).

[230] Marcos Bernardes de Mello expõe que as relações jurídicas são regidas por princípios essenciais e não-essenciais. Dentre os do primeiro grupo, identifica-se: o (i) princípio da intersubjetividade (as relações jurídicas formam-se entre dois sujeitos de direito); o (ii) princípio da essencialidade do objeto (toda relação jurídica exige, como requisito para sua existência, um objeto); e o (iii) princípio da correspectividade de direitos e deveres (correspondência entre direitos e deveres). (MELLO, Marcos Bernardes de. Da Ação com Objeto Litigioso no Processo Civil. In COSTA, Eduardo José da Fonseca; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). **Teoria Quinária da Ação: Estudos em Homenagem a Pontes de Miranda nos 30 Anos do seu Falecimento.** Salvador: Juspodivm, 2010, p. 375 e 376)

[231] DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil.** 17ª ed., Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 32; DIDIER JR., Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida.** 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 66.

conjunto). Na abertura do capítulo destinado ao exame do conceito de processo, os autores dedicam espaço ao estudo da relação jurídica processual, em item que intitulam de: "A crise do conceito de relação jurídica processual."[232].

A sua leitura, meramente, conduz já a ideia de que a relação jurídica processual estaria em declínio enquanto conteúdo integrante do conceito de processo. E isso ainda estaria inserido em meio a um processo em curso (de evolução, propriamente), cujo destino final seria a sua exclusão da casa onde, para muitos, hoje habita: o processo.

Não parece seja exatamente essa a intenção dos autores. Propõem, na verdade, uma releitura do conceito de relação jurídica processual, adequando-a ao panorama jurídico-social dos tempos presente, que, em muito, se teria distanciado do contexto no qual foi construída a doutrina de Oskar von Bülow, que não seria imune ao conceitualismo ou ao cientificismo neutro[233], próprio do "clichê pandectistico"[234].

A passagem que se destaca da obra desenvolve, ao contrário de uma total exclusão da relação jurídica do conceito de processo[235], uma crítica muito bem articulada para demonstrar que, com o tempo, houve uma mudança de perspectiva sobre esse fator do processo, que, diversamente do que se pensou ao tempo de sua criação, haveria de devotar alguma atenção ao direito material e, sobretudo, agora, aos preceitos encartados na Constituição. É por isso que afirmam que, no modo original como concebido, ignoraria as situações de direito material e as diferentes particularidades presentes em cada caso concreto[236], preso que estaria à sua própria realidade, imersa nas formalidades de um mundo à parte e independente do direito material.

Articulam construção, assim, no sentido de que o conceito de relação jurídica processual, consonante pensado, acaba por esconder o rosto das partes do processo, ignorando a realidade social sobre a qual deva incidir. Nesse contexto, não haveria como pensar na legitimidade da jurisdição com estrado na efetiva participação das partes, pois que este elemento pressuporia se levasse em consideração aspectos da realidade individual para que pudesse ser efetivamente desenvolvido, conferindo, somente assim, acesso do jurisdicionado

---

[232] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015, p. 432.
[233] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015, p. 432.
[234] FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual.** Tradução: Elaine Nassif. Campinas, São Paulo: Bookseller, 2006, p. 111.
[235] Em parte por isso, é que dispomos, no item precedente, que a doutrina dos autores em destaque – ao menos naquilo em que construíram conjuntamente – caminharia em direção ao acolhimento do conceito complexo de processo, composto por relação jurídica autônoma e procedimento. A outra parcela, com efeito, é a que toca ao procedimento, da qual também tratam, porém não é o objeto de exame desta passagem em particular.
[236] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015, p. 432.

ao que denominam de "ordem jurídica justa."[237]. E vão além. A neutralidade do conceito de relação jurídica processual não apenas comprometeria a legitimidade do procedimento, mas também a (legitimidade) da decisão judicial. Embora não reste absolutamente claro, sugerem que, nesse último caso, a regularidade estaria relacionada à participação e à observância dos direitos fundamentais.

A crítica que fazem, advertem os autores, deve bem apanhar o contexto histórico. Com isso, o que se pretende fazer compreender é que a relação jurídica processual, no final do século XIX, apresentava uma conformação própria à sua época. Porém, hoje, requer-se uma releitura, de modo a conferir ao elemento uma maior abertura, possibilitando sujeite-se ao influxo do direito material, da realidade concreta trazida pelo caso e também dos direitos encartados na Constituição da República, sobretudo os de caráter fundamental.

Da articulação construída, destacam que, para a legitimidade da jurisdição, é absolutamente necessária a efetiva participação das partes – que não compreenderia a mera abertura de acesso ao processo, senão a garantia da possibilidade de participação em igualdade de condições –, a presença e utilização de um procedimento adequado à tutela dos direitos, observando as pautas de direito material e a legitimidade do procedimento diante dos direitos fundamentais[238].

A crítica construída, conforme literalmente expressam, é de caráter ideológico-cultural. Não é voltada, portanto, à presença da relação jurídica processual como elemento do conceito de processo, mas sim à compreensão que se tinha (ou ainda se tem) sobre a relação jurídica processual. O que sugerem, com isso, é, em verdade, uma evolução no conteúdo do elemento e não a sua supressão. É por isso, certamente, que destacam: "O processo é importante não apenas por envolver, em uma relação, o juiz e as partes."[239]. A oração, lida na redução que promove ("não apenas"), conduz à interpretação, *a contraio sensu,* de que o processo é também relação jurídica formal. Mas não só. É mais que isso. É relação formal entre os sujeitos do processo, porém também relação enriquecida por ingredientes de legitimação do exercício do poder.

Contudo, não obstante a inescondível procedência da crítica, quando afirma seja necessária, atualmente, a observância de determinadas pautas para a legitimação do exercício do poder, parece concentrar forças contra elemento errado do conceito de processo. As

---

[237] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015, p. 432.
[238] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015, p. 434.
[239] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015, p. 433

objeções de que a relação jurídica processual conduziria à possibilidade de escamotear as intenções do Estado mais se aproximam do procedimento que da relação jurídica processual. Estaria na construção do procedimento, além de sua rigidez absoluta, a impor observância formal excessiva, o ingrediente que poderia, eventualmente, atender a interesses inconfessáveis.

Além disso, a crítica de que a teoria da relação jurídica constituiria obstáculo intransponível ao direito material, novamente parece situar-se mais rente ao procedimento, e não à relação jurídica processual. A previsão de uma pauta ritual que atenda, de forma otimizada, aos interesses de proteção de um determinado bem da vida é algo inerente ao procedimento, tenha qualquer conformação que seja a relação jurídica disposta no processo.

Não parece seja a relação jurídica do processual, enquanto disposição formal, obstáculo a qualquer mecanismo que proporcione a isonomia de tratamento dentro do processo, conferindo às partes a possibilidade de se manifestarem em igualdade de condições e dispondo das mesmas armas. Isso mais parece ser assunto afeto ao procedimento que à relação jurídica. Esta será composta pelos sujeitos de direito a quem a lei atribua legitimidade *ad processum*. Porém, suas atuações e limites serão definidos segundo os contornos do procedimento, que, por evidente, não pode ignorar as condições pessoais e particulares das partes sem que isso interfira ou cause qualquer prejuízo ao modelo formal e esquemático que compõe a relação jurídica.

Demais disso, é de se observar que poucas são as vezes em que as normas determinam quem devam ser os participantes da relação processual. Normalmente, há uma coincidência entre os que figuram na relação jurídica de direito material. Qualquer que seja a configuração que se atribua, determinada por norma substancial ou formal, nada impede a disposição de procedimento específico para tutelar situação jurídica com características especiais, além de em nada obstaculizar a possibilidade de se criar determinada espécie de procedimento que confira ao Juiz, diante do caso concreto, a possibilidade de adaptar o rito[240-241-242].

---

[240] Sobre o tema, indica-se a leitura de escritos produzidos por Fernando da Fonseca Gajardoni (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização Procedimental:** um Novo Enfoque para o Estudo do Procedimento em Matéria Processual. São Paulo: Atlas, 2008; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A competência constitucional dos estados em matéria de procedimento (art. 24, XI, da CF/1988): ponto de partida para releitura de alguns problemas do processo civil brasileiro em tempo de um novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo,** São Paulo, ano 35, n. 186, p. 197-227, ago. 2010.)

[241] Sobre a possibilidade de conformação do procedimento à vontade das partes, abre-se, com o Código de Processo Civil de 2015, um novo cenário, pois que previu, expressamente, em seu art. 190, a possibilidade de estipularem acordo sobre o procedimento, de modo a adequá-lo às especificidades da causa.

[242] Nos dias 26 a 28 de agosto de 2015, a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados reuniu, em Brasília, magistrados de todo o país, com a finalidade de proceder exame analítico-interpretativo sobre o Novo Código de Processo Civil, tendo, ao final, em plenária, aprovado diversos enunciados produzidos nos grupos de estudo. Dentre todos, alguns se dedicaram, especificamente, sobre a norma contida nos artigos 190 e 191 do novel diploma processual. Eis alguns deles: Enunciado n. 36: "A regra do art. 190 do CPC/2015 não

4.1.1.5.1.2 Variável do conteúdo do procedimento contido no conceito de processo

O procedimento, tanto quanto a relação jurídica (ou mais que a relação jurídica), passou por processo de evolução substancial de seu conteúdo. Antes de a doutrina promover a independência do direito processual (tendo-o feito com a doutrina da relação jurídica processual), o procedimento, que se confundia com o processo, nada mais era do que uma mera sequência de atos, destinado, contudo, à aplicação do direito material violado.

Cumpre lembrar que o direito processual, nessa época, era um apêndice do direito material e, como tal, vocacionado a promover a aplicação deste, porém sem conter natureza diversa, tal como a ação não se distinguia do direito material. Ao tornar-se litigiosa a relação privada, o procedimento surgia como uma sequência de atos voltados para a aplicação do direito material que se tornara litigioso[243].

Nota-se que, nesse período, a noção de procedimento estava compreendida dentro dos limites fronteiriços da formalidade. Representava, assim, um instituto absolutamente vazio de conteúdo (valorativo). É evidente que a norma previa a prática de conduta ou atividade por parte de determinado sujeito – afinal, procedimento sempre foi e ainda é (também) sucessão de atos, que, entre si, se enlaçam –, o que se poderia indicar nisso consistisse o conteúdo do procedimento. Porém, não foi o que se pretendeu expressar. Quis-se significar, com a indicação sobre a ausência de conteúdo, diferentemente, que não compunha o conceito de procedimento nenhum elemento valorativo (o que, no direito penal, recebe a designação de elemento normativo).

E como a atividade formal no processo – ou, propriamente, a atividade formal que representava o processo ou identificava-se com o processo – já era enxergada (como não podia deixar de ser), o salto evolutivo havido no elemento procedimento somente se poderia consagrar com o incremento de substância valorativa.

---

autoriza às partes a celebração de negócios jurídicos processuais atípicos que afetem poderes e deveres do juiz, tais como os que: a) limitem seus poderes de instrução ou de sanção à litigância ímproba; b) subtraiam do Estado/juiz o controle da legitimidade das partes ou do ingresso de amicus curiae; c) introduzam novas hipóteses de recorribilidade, de rescisória ou de sustentação oral não previstas em lei; d) estipulem o julgamento do conflito com base em lei diversa da nacional vigente; e e) estabeleçam prioridade de julgamento não prevista em lei."; Enunciado n. 37: "São nulas, por ilicitude do objeto, as convenções processuais que violem as garantias constitucionais do processo, tais como as que: a) autorizem o uso de prova ilícita; b) limitem a publicidade do processo para além das hipóteses expressamente previstas em lei; c) modifiquem o regime de competência absoluta; e d) dispensem o dever de motivação."; Enunciado n. 38: "Somente partes absolutamente capazes podem celebrar convenção pré-processual atípica (arts. 190 e 191 do CPC/2015)."; Enunciado n. 39: "Não é válida convenção pré-processual oral (art. 4º, § 1º, da Lei n. 9.307/1996 e 63, § 1º, do CPC/2015)"

[243] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015, p. 423.

Nas linhas seguintes, portanto, pretende-se apresentar algumas das abordagens promovidas com o propósito de identificar, no procedimento, algo mais do que uma mera sucessão de atos, transcendendo, destarte, as barreiras da formalidade vazia.

4.1.1.5.1.2.1 Procedimento como instrumento do "provimento"

A reelaboração do conceito de processo segundo a proposta produzida por Elio Fazzalari exigiu fossem feitos ajustes à noção de procedimento, dada a relação mantida entre ambos (ao menos para grande setor da doutrina processualista).

No item dedicado ao estudo do conceito de processo como procedimento em contraditório, indicamos que, segundo a doutrina de fazzalariana, o Estado pratica diversos atos que não são dotados de imperatividade. No entanto, diferentemente, quando os atos do Estado estão sujeitos a provocar efeitos na esfera de direitos dos administrados, da sociedade e dos jurisdicionados, possuindo característica imperativa e constituindo, por isso, um ato de poder, propriamente, tem-se o que se denomina de provimento, para cuja validade e eficácia faz-se necessário seja precedido de atividades preparatórias.

O procedimento, portanto, encontraria sede nesses exatos atos preparatórios à edição do provimento. Assim, é de se ver que o procedimento não se constituiria em conjunto de atos interligados, meramente. Fez-se necessário animá-lo com uma finalidade: a de conferir substrato prévio ao provimento.

Mas, de outro lado, o conjunto interligado e sucessivo de atos que não se destinem a conferir subsídio a provimento qualquer, mesmo que constitua em atividade desenvolvida pelo Estado ou por este praticada com o propósito de edição de um ato final, porém sem os atributos de provimento, não haverá de ser qualificado como procedimento.

Com isso, podemos concluir que a definição conceptual do procedimento encontra sensível redução, vindo a particularizar-se no mundo reservado do provimento, afastando-se, desse modo, das hipóteses outras que transitem ao largo dessa realidade finalística e imperativa.

Esse novo vigor emprestado ao conceito de procedimento, entretanto, conquanto tenha mantido estreita aproximação com a doutrina de Fazzalari, que trouxe à lume a ideia de provimento como sendo ato estatal imperativo e de conotação do poder, conta com contributo pretérito, eis que a doutrina já o vinha reescrevendo, muito embora ainda de forma insatisfatória.

Tem-se notícia de que Erico Redenti tinha estudos nessa linha desde 1936, nos quais vislumbrava o procedimento sob uma nova perspectiva. Enxergava o processo como uma atividade destinada à formação de um provimento jurisdicional. A edição deste ato, com efeito, era precedida pela prática de atos dos sujeitos envolvidos na edição e destinação do provimento, o que haveria de observar um modelo legal, a que designou de esquemas normativos ou *modulo legale*[244].

O procedimento, portanto, encontraria sede nesses esquemas normativos destinados a disciplinar a atividade das partes no processo, cuja finalidade seria, como visto, a edição de um provimento jurisdicional. O procedimento, destarte, seria o aspecto exterior da sequência de atos.

Mas não obstante o seu contributo para a evolução do conceito de procedimento, resgatando a importância desse elemento para a definição de processo, não nega haja, neste, também uma relação jurídica, cuja colaboração contínua entre os sujeitos para atingir um objetivo final constitui característica que a qualifica. Essa colaboração entre os sujeitos desenvolver-se-ia através de posições contrapostas e desiguais – a primeira mantida entre as partes; a segunda, entre estas e o Juiz –, construindo, com base nisso, um modelo de contradição dialética[245].

Por fim, cabe uma observação. A doutrina de Elio Fazzalari confere uma menor redução ao conceito de procedimento que a promovida por Enrico Redenti. Apesar de igualmente entendê-lo como atividade prévia e preparatória ao provimento, amplia a extensão deste (do que se entenda por provimento) a todos os atos estatais dotados de imperatividade, que, por isso, possam atingir a esfera jurídica de terceiros, não se o limitando, portanto, ao âmbito de atuação da jurisdição, como o faz Redenti[246].

4.1.1.5.1.2.2 Procedimento: sucessão de atos, fim e conteúdo

Parece intangível a realidade do procedimento como uma sucessão de atos. Aliás, isso já restou acentuado alhures (e mais de uma vez). Porém, a variável incide não sobre o elemento visível, mas sim criando novos pressupostos de substância para o procedimento,

---

[244] GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo.** 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 88.
[245] REDENTI, Enrico. **Derecho Procesal Civil.** Tomo I. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1957, p. 87 e 88.
[246] FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual.** Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 32 e 33.

independentemente de sua atuação limitar-se a este ou àquele processo (se é que os atos do legislativo ou da administração podem ser produzidos por meio de processo).

Essa realidade, expressa por um entrelaçar de atos, constitui-se em formalidade desprovida de substância, própria para época em que o processo representava um mero rito destinado à aplicação do direito material, onde vicejava os valores ditados pelo Estado Liberal, mas não para os tempos em que imperam os ditames do Estado Constitucional.

Assim como o processo serve à jurisdição, o procedimento submete-se ao processo – entenda-o como parte deste ou todo ele. A clássica definição de processo, na qual procedimento restou ignorado, tem íntima relação com os valores do Estado Liberal, em que cabia ao Juiz meramente repetir as palavras da lei (*"juge bouch de la loi"*), ainda que a particularizando a um caso concreto. É daí que Montesquieu conclui seja o poder de julgar absolutamente nulo (*"em quelque façon, nulle"*).

Naquele modelo, em que o processo era visto apenas como mero instrumento para a atuação da lei, não seria possível perceber que o exercício da jurisdição depende (intimamente) do modo como o procedimento é definido abstratamente pelo Poder Legislativo e vem a ser aplicado pelo Poder Judiciário[247]. Afinal de contas, o propósito do processo seria um só: aplicar a previsão contida em disposição da lei material, sendo incabível a interpretação do caso pelo Juiz ou o controle da norma de direito substancial, sobretudo para efeito de afastamento desta.

No Estado Constitucional, diferentemente, a jurisdição particulariza-se por seu dever de tutela dos direitos, protegendo, sobretudo, os direitos fundamentais, seja por intermédio de normas jurídicas, atividades administrativas ou mesmo a prestação da jurisdição. Assim, diversamente da perspectiva traçada pelo Estado Liberal, o Juiz, muito além de aplicar meramente a lei, passa a ter o dever de ler a lei sob as lentes dos direitos fundamentais, aplicando-os ao caso concreto[248].

Com essa nova constituição do Estado, hábil a influenciar na jurisdição e, consequentemente, no próprio processo, sofre influxo, também e necessariamente, o procedimento, dado represente o elemento corpóreo (= físico-formal) do processo. Assim é que compete ao legislador estruturar o procedimento de modo a possibilitar a prestação

---

[247] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015, p. 436.
[248] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015, p. 437.

efetiva da tutela prometida pelo direito material (e, ainda, na visão de Marinoni, Arenhart e Mitidiero, para conferir segurança jurídica por meio da formação de precedentes[249]).

Desse modo, o direito fundamental à tutela efetiva subordinaria o legislador, impondo-lhe detenha-se sobre as necessidades do direito material, e o Juiz, obrigando-lhe a aplicar o procedimento segundo as particularidades do caso concreto. Algo como que na linha da flexibilização proposta por Fernando da Fonseca Gajardoni[250], em obra monográfica sobre o assunto, porém com ideia central que remonta às lições de Cândido Rangel Dinamarco[251], onde se faria possível, por exemplo, ajustar o procedimento legal cujo contraditório não viesse a ser estritamente garantido, permitindo-se, assim, que o Juiz, no caso concreto, assegure a observância desse princípio, que materializa o preceito constitucional do *due process*.

Em linha de raciocínio semelhante, e certamente diante do protagonismo que vem tomando o procedimento para a efetivação dos direitos fundamentais, o legislador tem instituído diversas normas processuais de conteúdo aberto, tais como: técnicas de antecipação da tutela, distribuição dinâmica do ônus da prova, medidas processuais executivas atípicas à tutela específica, transferindo para o Juiz, posicionado que está mais próximo do caso concreto, a possibilidade de melhor utilizar o procedimento em prol de atender, em caráter otimizado, aos ditames da Constituição, outorgando à parte uma tutela tanto mais adequada, efetiva e em tempo razoável[252].

Sobre tudo isso, como já se deixou entrever, o procedimento, além de permitir atender ao direito substancial, em caráter efetivo e adequado, deve ser moldado em formato que permita preencher as exigências dos direitos fundamentais processuais, sobretudo naquilo em que diga respeito ao devido processo legal, à fundamentação adequada e à publicidade dos atos processuais[253].

Diante disso, é de se concluir que o procedimento, na quadra do Estado Constitucional, além de representar um elemento formal de atuação do processo, possui finalidade e conteúdo, deslocando-se da definição conceptual formal e vazia de outrora.

---

[249] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015, p. 438.
[250] GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização Procedimental: um Novo Enfoque para o Estudo do Procedimento em Matéria Processual.** São Paulo: Atlas, 2008, p. 65 e ss.
[251] DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo.** 13ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, passim.
[252] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015, p. 439.
[253] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015, p. 439.

Assim é que o procedimento necessita ser adequado à tutela dos direitos e idôneo para atender às exigências dos direitos fundamentais processuais[254].

4.1.2 Algumas definições da doutrina nacional

4.1.2.1 Concepção de Francisco de Paula Batista

Francisco de Paula Batista, importante processualista brasileiro do século XIX, apresentou-se como um dos processualistas que mantinha uma perspectiva procedimentalista do processo.

Para ele, o processo significava o modo de agir em juízo. De maneira ainda mais precisa, indica, expressamente, que o processo representaria módulo capaz de "fazer marchar a ação segundo as formas prescritas pelas leis"[255].

A sua leitura, assim, é a de que o processo seria o instrumento que conferiria movimento à ação.

Em nossa compreensão, sua doutrina não particularizou processo e procedimento, confundindo este com aquele, ou, por outro ângulo, reduzindo aquele (o processo) a este (o procedimento), na medida em que restringe o processo ao seu aspecto formal, consistente numa sequência de atos processuais[256].

Por fim, é preciso posicionar a doutrina de Paula Batista no contexto de desenvolvimento da ciência processual, para que bem se compreenda a sua interpretação sobre o conceito de processo.

Sua obra veio a público, no período do Império, em 1855 (1ª edição), tendo sido reeditada, posteriormente, nos anos de 1857 e 1872[257]. É, assim, salvo a última edição, pretérita em relação ao trabalho publicado por Oskar von Bülow, de 1868, apresentado no continente europeu.

---

[254] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015, p. 439.

[255] BATISTA, Francisco de Paula. **Compêndio de Teoria e Prática do Processo Civil.** 1ª ed. Campinas: Russel Editores, 2002, p. 87.

[256] É verdade, contudo, que o autor, em passagem mais avançada de sua obra, aborda o procedimento ordinário e sumário como aspecto relativo à forma do processo, de sorte a sugerir fosse este composto por outro elemento. Porém, não indica qual seria, nem tampouco deixa claro compreenda o processo como uma realidade complexa (BATISTA, Francisco de Paula. **Compêndio de Teoria e Prática do Processo Civil.** 1ª ed. Campinas: Russel Editores, 2002, p. 92).

[257] <http://www.literaturabrasileira.ufsc.br/documentos/?id=202748.> Acesso em 24 fev. 16.

Cuida-se de obra construída tendo por referência, no campo legislativo, as Ordenações Filipinas e o Regulamento 737, de 25 de novembro de 1850 (restrito este, como vimos no item 4.1, às causas comerciais).

Esse contexto, legal e de desenvolvimento do estudo da ciência processual, certamente explica a sua perspectiva formalista do processo.

A separação entre processo e procedimento, portanto, é atribuída à doutrina que sobrevém a Francisco de Paula Batista, como veremos em seguida.

4.1.2.2 Concepção de João Mendes de Almeida Junior

A doutrina nacional tem apontado João Mendes de Almeida Junior como o primeiro brasileiro a indicar houvesse diferença entre processo e procedimento.

Em sua obra, "Direito Judiciário Brasileiro", examinada por quase todos que se dedicam à definição de processo, publicada originalmente em 1918, o autor revela não identifique processo e procedimento como expressões sinônimas.

Porém, isso não é o bastante para ir além da compreensão do processo enquanto instituto de caráter eminentemente formal. Não caminha o autor, destarte, no sentido de identificar, no processo, elementos de índole subjetiva, como se observa na proposição de autonomia da relação jurídica contida no processo.

É conhecida e muito disseminada, no entanto, a sua ideia sobre processo e procedimento, particularizada em compreender aquele como "uma direção no movimento" e este como sendo "o modo de mover e a forma em que é movido o ato"[258].

Antes, porém, o autor já houvera identificado a origem etimológica do processo, que remonta aos gregos (como procedemos em passagem própria), revelando a direção para frente como a sua opção de sentido. Essa explicação dá-se em passagem na qual identifica todas as direções possíveis[259]. De outro lado, mais adiante, explica melhor no que consiste a forma extrínseca de manifestação do ato processual, a exemplo da escrita e falada[260].

Disso, parece-nos seja possível extrair a conclusão de que a formalidade considerada para a identificação do processo refere-se à identificação do movimento do processo como um

---

[258] ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. **Direito Judiciário Brasileiro.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1940, p. 264.
[259] ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. **Direito Judiciário Brasileiro.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1940, p. 230.
[260] ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. **Direito Judiciário Brasileiro.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1940, p. 266.

todo; já a do procedimento revelar-se-ia segundo a forma dos movimentos contidos em cada ato processual.

Mas, malgrado isso, indica, noutra passagem, que o processo seria "o movimento em sua forma intrínseca", enquanto o procedimento, o "mesmo movimento em sua forma extrínseca"[261].

Contudo, importa destacar que a doutrina de Almeida Junior, conquanto tenha tido o mérito de dissociar processo de procedimento, não extrapolou as fronteiras do formalismo reinante para o conceito de processo.

4.1.2.3 A definição plurissignificativa do conceito de processo e a doutrina de Fredie Didier Jr.

Até o presente momento, o conceito de processo movimentou-se de perspectivas formais, isoladamente, a definições que compreendiam nele haver uma variável de índole subjetiva.

Ao longo desse capítulo, além de apresentarmos as proposições teóricas mais relevantes para o desenvolvimento do tema, fizemos referências aos autores partidários de cada uma das teses (ainda que não tenhamos tido a ambição de exaurir o trabalho de pesquisa).

Ao final, retomamos, sobretudo para bem atender ao propósito de uma reconstrução histórica do caminho que trilhara a ciência, a algumas ideias de doutrinadores nacionais que se situaram no ponto de início do desenvolvimento do estudo da temática.

Dado esse formato, revela-se absolutamente prescindível individualizar, em tópicos, o pensamento de cada processualista que se tenha dedicado à reflexão do tema.

Porém, em alguma medida, pareceu-nos importante promover o destaque de posição revelada por Fredie Didier Jr., que, muito embora possa ser posicionado enquanto partidário da ideia de que se tem no processo uma dinâmica procedimental e uma relação jurídica própria, esboça três diferentes vieses pelos quais se pode enxergar o processo.

4.1.2.3.1 Processo como método de produção de norma jurídica

Para o autor, o processo pode ser visto sob o enfoque da "Teoria da Norma Jurídica". Nesse caso, representaria um método de produção de normas jurídicas.

---

[261] ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. **Direito Judiciário Brasileiro.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1940, p. 265.

Como o processo de criação de norma jurídica é tido como exercício próprio do poder, indicou que o poder normativo somente pode ser exercitado processualmente. É, pois, nessa dimensão que se fala em processo legislativo, administrativo ou jurisdicional[262].

Nessa dimensão, o conceito de processo insere-se no mundo pertencente à Teoria Geral do Direito, mais ampla do que a Teoria Geral do Processo, cuja dimensão está contida naquela outra[263].

4.1.2.3.2 Processo como ato jurídico complexo

Outra dimensão em que o autor examina o processo é a da "Teoria do Fato Jurídico". Cuida-se de viés em que enxerga o processo como espécie de "ato jurídico complexo"[264].

Essa perspectiva trabalha o conceito de processo com o material de desenvolvimento presente no plano da existência (fatos jurídicos *lato sensu*), particularizando-o numa de suas espécies[265].

Aqui, tem-se o processo como sinônimo de procedimento, já que revela seja partidário da definição do "ato jurídico complexo de formação sucessiva", que bem serviria para bem definir o processo.

Mais adiante, expomos as razões pelas quais não partilhamos dessa posição, sobretudo por não compreender o processo nem o procedimento como espécie do gênero "ato jurídico complexo".

4.1.2.3.3 Processo como relações jurídicas

A terceira dimensão do processo identificada por Fredie Didier Jr. é igualmente revelada através das lentes da "Teoria do Fato Jurídico", só que, agora, por outro de seus planos, o da eficácia.

Examina-se o processo, assim, sob o pálio do (ou de um dos) resultado que produz. Nesse sentido, identifica-se o processo como elemento hábil a estabelecer diversas relações

---

[262] DIDIER JR., Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida.** 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 63 e 64.
[263] DIDIER JR., Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida.** 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 64.
[264] DIDIER JR., Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida.** 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 64.
[265] Essa dimensão também é partilhada por Eduardo José da Fonseca Costa (COSTA, Eduardo José da Fonseca. Réu revel, vício de citação e *querela nullitatis insanabilis.* In DIDIER JR. Fredie. (Coord.) **Leituras complementares de processo civil.** 7ª ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 245).

jurídicas, haja vista a sua capacidade de interligar os sujeitos do processo[266] (consoante explicação contida no item 5.1.4.1.1, acima).

4.1.2.3.4 Balanço conclusivo

Muito embora o autor tenha indicado se possa ler o processo sob quaisquer dessas três vertentes, interpretemos tenha pretendido passar a ideia de que o processo contém esses três elementos.

Acreditamos que o próprio autor não anua possa haver processo que não se destine à produção de determinada norma jurídica, nem tenha se utilizado de particular procedimento, e, ainda, que não tenha aptidão para a formação de diversas relações jurídicas ao longo de sua tramitação.

Ao menos *in potentia*, verifica-se, no processo, a projeção dessas três dimensões. Queremos dizer que, mesmo que não chegue ao ponto de formar uma norma jurídica, somente a potencialidade de produzi-la revela-se dado bastante para a constituição do processo, desde que aliada as suas duas outras facetas, o procedimento e a relação jurídica, cuja constituição é inexorável.

---

[266] DIDIER JR., Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida.** 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 65 a 67.

5 NOVA PROPOSIÇÃO SOBRE O CONCEITO DE PROCESSO

5.1 Processo como procedimento (ato complexo de formação sucessiva) e vice-versa

Recentemente, veio a público nova construção predisposta a apresentar solução para o problema da distinção entre processo e procedimento, contribuindo para o diálogo e o enriquecimento da ciência (que tende a evoluir com a expressão de pensamentos diversos e, eventualmente, antagônicos).

Trata-se de tese de doutoramento elaborada pela professora Paula Sarno Braga e defendida na Universidade Federal da Bahia – UFBA[267]. O trabalho, costurado com habilidade e atenção, aventura-se a seguir pelo caminho tortuoso da separação entre os institutos, propondo haja uma saída diferente daquelas que foram, até então, sinalizadas pela doutrina processual.

O estudo, substancialmente dedicado à árdua reflexão dos limites do conceito de processo, contém o propósito de oferecer à ciência do Direito (e aos seus operadores, por evidente) um critério seguro na aplicação das normas contidas nos artigos 22, inciso I, e 24, incisos X e XI, da Constituição da República, os quais disciplinam, respectivamente, a competência legislativa privativa e concorrente para legislar sobre "processo", "processo do juizado de pequenas causas"[268] e "procedimento em matéria processual".

Assim, o prévio ajuste – fino que seja – dos limites do conceito de processo e do de procedimento funciona como questão antecedente e necessária para a definição precisa da competência legislativa da União, dos Estados-membros e do Distrito Federal, sendo, assim, determinante, para a boa aplicação da norma constitucional.

É algo que em tudo se aproxima do presente trabalho, muito embora os problemas centrais sejam, em alguma perspectiva, diversos (ao menos na ordem da dimensão): naquele,

---

[267] O trabalho foi defendido em 13 de abril de 2015 na sala da congregação da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA), tendo contado com as participações dos Ministros do Supremo Tribunal Federal Gilmar Ferreira Mendes e Teori Albino Zavascki, além dos professores Edilton Meireles, Paulo Pimenta e Fredie Didier Jr., ocupando, este último a condição, de orientador.

[268] Fernando da Fonseca Gajardoni faz exposição doutrinária na qual indica haja duas correntes distintas concernentes à interpretação dos dispositivos do art. 24, inc. X, da CR/88, que alude a juizados de pequenas causas, e do art. 98, inc. I, que se reporta aos juizados especiais. Parcela da doutrina interpreta tratem de organismos diferentes, sujeitando-se, assim, a disciplinamentos próprios no que se refere à competência legislativa. Os juizados de pequenas causas, porque previstos no art. 24, inc. X, da CR/88, sujeitar-se-iam ao disciplinamento processual desta regra, em que todos os entes teriam competência para edição de normas de caráter processual. Já os juizados especiais, previstos no art. 98, inc. I, da CR/88, porque carente de indicação específica acerca da competência legislativa, submeter-se-ia ao regramento geral dos artigos 22, inc. I, e 24, inc. XI, ambos da CR/88. Do outro lado, estão os que interpretam compreenda juizados de pequenas causas e juizados especiais a mesma realidade, submetendo-se, igualmente, ao regramento específico do art. 24, inc. X, da CR/88. (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental:** um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual. São Paulo: Atlas, 2008, p. 58 e 59)

pretende-se oferecer uma solução genérica para a interpretação da competência legislativa da União, Estados e Distrito Federal em matéria de processo e de procedimento; neste, intenta-se responder a pergunta que se volta a uma realidade, em que exercitada a aludida competência legislativa. Porém, em ambos os casos, a questão antecedente é a mesma: qual o conceito de processo? E por decorrência, qual o de procedimento?

Nos subitens deste tópico, apresentamos a conclusão do estudo desenvolvido pela professora Paula Sarno Braga e, ainda que resumidamente, os seus argumentos em prol do resultado no qual aporta, bem como críticas determinantes para conferir coerência ao seu raciocínio.

5.1.1 Identificação entre processo e procedimento

Com toda a dificuldade que haja em se promover o recorte discriminatório (= de distinção classificatória) entre processo e procedimento, toda doutrina que se tenha predisposto a enfrentar o assunto, ao menos após o período de independência do processo, sempre partiu de uma premissa básica: processo e procedimento não são a mesma coisa[269]. Podem designar realidades próximas, mas são distintos (ainda que o problema tenha sede em saber no que consiste efetivamente essa distinção).

Mesmo para aqueles que compreendem o processo como sendo um procedimento em contraditório, ainda assim é possível identificar uma diferença entre um e outro, na medida em que o processo não será todo e qualquer procedimento, mas somente aquele que se constitua em certa e particular forma de ser, é dizer: em contraditório. De outra forma, o procedimento que não se desenvolva em contraditório, não será processo, mas sim mero procedimento[270]. Se há procedimento sem processo, é porque um não se confunde com o outro, portanto.

Do lado oposto, é possível encontrar aqueles que, mesmo negando haja, no conceito de processo, a presença do procedimento, por identificá-lo (o processo) com a relação jurídica processual, ainda assim não se recusam a compreender constitua o procedimento um dado

---

[269] Por todos, PASSOS, Joaquim José Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 3, p. 5.

[270] Adepto da teoria do processo como procedimento em contraditório, Aroldo Plínio Gonçalves faz a seguinte observação, particularmente pertinente à passagem do corpo do texto: "É claro que a atividade que prepara o provimento, seja administrativa ou jurisdicional, nem sempre constitui processo, pois o contraditório pode dela estar ausente. O provimento administrativo e o provimento jurisdicional podem ter como atividade preparatória o simples procedimento, como se dá, por exemplo, no âmbito da administração, em relação a um pedido de inscrição em concurso público, um pedido de licença para porte de arma, um pedido de matrícula em Instituição Pública de Ensino e, no âmbito do Judiciário, em relação a um pedido de tutela, enfim, aos atos da chamada 'jurisdição voluntária'." (GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo.** 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 99)

independente da realidade processual (sujeito à particularização, portanto). Para essa linha, o elemento essencial (de existência) do processo seria a relação jurídica mantida entre os sujeitos do processo, ao passo que o procedimento, embora identificado no processo, constituindo mera sucessão de ato, não integraria o conceito de processo.

A tese em destaque tem o mérito de colocar-se na contramão dos estudos desenvolvidos sobre o assunto até então. Paula Sarno Braga não assume como verdade a ideia de que processo e procedimento constituem realidades distintas. Afasta, pois, a verdade que se propala esteja contida na premissa e dedica-se a estudar suas bases de estruturação, concluindo, ao final, ao contrário de tudo e de todos, tratar-se de afirmação falsa, exatamente porque o procedimento se identificaria com o processo e este com aquele, sem que, para tal identificação entre um e outro, haja a necessidade de qualquer qualificação, distanciando-se nisso da proposta segundo a qual o processo seria o procedimento que se manifestasse sob o império do contraditório[271].

Ademais, é de se observar que, mesmo estando em terrento afeto a conceituações fundamentais (lógicos jurídicos), a construção, à primeira vista, também vai de encontro com a opção manifestada pelo constituinte de 1988, que, sem detalhar os contornos de cada um (até porque não lhe compete fazê-lo, senão à doutrina), indicou houvesse entre ambos diferença, na medida em que a competência legislativa altera-se conforme a matéria a ser tratada diga com processo ou procedimento[272].

Portanto, na perspectiva que lança, não é possível dizer que o procedimento está contido no processo ou que este é uma das espécies daquele. Processo é procedimento e procedimento é processo, simplesmente.

Para chegar a esse resultado, no entanto, percorre todo um raciocínio tendente a definir algumas premissas e a afastar algumas conclusões da doutrina sobre o assunto. Resumidamente, o caminho consiste na tomada de posição sobre a definição dos atos jurídicos complexos de formação sucessiva e o afastamento das teorias que veem, no processo, uma realidade complexa ou aquela que o identifica pela presença do contraditório.

5.1.2 Tomada de posição a respeito da definição de atos complexos de formação sucessiva

---

[271] BRAGA, Paula Sarno. **Normas de processo e normas de procedimento: o problema da repartição constitucional de competência legislativa no Direito Constitucional brasileiro.** Salvador**:** Juspodivm, 2015, passim.

[272] A opção de proceder com tratamento diferenciado para processo e procedimento, em termos de competência legislativa, somente veio a ser consagrada na Constituição de 1988, representando, pois, novidade deste último diploma constitucional, não tendo sido, assim, prevista nas Cartas Constitucionais pretéritas (v. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental:** um Novo Enfoque para o Estudo do Procedimento em Matéria Processual. São Paulo: Atlas, 2008, p. 28).

A explicação que consista meramente em identificar o processo com procedimento não resolve o problema. É preciso assentar o que se entende por procedimento. Inegavelmente, a autora estava ciente disso. E essa consciência é transparecida quando, muito antes de expor a conclusão a que chegou sobre o conceito de processo, dedica-se ao estudo da classificação dos atos complexos.

O procedimento, contudo, para qualquer que seja a inclinação dogmática, compreende um conjunto de atos, submetendo-se a sua definição à variação dentro desse universo coletivo. Porém, essa particularização conceptual não prescinde de prévia colocação sobre atos complexos, que mantêm com o procedimento, para determinada vertente, uma relação de continente e conteúdo ou de realidades complementares e paralelas, cuja explicação de um conduz à do outro.

A posição da autora sobre o assunto encontra assento em duas premissas básicas, as quais são representadas pelas lições produzidas por Marcos Bernardes de Mello e Giovanni Conso sobre ato complexo. Convém, portanto, nessa passagem, abordá-las.

Ambos os autores partem do pressuposto de que os atos complexos constituem gênero, sendo, por isso, preenchidos por espécies. Classificam-nas (as espécies do ato complexo), porém, diferentemente. As visões se separam, destarte, em função do critério eleito para discriminar as espécies. Enquanto Marcos Mello utiliza-se de critério orgânico[273], Conso lança mão de critério que devota atenção à ordem dos atos que integram a formação do ato complexo[274].

O primeiro dos autores promove a separação entre atos complexos *(stricto sensu)* e atos compostos. Esses dois modelos de combinação de atos comporiam o rol de espécies dos atos complexos, agora qualificado em sentido amplo. *Lato sensu,* os atos complexos manifestar-se-iam como sendo "aqueles atos jurídicos de direito público para cuja realização se exige a prática de vários atos e deliberações que lhes são condicionantes" [275], a serem praticados por órgãos estatais.

Como indicado, o autor separa as espécies de atos complexos *lato sensu* conforme particularidade referente ao órgão prolator, máxime se de responsabilidade de um ou mais participantes. Assim é que define o ato complexo *stricto sensu* como o conjunto de atos e

---

[273] MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência.** 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 154 a 155.
[274] CONSO, Giovanni. **I fatti giuridici processual penali: perfezione ed eficácia.** Milano: Dott. A. Giuffreé, 1982, p. 115 e 116.
[275] MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência.** 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 154.

deliberações praticados por um mesmo Poder do Estado ou entidade administrativa autônoma. Como exemplos, indica Mello a nomeação de servidor público em caráter efetivo e a contratação de empresa pelo poder público para a prestação de serviço, hipótese na qual seria imperiosa a realização de licitação (em regra, geralmente)[276].

Comportam-se de modo diferente os atos compostos ("atos complexos compostos"). Esse conjunto de atos e deliberação, segundo diz, seria conformado por atos e deliberações praticados por mais de um órgão do Poder do Estado ou entidades diversas. Exemplifica a espécie com a atividade estatal desenvolvida para a nomeação de Desembargador de tribunal, especificamente para compor vaga destinada à classe dos advogados, em que se requer a atuação sucessiva da Ordem dos Advogados do Brasil, do próprio tribunal de destino e do Poder Executivo[277-278].

É imperioso ressaltar, com efeito, que Marcos Mello tem a exata dimensão de que não se trata de um ato jurídico especial, distinguindo-se dos demais quanto à categoria a que pertence. Cuida-se apenas de um ato jurídico cujo suporte fático é composto por diversos outros atos jurídicos. No entanto, o ato final dos atos complexos *lato sensu* – que é, em si, um ato jurídico – é que qualifica toda a cadeia coletiva pretérita, que, normalmente, resulta absorvida pelo ato derradeiro[279] (*v.g.* o ato de nomeação de Desembargador, para utilizar o exemplo apresentado pela doutrina de Mello, é o ato jurídico final de determinado conjunto de atos, obscurecendo os "atos condicionantes", como o de indicação).

Mas é sobremaneira importante destacar, sobretudo para, eventualmente, promover contraponto com a doutrina de Paula Sarno Braga, que Marcos Bernardes de Mello acentua que os "atos condicionantes" constituem ou pressuposto de validade, ou de eficácia dos atos complexos, e não de existência. Mas nem por isso deixa de reconhecer, pouco antes, que o processo seja um conjunto ordenado de atos destinados a certa finalidade[280].

Talvez isso queira indicar que, na composição de conceitos jurídicos, possa haver a presença de pressupostos de validade. Poderia se pensar, nessa linha, nos negócios jurídicos,

---

[276] MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência.** 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 155.

[277] CR/88: "Art. 94. Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios será composto de membros, do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes.
Parágrafo único. Recebidas as indicações, o tribunal formará lista tríplice, enviando-a ao Poder Executivo, que, nos vinte dias subseqüentes, escolherá um de seus integrantes para nomeação."

[278] MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência.** 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 154 a 156.

[279] MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência.** 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 155.

[280] MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência.** 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 155

que pressupõem, para sua validade, a presença do elemento vontade (livre e desembaraçada). O contrato, por exemplo, é, minimamente, conceituado como um negócio jurídico, no qual a presença do elemento vontade transparece evidente. Porém, o contrato celebrado por absolutamente incapaz – que não tem disponibilidade sobre sua vontade, sendo ela juridicamente irrelevante para fins contratuais –, não deixa de ser contrato; reconhecidamente, nulo[281], porém contrato (existente e inválido).

Conclui-se, assim, que pressuposto de validade pode integrar conceitos jurídicos, desde que seja essencial para o fato jurídico, porém não determinante de sua existência. Também é assim no procedimento, em que os atos condicionantes do provimento final determinam a sua condição, mas o defeito de quaisquer deles não o torna inexistente, muito embora o inquine de nulidade.

A ser assim, não seria bastante para retirar o contraditório do conceito de processo, segundo argumentação urdida por Paula Sarno Braga, a sua colocação no plano da validade, e não no da existência, comprometendo, apenas por isso, a sua integração ao conceito de processo[282].

Conso, por sua vez, utiliza-se de outro critério para a classificação dos atos complexos, o qual denomina de *"fattispecie complessa"*. Particulariza a cronologia dos atos condicionantes (ou precedentes) para subsidiar a sua proposição classificatória. Assim, para esse autor, ter-se-ia, como modalidade ou espécie de *fattispecie complessa*[283]:

i) *Fattispecie complessa a formazione sucessiva* (ou *"a formazione necessariamente successiva"*) – que seriam aqueles em que os fatos devem ser dispostos necessariamente em ordem de sucessão de um para com o outro (o anterior subsidia e autoriza a edição do seguinte)[284];

ii) *Fattispecie complessa a formazione concomitante* – representa a hipótese em que os atos jurídicos condicionantes devem ser realizados a um só tempo (imagina-se possa

---

[281] Dispõe o Art. 166 do Código Civil: "É nulo o negócio jurídico quando: I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz;".

[282] Em passagem que finda por rejeitar a proposta de Elio Fazzalari, a autora identifica que, em sistemas jurídicos não democráticos, a presença do contraditório é elemento inexistente ou inexigível dos processos, sem que isso venha a desqualificar a natureza jurídica deste, que constitui, inegavelmente, processo. Conclui, assim, que o contraditório não integra pressuposto de existência do processo, senão de validade, compondo a classe dos conceitos jurídicos positivos, sujeitando-se, por isso, ao plano jurislativo de determinado ordenamento jurídico em particular. (BRAGA, Paula Sarno. **Normas de processo e normas de procedimento: o problema da repartição constitucional de competência legislativa no Direito Constitucional brasileiro.** Salvador**:** Juspodivm, 2015, p. 160).

[283] CONSO, Giovanni. **I fatti giuridici processuali penali. perfezione ed efficacia.** Milano: Dott. A Giuffreé, 1982, p. 115 a 137.

[284] "Riunione che può basarsi su modi diversi di collegamento, a seconda che i fatti debbano venir posti in essere successivamente, in un dato ordine..." (CONSO, Giovanni. **I fatti giuridici processuali penali. perfezione ed efficacia.** Milano: Dott. A Giuffreé, 1982, p. 115).

servir de exemplo a decisão colegiada de tribunal, que, para formação do acórdão, concorrem os votos, em tese, apresentados na mesma sessão de julgamento)[285]; e

iii) *Fattispecie complessa a formazione cronologicamente indifferente* – são aqueles em que os fatos jurídicos condicionantes podem estar dispostos em ordem aleatória, não influindo isso para composição do ato final[286-287].

Além dessa divisão, o autor particulariza o procedimento como parte integrante ou espécie do *fattispecie complessa a formazione sucessiva* [288]. Inclui aí os procedimentos em geral, de modo a abranger os legislativos, administrativos e jurisdicionais[289]. Explica, assim, que os procedimentos contêm diversos atos coligados uns aos outros, todos ordenados com o propósito de conferir substrato ao provimento final[290].

Embora essa interligação de atos com o propósito de aparelhar o provimento seja o ponto de interesse para o estudo das premissas estabelecidas por Paula Sarno Braga, não vicia perpassar por problema fundamental a que se depara Giovanni Conso, que seria a diferenciação entre o procedimento e as demais *fattispecie complexa de formação sucessiva*[291].

Ao que defende, no procedimento, a ligação entre os atos precedentes é mais intensa[292]. O procedimento é composto por atos que se manifestam em cumprimento de um

---

[285] "... oppure debbano venir posti in esssere contemporaneamente..." (CONSO, Giovanni. **I fatti giuridici processuali penali. perfezione ed efficacia.** Milano: Dott. A Giuffreé, 1982, p. 115).

[286] "... oppure possano realizzarsi in qualunque ordine, anche contemporaneamente..." (CONSO, Giovanni. **I fatti giuridici processuali penali. perfezione ed efficacia.** Milano: Dott. A Giuffreé, 1982, p. 115).

[287] Essa classificação esposada por Giovanni Conso também é acolhida por Calmon de Passos (PASSOS, Joaquim José Calmon de. **Esboço a uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais.** Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 83).

[288] Igualmente, Calmon de Passos: "Um exemplo muito importante de tipo complexo de formação sucessiva é o processo ou procedimento." (PASSOS, Joaquim José Calmon de. **Esboço a uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais.** Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 83).

[289] "Particolare interesse presenta in proposito quella categoria di fattispecie complesse a formazione successiva che è constituta dai procedimenti ein cui occupano un posto di rilievo, accanto ai procedimenti legislativi, amministrativi ecc., i procedimenti giurisdizionali o processi." (CONSO, Giovanni. **I fatti giuridici processuali penali. perfezione ed efficacia.** Milano: Dott. A Giuffreé, 1982, p. 121)

[290] "Come in ogni fattispecie complessa a formazione successiva, i diversi fatti giuridici su cui si impernia un procedimento sono collegati l'uno all'altro in vista di un effetto, che è appunto l'effeto del procedimento." (CONSO, Giovanni. **I fatti giuridici processuali penali. perfezione ed efficacia.** Milano: Dott. A Giuffreé, 1982, p. 124)

[291] CONSO, Giovanni. **I fatti giuridici processuali penali. perfezione ed efficacia.** Milano: Dott. A Giuffreé, 1982, p. 125.

[292] "Come delimitare, dunque, la fisionomia del procedimento? Poichè, al fine di cogliere della differenze nella vasta cerchia delle fattispecie complesse, è vano basarsi, secondo ciò che se è visto, sui rapporti tra l'effetto della fattispecie e i relativi fatti giuridici, non resta che risalire ai rapporti che intercorrono tra questi, nel tentativo di individuare legami di diversa natura ed intensità.

Orbene, prendendo in considerazione le fattispecie che geralmente si qualificano como procedimenti, ci sembra che il collegamento tra i fatti che le costituiscono sia più intenso, almeno sotto un certo riflesso, che non il collegamento tra i che comunemente no vengono qualificate como procedimenti." (CONSO, Giovanni. **I fatti giuridici processuali penali. perfezione ed efficacia.** Milano: Dott. A Giuffreé, 1982, p. 131 e 132).

dever. Esse dever, com efeito, é a situação jurídica que surge ou de qualquer modo se concretiza diante da realização de um determinado ato integrante da cadeia do procedimento.

Em função de um dever, pratica-se um ato. Desse ato, contudo, nasce outro novo dever. Cada fato do procedimento faz surgir um novo dever, ao que chama de "obrigatoriedade", para o sujeito praticar atos sucessivos. A ideia de obrigatoriedade qualifica o procedimento e garante a progressão da série de atos[293].

Mas o que substancialmente importa é a premissa adotada segundo a qual o ato complexo representa categoria que engloba o procedimento, qualificando este como sendo uma série de atos interligados e voltado a um ato final[294-295-296].

Para chegar à conclusão de que o processo identifica-se com o procedimento, Paula Sarno Braga define, como premissas, que (i) os procedimentos estatais são, em regra, atos jurídicos complexos e, ainda, que (ii) integram o grupo de atos complexos de formação sucessiva.

Da combinação de ambas as posições, constrói a sua conclusão sobre o conceito de procedimento. Define a autora seja complexa a reunião de atos necessários à realização de um escopo[297] **(**representado no processo pelo provimento, pensamos). Isso, ao menos em parte, já parece apanhar a realidade fenomênica que representa o procedimento, restando, muito possivelmente, a tomada de posição em relação à cronologia. É quando se socorre, interpretamos, das lições de Giovanni Conso, dado que a disposição dos atos do procedimento observa um fluxo contínuo e progressivo, sobretudo em função da preclusão que marca as sucessivas fases do procedimento.

---

[293] Esclarece Calmon de Passos que: "Para Giovanne Conso, *procedimento é toda fattispecie complexa de formação sucessiva em que um ato resulta do adimplemento de uma obrigação nasscida de um outro fato do procedimento."* (PASSOS, Joaquim José Calmon de. **Esboço a uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais.** Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 83).

[294] BRAGA, Paula Sarno. **Normas de processo e normas de procedimento: o problema da repartição constitucional de competência legislativa no Direito Constitucional brasileiro.** Salvador**:** Juspodivm, 2015, p. 115.

[295] Igualmente entendem constituam o procedimento uma espécie de ato complexo de formação sucessiva Fredie Didier Jr.: "Enquadra-se o procedimento na categoria 'ato-complexo de formação sucessiva': os vários atos que compõem o tipo normativo sucedem-se no tempo." (DIDIER JR. Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação –** o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 19), e Calmon de Passos: "Um exemplo muito importante de tipo complexo de formação sucessiva é o processo ou procedimento." (PASSOS, Joaquim José Calmon de. **Esboço a uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais.** Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 83).

[296] Mas embora Fredie Didier Jr. e Calmon de Passos comunguem de igual compreensão acerca do conceito de procedimento, não significa isso dizer que assimilem a ideia de que processo e procedimento são institutos que se identificam completamente. Ambos, já fizemos a advertência, não ignoram a relação jurídica como elemento central do conceito de processo, de modo a que aderem à teoria complexa do conceito de processo, não obstante se possa identificar alguma sutil diferença numa ou noutra passagem, mas que não se manifesta bastante para separá-las absolutamente.

[297] BRAGA, Paula Sarno. **Normas de processo e normas de procedimento: o problema da repartição constitucional de competência legislativa no Direito Constitucional brasileiro.** Salvador**:** Juspodivm, 2015, p. 115.

Conclui, por tudo, seja o procedimento "ato complexo de formação sucessiva, cujos atos integrantes são reunidos em cadeia causal, ordenada e progressiva – em série de atos e posições –, que seguem rumo à obtenção de um ato *único* e final."[298].

Mas somente isso não é suficiente, ainda, para sustentar seja o processo mero procedimento. Há, por respeito à história da doutrina construída sobre o assunto, a necessidade de desconstruir a ideia de relação jurídica e de contraditório. É ao quanto se dedica nos itens imediatos e subsequentes.

5.1.3 A relação jurídica como elemento de eficácia do procedimento: crítica à teoria complexa do conceito de processo

Vimos, precedentemente, que a relação jurídica processual está presente em, ao menos, duas importantes teorias que se dedicaram ao estudo do conceito de processo: (i) a de que o processo confundir-se-ia com a relação jurídica processual, sendo o procedimento, embora existente, um elemento estranho ao seu núcleo conceptual; e (ii) a segunda que, conferindo importância ao procedimento, colocou-o ao lado da relação jurídica na composição do conceito de processo.

A posição de Paula Sarno Braga põe-se em contraposição a ambas, na medida em que nega seja o processo, em sua essência, uma relação jurídica (processual)[299]. Embora enxergue haja, nesta (relação jurídica), uma função política, sobretudo de expressão dos valores constitucionais, dentre eles o direito à prestação jurisdicional, assim como o dever de boa-fé e cooperação que entrelaça todos os sujeitos do processo (inclusive as partes, diretamente)[300].

Mas, ao tempo que nega a relação jurídica processual como da essência do processo, adere à ideia de que a relação jurídica (genericamente falando; sem particularização ao processo ou ao direito material, mas como categoria fundamental) é uma espécie de situação

---

[298] BRAGA, Paula Sarno. **Normas de processo e normas de procedimento: o problema da repartição constitucional de competência legislativa no Direito Constitucional brasileiro.** Salvador**:** Juspodivm, 2015, p. 115.

[299] Essa inspiração da autora parece beber na fonte de Paula Costa e Silva, que igualmente afasta a concepção do processo como relação jurídica, fazendo-o sob o pálio do argumento, sobretudo, de que o processo pertenceria à categoria dos "factos jurídicos". (SILVA, Paula Costa e. **Acto e processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo.** Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 94).

[300] "Em que pese não se compactue, aqui, com a ideia de processo como sendo, em essência, relação jurídica, há que se reconhecer a feição minimamente política do instituto (relação jurídica processual), tomado que é por valores constitucionais, porquanto abarque em seu conteúdo, dentre outros, um direito público e subjetivo da parte a uma prestação jurisdicional do Estado (acesso à justiça), inerência ao Estado Democrático de Direito, bem como dever de todos os sujeitos envolvidos de contribuir para a solução justa da causa (boa-fé e cooperação)." (BRAGA, Paula Sarno. **Normas de processo e normas de procedimento: o problema da repartição constitucional de competência legislativa no Direito Constitucional brasileiro.** Salvador**:** Juspodivm, 2015, p. 129).

jurídica que representa um conceito jurídico estático, sendo, por isso, incompatível com a própria ideia de processo, que, em si, apresenta-se como dinâmico. Desse modo, nega possa a relação jurídica processual ser, de algum modo, susceptível de movimentação[301-302].

Porém, essa incompatibilidade entre estático e dinâmico (conceito estático para explicar fenômeno dinâmico) não compôs o elemento central da posição apresentada no estudo, como se simplesmente tivesse aderido às construções colmatada desde Goldschmidt e conduzidas ao ponto mais alto por Elio Fazzalari.

Diferentemente, a autora lê a relação jurídica "processual" sob as lentes do fato jurídico, sobretudo naquilo em que construído por Marcos Bernardes de Mello[303]. A explicação de seu raciocínio passa, no entanto, necessariamente, pelo conhecimento da definição de situações jurídicas, que não prescinde, por sua vez, da noção sobre eficácia jurídica.

Para entender o raciocínio construído, do início à conclusão dessa nova proposição sobre o conceito de processo, parece de todo pertinente promover interrupção na linha desenvolvida até então, destinada à explicação do pensamento da autora, e conduzir as atenções e esforços do estudo para exposição sobre o que se entende por situações jurídicas, sobretudo na perspectiva dogmática agasalhada em seu estudo.

Para tanto, reclama-se se inicie por apresentar noção de eficácia jurídica, dado que as situações jurídicas, na concepção também aderida neste trabalho, estão inseridas naquela classe de conceitos jurídicos.

5.1.3.1 Eficácia Jurídica e Processo

A noção de eficácia jurídica passa pela compreensão do fato jurídico, que pressupõe a exata dimensão de regra jurídica, suporte fáctico e incidência. Embora não encontre espaço, neste trabalho, o estudo desses elementos, próprios da Teoria do Fato Jurídico[304], deve-se

---

[301] "Fora isso, há que se concordar que a relação jurídica é uma situação jurídica com conformação específica. E é, portanto, um conceito estático, constituindo-se naquilo que, em dado momento, é. E isso seria incompatível com a dinamicidade inerente ao processo. Não há relação dinâmica, logo não há relação processual dinâmica." (BRAGA, Paula Sarno. **Normas de processo e normas de procedimento: o problema da repartição constitucional de competência legislativa no Direito Constitucional brasileiro.** Salvador**:** Juspodivm, 2015, p. 129).

[302] Essa crítica, originalmente construída para contrapor-se à teoria de Bülow, porém com nítida aderência às concepções mais recentes de processo como entidade jurídica complexa, será objeto de estudo em passagem que reunirá as objeções construídas contra cada uma das principais teorias voltadas à explicação do conceito de processo.

[303] MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia – 1ª parte.** São Paulo: Saraiva, 2003, p. 79 et seq.

[304] Para estudo mais aprofundado sobre o fenômeno jurídico à luz da teoria de Pontes de Miranda, sugere-se consulta às obras do professor Marcos Bernardes de Mello ou o próprio Tratado de Direito Privado. Além disso,

pontuar, minimamente, que o fato jurídico é resultado da incidência da regra jurídica sobre o suporte fáctico[305].

A eficácia jurídica representa as consequências previstas na norma para o fato jurídico. Por isso é que Pontes de Miranda faz questão de acentuar que não é correto dispor em sequência o suporte fáctico, a regra jurídica e a eficácia. Ensina que, da incidência da regra jurídica sobre o suporte fáctico, tem-se o fato jurídico como resultado, do qual nasce a eficácia (a eficácia é produto do fato jurídico assim como este o é da incidência)[306]. "A eficácia jurídica é irradiação do fato jurídico; portanto, depois da incidência da regra jurídica no suporte fáctico, que assim, e só assim, passa a pertencer ao mundo jurídico."[307]

Desse modo, tudo o que decorra do fato jurídico, desde as situações jurídicas mais simples às mais complexas, constitui sua categoria eficacial. É assim, por exemplo, com os estados pessoais, direitos e deveres, pretensões e obrigações, ações e exceções às sanções e ônus e premiações, todos efeitos derivados do fato jurídico[308].

A dimensão das consequências do fato jurídico *(lato sensu)* comporta enquadramento em categorias próprias, a depender das características que apresente. Marcos Bernardes de Mello, por exemplo, afirma seja eficácia jurídica constituída por: (i) situações jurídicas; (ii) sanções (penais e civis); (iii) premiações; e (iv) ônus. No primeiro caso (de particular interesse a este trabalho), o das situações jurídicas, seria possível, ainda, a subdivisão em três subcategorias, quais sejam: (i.i) situações jurídicas básicas; (i.ii) situações jurídicas simples ou unissubjetivas; e (i.iii) complexas ou intersubjetivas. Esta última, por fim, sujeitar-se-ia a ramificação em duas linhas: a das (i.iii.i) situações jurídicas complexas unilaterais; e a das (i.iii.ii) situações jurídicas complexas interpessoais[309]. A relação jurídica, que constitui a mais

---

para o estudo da teoria do fato jurídico e seus reflexos na teoria da decisão judicial, indica-se a leitura do livro do professor Adrualdo de Lima Catão (CATÃO, Adrualdo de Lima. **Teoria do fato jurídico: uma abordagem lógica da decisão judicial.** Curitiba: Juruá, 2013).

[305] "Nada mais reprovável, em método, do que começar-se a falar dos direitos, das pretensões, das ações e das exceções, antes de se falar da regra jurídica, do suporte fáctico, da incidência da regra jurídica, da entrada do suporte fáctico no mundo jurídico (fato jurídico). Tudo isso é *prius.* Os direitos, as pretensões, ações e exceções já são eficácia dos fatos jurídicos, já são *posterius.* O direito nasce quando ocorrem todos os pressupostos necessários à sua aparição: êsses pressupostos são determinados pela regra jurídica, ao incidir no suporte fáctico." (MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado,** 4ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1974. t. V, p. 226).

[306] MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado.** 3ª ed., Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970, t. I, p. 77.

[307] MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado,** 4ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1974. t. V, p. 3.

[308] MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia – 1ª parte.** São Paulo: Saraiva, 2003, p. 2.

[309] MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia – 1ª parte.** São Paulo: Saraiva, 2003, p. 31.

importante categoria dentro do plano da eficácia[310], confunde-se com as situações jurídicas complexas interpessoais.

Assim, embora não seja prescindível descer ao detalhamento explicativo sobre cada uma das categorias da situação jurídica, muito ao contrário, é possível, desde logo, acentuar o posicionamento da relação jurídica (em sentido amplo) dentro da quadra da eficácia jurídica, constando, desse modo, como efeito decorrente de determinado fato jurídico. Essa anotação é determinante para a construção da ideia de identidade entre processo e procedimento.

Posiciona-se, deste modo, a situação jurídica dentro do universo dos efeitos jurídicos, assim como a relação jurídica, dado que represente uma espécie daquela e, portanto, em última análise, subespécie da classe das eficácias. Cumpre, então, nos passos seguintes, conceituar e discriminar a situação jurídica e, em seguida, promover a sua transposição para o plano do processo, permitindo, destarte, compreender porque, ao que propugna a autora, o processo pode ser identificado com o procedimento, sem a presença da relação jurídica (em seu núcleo essencial ou conceitual, ao menos).

5.1.3.1.1 Conceito de situação jurídica (plano material)

Situação jurídica é uma expressão que não conta com um discurso unívoco em torno de sua definição. Diversas são as acepções empregadas pela doutrina que com ela trabalha[311]. Para exemplifica, diferente do que já se posicionou, Torquato Castro define a situação jurídica como sendo "a situação que de direito se instaura em razão de uma determinada situação de fato, revelada como fato jurídico, e que se traduz na disposição normativa de sujeitos concretos posicionados perante certo objeto"[312].

Marcos Bernardes de Mello identifica essa imprecisão e faz inventário de diversos modelos de situações jurídicas trabalhados pela doutrina, indicando a disparidade presente entre as obras de Diguit, Roubier, Betti, Köhler, José Oliveira Ascenção, Carlos Alberto Bittar, Orlando Gomes, Miguel Reale e outros. Adverte, por isso, sobre a necessidade de se precisar o sentido com que se trabalhará[313].

---

[310] MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia – 1ª parte.** São Paulo: Saraiva, 2003, p. 80.
[311] MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia – 1ª parte.** São Paulo: Saraiva, 2003, p. 78.
[312] CASTRO, Torquato. **Teoria da situação jurídica em direito privado nacional.** São Paulo: Saraiva, 1985, p. 50.
[313] MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia – 1ª parte.** São Paulo: Saraiva, 2003, p. 78.

Neste trabalho, como já fizemos transparecer no item precedente, a situação jurídica será considerada como uma modalidade específica de eficácia jurídica, nos moldes desenvolvidos por Marcos Bernardes de Mello e seguidos por Pedro Henrique Pedrosa Nogueira[314], Fredie Didier Jr.[315] e pela própria Paula Sarno Braga[316], para cuja proposição conceitual, e seu raciocínio subjacente, endereça esforços para explicar.

Definida a natureza jurídica da situação jurídica, cumpre dediquemo-nos, no caminho de busca da relação jurídica, a conhecer as suas (anunciadas) espécies, o que influirá, determinantemente, no objetivo explicativo de toda essa passagem.

5.1.3.1.2 Situação jurídica e suas espécies

A situação jurídica, como categoria eficacial, segundo Marcos Bernardes de Mello, comportaria duas diferentes significações, uma ampla e outra restrita.

Em sentido lato, a situação jurídica representaria toda e qualquer consequência que o fato jurídico é capaz de produzir no mundo jurídico[317]. Defende-se, assim, que o sentido amplo apanharia toda e qualquer posição assumida pelo sujeito no contexto de um fato jurídico[318]. Abrangeria, desse modo, tanto as situações jurídicas em sentido estrito como as relações jurídicas.

De outro lado, reserva à subclasse da situação jurídica em sentido estrito para as hipóteses em que a eficácia jurídica não venha a concretizar nenhuma relação jurídica, ou, mesmo que esta se concretize, não provoque reflexos na esfera jurídica de mais de um sujeito de direito, limitando-se à de um, somente[319].

Com efeito, sugerimos seja mais preciso dividir a (i) situação jurídica *lato sensu* – que conteria igual conceito ao que apresentou o autor: toda consequência jurídica decorrente de um fato jurídico – em (i.i) situação jurídica relacional e (i.ii) situação jurídica *stricto sensu,* a

---

[314] NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Situações Jurídicas Processuais. In DIDIER JR., Fredie (coord.). **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial.** Salvador: juspodivm, 2010, segunda série, p. 752.

[315] DIDIER JR, Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos fatos jurídicos processuais.** Salvador: JusPODIVM, 2011, P. 118.

[316] BRAGA, Paula Sarno. **Normas de processo e normas de procedimento: o problema da repartição constitucional de competência legislativa no Direito Constitucional brasileiro.** Salvador**:** juspodivm, 2015, p. 117 a 122.

[317]Expõe, ainda, que a expressão compreenderia todas as categorias eficaciais (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia – 1ª parte.** São Paulo: Saraiva, 2003, p. 78). A afirmação, contudo, melindra a precisão da expressão, na medida em que passaria a situação jurídica *lato sensu* a compreender as sanções, premiações e os ônus.

[318] BRAGA, Paula Sarno. **Normas de processo e normas de procedimento: o problema da repartição constitucional de competência legislativa no Direito Constitucional brasileiro.** Salvador**:** Juspodivm, 2015, p. 117.

[319] MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia – 1ª parte.** São Paulo: Saraiva, 2003, p. 79.

apanhar, neste último universo, todas as espécies de situações jurídicas que não se enquadrassem dentro dos aspectos da relação jurídica, definindo-se, assim, residualmente, mas também compreendendo as hipóteses de situações jurídicas intersubjetivas (ou complexas) unilateral[320].

Mas sendo o Direito uma ciência voltada às relações inter-humanas, a eficácia dos fatos jurídicos pressupõe reflexos na esfera jurídica do outro, individual ou coletivamente considerado (determinado ou indeterminado), não soaria incorreto dizer inexista manifestação de eficácia no mundo do direito que não represente, no fim de contas, uma relação jurídica[321].

Ocorre, contudo, que é comum identificar determinadas produções de efeitos, decorrentes de fatos jurídicos, que precedem à concretização da possível e vindoura relação jurídica, como sucede, por exemplo, com os negócios jurídicos unilaterais, a exemplo do testamento e da oferta[322], cuja formação do laço intersubjetivo é futura e eventual (porque sujeita à condição), não tendo a sua frustração (leia-se: inocorrência da relação intersubjetiva) o condão de apagar os efeitos já produzidos, por mínimo que tenham sido e por limitada que seja a sua capacidade de afetar a esfera jurídica de apenas um sujeito de direito; ou mesmo os que jamais formariam uma relação jurídica, como se dá com os efeitos jurídicos destinados a simplesmente atribuir uma qualidade ou qualificação ao titular do direito.

Por conta de situações dessa ordem, fez-se necessário produzir (sub)classificação de hipóteses de eficácias jurídicas que estivessem fora das fronteiras da relação jurídica (momentânea ou definitivamente). Estão elas, assim, submetidas ao universo das situações jurídicas *stricto sensu*[323].

---

[320] Pedro Henrique Pedrosa Nogueira, Fredie Didier Jr. e Paula Sarno Braga, de forma menos tímida, dividem as hipóteses de situação jurídica *lato sensu* em (i) relacionais e (ii) não relacionais. A classificação proposta por Marcos Bernardes de Mello inclui, nesta última hipótese, o que denomina de "situações jurídicas complexas unilaterais" ou "intersubjetivas unilaterais", na qual reconhece exista inegável conteúdo intersubjetivo, mas que, momentaneamente, encontra-se com sua eficácia restrita a uma única esfera jurídica. Porém, não nega a sua potencialidade de materialização numa relação jurídica. Exemplifica com a oferta, a qual, inicialmente, causa reflexos apenas na esfera jurídica do proponente. Mas, uma vez aceita, evolui para relação jurídica. Assim, possivelmente se possa dizer trate de hipótese não relacional transitória ou indique espécie de categoria intermediária, sujeita, por isso, em regra, à evolução para outro modelo classificatório, o da relação jurídica. Em função desse caráter intercalar, tem-se alguma reserva em inseri-lo numa categoria de situação jurídica não relacional. (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia – 1ª parte.** São Paulo: Saraiva, 2003, p. 163 et seq.*;* DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos fatos jurídicos processuais.** Salvador: Editora Juspodivm, 2011, p. 123; BRAGA, Paula Sarno. **Normas de processo e normas de procedimento: o problema da repartição constitucional de competência legislativa no Direito Constitucional brasileiro.** Salvador**:** Juspodivm, 2015, p. 117).

[321] MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia – 1ª parte.** São Paulo: Saraiva, 2003, p. 80.

[322] MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia – 1ª parte.** São Paulo: Saraiva, 2003, p. 163.

[323] Para alguns, as situações jurídicas *stricto sensu* comporiam subcategoria que designam de "não-relacionais" (DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos fatos jurídicos processuais.** Salvador: Editora Juspodivm, 2011, p. 123; BRAGA, Paula Sarno. **Normas de processo e normas de procedimento: o**

Na classificação (derivada) da situação jurídica estrita que propôs Marcos Bernardes de Mello, identificou duas espécies de situações eficaciais não-relacionais: (i) situação simples ou unissubjetiva e as (ii) situação complexa (ou intersubjetiva) unilateral. O autor apresenta também o que designa de "situação jurídica básica"[324], a que Paula Sarno Braga insere dentro das chamadas "situações processuais *não-relacionais*"[325].

Neste trabalho, diversamente, não posicionamos "a situação jurídica básica" no contexto da situação jurídica em sentido estrito, dado que interpretamos queira representar o efeito de conteúdo mínimo presente em qualquer fato jurídico (*lato sensu*), haja vista não se cogite de fato apanhado pela incidência destituído completamente de carga eficacial[326], de modo que, incapaz que seja de produzir seu efeito específico, algum efeito outro, pelo simples fato de ter entrado no plano da existência do mundo jurídico, haverá de ter produzido.

Assim, a "situação jurídica básica" representaria hipótese de eficácia de conteúdo mínimo do fato jurídico, que estaria presente em todas as espécies de situações jurídicas, a compreender, por conseguinte, também a relação jurídica. Por isso, não se interpreta represente a forma mais escorreita restringir a situação jurídica básica ao mundo eficacial das situações processuais não-relacionais. Pensamos deva figurar lado-a-lado das demais situações eficaciais, funcionando como efeito mínimo do universo eficácial próprio do fato jurídico em particular, seja sua natureza material ou processual.

O exemplo que se apresenta, para efeito da situação jurídica básica, é o do testamento, enquanto negócio jurídico unilateral. Sua eficácia específica consiste na transmissão de bens *mortis causa* aos herdeiros ou legatários instituídos na disposição testamentária. Este efeito, contudo, somente é consagrado com a superveniência do evento morte. Até que ela sobrevenha, o testamento, conquanto válido, é ineficaz em relação aos seus efeitos principais, podendo o testador dispor livremente dos bens que houvera testado em favor de outrem, sem que o beneficiário possa reclamar da disposição patrimonial por qualquer meio. A disposição do bem em vida diversa do que conste na deixa testamentária é causa de sua caducidade, mas especificamente quanto ao bem em si considerado[327].

---

problema da repartição constitucional de competência legislativa no Direito Constitucional brasileiro. Salvador**:** Juspodivm, 2015, p. 118.)

[324] MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia – 1ª parte.** São Paulo: Saraiva, 2003, p. 84.

[325] BRAGA, Paula Sarno. **Normas de processo e normas de procedimento: o problema da repartição constitucional de competência legislativa no Direito Constitucional brasileiro.** Salvador**:** Juspodivm, 2015, p. 118.

[326] MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia – 1ª parte.** São Paulo: Saraiva, 2003, p. 84.

[327] MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia – 1ª parte.** São Paulo: Saraiva, 2003, p. 85.

Mas tendo-se aperfeiçoado o negócio jurídico, embora ainda ineficazes as disposições testamentárias (efeito específico ou próprio), tem acesso ao mundo jurídico e, não sendo inválido, também ao plano da eficácia, produzindo, de imediato, um efeito de conteúdo mínimo, consistente em situação jurídica básica, caracterizada pela vinculação do testador à deixa testamentária, submetendo-se à manifestação de vontade nele registrada no momento de sua morte. Para que não venha a produzir o seu efeito próprio, consistente na transmissão de bens aos herdeiros e legatários, consoante disposição do testamento, é necessário que haja a sua revogação ou, ainda, que ocorra qualquer hipótese de caducidade das disposições, o que pressupõe a formalização de outro ato jurídico, com manifestação de vontade (contrária), portanto[328].

No espaço particular das relações jurídicas, é possível demonstrar a presença desses efeitos de conteúdo mínimos com os negócios jurídicos nulos, os quais, apesar de portarem defeitos, não são destituídos completamente de eficácia. Não nos referimos aos negócios jurídicos putativos, porquanto aptos à produção dos efeitos específicos finais. Aludimos à espécie de efeito diverso do específico, presente mesmo em negócios jurídicos incapazes de irradiar este último, mercê da mácula de invalidade que trazem consigo. Igualmente, a sua simples entrada no mundo do direito, mesmo portando vício, habilita-o a produzir efeitos limitados, como a presunção de boa-fé da posse de bem transmitido sob o pálio da nulidade[329]. Porque nulo, não é hábil à promoção dos efeitos próprios, consistente na transferência da propriedade. A boa-fé, no entanto, como efeito mínimo do negócio jurídico nulo, pode auxiliar na aquisição da propriedade (não transmissão) por aquele que figurou como adquirente da transação viciada, dada a transferência do caráter com que a posse foi adquirida[330], por meio da usucapião.

De volta às espécies de situação jurídica *stricto sensu*, tem-se, em primeiro plano (sub-)classificatório, a modalidade de eficácia jurídica que reflete, de modo exclusivo, em uma esfera jurídica, não criando deveres, obrigações ou sujeições no espaço da intersubjetividade, limitando-se a atribuir qualidade[331] ou qualificação[332] dentro do mundo jurídico a determinado

---

[328] MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia – 1ª parte.** São Paulo: Saraiva, 2003, p. 86.
[329] MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia – 1ª parte.** São Paulo: Saraiva, 2003, p. 86.
[330] Código Civil, "Art. 1.203. Salvo prova em contrário, entende-se manter a posse o mesmo caráter com que foi adquirida."
[331] Representa uma situação jurídica que se atribui a alguém. Essa situação confere ao sujeito uma posição no mundo jurídico (*e.g.* ser pessoa no mundo do direito, ser sujeito de direito, ter capacidade jurídica). (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia – 1ª parte.** São Paulo: Saraiva, 2003, p. 88)
[332] Diferente das qualidades, as qualificações constituem um estado relativo à pessoa (*e.g.* menoridade civil e penal, estado de casado ou de solteiro). (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia – 1ª parte.** São Paulo: Saraiva, 2003, p. 88)

sujeito. A essa espécie denomina-se de "situação jurídica simples ou unissubjetiva". O critério de classificação utilizado, é de se perceber, sustenta-se em sua particular condição de produzir efeitos, diretos e imediatos, em uma única esfera jurídica, não tendo relevância que possa ser oponível a outrem, na medida em que violado[333].

As "situações jurídicas simples ou unissubjetivas" podem ser exemplificadas com: as (i) qualificações pessoais, tais como: a maioridade civil e penal; o estado civil, de solteiro ou de casado; ou mesmo a condição de habilitação para a vida civil, se, então, incapaz, relativa ou absolutamente (ressalvada hipótese da idade cronobiológica), ou emancipado; e as (ii) qualidades jurídicas, a exemplo da personalidade e capacidade jurídica[334]. Nas fronteiras do mundo processual, a norma jurídica pode conferir qualificação (autorizativa) a determinado sujeito de direito, com o propósito de habilitá-lo a figurar no processo, como se encontra na legitimidade *ad processum*[335-336].

Dentro das fronteiras da situação jurídica *stricto sensu*, porém com exceção das hipóteses de efeitos que se restrinjam a uma única esfera jurídica (as chamadas "situações jurídicas simples ou unissubjetivas"), os fatos jurídicos promovem envolvimento intersubjetivo, produzindo, de ordinário, relação jurídica, na qual há correspectividade de direitos e deveres (ao dever de um sujeito corresponde um direito do outro)[337].

Mas não obstante a potencialidade que tenha o fato jurídico de produzir uma relação jurídica, porquanto componha a intersubjetividade do suporte fático da norma, sua eficácia específica, por algum espaço de tempo, mantém-se em estado de latência, não vindo a tocar o sujeito de direito correspectivo, irradiando efeito, assim, somente no âmbito de uma esfera jurídica. A oferta, enquanto negócio jurídico unilateral, é o exemplo utilizado para demonstrar e justificar a classificação teorizada, na medida em que a sujeição do terceiro somente

---

[333] MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia – 1ª parte.** São Paulo: Saraiva, 2003, p. 88 e 89.

[334] MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia – 1ª parte.** São Paulo: Saraiva, 2003, p. 81.

[335] DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos fatos jurídicos processuais.** Salvador: Editora Juspodivm, 2011, p. 123.

[336] Paula Sarno Braga exemplifica a situação jurídica unilateral no âmbito do processo com a intervenção de ente federal em processo que tramite perante a Justiça Estadual, deslocando a competência para a Justiça Federal, bem como com a capacidade processual da parte, cuja maioridade civil venha a se completar durante o trâmite da causa. Em ambas as hipóteses, supõe não haver reflexo na relação jurídica, senão em qualidade atribuída ao sujeito para o processo (BRAGA, Paula Sarno. **Normas de processo e normas de procedimento: o problema da repartição constitucional de competência legislativa no Direito Constitucional brasileiro.** Salvador**:** Juspodivm, 2015, p. 118).

[337] MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia – 1ª parte.** São Paulo: Saraiva, 2003, p. 163.

ocorrerá com a aceitação. Antes disso, os efeitos limitam-se à esfera de direito daquele que exteriorizou a vontade negocial, com a proposição da oferta[338].

A essa espécie, que se insere fora da relação jurídica (enquanto classe), porque remonta a efeitos prévios à sua formação (da relação jurídica), denomina-se de "situação jurídica complexa unilateral" ou "situação jurídica intersubjetiva unilateral" [339-340-341]. Mas, de outro lado, porquanto predisposta à formação de uma relação entre sujeitos de direito, tendo esse caráter subjetivo plural, insere-se dentro da categoria de situações intersubjetivas ou complexas, tal como a relação jurídica, posicionando-se lado-a-lado desta.

Paula Sarno Braga identifica, à semelhança da oferta, nas formas disciplinadas nos artigos 427, 429 e 854 do Código Civil, o lanço do pretendente à arrematação em hasta pública, regulada como método de expropriação no Código de Processo Civil (art. 890 do CPC), formulando, com isso, interessante exemplo de "situação jurídica intersubjetiva unilateral processual", haja vista que o pretenso arrematante vincula-se à proposta que formular, sujeitando-se à aceitação do Estado, podendo, porém, retratar-se até a assinatura do auto – sem o que não se desvincula –, a partir de quando a oferta torna-se irretratável (art. 903, CPC), mercê do vínculo jurídico, agora relacional, que se aperfeiçoou entre as partes[342].

A última das espécies a compor a situação jurídica *lato sensu* é a relação jurídica, que tem grande importância no universo do Direito na medida em que (este) lida com relações sociais. Em sentido amplíssimo, a expressão relação (reduzida, portanto, na qualificação jurídica) indica uma interconexão entre dois objetos, em que um influi ou reflete no outro (na

---

338 MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia – 1ª parte.** São Paulo: Saraiva, 2003, p. 163.

339 MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia – 1ª parte.** São Paulo: Saraiva, 2003, p. 163.

340 Marcos Bernardes de Melo chama a atenção para a designação empregada por Pontes de Miranda, o qual trata esse efeito prévio à perfeição da relação jurídica, aqui nominado de "situação jurídica complexa unilateral" ou "situação jurídica intersubjetiva unilateral", como "efeito mínimo", que exemplifica, igualmente, com a oferta. (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia – 1ª parte.** São Paulo: Saraiva, 2003, p. 163; MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado.** 4ª ed., Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1974, t. V, p. 7)

341 Dessa passagem (e de outras não transportadas), fica claro que Pontes de Miranda identifica o efeito mínimo como sendo a eficácia do fato jurídico que precede a sua potencialidade específica: "Demasiado atentos às categorias de obrigação, de posição passiva na ação e de posição passiva na exceção, os juristas descuraram o estudo do efeito mínimo, isto é, o efeito que seria o último. Se algum ato jurídico tem um efeito, já não é êle totalmente ineficaz. A vinculação aparece, como o efeito mínimo, tratando-se de ato humano que entra no mundo jurídico *e é eficaz*, mas a oferta revogável é eficaz enquanto não se revoga e se teria de dilatar o conceito de vinculação. Pode o ato humano entrar sem essa eficácia presente, de modo que ainda aqui ineficácia e inexistência não coincidem." (MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado.** 4ª ed., Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1974, t. V, p. 7). Vê-se, assim, que a vinculação do proponente do negócio jurídico aos termos da oferta constitui efeito mínimo daquele fato jurídico, já que a sua eficácia específica sedia-se na entrega do bem prometido ao aceitante.

342 BRAGA, Paula Sarno. BRAGA, Paula Sarno. **Normas de processo e normas de procedimento: o problema da repartição constitucional de competência legislativa no Direito Constitucional brasileiro.** Salvador**:** Juspodivm, 2015, p. 119.

linguagem de Pontes de Miranda: *a*R*b*[343]). Com essa abordagem, é possível alcançar, dentre outras, as relações físicas, químicas, biológicas, matemáticas e sociológicas[344].

Nem tudo interessa ao Direito e, por isso, mais restrito é o espaço de inserção da relação jurídica, que somente dentro daquele mundo particular encontra sua razão de existir. A vida social é repleta de relações intersubjetivas, de maneira tal que as implicações entre os sujeitos revelam-se uma constante. Algumas delas, porque interessam ao Direito, são particularizadas por regras jurídicas, as quais disciplinam o fluxo inter-relacional produtor de direito↔deveres, pretensões↔obrigações, ações↔situações de acionado, exceções↔situação de excetuado. Outras tantas são, pelo Direito, ignoradas, a exemplo das regras morais ou de etiquetas. Às primeiras espécies de relações sociais, valoradas que são pelo Direito, emprestam-se qualidade particular representada pela expressão jurídica. São, portanto, todas as relações sociais inter-humanas que tenham sido disciplinadas por regras jurídicas e, por isso, sujeitem-se ao processo de juridicização[345].

Ao final dessa exposição sobre as espécies da situação jurídica *lato sensu*, uma dúvida pode subsistir: em que a "situação jurídica intersubjetiva unilateral" se diferencia da "situação jurídica básica"? Como deixamos assentado em passagem da categoria pretérita, a situação jurídica básica representa espécie de efeito que permeia todos os outros, sejam simples, complexo unilateral ou mesmo a relação jurídica. A vinculação precedente à formação da relação jurídica presente na oferta, exemplo utilizado para a situação jurídica intersubjetiva unilateral, pensamos, em nada difere da que se encontra no testamento, antes da morte do testador, que serve de modelo para a explicação da situação jurídica básica. A diferença, em nossa leitura, é exatamente o espectro mais dilatado desta última espécie de efeito, que compreende não somente as situações jurídicas interpessoais unilaterais, como também aos efeitos mínimos presentes nas situações simples e nas relações jurídicas[346].

5.1.3.1.3 Situação jurídica, noção jurídico-fundamental ("lógico-jurídico") e transposição do plano material para o processual

---

[343] MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado.** 3ª ed., Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970, t. I, p. 19 e 117.
[344] MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia – 1ª parte.** São Paulo: Saraiva, 2003, p. 168.
[345] MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia – 1ª parte.** São Paulo: Saraiva, 2003, p. 168.
[346] MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado.** 4ª ed., Rio de Janeiro, Revista dos Tribunais, 1974, t. V, p. 7.

No primeiro capítulo desta dissertação, explicamos em que consistem os conceitos jurídicos fundamentais e os contrapusemos aos conceitos definidos por ordenamentos jurídicos particulares, designados de conceitos jurídico-positivos.

Lá, pudemos observar que o operador do direito trabalha com conceitos próprios de determinados sistemas e ramos jurídicos, sujeitos, por isso, à variação conforme disposição de legislação específica, e outros que têm a pretensão de validez e aplicabilidade universal, sendo, em tese, insuscetível às variações pontuais promovidas por leis locais (na perspectiva de Estados soberanos).

A noção de situação jurídica (*lato sensu*), na perspectiva em que aqui agasalhamos, enquadra-se no âmbito desses conceitos tendentes à universalidade, o que significa sua potencialidade de não apenas ultrapassar as fronteiras de ordenamento particular, mas também a de possuir aplicabilidade nos diversos subdomínios de um determinado sistema.

Nesse último aspecto, é que se considera o ato jurídico, como conceito fundamental, com as mesmas qualidades e definição seja qual for o ramo do direito que tenha entrada, sendo assim no direito tributário, civil, processual etc.

Assim também se passa com as situações jurídicas, enquanto consequência do fato jurídico[347], que se situam no espaço dos conceitos jurídicos fundamentais (ou lógico-jurídicos) e, por isso, perpassam todos os subdomínios da Ciência Jurídica, detendo, pois, a pretensão de universalidade que caracteriza essa classe de conceitos[348].

Por isso, há situações jurídicas no Direito Civil, como a personalidade e capacidade de agir; no Direito Constitucional, como a competência e a nacionalidade; e também no Direito Processual, como a competência e a legitimidade; além dos demais outros subdomínios do Direito[349]; que refletem nos outros ramos da ciência.

Em função dessa qualidade, toda a explicação construída para detalhar a compreensão sobre as situações jurídicas, sobretudo a perspectiva adotada neste trabalho a respeito do assunto, tem aplicação ao Direito Processual, que igualmente identifica, como efeitos de seus atos, situações jurídicas *lato sensu*, tanto relacionais como não-relacionais, de modo que é absolutamente legítimo falar-se em "situações jurídica processuais"[350].

---

[347] MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia – 1ª parte.** São Paulo: Saraiva, 2003, p. 78.

[348] NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Situações Jurídicas Processuais. In DIDIER JR., Fredie (coord.). **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial.** Salvador: Juspodivm, 2010, v. 2, p. 754.

[349] NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Situações Jurídicas Processuais. In DIDIER JR., Fredie (coord.). **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial.** Salvador: Juspodivm, 2010, v. 2, p. 754.

[350] Nesse sentido: DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos fatos jurídicos processuais.** Salvador: Editora Juspodivm, 2011, p. 117.

5.1.3.1.4 Posicionamento da situação jurídica no do mundo do processo

A existência de uma Teoria Geral do Processo tem sido contestada, o que faz, por exemplo, Rogério Lauria e Tucci[351] e Aury Lopes Jr.[352], dentre outros processualistas penais (sobretudo esses). Mas grande parte da doutrina defende a sua existência, a exemplo de Fredie Didier Jr.[353], Ada Pelegrini Grinover e Afrânio Jardim[354], além de Candido Rangel Dinamarco[355], Vicente Greco Filho[356] e outros.

Para a parcela que entende por sua existência, o conceito da Teoria Geral do Processo pode ser articulado como sendo a disciplina do Direito Processual que se ocupa da elaboração, organização e articulação dos conceitos jurídicos fundamentais[357], válidos, por isso, para todos os recantos da Ciência Processual.

A Teoria Geral do Processo, desse modo, teria a função de generalizar conceitos jurídicos processuais, buscando, a partir do direito positivo, articular construções conceptuais que sirvam a todo tipo de processo. Trabalha, assim, com a noção de conceitos fundamentais, tais como o de norma, fato jurídico, direito subjetivo e, também, o de situação jurídica, dentro da qual se insere a relação jurídica, que, *in casu*, particulariza-se por ser processual.

5.1.3.1.4.1 Fatos e situações jurídicas processuais

É importante deixar acentuado, não apenas para o exame da teoria do processo como procedimento (desqualificado), mas para este estudo, em si considerado, que compreendemos o processo enquanto entidade coletiva, o qual se manifesta pela juridicidade inerente a cada um dos seus múltiplos acontecimentos.

Já acentuamos que as situações jurídicas decorrem de fatos jurídicos, bem como que aquelas, por constituírem conceitos de reflexos transcendentes às fronteiras de determinado

---

[351] TUCCI, Rogério Lauria. Considerações acerca da inadmissibilidade de uma teoria geral do processo. **Revista Jurídica.** Porto Alegre, 2001, n. 281, p. 49.
[352] LOPES JR. Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional.** 5ª ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2010, v. 1, p. 34.
[353] DIDIER JR. Fredie. **Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida.** Salvador: Juspodivm, 2013, p. 59 et seq.
[354] **A polêmica sobre a teoria geral do processo.** Disponível em: http://www.direitoprocessual.org.br/index.php?uma-polemica-sobre-a-teoria-geral-do-processo. Acesso em 22 nov 2015.
[355] DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo.** 13ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 67.
[356] GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1, p. 3.
[357] DIDIER JR. Fredie. **Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida.** Salvador: Juspodivm, 2013, p. 59.

ordenamento jurídico, têm trânsito livre para a Ciência do Processo, de modo a comportar a qualificação própria desse universo.

Se assim é com o efeito, não poderia ser diferente com a causa, que também constitui conceito de índole fundamental. Desse modo, é inegável a possibilidade de se atribuir ao fato jurídico a particularização pertinente ao processo, designando-o, destarte, de "fato jurídico processual"[358].

Sobre a classificação dos fatos jurídicos processuais, contudo, há diversas formas de fazê-la[359], não querendo isso significar haja uma correta, em detrimento de outras, ou alguma que simbolize a verdade absoluta, senão aquela que revele determinado grau de utilidade para a solução dos problemas a que volta suas atenções.

Esta, no entanto, não é a sede própria para promover o estudo de cada uma das classificações propostas. Mas, não obstante isso, revela-se importante registrar sobre qual delas nos inclinamos. Manifestamos, assim, adesão à proposta (ampla) que particulariza o fato jurídico como sendo processual segundo as consequências processuais que tenha aptidão de produzir a norma jurídica[360], não importando a sede em que tenha sido praticado[361-362].

A qualidade processual que se empresta aditivamente ao fato jurídico ("fato jurídico processual") decorre da pontencialidade[363] que tenha de gerar situações jurídicas processuais, e não porque represente fato jurídico apto a criar, modificar ou extinguir relação jurídica

---

[358] Fredie Didier Jr. e Pedro Henrique Nogueira expressam que os "fatos jurídicos *lato sensu* processuais, podem ser definidos como os eventos, abrangendo manifestações de vontade, condutas e fenômenos da natureza, contemporâneos a um procedimento a que se refiram, descritos em normas jurídicas processuais" (DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos fatos jurídicos processuais.** Salvador: Editora Juspodivm, 2011, p. 31).

[359] DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento.** 14ª ed. Salvador: Juspodivm, 2012, v. 1, p. 273.

[360] NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Situações Jurídicas Processuais. In DIDIER JR., Fredie (coord.). **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial.** Salvador: Juspodivm, 2010, v. 2, p. 759; BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano de existência, in **Revista de Processo,** n. 148. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 309; DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento.** 14ª ed. Salvador: Juspodivm, 2012, v. 1, p. 273 e 279.

[361] DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento.** 14ª ed. Salvador: Juspodivm, 2012, v. 1, p. 279.

[362] É contrário a ideia de que possa haver fatos processuais praticados fora do processo Calmon de Passos, que se manifesta nesse sentido ao negar se possa falar em "fatos jurídicos naturais processuais", o que aqui se classifica de fatos jurídicos processuais *stricto sensu* (PASSOS, Joaquim José Calmon de. **Esboço a uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais.** Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 64 e 65).

[363] Com essa expressão, denota-se sutil distinção para com a posição manifestada por Pedro Henrique Pedrosa Nogueira, que, no particular, expressa o seguinte: "Convém ainda advertir que os fatos jurídicos processuais devem ser assim considerados (...) porque geram situações jurídicas processuais (gênero do qual a relação jurídica processual é espécie)." (NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Situações Jurídicas Processuais. *In* DIDIER JR., Fredie (coord.). **Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial.** Salvador: Juspodivm, 2010, v. 2, p. 759). Assim nos posicionamos porque compreendemos seja possível identificar um fato jurídico processual mesmo no plano da projeção em perspectiva. Daí é que interpretamos que a qualidade processual do fato jurídico decorra de sua mera capacidade (*in potentia)* de criar uma situação jurídica processual, mesmo que esta jamais venha a se concretizar na realidade viva do processo.

processual[364], na mesma linha em que a doutrina tradicional conceitua o fato jurídico (geral)[365].

Muito embora a definição da categoria jurídica processual dê-se em função dos efeitos que tenha aptidão para produzir, não há, *in casu*, conflito com a posição de Marcos Bernardes de Mello, que diverge da doutrina tradicional quanto à definição do fato jurídico (com a qual concordamos).

O autor enxerga com sérias reservas a definição do fato jurídico pelo efeito que ele provoca, quando se o qualifica como sendo todo ato capaz de criar, modificar, resguardar ou extinguir relação jurídica. E a sua ressalva assenta-se, sobretudo, na eventualidade da superveniência dos efeitos do fato jurídico, que podem jamais vir a se concretizar. O exemplo mais destacado é o do testamento (como já explicado linhas acima), cujo efeito principal, consistente na transmissão do patrimônio para o beneficiário, pode não ocorrer, mercê de revogação que promova o próprio testador, sem que isso implique na inocorrência do fato jurídico, que existiu, pode ter sido válido, mas somente não chegou a produzir efeitos (ao menos o principal deles)[366].

Prefere, por isso, optar por outra via de solução conceptual, o que promove à luz da teoria de Pontes de Miranda, definindo o fato jurídico como sendo, "simplesmente, o suporte fáctico, ou sua parte relevante, que entrou no mundo jurídico, em consequência da incidência da norma jurídica."[367].

A manifestação a que aderimos, a respeito do critério para classificação do fato jurídico como processual, não diverge da preclara posição do professor Marcos Bernardes de Mello, com a qual concordamos inteiramente. O fato jurídico processual continua a ser "jurídico" em função da incidência que apanha determinado fato (concreta ou abstratamente); porém, a qualidade processual (fato jurídico "processual") depende de onde os seus efeitos venham ou possam se irradiar, reclamando, para a entrada neste universo particular da Ciência

---

[364] Nesse mesmo sentido: NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Situações Jurídicas Processuais. *In* DIDIER JR., Fredie (coord.). **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial.** Salvador: Juspodivm, 2010, v. 2, p. 759.

[365] Consoante adverte Marcos Bernardes de Mello (MELLO, Marcos Bernardes de. Da ação com objeto litigioso no processo civil. In COSTA, Eduardo José da Fonseca; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). **Teoria quinária da ação: estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos do seu falecimento.** Salvador: Juspodivm, 2010, p. 368)

[366] MELLO, Marcos Bernardes de. Da ação com objeto litigioso no processo civil. In COSTA, Eduardo José da Fonseca; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). **Teoria quinária da ação: estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos do seu falecimento.** Salvador: Juspodivm, 2010, p. 368.

[367] MELLO, Marcos Bernardes de. Da ação com objeto litigioso no processo civil. In COSTA, Eduardo José da Fonseca; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). **Teoria quinária da ação: estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos do seu falecimento.** Salvador: Juspodivm, 2010, p. 370.

Processual – que está contida no mundo jurídico (CP $\subset$ MJ) –, que tenha a potencialidade de propagar os seus efeitos para o lado de dentro do processo.

5.1.3.1.4.2 Situações jurídicas processuais não relacionais

5.1.3.1.4.2.1 Qualidades[368] processuais

As qualidades processuais representam hipótese de efeito processual (não-relacional) que não transcende a esfera jurídica de direito de sujeito do processo. Por essa sua característica, corresponde ao que, linhas atrás, designamos de situação jurídica simples ou unissubjetiva[369], o que fizemos ao ensejo de apresentar as espécies de situação jurídica (*lato sensu*).

Tal efeito processual uniposicional (para usar a expressão empregada por Torquato Castro[370]) serve para designar hipóteses em que a norma processual preste-se a conferir ao sujeito do processo uma qualificação específica, sem que, com isso, toque, de qualquer modo, a relação jurídica processual.

Exemplo expressivo disso, que vem sendo utilizado pela doutrina[371], é o da legitimidade *ad processum.* Com efeito, se bem lida a proposição teórica, possivelmente se concluirá que, na classe (de qualidades processuais), tem entrada a "capacidade processual", enquanto gênero, da qual são espécies: a capacidade para ser parte, a capacidade para estar em juízo e a capacidade postulatória (representando a segunda delas a *legitimatio ad processum*)[372]

Em todas essas hipóteses tem-se a atribuição de determinada qualidade processual a um sujeito de direito em particular, conferindo-lhe, sobre sua personalidade jurídica, um atributo especifico para dentro do processo, o qual lhe permita tomar assento na posição de parte até se pronunciar independentemente, não produzindo, normas dessa ordem, de toda forma, relação jurídica processual alguma.

5.1.3.1.4.2.2 Poderes processuais

---

[368] Compreenda-se no termo tanto as "qualidades" como as "qualificações", que, dantes, foram particularizadas.
[369] Consoante sistematização produzida por Marcos Bernardes de Mello (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia – 1ª parte.** São Paulo: Saraiva, 2003, p. 88).
[370] CASTRO, Torquato. **Teoria da situação jurídica em direito privado nacional.** São Paulo: Saraiva, 1985, p. 70.
[371] NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Situações Jurídicas Processuais. In DIDIER JR., Fredie (coord.). **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial.** Salvador: Juspodivm, 2010, v. 2, p. 762.
[372] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum.** São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015, v. 2, p. 81.

Os poderes processuais são posicionados dentro da categoria das situações jurídicas unilaterais, representando, assim, posições ativas de vantagem[373], que, embora em meio a uma relação jurídica processual, somente causa reflexo eficacial na esfera jurídica de um dos seus integrantes.

Diversamente do que se verifica passar com a relação jurídica, na qual, para cada direito, pretensão, ação ou exceção, há uma posição correlata contraposta, no poder processual, esse posicionamento de contraposição inexiste, de sorte que os benefícios e os prejuízos advindos da prática ou não-prática do ato somente tocam ao titular do poder, não obstante a sua conduta ou omissão influam, de algum modo, no processo.

O ônus é o exemplo mais destacado de poderes processuais, exatamente porque indica a atribuição de determinado peso para um dos sujeitos da relação jurídica processual, da qual interesse livrar-se ao longo do processo. É conhecida a lição de Goldschmidt de que o ônus revela um "imperativo do próprio interesse".

Pedro Henrique Pedrosa Nogueira critica a conceituação tradicional de ônus, na qual se lhe atribui a condição de situação jurídica passiva, sem posição correspectiva ativa, pois que o agente pratica ato tendente a impor-lhe consequência negativa por negligência omissiva que venha a incidir. De modo totalmente inverso, prefere conceber o ônus como uma situação jurídica ativa, em face da qual não há uma situação de sujeição correspondente. Pois se houvesse (correspondência), não seria classificada como situação complexa unilateral, mas sim enquanto relação jurídica[374].

O ônus diferencia-se dos demais poderes na medida em que há a previsão normativa de imposição de consequência negativa ao titular da situação jurídica caso não venha cumprir com a atividade que lhe tenha sido imposta por outra norma. O exemplo mais característico de ônus é o da presunção de veracidade decorrente da inobservância do poder jurídico de contestar[375].

E particularmente o que distingue o ônus do dever é a correlação, ou não, da atividade exigida com a relação jurídica. É por isso que Pontes de Miranda, ao traçar esse discrimine, precisou: "a) A diferença entre *dever* e *ônus* está em que (*a*) o dever é em relação a alguém,

---

[373] NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Situações jurídicas processuais. In DIDIER JR., Fredie (coord.). **Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial.** Salvador: Juspodivm, 2010, v. 2, p. 762 e 763; BRAGA, Paula Sarno. **Normas de processo e normas de procedimento: o problema da repartição constitucional de competência legislativa no direito constitucional brasileiro.** Salvador**:** juspodivm, 2015, p. 119.

[374] NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Situações Jurídicas Processuais. In DIDIER JR., Fredie (coord.). **Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial.** Salvador: Juspodivm, 2010, v. 2, p. 764.

[375] BRAGA, Paula Sarno. **Normas de processo e normas de procedimento: o problema da repartição constitucional de competência legislativa no direito constitucional brasileiro.** Salvador**:** Juspodivm, 2015, p. 120.

ainda que seja a sociedade; há relação jurídica entre dois sujeitos, um dos quais é o que deve: a satisfação é do interesse do sujeito ativo...". Em ato contínuo, deixa claro que o ônus, diferentemente, não transcende a esfera jurídica do onerado para atingir o outro sujeito da relação: "... ao passo que (*b*) o ônus é em relação a si mesmo; não há relação entre sujeito; satisfazer é do interesse do próprio onerado."[376].

5.1.3.1.4.3 Relações jurídicas processuais ou situações jurídicas relacionais processuais

Linhas acima, fizemos exposição na qual indicamos constituísse a relação jurídica em espécie de vínculo inter-relacional. Precisamente, a relação jurídica "é a relação inter-humana, a que a regra jurídica, incidindo sobre os fatos, torna jurídica."[377].

Essa relação "inter-humana" pode já existir no mundo fenomênico e apenas ser valorada pelo Direito, que, identificando sua importância, disciplina-a por meio de regra jurídica, provocando a incidência sobre todas as que existam ou venham a se formar durante a sua vigência.

É assim, por exemplo, com a relação de parentesco. O vínculo fático de filiação ("filiação-paternidade" ou "filiação-maternidade") precede a incidência e mesmo à própria regra jurídica. A sua existência prescinde de regulação jurídica qualquer. O Direito, nesses casos, regula o que já é, e não cria o que não havia.

Todas as vezes em que a regulamentação jurídico-legal recaia sobre relação da vida, tem-se o que Pontes de Miranda denominou de "relação jurídica básica" ou "relação jurídica fundamental."[378].

Adverte, porém, que diversa dessa ("relação jurídica básica") é a relação que se coloca supervenientemente à incidência ou mesmo dela é decorrente, a qual deveria ser tratada no campo da eficácia do fato jurídico, sendo, por isso, produto da criação do Direito[379].

A relação jurídica processual, considere-se-a existente, representa espécie que se sobrepõe à incidência; decorrendo dela, propriamente. Não sendo, pois, classificada como relação jurídica básica ou fundamental, exatamente porque não existe nas relações naturais inter-humanas. O processo judicial é, em sua natureza, jurídico, não natural.

Desse modo, pode-se definir que a relação jurídica processual – componha ou não o conceito de processo –, dentro de uma "Teoria do Fato Jurídico Processual", integra o plano

---

[376] MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao código de processo civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1996, v. IV, p. 253.
[377] MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado.** 3ª ed., Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1970, t. I, p. 117.
[378] MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado.** 3ª ed., Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1970, t. I, p. 117.
[379] MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado.** 3ª ed., Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1970, t. I, p. 118.

da eficácia, exatamente por constituir consequência de circunstância jurídico-regulamentada. A demanda, portanto, é o fato jurídico capaz de ensejar o nascimento da relação jurídica processual, inicialmente formada entre demandante e o Estado-Juiz.

Sobre esse posicionamento da relação jurídica processual, em prol da defesa de sua existência, há de se pontuar que a relação jurídica constitui "um dos conceitos fundamentais da Ciência Jurídica"[380], tendo, por isso, passagem por seus diversos ramos, o que inclui o processual.

E para a constatação da relação jurídica, Marcos Bernardes de Mello acentua a necessidade de se identificar três princípios fundamentais, sem os quais não se há falar em relação jurídica. São eles: a intersubjetividade, a essencialidade do objeto e a correspectividade de direito↔deveres, pretensões↔obrigações, ações↔situações de acionado, exceções↔situação de excetuado.

No processo, com efeito, é possível enxergar, claramente, a existência de circunstâncias que vinculam ao menos dois sujeitos, cujos debates giram em torno de um objeto (designado de objeto litigioso[381-382]), tendo, como conteúdo mínimo, direitos e deveres correlatos[383].

A presença desses elementos, em relação surgida a partir da incidência de regra jurídica e produzida no interior de um processo, justifica a defesa da existência de uma relação jurídica processual, autônoma e independente da de direito material que nela esteja contida, nos moldes em que concebeu Bülow, para quem, como visto, o processo seria uma relação jurídica pública.

5.1.4 O contraditório como elemento de validade do processo e não de existência

---

[380] MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia – 1ª parte.** São Paulo: Saraiva, 2003, p. 170.

[381] Marcos Bernardes de Mello define o objeto litigioso no Direito Processual Civil como sendo a matéria que integra o mérito da causa, a *res in iudicio deducta*, compreendendo, assim, toda a matéria deduzida pelo autor e pelo réu, que compõe a causa de pedir, bem assim o pedido (MELLO, Marcos Bernardes de. Da ação com objeto litigioso no processo civil. In COSTA, Eduardo José da Fonseca; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). **Teoria quinária da ação: estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos do seu falecimento.** Salvador: Juspodivm, 2010, p. 400).

[382] Lourival Vilanova explica que, na Teoria Geral do Direito, é possível encontrar uma forma geral de relação jurídica. Trata-a como um conceito universal de todo o direito, tendo entrada onde quer que haja "direito incidindo sobre fato social". Arremata dizendo ser um conceito fundamental, justo porque necessário à constituição e conhecimento do Direito (VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo.** 4ª ed. São Paulo: Noeses, 2010, p. 30).

[383] NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Situações jurídicas processuais. In DIDIER JR., Fredie (coord.). **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial.** Salvador: Juspodivm, 2010, v. 2, p. 764; DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos fatos jurídicos processuais.** Salvador: Editora juspodivm, 2011, p. 128.

É chegado o tempo de promover a suspensão da interrupção iniciada lá no final do item 5.3.3. e retomar a explicação sobre as ideias apresentadas por Paula Sarno Braga em prol de sua tese, segundo a qual processo é procedimento e este, aquele.

Para identificar um ao outro, é imperioso superar a teoria do processo como procedimento em contraditório, de Elio Fazzalari, na medida em que o contraditório constituiria, particularmente, o elemento de discrímen do processo para com o procedimento.

A autora (também) compreende o processo como espécie de conceito jurídico fundamental e, como tal, há de ser hábil a apanhar todas as realidades em que identifique o seu objeto de definição. A presença do contraditório em seu núcleo conceptual limitaria o alcance de sua capacidade descritiva de uma realidade comum e universal, a exemplo do que se passa perante sistemas não-democráticos.

Em ordenamentos resistentes aos preceitos democráticos, não se haveria ignorar realidades processuais, muito embora ausente ou inexistente o contraditório. Nesse cenário, ter-se-ia processo, defende, pois que o contraditório não integra o núcleo de sua definição[384].

Além dos "processos" autoritários, totalitários ou ditatoriais – "processos" desempenhados em regimes não-democráticos –, outro exemplo eloquente de que o contraditório não atenderia bem à definição de processo estaria representado pelas situações que determinam os processos nulos, em que a ausência do contraditório tenha constituído a causa de sua nulidade. Em casos dessa ordem, malgrado ausente o elemento dialético, ainda assim, ter-se-ia, por definição, processo[385].

Assim, o contraditório não integraria o núcleo do conceito de processo, porque haveria processo, n'alguns casos, mesmo sem contraditório. Porém, representaria, mesmo assim, requisito de validade para os processos dos países democráticos[386-387].

5.1.5 Conclusões sobre a identidade de processo e procedimento

---

[384] BRAGA, Paula Sarno. **Normas de processo e normas de procedimento: o problema da repartição constitucional de competência legislativa no direito constitucional brasileiro.** Salvador**:** Juspodivm, 2015, p. 160.

[385] BRAGA, Paula Sarno. **Normas de processo e normas de procedimento: o problema da repartição constitucional de competência legislativa no direito constitucional brasileiro.** Salvador**:** Juspodivm, 2015, p. 160.

[386] BRAGA, Paula Sarno. **Normas de processo e normas de procedimento: o problema da repartição constitucional de competência legislativa no direito constitucional brasileiro.** Salvador**:** Juspodivm, 2015, p. 160 e 161.

[387] Na mesma linha, defendendo constitua o contraditório um "requisito de validade" do processo, e não um elemento indispensável para a sua configuração, manifestou-se Fredie Didier Jr. Para esse autor, processo sem contraditório não representa processo inexistente, porém inválido. O processo enquanto procedimento em contraditório bem serviria às teorias particulares do processo, especialmente as que venham a ser desenvolvidas em países democráticos, como o Brasil (DIDIER JR. Fredie. **Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida.** Salvador: Juspodivm, 2013, p. 65).

De toda a explanação, já é possível concluir sobre o resultado a que chegou a autora. Se a relação jurídica, embora presente no processo, não pode constituir seu núcleo conceptual, assim também ocorrendo com o contraditório, haja vista compreenda mero requisito de validade em sistemas democráticos, resta, enfim, definir o processo como mero procedimento.

Nesse sentido, manifesta-se, conclusivamente, de modo expresso: "processo é procedimento". Pois, na linha de raciocínio que desenvolveu, "não há nada de processual que não seja essencialmente procedimental e vice-versa."[388].

Assim, se no plano conceptual processo é procedimento, na perspectiva da repartição de competência legislativa, "(...) legislar sobre um significa legislar sobre o outro"[389].

Essa conclusão acerca da capacidade política de legislar sobre matéria processual ou procedimental será sobremodo importante para o Capítulo VI, no qual se procederá com a distinção entre normas de processo e de procedimento.

[388] BRAGA, Paula Sarno. **Normas de processo e normas de procedimento: o problema da repartição constitucional de competência legislativa no direito constitucional brasileiro.** Salvador**:** Juspodivm, 2015, p. 161.

[389] BRAGA, Paula Sarno. **Normas de processo e normas de procedimento: o problema da repartição constitucional de competência legislativa no direito constitucional brasileiro.** Salvador**:** Juspodivm, 2015, p. 161.

6 CRÍTICAS SOBRE OS CONCEITOS DE PROCESSO

6.1 Críticas às construções sobre o conceito de processo

6.1.1 Críticas à teoria da relação jurídica processual

A primeira importante crítica à teoria da relação jurídica processual foi articulada por Goldschmidt, quando afirmou não haver, entre as partes, no curso do processo, qualquer vínculo de caráter obrigacional.

A ideia subjacente a essa afirmação é a de que os atos processuais seriam praticados como imperativos do próprio interesse, e não em função de vínculo recíproco criado entre os sujeitos do processo, dada a conduta tomada por cada um deles; ou por dever, de índole jurídico-administrativo, como seria a hipótese em que o juiz sentencia[390].

Isso, com efeito, não permitiria a caracterização de uma relação jurídica, senão de uma "situação jurídica", haja vista que as partes não seriam titulares de nenhuma obrigação, juridicamente oponível a outro sujeito participante.

Outra objeção articulada contra a definição do processo enquanto relação jurídica, também decorrente da proposição de Goldschmidt, consiste em considerar o conceito de relação jurídica impróprio para a definição de processo[391], sobretudo por designar um estado, sendo, por isso, representativo de uma situação estática, que não se compatibiliza com a dinâmica inerente ao processo.

Argumenta-se que não se há aceitar a ideia de "relação jurídica dinâmica", pois que isso implicaria em reconhecer que a situação jurídica, uma vez formada (= perfeita), pudesse mudar, o que não seria possível, já que ela representa um estado de coisas de um dado e particular momento. Sobrevindo alteração no momento ou na situação definida, ter-se-ia uma nova situação jurídica (ou relação jurídica)[392].

Outra interessante construção crítica (não antes exposta) é lançada por Aroldo Plínio Gonçalves, quando afirma que, a se admitir a relação jurídica (em sua acepção tradicional) como elemento de constituição do conceito de processo, ter-se-ia que condescender haver um vínculo entre os sujeitos do processo, no qual um poderia exigir do outro determinado

---

[390] PASSOS, Joaquim José Calmon de. **Esboço a uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais.** Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 72.

[391] DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos fatos jurídicos processuais.** Salvador: Editora Juspodivm, 2011, p. 130.

[392] BRAGA, Paula Sarno. **Normas de processo e normas de procedimento: o problema da repartição constitucional de competência legislativa no direito constitucional brasileiro.** Salvador**:** Juspodivm, 2015, p. 130.

comportamento. Seria como se reconhecer o direito de um dos sujeitos processuais sobre a conduta do outro, que se colocaria em posição passiva de sujeição.

Resume o pensamento do autor a seguinte passagem:

> "A se admitir o processo como relação jurídica, na acepção tradicional do termo, ter-se-ia que admitir, consequentemente, que ele é um vínculo constituído entre sujeitos em que um pode exigir do outro uma determinada prestação, ou seja, uma conduta determinada. Seria o mesmo que se conceber que há direito de um dos sujeitos processuais sobre a conduta do outro, que perante o primeiro é obrigado, na condição de sujeito passivo, a uma determinada prestação, ou que há como sujeito passivo de prestações, ou, ainda, que há direitos do juiz sobre a conduta das partes, que, então, seriam os sujeitos passivos da prestação."[393]

Esse raciocínio, levado à aplicação prática, representaria a colocação de todos os atores do processo, em algum momento, na posição passiva de submissão. Ora seriam as partes, ora, o próprio Judiciário, por seus órgãos.

6.1.1.1 Objeções às críticas contra a teoria da relação jurídica processual

As críticas articuladas contra a relação jurídica como elemento integrante do conceito de processo não parecem ter tido o condão de promover o seu esvaziamento, sendo, ainda hoje, relevante para a definição e compreensão do fenômeno processual, mesmo quando tenha sofrido alguma alteração no seu conteúdo ou não possa ser considerada isoladamente.

Uma das críticas produzidas, como apresentado, remonta ao próprio conceito de relação jurídica, que teria sido transportado, indevidamente, do campo do direito material para o processual, já que, em sua sede de origem, designaria realidade estática[394].

Duvidamos, no entanto, que esse caráter estático da relação jurídica represente uma verdade intangível. Enxergamos, mesmo nos vínculos obrigacionais materiais, alguns movimentos no interior das relações jurídicas formadas entre os sujeitos de direito, sobretudo pelas alternâncias de posições assumidas ao longo do desenvolvimento do vínculo obrigacional, até que chegue a sua conclusão, o que sobressalta aos olhos naquelas que têm o caráter de bilateralidade.

Com um exemplo explicamos mais claramente o que queremos representar. Imagine uma relação contratual de locação, em que o locador tem o direito de perceber os frutos.

---

[393] GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo.** 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 83.

[394] Paula Costa e Silva produz a advertência de que, não sendo o processo uma realidade estática, senão dinâmica, deve ser disposto na classe dos "factos jurídicos" e não das situações jurídicas (SILVA, Paula Costa e. **Acto e processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo.** Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 98).

Porém, em contrapartida, deve transmitir o uso, gozo e fruição do bem. Do outro lado do contrato, ao locatário, toca o direito de utilizar, gozar e fruir do imóvel, mas compete-lhe o dever de pagar o preço, no tempo e modo pactuado. Tem-se, assim, para ambas as partes, direitos e deveres.

Figure-se, contudo, que essa relação locatícia (de trato sucessivo, portanto) contenha cláusulas que prevejam a seguinte ordem de atendimento: o locatário deverá pagar o preço antecipadamente, sendo-lhe franqueado, diante do cumprimento dessa sua parte, o acesso ao imóvel[395]. Com esse desenho, até o pagamento do preço, mas depois de assinado o contrato, o devedor – sujeito passivo, dessarte – é o locatário, pois que, sobre ele, pesa o dever de pagar, sem o que não torna exigível o seu (expectado) direito de posse direta sobre o imóvel; figurando o locador, até então, como credor, e, assim, posicionado como sujeito ativo (nesse momento, o detentor de direito exigível).

Contudo, no momento seguinte, uma vez que venha o locatário, até então devedor, a efetuar o pagamento do preço contratado, a lógica da relação jurídica material inverte-se e o devedor toma assento na posição ativa creditícia. O locador, de outro lado, passa a sujeitar-se passivamente, na medida em que, para ele, surge, em razão do adimplemento, o dever de conferir franco acesso ao locatário. A investidura do locatário na situação (jurídica) de credor é tanto mais evidente quando se pensa na hipótese de eventual inadimplemento pelo locador, que, indevidamente, obste a entrada do contratante. Aqui, no plano ainda material, exsurge, para o locatário, o poder jurídico de exigibilidade, o qual poderá ser oposto ao locador inadimplente[396].

Esse movimento continua a ocorrer, sucessivamente, durante todo o *iter* contratual, de modo a conferir representação contrária à ideia de uma situação estática, normalmente atribuída ao conceito de relação jurídica. E ao que indica a representação exemplificativa,

---

[395] Clóvis V. do Couto e Silva, ao trabalhar a obrigação como elemento em desenvolvimento, indica que a transferência da posse constitui o adimplemento do contrato de locação, muito embora advirta que essa fase de cumprimento se protraia no tempo. Ao que tudo sugere, esse adimplemento contínuo, definido pela manutenção da posse com o locatário, faria parte do processo obrigacional, à semelhança do que desenvolvemos no corpo do texto. (SILVA, Clóvis V. do Couto. **A Obrigação como processo.** Rio de Janeiro: FGV Editora, 2015, p. 118).

[396] Explica a doutrina partidária da concepção de ação de direito material que, exercitada a pretensão, quando, embora provocado, espera-se o cumprimento voluntário por parte do obrigado, tendo, ainda assim, se mantido o estado de inadimplência, exsurge para o sujeito ativo o direito de ação material, representado pelo poder jurídico de impor o cumprimento da medida ao sujeito passivo, mesmo que contra a sua vontade. É importante ressaltar que o exercício dessa atividade impositiva, nos sistemas modernos, sofre considerável mitigação, sem que, mesmo assim, permita-se defender tenha sido proscrita. Para estudo do tema, consulte-se: NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Ação de direito material em face do direito fundamental à jurisdição.** 2006. 146f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, p. 94 et seq; SILVA, Ovídio A. Baptista. **Curso de processo civil.** 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, v. 1, p. 80.

tem-se, no caso, uma só relação jurídica, dada que aperfeiçoada com o contrato, que é, tal como a relação formada entre os sujeitos, único[397].

Com isso, pretende-se demonstrar não seja a falta de movimento um elemento constante da relação jurídica, mesmo que no plano do direito material, podendo, assim, apresentar variáveis, sem que, com isso, se desnature o seu conceito.

Essa leitura serviria à superação da ideia de impropriedade do conceito de relação jurídica para o direito processual, ao menos sob a perspectiva de que representa conceito insusceptível de qualquer movimento. É bastante, assim, se reconheça que, mesmo dentro de relação jurídica única – material ou processual, que seja –, possa haver alternância sucessiva de posições.

Além de tudo isso, sugere-se, ainda, seja viável a compreensão de que possa haver, dentro do processo, duas relações jurídicas (ao menos), sendo, por isso, permitido falar-se em relação jurídica processual complexa – mas não pela integração de mais de dois polos à relação ou número de sujeitos superior a dois, que não seria o caso dessa ideia (provocativo-reflexiva, apenas) – ou em relações jurídicas (no plural) – ciente, neste caso, de que a referência à relação jurídica processual pode designar o seu sentido largo *(lato sensu)*, o qual compreenderia as espécies particulares: autor↔Juiz e Juiz↔réu.

A primeira delas teria como causa a propositura da demanda, formando-se desde o início e entrelaçando autor(es) e Estado-juiz. Posteriormente, aperfeiçoada a citação, passa(m) a integrar o processo o(s) demandado(s), que, do outro lado, manteria(m) (ao menos) relação de vínculo com o Estado-Juiz. A partir desse momento, o que se teria seria a alteração de posições dentro de uma mesma relação jurídica (as particulares), normalmente colocando a parte em posto de dever ou ônus de cumprimento, e não, em ordinário, de submissão[398].

Outra articulação de censura ao critério, como apresentado, desmerece a relação jurídica porquanto representaria "vínculo de exigibilidade, de subordinação, de supra e

[397] Paulo Lôbo também é partidário da ideia de que a relação jurídica obrigacional não representa um modelo estático, aderindo, assim, a ideia da obrigação como processo. Afirma que a relação jurídica obrigacional é processo, sobretudo quando perdura no tempo. Nessa linha, à semelhança do que fizemos representar, lista uma série de exemplos nos quais a natureza processual da obrigação parece apresentar-se de forma mais destacada, pois que a constituída por sequência de atos e etapas. Seria o caso das obrigações decorrentes dos contratos de água, luz, telefonia, Internet, plano de saúde. Outro exemplo interessante, no qual a relação obrigacional se desenvolve, normalmente, por largo e indefinido período de tempo, tem sede no contrato de franquia (LÔBO, Paulo. **Direito civil: obrigações.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 60 a 61).

[398] Na relação de direito processual, parece seja mais evidente situação de imposição de cumprimento, o que ocorre, normalmente, na relação mantida entre Estado-juiz e o demandado. Exemplo característico disso está na execução direta ou por sub-rogação. Mas isso não significa que o direito material não contemple hipótese de cumprimento impositivo por um dos sujeitos da relação, o que se pode constatar no desforço imediato (CC, art. 1.210, § 1º) e da legítima defesa (CP, art. 25).

infraordenação, de sujeição"[399]. Seria assim, ao menos, no plano material dos tratos relacionais, revelando-se, portanto, inapropriado (o conceito) ao direito processual, no qual se presa por um ambiente de igualdade e simetria de participação.

Sobre essa crítica, no entanto, mesmo acerca da relação jurídica obrigacional de direito material fazemos leitura particularizada. Não compartilhamos da ideia de que a relação obrigacional (tradicional) represente um vínculo de poder de imposição de submissão imediato. A conduta do sujeito ativo, em princípio, coloca o sujeito passivo em posição que requer, igualmente, haja, de sua parte, movimento (dirigido ao cumprimento[400]).

Porém, há de fazer (= agir) por iniciativa própria e em função de seus interesses. No plano das relações materiais de cumprimento de uma obrigação, a atividade praticada pelo sujeito passivo livra-o de figurar em posição menos favorável, somente surgida secundariamente. Por isso, a sua conduta é também ativa[401] (com a qual, se houver continuidade nessa relação, transmite a posição para o então sujeito ativo, em movimento revelado acima).

Semelhante dinâmica é possível encontrar no direito processual, quando o Poder Judiciário, por exemplo, impõe uma medida destinada ao cumprimento de obrigação de dar coisa certa, instando, assim, no primeiro momento, a que o sujeito passivo processual cumpra voluntariamente com as disposições da decisão. Não vindo este, porém, a atender ao comando decisório contra si editado (cumprimento que se daria em interesse próprio de não ver sua situação processual agravada), abre-se espaço para o constrangimento ao cumprimento ou mesmo à sub-rogação da atividade (*v.g.* busca e apreensão).

Há, entre ambos os casos, sensível semelhança, sobretudo pelo caráter de imposição presente num e noutro. É verdade que, na primeira hipótese, o constrangimento, normalmente, dá-se com manejo de ação judicial, ressalvada a hipótese da ação de direito material, quando legitimada pelo sistema. No segundo, o cumprimento forçado é desvelado em medida tomada no bojo dos autos do processo, sem a necessidade de desdobramento em outro instrumento (no caso exemplificado)[402-403].

---

[399] GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo.** 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 113.

[400] Segundo explica Clóvis V. do Couto, a finalidade é que determina a concepção da obrigação como processo. A persecução pelo adimplemento conduz a diversos reflexos na relação obrigacional (SILVA, Clóvis V. do Couto. **A obrigação como processo.** Rio de Janeiro: FGV Editora, 2015, p. 22)

[401] A expressão serve para designar que a superação da posição passiva depende da vontade e atitude do sujeito obrigado, não representando isso, necessariamente, uma conduta comissiva.

[402] Cabe, nesta passagem, observação sobre leitura de Elio Fazzalari, para quem o procedimento constitui uma sequência de normas, posições subjetivas e atos. A posição subjetiva, para ele, não representa a colocação de uma parte frente a outra, mas a situação em que se encontre o sujeito do processo perante a norma jurídica processual, cujo comando autorizará ou imporá determinada conduta a ser praticada por seu destinatário (FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual.** Tradução: Elaine Nassif. Campinas, São Paulo:

Mas não obstante tudo isso, é de se compreender que a relação jurídica representa expressão apta a denotar haver uma espécie de vínculo entre sujeitos, o qual tenha sido valorado pelo Direito. Evidentemente que esse liame relacional conterá particularidades a depender do mundo em que habite, seja o material ou o processual. A crítica, assim, para que seja consistente, não pode pretender listar todos os detalhes da relação jurídica de um dos campos e, observada a ausência de qualquer deles no outro ramo, propalar não se trate de fenômeno afim.

O fenômeno, portanto, deve ser identificado em suas linhas essenciais, possibilitando o seu transporte desde quando não se venha a atingir a sua essência. É isso que se dá com os conceitos jurídicos fundamentais, pois a norma de determinado ramo do direito contém particularidades próprias daquela divisão, porém mantém íntegro um núcleo essencial que permite identificá-la onde quer que esteja. O mesmo parece suceda com as relações jurídicas material e processual, pois que o vínculo subjetivo (com as características alhures apresentadas, segundo detalhamento exposto por Marcos Bernardes de Mello, em que prevê se exija a presença de intersubjetividade, essencialidade do objetivo e correspectividade de direito↔deveres, pretensões↔obrigações, ações↔situações de acionado, exceções↔situação de excetuado[404]) encontra-se presente em ambas as derivações do Direito, e esse dado elementar é bastante a permitir o seu transporte.

Além disso, também não parece proceder o argumento de que, como o contraditório representa imposição de tratamento paritário, com igualdade de oportunidades, a relação jurídica não seria apropriada ao processo, exatamente por significar, no direito material, vínculo de exigibilidade (leia-se: subordinação).

Tanto o contraditório representa, para o processo, imposição normativa de tratamento simétrico e igualitário, como o princípio da isonomia significa, no plano material, que ambas as partes da relação devem manter-se em equilíbrio. Essa igualdade presente no direito material não impede haja, em determinadas circunstâncias e sob particulares condições, imposição de submissão, diretamente ou por interposta pessoa (o Estado), como o

---

Bookseller, 2006, p. 113 e 114). Em rigor, igual raciocíno pode ser aplicado, legitimamente, ao direito material e, consequentemente, à relação jurídica reconhecida (em uníssono) como presente naquele plano, pois que a posição exercitada por determinado sujeito da relação há de se produzir em atendimento ao comando de determinada norma jurídica. Assim é que a atividade da parte não se dá por imposição ou cogência da conduta da parte adversa, senão por imperativo normativo. Tanto é assim que a conduta praticada por sujeito dentro de relação jurídica (material ou processual) é classificada como fato jurídico (*lato sensu*).

[403] No mesmo sentido, definindo a situação jurídica como posição do sujeito perante a norma jurídica, e não como a colocação de um sujeito perante o outro, manifesta-se a doutrina de Aroldo Plínio Gonçalves: "Posição subjetiva é a posição de sujeitos perante a norma, que valora suas condutas como líticas, facultadas ou devidas." (GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo.** 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 93)

[404] O assunto foi abordado no item 5.3.3.1.4.3., acima.

contraditório não obsta a coerção Estatal, na hipótese de descumprimento de decisão judicial, como exemplificado acima.

Há de se atentar, nessa passagem, que essa submissão ventilada como dado presente nas relações jurídicas não se afigura aspecto de presença necessária em todo e a cada ato do trato relacional, considere-se a relação material ou processual. Como dito, não é o caráter impositivo de submissão que classifica a relação jurídica, senão o vínculo jurídico-subjetivo. Mas quando a cogência aflore na relação – novamente, material ou processual –, se faz em absoluta conformidade tanto com o princípio da igualdade como com o do contraditório. Primeiro porque este não é outra coisa que não uma das várias derivações daquele. Ademais, a imposição coativa do Direito sempre se faz em prol do restabelecimento da igualdade violada e, assim, em último plano, do contraditório, na medida em que este pressupõe debate dialético e a sujeição à decisão da autoridade competente, algo que, certamente, não terá sido observado pelo ato que a decisão cogente visa a corrigir.

6.1.2 Críticas à teoria da situação jurídica

A teoria da situação jurídica processual, que conta com adesão minoritária, tem sua principal crítica centrada na confusão que faria entre os planos do Direito, material e processual.

As situações de incerteza a que alude, presentes nos ônus, perspectivas, expectativas e possibilidades, referem-se à *res in iudicium deducta*[405], e não ao *judicium*, posto que é sobre o direito material objeto do processo que pende decisão judicial, a qual é responsável por conferir acertamento ao direito arguido em juízo, momento até quando permanece em aberto o estado de dúvida[406].

O processo, em si, enquanto instrumento a serviço do direito material, não se submete ao mesmo ou semelhante estado de incerteza, dado que não variará em seus elementos essenciais e característicos de definição no transcorrer de seu processamento, nem tampouco se sujeita à estabilização por qualquer ato futuro[407]. O processo é processo desde o seu nascimento.

---

[405] Liebman, indica que a crítica de Goldschmidt não se volta ao processo, senão ao objeto do processo: "*... la sua conclusione giuridica, cosi com'egli l'ha configurata, non è il processo, ma l'oggetto del processo."* (LIEBMAN, Enrico Tulio. L'opera s scientifica de James Goldschmidt e la teoria del rapporto giuridico processuale. **Revista di diritto processuale.** Padova, v. 5, n. 2, p. 336, 1950).

[406] CINTRA, Antonio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo.** 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 300.

[407] Paula Costa e Silva, ao examinar a proposição de Goldschmidt, com a qual parece concordar no ponto, indica que o processo transmite a ideia de realidade em evolução permanente. (SILVA, Paula Costa e. **Acto e processo:**

Calmon de Passos critica a proposição classificatória indicando que a definição de situação jurídica tem viés sociológico, porque considera se tenha levado em conta as variações (a que chama de "deformações") ocasionadas no manejo prático do processo, sem construir, propriamente, uma teoria sobre como o processo deve ser cientificamente considerado[408].

Outro argumento crítico, endereçado à teoria de Goldschmidt, é o de que seria inapropriado invocar o processo como revelador de uma única situação jurídica, dado que este comportaria um complexo dessas[409].

Liebman, por sua vez, objeta a articulação teórica de Goldschmidt dizendo que o exame de um dos sujeitos do processo, o Juiz, ficou de fora de sua análise, assim como os seus poderes e atos, revelando uma imagem apenas parcial do processo, pois que se haveria de examinar, em conjunto, a posição das partes e do Juiz[410].

O conjunto dessas críticas, dessarte, conduz à conclusão de que a teoria confere uma visão estreita do processo em sua dimensão complexa e dinâmica, sobretudo diante das situações jurídicas sucessivas e plurais que vão se formando ao longo do processo.

Há de se recordar que o termo situação jurídica contém diversas variações, agasalhando-o a doutrina em perspectivas várias. Ao se considerar a situação jurídica como efeito do fato jurídico, a alteração de assento que se faça, alternando a relação jurídica com a situação jurídica, não evolui muito na definição do conceito de processo, na medida em que ambos pertencem à mesma classe jurídica. Seja um ou outro, o significado expressado continuará sendo a de categoria eficacial do fato jurídico.

Mais outra ponderação é feita com a consideração de que a situação jurídica, tanto como a relação jurídica, representaria uma situação essencialmente estática, de modo que haveria contradição em se criticar a relação jurídica, arguindo represente ela construção inservível ao conceito de processo, fazendo-o pelas mesmas razões de insusceptibilidade de movimentação[411].

Certamente não foi na mesma linha deste trabalho a composição emprestada à expressão "situação jurídica". Lá, a situação jurídica continuava a representar instituto

---

o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 96).

[408] PASSOS, J. J. Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais.** Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 73.

[409] CINTRA, Antonio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 300.

[410] LIEBMAN, Enrico Tulio. L'opera s scientifica de James Goldschmidt e la teoria del rapporto giuridico processuale. **Revista di diritto processuale.** Padova, v. 5, n. 2, p. 337, 1950; PASSOS, J. J. Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais.** Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 73.

[411] SILVA, Paula Costa e. **Acto e Processo: O dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo.** Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 95.

intimamente relacionado ao direito material. Aqui, o processo (como um todo) serve ao direito material. Porém, as situações jurídicas formadas em seu interior são situações jurídicas processuais e representam efeitos de um fato jurídico processual, dentre os quais está presente a relação jurídica.

6.1.3 Crítica à teoria do processo enquanto procedimento em contraditório

Na quadra mais recente da dogmática processual, o procedimento ("funcionalizado"), como parte integrante do conceito de processo, tem encontrado acolhida mesmo por aqueles adeptos da teoria da relação jurídica[412]. Diferentemente destes, os que migraram para a construção oposta, retomando o conceito de procedimento, modalizado pelo contraditório, não aceitam, em geral, a relação jurídica como elemento daquele conceito[413]. Houve uma movimentação mais flexível em um dos sentidos, portanto.

Com isso, queremos representar que a crítica articulada contra o contraditório do (ou presente no) procedimento somente poderia ser construída por quem defenda a relação jurídica como elemento do edifício conceptual do processo, a exemplo de Fredie Didier Jr.[414], ou por quem a repudie (a relação processual) completamente, porém tampouco confira agasalho ao contraditório, como o fez Paula Sarno Braga, que tomou o processo pelo procedimento e vice-versa[415].

A arguição crítica, em qualquer quadrante, é dirigida ao contraditório, não ao procedimento, transigindo-se sobre a sua manutenção no quadro do conceito de processo. A ideia central parte do raciocínio de que somente pode compor o conceito aquilo que represente requisito ou pressuposto de existência de determinado fato jurídico (*lato sensu*),

---

412 Atualmente, talvez o maior representante dessa versão do conceito de processo seja Cândido Rangel Dinamarco, que acolhe, muito claramente, o procedimento como elemento conceitual do processo (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** 13ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 149 a 162).

413 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos.** 5 ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2004, p. 98 e 99; GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo.** 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 113.

414 Para o autor, sob as lentes da Teoria do Fato Jurídico, é possível ler o processo também como "efeito jurídico", compondo, assim, o plano da eficácia. Nessa perspectiva, o processo é tomado pelo conjunto das relações jurídicas que se estabelecem entre os sujeitos do processo. (DIDIER JR. Fredie. **Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida.** Salvador: Juspodivm, 2013, p. 65).

415 BRAGA, Paula Sarno. **Normas de processo e normas de procedimento: o problema da repartição constitucional de competência legislativa no direito constitucional brasileiro.** Salvador**:** Juspodivm, 2015, p. 160 a 161.

haja vista que deva ser colmatado pelos elementos mínimos de entrada e caracterização de determinado objeto de estudo no mundo jurídico[416].

Assim, aquilo o quanto represente elemento de validade ou eficácia não serviria ao propósito da conceituação, pois que, mesmo quando inexistam tais pressupostos concretamente, ainda assim, atendidos os requisitos de existência, tem-se a entrada do fato (jurídico) no mundo do direito, sendo aqueles (elementos de validade), por isso, prescindíveis para fins de definição conceptual.

Em outros termos, pode-se dizer se trate de posição segundo a qual a conceituação de determinada realidade jurídica depende apenas da identificação dos seus elementos de existência, sendo, para tal finalidade, estéril se perquirir sobre os pressupostos de validade ou eficácia que componha particular fato jurídico.

Essa construção contém indícios de que tenha haurido inspiração em fonte difundida por Marcos Bernardes de Mello, para quem a classificação do fato jurídico depende da identificação dos elementos nucleares de seu suporte fáctico, que são individualizados, muito particularmente, por intermédio dos elementos cerne e completante[417-418].

O suporte de fatos (= suporte fáctico) da norma jurídica normalmente tem composição complexa, a compreender um aglomerado de situações fáticas. Alguns desses fatos – ou todos, a depender da composição da norma – são necessários à incidência, funcionando como seu pressuposto. Realizado o conjunto de fatos previstos, destrava-se a incidência da norma, que recai sobre eles, que passa a qualificá-los, produzindo o fato, agora, jurídico. Assim, a deficiência ou falta de quaisquer desses fatos elementares frustra a incidência e, por conseguinte, obsta o nascimento do fato jurígeno.

Os elementos nucleares: cerne e completante, segundo a teoria apresentada, servem tanto para conferir nascimento ao fato jurídico, pela identificação do material fático elementar, como para possibilitar, dentro das classes que divise, a classificação dos fatos jurídicos. Assim, têm eles influência direta sobre a existência do fato jurídico, de modo que a sua falta importa em insuficiência do suporte fáctico, impossibilitando o nascimento do fato jurídico[419].

---

[416] BRAGA, Paula Sarno. **Normas de processo e normas de procedimento: o problema da repartição constitucional de competência legislativa no direito constitucional brasileiro.** Salvador**:** Juspodivm, 2015, p. 160.

[417] MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência.** 12ª ed. Saraiva: São Paulo, 2003, p. 49 e 50.

[418] É de Pontes de Miranda a concepção de que o suporte fáctico contém um núcleo, o qual tem o cerne como um de seus elementos (MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado.** 3ª ed., Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1970, t. I, p. 33).

[419] MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência.** 12ª ed. Saraiva: São Paulo, 2003, p. 50.

O cerne e o elemento completante do suporte fáctico, na condição de núcleo, dão acesso ao mundo jurídico, conferindo entrada do fato jurídico ao plano da existência. A falta individual de qualquer um dos dois frustra a incidência e impossibilita o nascimento do fato jurídico. Porém, estando presentes ambos e já nascido o fato jurídico, posicionando-se, pois, do lado de dentro do mundo jurídico, cada um desses (sub-)elementos nucleares exerce a sua função no momento de classificar o fato jurídico.

O cerne exerce uma dupla atuação classificatória. Em primeiro lugar, ele é responsável por proceder com a divisão do fato jurídico *lato sensu* (gênero) em duas de suas grandes espécies, que são as dos (1) "fatos jurídicos conforme a direito" e a dos (2) "fatos jurídicos contrários a direito". Além disso, mas já dentro de cada uma dessas ramificações, o elemento cerne é quem determina a especificação do fato jurídico como (2.1) fato jurídico ilícito, (1.1) ato jurídico *lato sensu*, (1.2) ato-fato jurídico e (1.3) fato jurídico *stricto sensu.* É quem possibilita, ainda, particularizar o ato jurídico *lato sensu* (1.1) como (1.1.1) negócio jurídico ou (1.1.2) ato jurídico *stricto sensu*[420].

Com as atenções voltadas apenas para os fatos jurídicos lícitos (= "fatos jurídicos conforme a direito"), pode-se identificar os elementos cernes (1.1) conduta com vontade relevante, (1.2) conduta sem vontade ou com vontade irrelevante e (1.3) ausência de conduta como aptos à configuração, respectivamente, de (1.1) atos jurídicos *lato sensu*, (1.2) atos-fatos jurídicos e (1.3) fatos jurídicos *stricto sensu.* Dentro dos atos jurídicos *lato sensu* (1.1), o elemento cerne submete-se a outra redução, em que dispõe seja a manifestação de vontade dotada de (1.1.1) poder de auto-regramento (= poder de escolha de categoria jurídica) ou (1.1.2) sem poder de auto-regramento (= poder de escolha de categoria jurídica inexistente). Esse último elemento de discrímen (cerne, ainda) é responsável por identificar os negócios jurídicos (1.1.1) e os atos jurídicos *stricto sensu* (1.1.2)[421].

A especificação ainda mais detalhada, porém, a ser produzida no interior dos fatos jurídicos já particularizados pelo cerne do suporte fáctico em ato-fato jurídico (1.2), negócio jurídico (1.1.1) e ato jurídico *stricto sensu* (1.1.2), há de ser produzida não mais pelo elemento cerne, mas sim em função do elemento "completante" (muito embora integre o núcleo do suporte fáctico, como se viu).

Os elementos cernes (1.1) conduta com vontade relevante e (1.1.1) manifestação consciente de vontade com poder de auto-regramento servem para determinar se trate de um

---

[420] MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência.** 12ª ed. Saraiva: São Paulo, 2003, p. 51.
[421] MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência.** 12ª ed. Saraiva: São Paulo, 2003, p. 51.

negócio jurídico, mas não é bastante, ainda, para definir a espécie de negócio jurídico de que se esteja tratando. Porém, se se acrescer àqueles elementos a (1.1.1.1) disposição de determinado objeto em contrapartida ao pagamento de preço, é possível, enfim, determinar se esteja diante de um contrato de compra e venda (cuja natureza jurídica é de negócio jurídico, como o é também a da doação, por exemplo).

Para além desse ponto (o plano da existência), o outro elemento presente no suporte fáctico do fato jurídico é o "complementar", que, diferente do "completante", vem para complementá-lo e não para o completar. Desse modo, esse componente atua na esfera da perfeição ou deficiência do "fato jurídico", analisando a sua integridade. Assim, o negócio jurídico praticado sob o pálio da simulação adquire a natureza de fato jurídico, porém essa deficiência determina a sua nulidade (cf. art. 167 do Código Civil), sendo, assim, negócio jurídico nulo[422].

Ao trazer toda essa carga teórica para o mundo do processo, a corrente que repudia a presença do contraditório no conceito de processo identifica que este exista mesmo com contraditório insuficiente ou inexistente, pois que se posicione enquanto pressuposto de validade do processo[423]. Para tanto, possivelmente[424] se tenha levado em conta a norma dos artigos 214 do CPC/73 e 239 do CPC/15, que vincula a validade do processo à citação do réu. Sim, pois o plano da validade, e especialmente os seus pressupostos, depende, diretamente, do direito positivo, que o cria, discricionariamente[425].

Mas Paula Sarno Braga expressa aquilo que entenda por "pressuposto de existência do processo" (= requisito mínimo), indicando seja bastante para que o processo tenha entrada no mundo do Direito que se instaure a demanda por "ente autorizado e/ou capaz" perante autoridade estatal investida do poder de edição de ato normativo[426].

---

[422] Dissemos, noutra oportunidade: "O elemento complementar não completa o suporte fáctico, eis que, como visto, esse papel é reservado ao elemento completante, que integra a categoria de elementos nucleares. O elemento complementar, propriamente, complementa o suporte fáctico. Complementa aquilo em que falta. Mas só há falta no que existe. Por isso, não configura elemento de criação ou constituição do fato jurídico, senão de perfeição. Uma vez imperfeito o fato jurídico, porém existente, sujeita-se à expulsão, que se materializa por processo de decretação de invalidade."

[423] BRAGA, Paula Sarno. **Normas de processo e normas de procedimento: o problema da repartição constitucional de competência legislativa no direito constitucional brasileiro.** Salvador**:** Juspodivm, 2015, p. 160 a 161; DIDIER JR. Fredie. **Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida.** Salvador: Juspodivm, 2013, p. 65.

[424] O advérbio que representa incerteza tem sua razão de ser na medida em que os principais autores que leram o contraditório como elemento de validade, Fredie Didier Jr. e Paula Sarno Braga, não indicaram, de modo expresso, que tenham assim o classificado levando em conta as normas do direito brasileiro indicadas no corpo do texto, logo em seguida.

[425] MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado.** 4ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1974, t. IV, p. 30.

[426] BRAGA, Paula Sarno. **Normas de processo e normas de procedimento: o problema da repartição constitucional de competência legislativa no direito constitucional brasileiro.** Salvador**:** Juspodivm, 2015, p. 134.

Isso manteria íntegra a coerência do seu discurso na medida em que o processo nasceria, e, portanto, teria ingresso no plano da existência, antes mesmo de qualquer manifestação do contraditório, que se revelaria posteriormente, com a citação do demandado, porém como mero elemento de chancela da validade do processo, qualificando o que, desde a propositura da demanda, já era (= existia), do ponto de vista jurídico[427].

Igual compreensão sobre os pressupostos de existência do processo é compartilhada por Fredie Didier Jr., segundo o qual: "Para que o processo exista, basta que alguém postule perante um órgão que esteja investido de jurisdição... O processo existe sem réu..."[428]. Porém, noutra oportunidade, acentua que o conceito de processo como procedimento em contraditório revela-se útil para a explicação do direito processual em países democráticos, onde já se articula a ideia de um "direito fundamental à processualização dos procedimentos", segundo o qual todo o procedimento deve ser estruturado em contraditório[429].

Mas é bom fazer o registro de que a posição de restrição ao contraditório não parece guarde relação necessária com a tese a que se adira sobre o conceito de processo, entenda-o como revelação de uma relação jurídica autônoma e do procedimento ou apenas deste, isoladamente[430].

É que também Pontes de Miranda, em escrito manifesto de sua compreensão sobre o conceito de processo, indica apanhe este a noção de relação jurídica, assim como a de procedimento, malgrado abone tenha o processo nascimento com a mera "apresentação da demanda", mesmo quando se o complete apenas com a citação, que aperfeiçoa a "angularidade" processual, composta por autor↔juiz, de um lado, e, do outro, por juiz↔réu[431].

Assim, passando a existir o processo, no instante de instauração da demanda, ter-se-ia nascimento tanto a relação jurídica processual como o procedimento, elementos esses que, no

---

[427] Embora com perspectiva diferente, porque entende haver, na essência do processo, relação jurídica (processual), além do procedimento, Pontes de Miranda abona a ideia de que o processo tenha existência com a demanda. A partir desse momento, com o surgimento da relação jurídica processual bilateral, caracterizada pela presença apenas do autor e do juiz, teria o processo nascimento, vindo o processo a ser formado.

[428] DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento.** 17ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 311.

[429] DIDIER JR. Fredie. **Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida.** Salvador: Juspodivm, 2013, p. 65.

[430] Fernando da Fonseca Gajardoni destaca que o procedimento, embora possa ser estudado como uma ciência autônoma, não há de ser considerado como mera ordenação de atos. Deve, assim, integrá-lo o contraditório, que não entende incompatível com a presença da relação jurídica, como propõe, por exemplo, Elio Fazzalari. Indica, ainda, que essa linha é seguida (tal como já pudemos destacar), por Kazuo Watanabe e Cintra; Grinover; e Dinamarco (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental:** um Novo Enfoque para o Estudo do Procedimento em Matéria Processual. São Paulo: Atlas, 2008, p. 37).

[431] MIRANDA, Pontes de. Relação jurídica processual. In SANTOS, J. M. Carvalho (org.). **Repertório enciclopédico do direito brasileiro.** Rio de Janeiro: Borsói, v. 48, p. 91.

estágio inicial do surgimento da demanda, não manifestariam qualquer vertente do contraditório, tendo-se, igualmente, processo sem contraditório.

Em uma dada perspectiva do contraditório – talvez não em sua inteireza, dado o seu viés colaborativo, a compreender todos os sujeitos do processo e não somente os contraditores –, é possível enxergar, empiricamente, a manifestação do processo sem o contraditório, que conta com espaço dilatado no CPC/15[432], o qual prevê, para além das ordinárias hipóteses de indeferimento da petição inicial (art. 330, CPC/15 e 295, CPC/73), situações ampliadas de improcedência liminar do pedido (art. 332, CPC/15), conferindo vitória ao réu (se lido que, para o réu, ganhar é não perder) e solucionando processo sem contraditório.

6.1.3.1 Desabono à crítica: investida contra a identificação do processo ao ato jurídico (complexo)

As considerações que criam obstáculo à presença do contraditório no conceito de processo, por entendê-lo estranho aos elementos de existência, somente podem ser aceitas se se compreender o processo como um fato jurídico em si mesmo, particularizado em uma de suas variadas espécies (fato jurídico *stricto sensu*, ato jurídico, ato-fato jurídico ou negócio jurídico), de modo a que assim se possa identificar quais são os seus próprios pressupostos de existência, validade e eficácia, e não os dos fatos jurídicos (*lato sensu*) que o integra, sendo seu apenas por derivação.

Parece sugerir interpretação nessa linha a defesa da posição de que o processo revele-se "ato jurídico complexo", sendo esta, para uns, apenas uma das definições possíveis, dada a plurissignificação que comporte a expressão[433], embora essa mesma conclusão, para outros, possa ser alcançada por via indireta, na medida em que a dispensa de tratamento paritário para o processo e o procedimento permita se utilize da descrição de um para os dois[434]. Se processo

---

[432] Em muitas de suas expressões normativas (explícitas), o CPC/15 torna evidente potencialidades implícitas do CPC/73, a exemplo do julgamento parcial de mérito (art. 356, CPC/15), desde antes autorizado, sobretudo se a parcela madura para julgamento atingisse o estágio do julgamento conforme o estado do processo, devendo, desde sempre, ter seguimento o processo somente com o objeto litigioso carente de instrução probatória para a sua boa e justa solução. Não há nem havia sentido em se represar e retardar a prestação jurisdicional de pedido cumulado pronto para receber a tutela do Estado apenas porque cumulado com outro, ainda em estágio de amadurecimento. Fosse assim, por demandarem instrumental probatório diverso, seria melhor fazer a opção por ingressar com duas demandas individualizadas.

[433] Para Fredie Didier Jr., o processo representa objeto de estudo que pode ser compreendido em mais de uma dimensão conceptual. Explica, assim, possa o processo significar um método de criação de normas jurídicas, ato jurídico complexo ou relação jurídica, conferindo, cada qual, uma abordagem jurídica para o processo. (DIDIER JR. Fredie. **Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida.** Salvador: Juspodivm, 2013, p. 62 e 65).

[434] No capítulo precedente, estudamos, atentamente, a obra de Paula Sarno Braga, que se dedicou aos conceitos de processo e procedimento, concluindo representem realidades semelhantes. Além disso, viu-se que, para a autora, o procedimento signifique espécie de ato jurídico complexo de formação sucessiva (BRAGA, Paula

é (sinônimo de) procedimento e este é ato jurídico complexo de formação sucessiva, então também o será o processo.

Ocorre, contudo, que essa definição (processo = ato jurídico complexo) não é levada a efeito pelas mesmas razões que se utiliza na construção da definição de ato jurídico complexo. A definição de processo enquanto ato jurídico complexo acontece por se identificar, em seu corpo, uma pluralidade sucessiva de atos jurídicos[435]. Há, portanto, uma redução aproximativa na expressão, que, rigorosamente, deveria dizer que o processo contém (diversos) atos jurídicos, e não que é o produto do conjunto de atos nele contido.

Não é o mesmo que se passa com os atos jurídicos complexos. Estes não são a mera reunião de atos jurídicos, cuja identificação coletiva (e conjunta) autoriza e legitima a denominação. O ato jurídico complexo, conquanto possa resultar de diversos atos jurídicos, é o ato final, para cuja produção fez-se imprescindível a prática de atos antecedentes, jurídicos que são também, dada a previsibilidade normativa sobre eles.

Há, no ato jurídico complexo, é de se observar, uma absorção ou incorporação dos atos (jurídicos) precedentes[436-437]. Até a sua edição, mas ao tempo em que já detenham substância os atos que antecedem o próprio ato jurídico complexo, este não há – não é, propriamente –, não tendo, pois, existência para o mundo jurídico, o que somente se sucederá com a integralização de todos os atos necessários à sua formação jurídico-existencial[438].

Sarno. **Normas de processo e normas de procedimento: o problema da repartição constitucional de competência legislativa no direito constitucional brasileiro.** Salvador**:** Juspodivm, 2015, p. 115 e 161).

[435] Para Francesco Carnelutti, a noção de ato (jurídico) complexo contrapõe-se a de ato simples, representando toda uma categoria em que o efeito jurídico derive de uma multiplicidade de atos (CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil.** São Paulo: Classic Book, 2000, v. 1, p. 128). Sob essa perspectiva, pode-se considerar constitua o processo um ato jurídico complexo, na medida em que se considere que seus efeitos são produzidos a partir de uma multiplicidade de atos. O problema estaria no efeito da litispendência, que se forma desde o momento da instauração do processo, a qual vem a ser manifestada em ato único (na linguagem de Carnelutti: "ato simples"), a propositura da ação.

[436] Francesco Carnelluti, em inspiração assemelhada, apresenta lúcida explicação em que detalha não represente cada ato (jurídico) individual pressuposto para a prática de outro, posicionado, à frente, em sequência, reproduzindo um formato de cadeia, mas sim que todos os atos singulares, conjuntamente considerados, concorrem para a formação de um único ato final, conformador da vontade coletiva manifestada nos atos individuais. Figurativamente, sugere que a imagem representada mais se aproxime de um feixe do que de uma cadeia, que pressupõe sobreposição de atividades, praticadas em sucessivo, diferente daquele, que transmite a imagem de uma pluralidade em separado, porém voltadas todas a um ponto comum (CARNELUTTI, Francesco. **Teoria geral do direito.** Tradução A. Rodrigues Queiró e Artur Anselmo de Castro. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural, 2006, p. 468 e 469).

[437] O raciocínio aproxima-se do que Paula Costa e Silva, inspirada em Carnelutti, define como "acto complexo" aquele no qual "os diversos actos diluem-se num título que os transcende", representando, assim, a formação de ato final único (SILVA, Paula Costa e. **Acto e processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo.** Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 100).

[438] Nesse sentido, coloca-se Vicente Ráo, segundo o qual há atos jurídicos que "somente se aperfeiçoam mediante a verificação de atos outros, intercorrentes, cujos efeitos reciprocamente se integram.". Mais detalhadamente, explica que tais espécies de atos jurídicos, que denomina de "atos jurídicos de formação sucessiva", somente começam a produzir seus efeitos específicos quando todos os outros atos necessários para a sua constituição tiverem sido praticados, sem prejuízo de que os atos intercorrentes possam provocar alguma consequência jurídica (RÁO, Vicente. **Ato jurídico.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 59).

No capítulo pretérito, abordamos o assunto, quando nos reportamos à doutrina de Marcos Bernardes de Mello e Giovanni Conso, detalhando que, numa das perspectivas, "os atos complexos manifestar-se-iam como sendo 'aqueles atos jurídicos de direito público para cuja realização se exige a prática de vários atos e deliberações que lhes são condicionantes'[439], a serem praticados por órgãos estatais.". Mas de todo e qualquer modo, seja numa ou noutra abordagem (que são próximas), o ato jurídico complexo revela-se como ato conclusivo, final ou ato-resultado de uma pluralidade, nem sempre sucessiva, de diversos outros atos (jurídicos também porque regulados pelo Direito).

É o que se consagra, em exemplo de outrora, com acórdão produzido por determinado tribunal. O acórdão, que nada mais é do que o pronunciamento do Poder Judiciário, para restringirmo-nos aos processos jurisdicionais (sem prejuízo de designação idêntica que se empresta aos atos decisórios dos órgãos colegiados de julgamento administrativo, a exemplo das DRJ's e do CARF, no âmbito fiscal da União), modulado em formato de decisão, é formado por diversos atos jurídicos precedentes, que são os votos individuais dos julgadores. A decisão coletiva, em si, representa o que se designa de ato jurídico complexo, porque é o resultado de diversas atividades dotadas de vontades juridicamente relevantes.

Diferente em tudo é o processo, que não representa um ato jurídico específico, complexo que seja, senão que reúne, meramente, em seu interior, diversos "atos" jurídicos, alguns dos quais, inclusive, complexos, como é a hipótese do próprio acórdão, que se insere no bojo de algum processo, já formado e existente, portanto.

Em contraponto ao argumento de que o ato jurídico complexo representa o resultado de uma cadeia de atos, que o precede, logica e temporalmente, há de se pôr em relevo que o processo, diferentemente, não é o produto(-fim) de todos os atos (propriamente, fatos jurídicos *lato sensu*) que o integram. O processo nasce, tendo entrada no plano da existência, muito antes do conjunto de "atos" (leia-se: "fatos", em sentido largo) que possa vir a integrá-lo.

Aliás, essa origem dá-se tão somente com a prática de um solitário ato jurídico, que é o da propositura da ação[440-441]. Assim, é possível enxergar haver atos do processo que se

---

[439] MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência.** 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 154.

[440] Sobre o assunto, a propósito, o novo CPC trouxe inovação, unificando o momento da propositura da ação, considerando-a proposta tanto que seja protocolada, diferentemente da disciplina do CPC/73, que, em seu art. 263, considera a ação proposta tanto quando seja despachada ou distribuída, a depender da existência de juízo único, no primeiro dos casos, ou plural, no segundo (vide art. 312, CPC/15).

[441] DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento.** 17ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 311.

sobrepõem ao seu nascimento, sendo-lhe superveniente (temporalmente falando), passando a fazer parte dele tanto quando (e se) vier a ser realizado.

Não há hipótese de ato (jurídico) superveniente à formação de ato jurídico complexo vir a integrar-lhe o conteúdo. Uma vez que este esteja perfeito e completo, construído com a sucessão de atos que preveja a norma para a sua formação, traduz-se em algo que lhe é absolutamente estranho os atos posteriormente praticados, não influindo em sua formação, que (já) se encontra constituída, definitivamente. Pode, com efeito, integrar o corpo de outro ato jurídico complexo, que ainda esteja em formação.

Assim é que os atos de citação e resposta, por exemplo, agregam-se a processo já existente (aperfeiçoado que foi com a mera propositura da demanda), porém não se faz possível adicionar voto qualquer a acórdão já formado.

A se posicionar, efetivamente, o processo enquanto ato jurídico complexo, é de se perquirir quais seriam os seus pressupostos de validade? Qual é a norma jurídico-positiva que os estabelece? Sim, pois o acórdão, como exemplo eloquente de ato jurídico complexo, contém previsão de elementos circundantes que avalizem a sua perfeição, como ocorre com a exigência de fundamentação, prevista na Constituição da República, em seu artigo 93, inc. IX, e, agora em minúcias, no artigo 489, § 1º, do Código de Processo Civil de 2015.

A resposta cai no vazio porque o processo, em si, não é um ato jurídico complexo[442]. Essa denominação que se lhe empresta é decorrência dos elementos presentes em seu interior, encontrados de forma disseminada e sucessiva, preenchendo-o de conteúdo, porém com a finalidade de conduzir à tutela jurisdicional, que pode se revelar em ato jurídico simples ou complexo (v.g. sentença ou acórdão).

O que a doutrina vem a designar de "requisito de validade processual", como os que digam com a competência e imparcialidade do juiz, as diversas capacidades e legitimidades das partes, o respeito à forma, a inexistência de perempção, litispendência, coisa julgada ou convenção de arbitragem, além de interesse de agir, são, na verdade, "requisitos de validade do fato jurídico do processo", e do processo como um todo apenas por derivação, como já se advertiu.

Para postular em juízo, com o manejo originário da petição inicial, é preciso atender aos requisitos de capacidade exigidos pela lei processual. O defeito que haja em função da inobservância da determinação normativa impregna o ato em si, que é tido por inválido. A sua

[442] Em linha de pensamento semelhante à defendida neste trabalho, Francisco Wildo Lacerda Dantas identifica o processo com um "complexo de atos", não representando, assim, um ato só, isolado – ainda que complexo fosse, pensamos (DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. **Teoria geral do processo: jurisdição, ação (defesa), processo.** 2ª ed. São Paulo: Método, 2007, p. 401).

invalidade, por conseguinte, impacta no processo por decorrência. Sim, porque o processo é a reunião desses atos e o defeito da parte contamina o todo.

Não há, assim, um requisito de validade que esteja relacionado ao processo porém não a determinado fato jurídico particular que integre o seu conteúdo, como também não há defeito no individual que não reflita, negativamente, no coletivo. A corrupção de um juiz do colegiado vicia o seu voto e contamina o acórdão, autorizando a interposição de Ação Rescisória (art. 966, inc. I, CPC/15 e 485, I, CPC/73). A imparcialidade (requisito de validade) violada é do indivíduo, que integra a cadeia de formação do ato coletivo, e, por conseguinte, do ato por ele praticado, somente atingindo o processo, com a abertura para a interposição da Ação Rescisória, por decorrência.

Demais de todos esses argumentos, outra observação ainda tem espaço. Na composição dos atos jurídicos complexos, a natureza jurídica de seus elementos precedentes e formativos é a mesma da sua[443], que é ato-consequência, meramente. Assim, as espécies de fatos jurídicos (*lato sensu*) presentes na formação do ato jurídico complexo é a de ato jurídico *stricto sensu*, não comportando variações de classe, como as de negócio jurídico ou ato-fato jurídico.

Além de tudo isso, a proposição parece trazer consigo uma contradição, desvelada que pode ser com a seguinte questão: se o processo é ato jurídico complexo – a pressupor requeira mais de um ato jurídico em sua composição – como, então, considerá-lo existente com a mera propositura da demanda, que se traduz em ato jurídico singular ou simples? De um lado, afirma-se que a formação do processo requer a presença plural de atos jurídicos; porém, de outro, elenca, como pressuposto de existência, requisito unitário. Parece evidente que os atos jurídicos complexos somente se formem com a presença – ainda que defeituosa – de todos os elementos que compõem a sua base de composição. O acórdão de tribunal somente existe com a presença de mais de uma vontade de decidir, sem o que o ato que se pode ter é de outra natureza: simples, porque produto de atividade individual (decisão monocrática).

Essa contradição que se aponta na construção do argumento acaba por militar também em prol de se reconhecer não constitua o processo ato jurídico complexo, já que sua formação pode mesmo nascer de ato jurídico individual e singular, identificado pela instauração da demanda. O artigo 263 do CPC/73 diz considerar-se proposta a demanda, numa de suas duas

[443] Com linha de pensamento que parece militar em favor desse raciocínio, Paula Costa e Silva também alude que o, no "acto complexo" – semelhante ao ato jurídico complexo –, o ato final não pode se manifestar diferente dos demais outros integrantes da cadeia. É daí que considera que o ato final seja único, porém integrado pela pluralidade de atos que se o antecederam sucessivamente (SILVA, Paula Costa e. **Acto e processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo.** Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 100).

normas, tanto que seja distribuída a ação, enquanto o artigo 312 do CPC/15, unificando a regra, estabelece o protocolo como marco jurídico-temporal da propositura da demanda. Em ambos os casos, sobretudo no processo eletrônico, tem-se a possibilidade de haver processo instaurado sem ato de qualquer outrem, de modo a fragilizar a ideia de possuir o processo a natureza jurídica de ato jurídico complexo.

Constitui-se em processo a demanda distribuída ou proposta tanto que, mesmo antes de qualquer movimento de outro sujeito da relação, ao que se pudesse arguir sobre a pluralidade de atos, implica em produção de efeitos jurídicos processuais, como a litispendência para o proponente, que funciona como impedimento à reedição da postulação, em simultâneo, e a definição da competência.

Assim, ao negar constitua o processo ato jurídico (complexo que fosse), ou mesmo fato jurídico (sobre o ponto, retomaremos mais adiante), não há como posicionar o contraditório como sendo um de seus pressupostos de validade. É que, assim, o contraditório, na verdade, funciona como requisito (geral) dos fatos jurídicos contidos no processo, interferindo no processo(-conjunto) apenas reflexamente. A nulidade do processo, destarte, é causada por defeito que inquine um de seus atos integrantes. O contraditório, enfim, é pressuposto de validade de alguns atos processuais (= atos do processo), definido que pode ser, pensamos, segundo o trinômio conhecimento-diálogo-influência[444]. Ele manifesta-se, desse modo, pela informação, possibilidade de diálogo e capacidade de influência. A desatenção a qualquer desses (sub-)postulados implica em nulidade do fato jurídico praticado e, por conseguinte, dos demais subsequentes, cujas validades pressupõem a higidez dos precedentes – isso é um pressuposto lógico de qualquer procedimento (enquanto conjunto coordenado e sucessivo de atividades), que requer o funcionamento devido de cada etapa, sob pena de comprometer a seguinte –, culminando com a nulidade do processo.

Assim é que a realização de citação por edital, por exemplo, quando conhecido e certo o endereço do réu, viola, inegavelmente, o preceito do contraditório, porque atinge o seu primeiro postulado, o de informação/conhecimento. Segundo as regras constitucionais e processuais, é direito do réu ter conhecimento "real" sobre o conteúdo da demanda. A citação ficta, que conste dos autos, produzida em flagrante equívoco jurídico-procedimental, carrega consigo o vício da nulidade, refletindo na sentença e, por conseguinte, no próprio processo.

---

[444] A proposição não diverge da doutrina em geral, segundo a qual o contraditório representa duas espécies de garantias: participação e influência. A primeira delas, a que se designa de dimensão formal do contraditório, compreende o direito-dever de audiência, comunicação e ciência, o que estaria representado pelo que indicamos como conhecimento e diálogo. O poder de influência, por sua vez, retrata a dimensão substancial do princípio do contraditório, que significa a efetiva capacidade de poder influir na decisão do órgão jurisdicional (por todos, DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento.** 17ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 79).

Mas o defeito, como se pode ver, não é da sentença. A sentença não é nula em si, rigorosamente falando. A nulidade não está "na" sentença, pois que o contraditório não foi violado em seu bojo – o que pode até ocorrer, na medida em que esta não atenda ao dever de diálogo com (os argumentos das) as partes, por exemplo –, nem "no" processo, que é substantivo coletivo e complexo, mas sim "no" ato de citação.

E quando o ato inexiste? Se o processo é sentenciado sem citação alguma, não dá para dizer, nessa perspectiva, contenha vício de nulidade, sobretudo de nulidade do ato, pois que o defeito é qualidade que se adere ao substantivo, portanto ao que é. "Defeito não é falta. O que falta não foi feito. O que foi feito, mas tem defeito, existe. O que não foi feito não existe, e, pois, não pode ter defeito. O que foi feito, para que falte, há, primeiro, de ser desfeito."[445]

Nessa hipótese, o vício toca, ao mesmo tempo, o processo e o procedimento. No primeiro caso, porque lhe suprime um dos fatos jurídicos integrantes e necessários do seu conjunto. Diferentemente do recurso (voluntário), a citação é ato(-fato) jurídico sem o qual o processo não sobrevive. Por isso, é-lhe necessário; compõe-lhe o suporte mínimo (de desenvolvimento). Além disso, atinge o procedimento, que se apresenta carente de uma de suas partes formativas, haja vista a quebra promovida em um dos elos de sua corrente.

Com isso, começamos a sinalizar a compreensão que temos sobre o conceito de processo, a ser apresentada na última passagem deste capítulo.

6.1.4 Crítica à teoria do processo como entidade jurídica complexa

6.1.4.1 Generalidades

A teoria do processo enquanto entidade jurídica complexa é desenvolvida, em linhas gerais, sobre as bases do procedimento e da relação jurídica, como abordamos anteriormente, em passagem própria.

Normalmente, as críticas que se articulam contra esse pensamento voltam-se a um daqueles elementos (a reflexão sobre o assunto sempre conduziu os processualistas a sediar o processo em uma dessas duas bases: no procedimento, na relação jurídica ou nos dois, sem que tenham conseguido pacificar o assunto).

Em grande medida, os argumentos críticos servem, igualmente, a contraditar a teoria original desenvolvida por Bülow. Ou seja, substancialmente, são os mesmos que apresentamos e contra-argumentamos quando abordamos, neste capítulo, as críticas à teoria

[445] MIRANDA, Pontes. **Tratado de direito privado.** 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, t. IV, p. 13 e 14.

da relação jurídica processual (item 6.1). Isso porque, naquela oportunidade, expusemos razões que foram lançadas em momentos históricos diversos, umas próximas à teoria que teria proclamado a independência do processo e outras construídas muito tempo depois, tendo os estudos sobre o assunto alcançado a atualidade.

Isso, em princípio, conduziria ao esvaziamento deste tópico do trabalho. Contudo, deixamos, intencionalmente, uma das construções e suas respectivas restrições para estudá-las neste espaço em reservado, sobretudo porque tem sido desenvolvida mais recentemente e seus aspectos interessam superlativamente às finalidades do presente trabalho, que, no final de contas, terá que fornecer substrato teórico para que se identifique se determinada norma contém natureza processual ou procedimental, e isso não prescinde do estudo sobre a presença da relação jurídica no conceito de processo.

A grande importância da retomada do assunto é que a relação jurídica reascende ao processo por intermédio de construção diversa da que foi produzida ao tempo da elaboração da teoria que alforriou o processo do direito material. Tem-se desenvolvido, atualmente, estudo da relação jurídica processual sob a perspectiva da Teoria do Fato Jurídico, tendente à formulação de uma Teoria do Fato Jurídico Processual[446] (já citamos, ao longo do trabalho, por diversas vezes, obra conjunta de Fredie Didier Jr. e Pedro Henrique Pedrosa Nogueira com título dessa ordem[447]), o que não foi, por óbvio, sequer cogitado por Bülow.

A identificação inicial de uma relação jurídica própria do processo, diversa da de direito material, passou pela mera constatação de que, com o processo, um novo vínculo subjetivo, diverso do que tivesse sido formando na sede material, teria nascimento, interligando autor, juiz e réu (numa estrutura mínima) – os quais nem sempre coincidem, mesmo que em parte, com o credor(-autor) e devedor(-réu), por exemplo, haja vista que a identificação integral resulta impossível pelo ingresso do Estado-juiz, que forma laço com ambas as partes.

A compreensão, à época, que bem serve também para o quadro atual, é de facilitada comprovação empírica, dado que se possa identificar situações de extinção do processo por ilegitimidade de parte (sem tocar o objeto litigioso, portanto, a representar quadro subjetivo autônomo e próprio do processo) ou mesmo a presença de legitimados extraordinários, quando, para além da figura do Estado-juiz, tem-se, no processo, pessoa distinta da que tenha participado da relação jurídico-material.

---

[446] NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios jurídicos processuais.** Salvador: Juspodivm, 2015, p. 35.
[447] DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos fatos jurídicos processuais.** Salvador: Editora Juspodivm, 2011.

Os estudos mais recentes da relação jurídica no processo, contudo, não a identificam a partir de uma visão macro do processo, possível mesmo ao observador externo que apenas tenha visão do todo procedimental, o qual, facilmente, enxergará haver, ao menos, a figura de um autor, o Estado-juiz e um réu. Diferentemente, como já se fez entrever antes e detalhar-se-á em seguida, determinado setor da doutrina, representado sobretudo pelas vozes de Fredie Didier Jr., Pedro Henrique Pedrosa Nogueira e Paula Sarno Braga, estuda a relação jurídica "do" processo – insira-se, ou não, a relação jurídica dentro do conceito de processo (o que representa outro desdobramento, de interesse do trabalho, evidentemente) – com foco em cada fato individualmente produzido dentro do processo, donde há de brotar a relação jurídica processual, para além de fazê-lo ancorado em todo arcabouço teórico da construção de Pontes de Miranda, tão cuidadosamente estudada e explicada por Marcos Bernardes de Mello.

Além disso, inserimo-la dentro do contexto do processo porque partilhada por quem defenda a complexidade conceptual do processo, servido, exatamente, de motivo à manutenção da relação jurídica na sua definição (mesmo quando justificada por razões diversas da originalmente produzida). As resistências à relação jurídica processual, até determinado estágio de desenvolvimento da ciência do processo, voltaram-se contra a definição do processo enquanto relação jurídica, unicamente, porém não em desfavor da conceituação complexa diretamente, embora viesse a apanhá-la por via oblíqua, já que a relação jurídica integrava-lhe a definição. Destaque-se a voz de Aroldo Plínio Gonçalves[448], que defende a incompatibilidade do conceito de processo com a relação jurídica, colocando-se em contrário à opinião de Cândido Rangel Dinamarco[449], segundo o qual a relação jurídica, o procedimento e o contraditório são elementos capazes de, associadamente, bem definir o conceito de processo.

Assim, neste tópico dedicaremos esforços em tentar explicar a corrente que identifica o processo como uma pluralidade de relações jurídicas e aquela outra que lhe tece críticas, sobretudo por indicar haver equívoco científico em se definir o objeto de investigação em razão dos efeitos que produz.

6.1.4.2 Posicionamento do Problema: o Processo Enquanto Conjunto de Relações Jurídicas

[448] GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo.** 2º ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 113.
[449] DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** 13ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 159.

Por tudo que foi colocado no item anterior, é de se iniciar com a compreensão de que a colocação da relação jurídica subjetiva no processo foi justificada, em momentos históricos distintos, por razões inteiramente diversas. A relação jurídico-processual de Bülow não é exatamente a mesma relação jurídica dos que estudam o processo sob a perspectiva da "Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais".

Nas passagens precedentes, já apresentamos as críticas – e com ela dialogamos – à relação jurídica como elemento do processo. Porém, fizemo-lo em perspectiva geral, de sorte a apanhar essa definição, sobretudo, na origem, muito embora tenha tocado, em alguma medida, a construção mais recente desse elemento do processo (pois a crítica que indica a impropriedade da relação jurídica para o direito processual por representar conceito de ordem estática bem cabe para qualquer articulação, seja na origem, em Bülow, seja para a corrente moderna, que se apoia na Teoria do Fato Jurídico).

Agora, diversamente, é o momento próprio de dedicarmo-nos à construção mais atual, que aqui e ali já havíamos sinalizado (o que foi inevitável para algumas outras explicações e abordagens), bem como a divergência específica que surge com o posicionamento da relação jurídica processual – e não para com a sua existência em si – após essa mais nova formulação teórica.

Na perspectiva da Teoria do Fato Jurídico, a exemplo da definição de processo como ato jurídico complexo, tem-se defendido possa o processo ser enxergado como efeito jurídico[450] (veja-se abordagem que promovemos no Capítulo IV deste trabalho). Esse exame dar-se-ia sob o viés do plano da eficácia dos fatos jurídicos, segundo o qual o processo seria representado pelo conjunto de relações jurídicas estabelecidas entre os sujeitos participantes do processo (lembrando que, como dito acima, a relação jurídica é uma das espécies de efeitos jurídicos).

No entanto, mesmo a corrente que articula essa concepção reconhece que há, em verdade, a formação de diversas relações jurídicas, cada uma delas proveniente dos fatos jurídicos realizados ao longo do processo[451], costumando-se, por isso, designar represente o

[450] DIDIER JR. Fredie. **Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida.** Salvador: Juspodivm, 2013, p. 64.

[451] Esse reconhecimento acerca da pluralidade de relações jurídicas, provenientes de fatos jurídicos individuais produzidos no processo, vai ao encontro da construção produzida acima, que se colocou em contrário à definição do processo enquanto ato jurídico complexo, enxergando nele um feixe de fatos jurídicos. A conclusão se retira porque há o reconhecimento expresso de uma pluralidade de efeitos: a relação jurídica, reclamando, por isso, igual número de causas, que é representada pelo fato jurídico (*lato sensu*).

processo uma relação jurídica complexa. Reconhece-se, assim, talvez fosse mais adequado considerar o processo como um feixe de relações jurídicas[452].

Porém, nada obstante, articula-se poder, por metonímia, referir-se ao processo como uma relação jurídica, que representaria e aglutinaria todas as outras nascidas ao longo do desenvolvimento da marcha processual. Já aqui se pode ver que, desde Bülow, a construção ao entorno da relação jurídica processual sofreu um refinamento científico, não se considerando, naquela época, a relação jurídica como resultado dos atos do processo, individualizando cada uma delas, mas como mero produto da atividade processual, de formação única e não plural, como se lê através das lentes da Teoria do Fato Jurídico.

Há quem prefira, como Pedro Henrique Pedrosa Nogueira, definir haja uma "relação jurídica propriamente dita", que também designa de "relação jurídica processual" e tantas outras relações jurídicas que decorram dos fatos jurídicos produzidos ao longo do processo. Aquela primeira estabelecer-se-ia com o "exercício da pretensão à tutela jurídica (direito de ação)", formando a relação inaugural do processo, a qual inter-relaciona o autor e o juiz[453].

É importante anotar que, muito aproximadamente ao que viremos a agasalhar como processo, o autor divisa, sob determinado ângulo, seja mais apropriado posicionar o processo como fato jurídico[454]. Com isso, vislumbra-se trate o processo com fato jurídico em si, no que se afasta da perspectiva deste trabalho, como se verá mais adiante.

Mas não obstante essa construção recente, que lança olhares para o processo sob o pálio da Teoria do Fato Jurídico, já há, na doutrina, em certa perspectiva, dissidência parcial, construída mesmo por quem adira à leitura do processo sob a ótica do fato jurídico, em crítica que, mais detalhadamente que outrora, passamos a estudar agora.

6.1.4.3 Crítica à Ideia da Presença das Relações Jurídicas Processuais Plurais no Conceito de Processo

Neste ponto, retomamos passagem tangenciada no capítulo pretérito. Há quem identifique no processo um aglomerado de relações jurídicas travadas entre os sujeitos do diálogo[455], indicando possa essa pluralidade ser reconhecida como uma relação jurídica

---

[452] DIDIER JR. Fredie. **Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida.** Salvador: Juspodivm, 2013, p. 66.

[453] NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Situações jurídicas processuais. *In* DIDIER JR., Fredie (coord.). **Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial.** Salvador: Juspodivm, 2010, v. 2, p. 767.

[454] NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Situações jurídicas processuais. *In* DIDIER JR., Fredie (coord.). **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial.** Salvador: Juspodivm, 2010, v. 2, p. 766.

[455] CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil.** 2ª ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004, v. 2, p. 783; FERNANDES, Antonio Scarance. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo**

complexa, refletindo, assim, o que se entenderia por processo. A construção da crítica nasce da reflexão sobre essas afirmações, mas sem, contudo, delas, em essência, discordar, porque igualmente reconhece haver, no processo, a produção de uma diversidade de relações jurídicas.

Essa construção, de autoria de Paula Sarno Braga, também tem, como ponto de apoio, a Teoria do Fato Jurídico, tanto quanto os que identificam, no processo, uma pluralidade de relações jurídicas, como Fredie Didier Jr. e Pedro Henrique Pedrosa Nogueira, com se fez ver no item imediatamente precedente.

No entanto, de forma mais detalhada, molda a autora construção que bem demonstra haja, no processo, diversos "atos" jurídicos, cujos efeitos (deles) são representados por situações jurídicas, que, no mais das vezes, revelam-se de conteúdo relacional[456]. Com isso, quer comprovar – e fá-lo bem sucedidamente – que a relação jurídica, diretamente, retrata elemento derivado do conteúdo eficacial do "ato" jurídico produzido no interior do processo, compondo este por decorrência (ou indiretamente).

Identifica, assim, o processo aos "atos" praticados em seu interior (muito embora articule expressão no singular: "O processo é ato"[457]). E sendo a relação jurídica um dos efeitos possíveis (não necessário) destes "atos", não poderia compor o conceito de processo. Insistir nesse caminho significaria definir o objeto de estudo pelos efeitos que possa produzir.

Em boa medida, parece tenha razão a crítica. É que fazer inserir os efeitos no conceito desencadeia o perigo de se revelar o objeto pelo resultado. Confunde-se a causa com os efeitos. Nesse caso, a conceituação falharia na definição do objeto quando se tivesse, por algum motivo qualquer, a falta de produção dos efeitos aguardados. Para essa linha de definição, o que seria o processo sem a relação jurídica?

No plano material, é mais fácil a visualização e tem a objeção lançada mais aderência. O testamento se destina a promover a sucessão de patrimônio. Acontece que esse é o seu resultado(/objetivo). Ou seja, transmitir o patrimônio reflete o alcance dos seus efeitos próprios. Porém, ele pode, ou não, por causas as mais diversas, vir a ocorrer, sendo plenamente factível que jamais se concretizem os seus efeitos na realidade da vida, basta, a

---

penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 28 a 31; DIDIER JR., Fredie. **Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida.** 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 65 e 66; MIRANDA, Pontes de. Relação Jurídica Processual. In SANTOS, J. M. Carvalho (org.). **Repertório enciclopédico do direito brasileiro.** Rio de Janeiro: Borsói, v. 48, p. 116 e 117.

[456] BRAGA, Paula Sarno. **Normas de processo e normas de procedimento: o problema da repartição constitucional de competência legislativa no Direito Constitucional brasileiro.** Salvador**:** Juspodivm, 2015, p. 132.

[457] BRAGA, Paula Sarno. **Normas de processo e normas de procedimento: o problema da repartição constitucional de competência legislativa no direito constitucional brasileiro.** Salvador**:** Juspodivm, 2015, p. 131.

tanto, que o testador revogue-o ainda em vida. Mas mesmo que o faça, não dá para dizer que nada existiu, nada se produziu, mesmo algum efeito jurídico. Testamento houve, embora não tenha chegado a produzir a sua eficácia própria ou final. Por isso, não é adequado definir o objeto de estudo segundo o resultado potencial que traga consigo. O processo tem a potencialidade de produzir relações jurídicas. Porém, isso é consequência do objeto de estudo, que requer definição precisa que se situe em momento anterior à sua produção de efeitos.

Poderíamos, ainda, ir além e, assim, incrementar a crítica. A rigor, segundo essa construção, a relação jurídica não é efeito do processo, mas do "ato" jurídico praticado no interior do processo, como visto. Ou seja, não seria a relação jurídica um resultado do processo, enquanto unidade complexa. Efeitos próprios do processo seriam as suas implicações diretas decorrentes de sua mera existência, como, por exemplo, a produção de um estado de litispendência. A ser assim, a definição do processo como relação jurídica estaria a se valer do efeito de um de seus elementos integrantes, o "ato" jurídico processual.

Desse modo, ao que se pode interpretar, muito embora a autora seja partidária da leitura do processo segundo o viés da Teoria do Fato Jurídico e identifique nele diversas relações jurídicas, tal como todos aqueles partidários dessa linha de estudo, abre dissidência quando, diferentemente, nega-se a reconhecer o processo como relação jurídica, porquanto esta corresponda a apenas um elemento eficacial daquele (ou de um de seus "atos"), não se confundindo com sua inteireza.

Assim, a mensagem que fica é de que pode haver processo mesmo antes (ao menos) da produção de relação jurídica por qualquer um de seus "atos" processuais, de modo que o processo não pode ser identificado com a relação jurídica.

6.1.4.4 Dialogando com a Crítica que Objeta o Conceito (Parcial) de Processo como Relações Jurídicas Plurais

Como se pôde ver, consideramos a crítica articulada contra a inserção da relação jurídica processual no conceito de processo muito bem colocada, sobretudo porque leremos o processo também através das lentes da Teoria do Fato Jurídico.

O ajuste deste trabalho, com efeito, localiza-se na inserção dos eventos do processo na categoria de fatos jurídicos *lato sensu*, dissentindo, no ponto, ao que quer parecer, da opinião

crítica, que os inseriria na categoria de ato, certamente jurídico ("Assim, o processo é sucessão de atos, teleologicamente entrelaçados, e potencialmente eficazes."[458]).

Essa mesma boa acolhida sobre a construção crítica parece encontrar eco em doutrinas que lhe tenha precedido e influenciado, máxime as de Fredie Didier Jr. e Pedro Henrique Pedrosa Nogueira, os quais muito bem compreendiam a relação jurídica enquanto elemento de eficácia do "fato" processual, mas, ainda assim, não abandonavam a ideia (predominante) de que se possa categorizar o processo também como relação jurídica[459-460].

Mas ainda que muito bem recebida a crítica, em alguma medida harmônica com as vozes que encampam o mesmo referencial teórico, dissentem ao final, no ponto relativo à conceituação do processo. A crítica, contudo, ao que pensamos, supera, em princípio, a proposição conceptual, exatamente porque se mantém coerente com a premissa que estabelece, ao contrário da proposta originária, que considera o efeito como elemento hábil a compor a definição do objeto de estudo.

Com efeito, como apontado no item imediato, acima, a asserção, consistente na impossibilidade de utilizar-se de efeitos do "fato" jurídico para definir determinado objeto de investigação, encontra encaixe perfeito nas situações de direito material. Mas o problema que se sobrepõe à crítica, e que ora propomos como diálogo, é: se o efeito vier a representar elemento de concretização(/formação) inexorável, ainda assim não poderia integrar o conceito? Assim, tal como a causa, o efeito teria presença(/participação) necessária. Nesse caso, não poderíamos dizer que o efeito faria parte, legitimamente, do conceito? É que no âmbito do direito material, como expusemos, o efeito não poderia integrar a definição do objeto de estudo porquanto sua perfeição submete-se a determinado estado de incerteza, podendo ou não sobrevir (o testamento existente e válido pode ou não vir a despertar sua eficácia própria, mas nem por isso deixará de ser testamento).

---

458 BRAGA, Paula Sarno. **Normas de processo e normas de procedimento: o problema da repartição constitucional de competência legislativa no direito constitucional brasileiro.** Salvador**:** Juspodivm, 2015, p. 132.

459 Da obra de Fredie Didier Jr., pode-se identificar passagem muito elucidativa sobre esse ponto, em que indica: "Pode causar estranheza a utilização de um mesmo termo (processo) para designar o fato jurídico e os seus respectivos efeitos jurídicos." Mais adiante, no entanto, aduz que a prática é corrente, a exemplo do que se passa com a prescrição, e, enfim, conclui que, em nível teórico, é possível, mesmo assim, estabelecer-se o conceito de processo como relação jurídica (DIDIER JR., Fredie. **Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida.** 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 66 e 67).

460 A asserção em cima da doutrina de Pedro Henrique Pedrosa Nogueira pode ser identificada, dentre outras passagens, dos trechos seguintes, quando indica, claramente, que as relações jurídicas decorram de fatos do processo: "... dos fatos processuais decorrem relações jurídicas processuais.". Porém, antes já havia asseverado que a relação jurídica resiste às restrições doutrinárias contra ela apostas, inobstante não possa ser reduzido o processo a elas, meramente (NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Situações jurídicas processuais. *In* DIDIER JR., Fredie (coord.). **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial.** Salvador: Juspodivm, 2010, v. 2, p. 767).

Diferente é o que se percebe no processo, cuja eficácia relacional revela-se certa. Ao menos uma relação jurídica formar-se-á em todos os casos nos quais se constitua um processo. Proposta a ação – quando se tem nascido o processo, consoante já se fez anotar, à luz da doutrina tanto de Fredie Didier Jr.[461], Paula Sarno Braga[462] e Pontes de Miranda[463] –, firma-se, de imediato, a relação jurídica, de caráter processual, entre o autor e o Estado-juiz, que se coloca vinculado a apresentar uma resposta, ainda que tenha natureza exclusivamente processual (é de se anotar que o protocolo ou registro já representa ato do Poder Judiciário).

Desse modo, mesmo considerando seja a relação jurídica um elemento de eficácia do processo (de seus fatos, propriamente), considerando o seu caráter de nascimento necessário – onde houver processo, ter-se-á, ao menos, uma relação jurídica –, poder-se-ia dizer que o processo é também relação jurídica, como fizeram ao demais partidários da Teoria do Fato Jurídico Processual?

A coerência dessa provocação estaria na particularidade de que, em casos que tais, situados no plano do processo, um dos efeitos manifesta-se em todo e qualquer processo e faz-se revelar contemporaneamente ao "ato" (jurídico) de nascimento, representado pela propositura da ação, condição originária de existência do processo.

Não ignoremos grasse na doutrina dissonância a respeito do apontamento dos pressupostos processuais necessários à existência do processo, indo desde concepções mais restritas, como a de Ada Pelegrini, que indica como tal apenas o órgão com jurisdição, até as mais analíticas, como a de Moacyr Amaral dos Santos. Em linha intermediária, seguida por tantos outros, pode-se identificar a voz de Calmon de Passos, para quem haverá processo – na literalidade de sua expressão: "Para que a relação processual *exista juridicamente*..." – tanto que sejam preenchidos três elementos: existência de órgão com jurisdição; capacidade de ser parte dos sujeitos (diríamos nós, do demandante, porquanto mesmo que se articule ação contra um animal, sendo pessoa o autor, ter-se-á um processo instaurado, ainda que com absoluta incapacidade de se desenvolver, reclamando, pois, a sua extinção por ato do Poder Judiciário); e a articulação de uma postulação[464].

Os pressupostos de existência do processo, igualmente, são preenchidos no ato inaugural da demanda, de modo que também nesse mesmo momento tem estabelecida a

---

[461] DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento.** 17ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 311.
[462] BRAGA, Paula Sarno. **Normas de processo e normas de procedimento: o problema da repartição constitucional de competência legislativa no direito constitucional brasileiro.** Salvador**:** Juspodivm, 2015, p. 134.
[463] MIRANDA, Pontes de. Relação Jurídica Processual In SANTOS, J. M. Carvalho (org.). **Repertório enciclopédico do direito brasileiro.** Rio de Janeiro: Borsói, v. 48, p. 91.
[464] PASSOS, J. J. Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais.** Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 87.

relação jurídica processual entre autor e Estado-juiz, que se revela, certamente, como eficácia relacional derivada do "ato" jurídico de demandar.

Ainda assim, tendo presença garantida em todas as formações processuais, a relação jurídica deveria ser mantida proscrita do conceito de processo?

6.1.5 Críticas à teoria da identidade entre processo e procedimento (desqualificado)

Como tivemos a oportunidade de estudar no capítulo precedente, a mais atual posição sobre o assunto encontra sede em proposição que assevera identificar-se o processo com o procedimento. Na oportunidade, pôde-se identificar que, por conta de seu referencial teórico, o qual remonta à Teoria do Fato Jurídico, essa mais recente ideia afasta-se, no meio do caminho, da doutrina de Elio Fazzalari, porque, diferentemente desta, objeta a entrada do contraditório no âmbito do conceito de processo, porquanto não revelaria elemento pertencente ao plano existencial desse objeto de estudo, senão inserido no da validade, onde o juízo de valor é sobre a perfectibilidade daquilo que juridicamente já é (= existe).

Essa manifestação teórica posiciona o atual estado da arte sobre o assunto. É, exatamente por isso, de fulcral importância, tanto mais, ainda, porque sequer tenha encontrado espaço de tempo para o amadurecimento crítico sobre as suas revelações como também por corresponder a fruto colhido de uma escola de estudo do processo, que passa a estudá-lo sob o viés da Teoria do Fato Jurídico.

A teoria representa, assim, pensamos nós, o ponto central de estudo sobre a matéria. É que, para a chegada de conclusão, teve que revisitar as proposições pretéritas e, sobre elas, apresentar percucientes críticas, hábeis a conduzir a um novo plano de reflexão. Destarte, com o seu exame, termina-se por ponderar sobre os critérios pretéritos, porém agora à luz das mais recentes críticas. Isso permitirá, ao final, manifestar adesão, indicar equívocos e vazios ou formular proposta de superação. A ciência evolui a partir desse diálogo. Mas, demais disso, a sua relevância também se mostra pelo extenso trabalho de pesquisa sobre os outros estudos dedicados à temática, tendo tido o cuidado de, assim, indicar as falhas de cada uma delas.

Este espaço em reservado, portanto, manifesta-se fundamental para o presente estudo. Nele, aventurar-nos-emos a dedicar reflexões originárias sobre a proposta, cuja qual não contou, ainda, com a devida manifestação da doutrina especializada. Tem-se, aí, pois, os riscos inerentes à abertura do diálogo (que esperamos desvele-se proveitoso para a ciência do Direito Processual). Além disso, os apontamentos feitos apresentarão os contornos da

compreensão sobre o assunto e prepararão o caminho para a definição da premissa do trabalho, firmada no recorte posterior imediato.

Na abertura desta dissertação, acentuamos que o Direito trabalha com a linguagem, utilizando-se dela para regular condutas e interpretar outras tantas que tenham sido praticadas no contexto da regulamentação normativa. Por conta desse instrumental de trabalho, a linguagem, permite-se se alcance as mais variadas formas de composição, mesmo que sobre a descrição de objetos de estudo, sobretudo se complexos, como é o caso do processo, que apanha diversas realidades (processuais). O que se identifica como "processo"?

Sendo, pois, o processo sujeito à definição também através da linguagem, não se tem tido sucesso sobre o alcance do seu conceito, cujas vozes mantêm-se dissonantes, permanecendo em aberto o debate sobre o assunto. Na linha da advertência apresentada na introdução, talvez se trate de polêmica cuja pacificação jamais será alcançada. Mas mesmo que isso viesse a se traduzir numa certeza, sugere-se que a razão tivesse, desde sempre, a caminhar de mãos dadas com Calmon de Passos, para quem, não obstante as infindáveis divergências, "o que não se pode admitir é a identificação de um e outro fenômeno"[465-466].

A novel proposição, assim, já se depara com a sua primeira barreira: superar a separação historicamente promovida, em geral, por toda a dogmática processual civil. Como realidades próximas e até dependentes, processo e procedimento sempre caminharam lado-a-lado, porém cada qual com sua própria personalidade[467].

Muito embora a história não possa ser contada em evolução que revele uma só direção – ora o processo foi continente; ora, conteúdo –, como já pudemos estudar, nos tempos pós-independência da Ciência Processual, o processo, normalmente, valeu-se do procedimento para explicar a si próprio, representando este um de seus elementos[468]. Já no início do século XX, o procedimento foi tomado como o modo de mover e a forma como é movido o ato processual, representando, assim, a exteriorização do processo, sendo este o movimento do

---

[465] PASSOS, J. J. Calmon de. **Comentários ao código de processo civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1983, v. 3, p. 5.

[466] Na mesma linha de advertência promovida por Calmon de Passos, adiciona-se semelhante articulação produzida por Arruda Alvim, segundo o qual se deve "... *ter sempre presente* que a *norma processual* não deve ser confundida com a *norma procedimental"* (ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil.** 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 1, p. 122).

[467] A distinção de processo e procedimento não é algo que sempre se tenha defendido (MONTEIRO, João. **Programma do Curso de Processo Civil.** 5ª ed. São Paulo: Typographia Acadêmica, 1936, v. 1, p. 109). Porém, predominou a separação por quase toda a história moderna, que, muitas vezes, se valeu do procedimento para explicar o que representava o processo, isso porque prevaleceu a ideia de que o procedimento representava um dos elementos do processo.

[468] Pontes de Miranda é um dos autores que inseriu o procedimento como elemento do processo, ao lado de outros. Disse: "O processo compreende (...); *c) o procedimento*, que compreende a regulação, o ato de apresentação dos escritos, da oralidade, as citações, os prazos etc. (MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil.** 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. III, p. 522).

ato processual, para lembrarmo-nos da doutrina de João Mendes de Almeida Junior, a quem se atribui tenha sido um dos primeiros, no Brasil[469], a promover a separação[470-471].

Tem sido comum identificar o processo em uma concepção teleológica, na qual é representado pelo conjunto de atos inter-relacionados e com o propósito de atingir um resultado final. O procedimento, por outro lado, indicado como o elemento formal e estrutural do processo, retrataria o seu aspecto exterior, ou, ainda, o seu modo de caminhar. Mas, seja como for, estaria o procedimento inserido nessa realidade, porém com conteúdo definido e próprio[472], não se confundindo com o objeto no qual inserido, o processo[473].

Tem-se pretendido comprovar esse ponto de vista com a constatação de que, no mesmo processo, é possível ver o desenvolvimento de mais de um tipo de procedimento[474]. Paula Sarno Braga objeta essa assertiva, indicando não seja o processo que se sirva de mais de um tipo de procedimento, mas sim a tutela jurisdicional, que poderia ser alcançada por meio de procedimentos diversos[475]. Como considera processo sinônimo de procedimento, indica que a tutela jurisdicional é que possa ser obtida por mais de um processo[476].

---

469 BRAGA, Paula Sarno. **Normas de processo e normas de procedimento: o problema da repartição constitucional de competência legislativa no direito constitucional brasileiro.** Salvador**:** Juspodivm, 2015, p. 149.

470 ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. **Direito judiciário brasileiro.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1940. p. 264.

471 João Mendes de Almeida Junior indica que o processo seria o "movimento" e o procedimento o "modo" ou a "forma" desse movimento. Essa sua afirmação, largamente conhecida, quer significar que o processo representa um caminho a ser percorrido, com o desiderato de alcançar um determinado ponto de chegada, e o procedimento o "modo" e a "forma" de cumprir o percurso – se a pé ou com algum outro tipo de transporte, por exemplo (ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. **Direito judiciário brasileiro.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1940. p. 298 a 300).

472 Parece, assim, poder-se conceber não haja procedimento sem processo – que o diga a doutrina que articula a "processualização dos procedimentos" –, muito embora isso não conduza a impossibilidade de se legislar isoladamente sobre um ou outro, como requer a Constituição da República em seus artigos 21, inc. I, e 24, inc. XI (objetos de estudo neste trabalho).

473 COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. **Manual elementar de direito processual.** Rio de Janeiro: Forense, 1982; PASSOS, J. J. Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil.** Vol. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 4 e 5; ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil.** 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 1, p. 110, 140 e 546; WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Sentença civil: liquidação e cumprimento.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 87 a 90; ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **Comentários ao Código de Processo Civil.** 9ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 2, p 295; GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2002, v. 2, p. 38; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental:** um Novo Enfoque para o Estudo do Procedimento em Matéria Processual. São Paulo: Atlas, 2008, p. 66; LUNELLI, Guilherme. Normas processuais e normas procedimentais: uma proposta de diferenciação para fins de competência legislativa. **Revista de Processo,** São Paulo, n. 224, 2013, p. 405.

474 PASSOS, J. J. Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1983, v. 3, p. 5

475 Não está incorreto dizer que a tutela jurisdicional é obtida por meio de determinado procedimento. Porém, a assertiva parece está incompleta, pois que não é bastante que haja procedimento tendente à entrega da tutela jurisdicional para que se atinja esse objetivo. Na perspectiva da autora, como identifica processo com procedimento, o raciocínio se perfaz coerente, eis que tudo que tem em um guardará correspondência no outro. Mas quem os conceba como conceitos diferentes, haverá de considerar que processo é, em verdade, o instrumento de alcance da tutela jurisdicional; representando aquele (o processo) atividade realizada pelo Estado e este (a tutela jurisdicional), o bem da vida perseguido (transcendente ao processo). Portanto, a tutela jurisdicional há de se concretizar por intermédio de um processo que não prescinde de algum procedimento

Não soa como absolutamente incorreto que a tutela jurisdicional possa ser obtida, em tese, por mais de um processo. De fato, há, muitas vezes, mais de um caminho disponível para o alcance do objetivo pretendido (no Judiciário). Nesse sentido, informa-nos o Mandado de Segurança e a possibilidade de utilização do procedimento comum, ambos instrumentos hábeis a servir de remédio jurídico para determinado tipo de postulação (sobretudo com a generalização da tutela antecipada, produzida com as reformas parciais do Código de Processo Civil). Porém, pode haver falha, quando, concretamente, para o alcance do bem jurídico pretendido, somente se revele habilitado um único caminho processual, quando a tutela jurisdicional, então, apenas comporte determinada espécie singular de processo.

Mas o problema se revela, no entanto, na necessidade de se qualificar as formas de atividades desenvolvidas dentro de um determinado objeto (de estudo), que pode muito bem ser compreendido no intervalo de sua atividade inicial e final, representados, respectivamente, pela propositura da demanda e a certificação do trânsito em julgado – qual o nome que se deve utilizar para denominar tudo o que transcorreu nesse ínterim? A via ordinária do primeiro grau tanto quanto a do recurso estão inseridas dentro desse todo, sujeito à precisa demarcação. Assim, é de se questionar: a apresentação da petição inicial para registro instaura um único processo, que mantém esse seu caráter unitário até o trânsito em julgado, ocorra o que ocorrer dentro de si, ou o recurso inaugura um novo processo, de modo a que se possa compreender brote um outro novel processo a cada abertura de instância recursal, como sói acontecer com a Apelação e os Recursos Extraordinários (*lato sensu*)?

Inclinamo-nos pela ideia de poder haver, no processo, mais de uma espécie de procedimento, caracterizando-se a via recursal, assim, como um mero procedimento novo inaugurado no mesmo processo (antigo), onde já concluído o outro precedente procedimento previsto para a tramitação dos atos processuais no primeiro grau de jurisdição[477]. Num único processo, pode-se ter o desenvolvimento de procedimentos de primeiro e de segundo grau de jurisdição, cada qual composto por um conjunto de atos (fatos jurídicos, propriamente) destinados a uma finalidade comum. Sim, pois enxergamos propósitos distintos manifestados por um e outro procedimento, ao menos numa perspectiva direta. O objetivo do procedimento no primeiro plano da Justiça é concatenar uma série de atos (*rectius,* fatos) para possibilitar a

---

(apropriado) para alcançar o objetivo pretendido (nessa linha, ver DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. **Teoria geral do processo: jurisdição, ação (defesa), processo.** 2ª ed. São Paulo: Método, 2007, p. 400 e 401).

[476] BRAGA, Paula Sarno. **Normas de processo e normas de procedimento: o problema da repartição constitucional de competência legislativa no direito constitucional brasileiro.** Salvador**:** Juspodivm, 2015, p. 152.

[477] Também entende que o processo pode compreender mais de um procedimento, o que se daria, igualmente, com a inauguração da esfera recursal, mas ainda poderia conter menos que um, o que se revelaria na extinção anômala do processo, não tendo, aí, sequer um procedimento completo (CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil.** Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000, v. 1, p. 473).

edição de um provimento que diga a qual das partes assiste Direito, diante dos fatos que tenham sido apresentados. No segundo momento, diferentemente, o desiderato da ordenação dos fatos jurídicos processuais trabalha em prol de édito jurisdicional vocacionado a examinar o acerto, desacerto ou vício da atividade de criação de normas jurídicas individuais[478] promovida no primeiro (sub-)ciclo da Justiça.

Raciocínio semelhante pode ser ainda melhor desenvolvido se se tomar o Cumprimento de Sentença como material de trabalho. O Cumprimento de Sentença traz consigo propósitos diversos da fase cognitiva, sendo, por isso mesmo, aparamentado com uma série de "fatos processuais" vocacionados ao seu propósito, que é voltado à realização material da pretensão já reconhecida precedentemente. Assim, no ínterim entre proposição e trânsito em julgado, é possível bem demarcar determinado aglomerado de fatos jurídicos processuais com finalidade comum, contando, inclusive, com encerramento, pelo cumprimento do objetivo, de determinada etapa, sem que, com isso, se tenha, necessariamente, alcançado o trânsito em julgado ainda. São subconjuntos perfeitamente identificáveis dentro de conjunto mais abrangente. Não seriam, por isso, dignos de classificação própria? Essa união de atos expropriatórios (ou, ao menos, tendentes à expropriação), dada a sua configuração diversa da que integra a fase cognitiva, não deveria comportar uma classificação própria? Mas essa classificação seria a tal ponto independente que poderia ser definida como processo? Produzindo sua autonomia? Diferente do que se defendeu[479], a ser assim, as reformas produzidas entre 1994 e 2005, voltadas ao sincretismo processual, nada teriam feito, pois que, tanto quanto antes, ter-se-ia mantido o sistema dual de processo cognitivo e executivo, que responderia pelo nome de "Processo de Cumprimento de Sentença"[480].

A segunda construção crítica à identidade processo-procedimental, na ordem devida de apresentação, vem a ser retratada pelo dissenso mantido em relação à concepção do processo enquanto "ato jurídico complexo" (de formação sucessiva, ainda que seja) – o que se

---

[478] KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** Tradução de João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 261.

[479] BRAGA, Paula Sarno. **Normas de Processo e Normas de Procedimento: o problema da repartição constitucional de competência legislativa no direito constitucional brasileiro.** Salvador**:** Juspodivm, 2015, p. 152.

[480] Luiz Rodrigues Wambier assevera que, após a edição da Lei n. 11.232/05, a sentença condenatória, antes executada em novo "processo" (sistema dual), passou a ser executada no mesmo processo. Afirma que, com isso, teria havido uma "unificação procedimental". No caso, com efeito, entendemos tenha havido "unificação processual", não "procedimental", haja vista que os procedimentos de cognição e de execução continuaram a ser distintos – como não há, por impossibilidade lógica, de serem jamais iguais –, apenas passaram a integrar um mesmo processo, no qual se contêm dois (ou mais) procedimentos, um identificado como "fase de conhecimento" e outra, "fase executiva" ou "fase de cumprimento de sentença". (WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Sentença civil: liquidação e cumprimento.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 391).

alcança por via obliqua, dado que a definição é emprestada ao procedimento, com o qual se assimilaria o processo. Com efeito, as razões dessa leitura diversa foram feitas em tópico pretérito (n. 6.3.1), para o qual remetemos o leitor, evitando, com isso, repetição desnecessária.

A Constituição da República optou por atribuir competências privativas à União e outras, em concorrência, àquela (União), aos Estados-membros e ao Distrito Federal. Foi assim com o processo e com o procedimento, tendo sido aquele inserido na competência mais restrita, a do artigo 22, inc. I, e este, na mais abrangente, a do art. 24, inc. XI, que apanha outros entes da federação na legitimação de produção legislativa.

A distinção promovida pela Constituição parece não ter tido um apego técnico[481] sobre um e outro termo, até porque, sobre o assunto, embora grassasse debate doutrinário, um termo e outro, como vimos, de há muito, andavam interconectados. Mas adverte-nos a todos Fernando da Fonseca Gajardoni que a opção do constituinte deveu-se às dimensões continentais do Brasil, de maneira a permitir que os mandamentos gerais da União pudessem ser conformando na realidade local por leis estadual e distrital[482].

Muito embora essa notícia de Fernando Gajardoni milite em prol da ideia de que se quis, com as regras em comento, outorgar aos Estados-membros e Distrito Federal competência sobre matéria igual a que foi conferida à União, somente reduzindo a sua abrangência e impondo-lhe a manutenção de harmonia com norma federal geral, de modo a se legitimar compreender que os entes parciais teriam uma espécie de "competência residual" sobre processo – o que defendido, no fim de contas, pela teoria que assemelha processo e procedimento –, a interpretação conta com difícil acolhida no plano da hermenêutica jurídica.

O processo de interpretação deve cuidar para não anular expressões, tornando-as inúteis (*verba cum effectu, sunt accipienda*). A exegese jurídica deve ser produzida de modo que prevaleça a compreensão de não conter o texto palavras supérfluas e desprovidas de eficácia (*interpretatio in quacumque dispositione ne sic facienda, ut verba non sint supérflua, et sine virtude operandi*)[483].

---

[481] Nesse sentido, indica as discussões havidas em Comissão da Assembleia Nacional Constituinte, sobretudo o diálogo mantido entre os Constituintes Aluísio Campos e Nelson Jobim, ao ensejo da votação do Destaque de n. 6502 (Disponível em: <http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituinte/sistema.pdf.>. Acesso em 08 dez 2015, p. 1542 a 1544).

[482] GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual.** São Paulo: Atlas, 2008, p. 28.

[483] MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito.** 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 204 e 205.

A esse brocardo jurídico, que deve ser interpretado com prudência[484] (*cum grano salis*), não se coaduna a ideia de que o processo traduza a mesma realidade do procedimento. Ao se expressar que processo é procedimento e vice-versa, uma das duas expressões, contida na Constituição da República, não teria qualquer densidade jurídica, sendo, por isso, carente de significação própria.

Porém, à crítica pode-se redarguir que as expressões deveriam ser tratadas como sinônimas – malgrado não seja esse o propósito da construção, que se examina com o propósito de problematizar –, de sorte a manterem idêntica carga de significação, não se revelando, qualquer delas, supérfluas. Assim, duas possibilidades se abrem: ou bem cuidam de processo, ou, de procedimento. Contudo, na leitura da teoria que estamos fazendo, só é possível a condução da interpretação de que ambas as normas tratam de hipóteses de "atos jurídicos complexos de formação sucessiva"[485]. Mas é daí que nasce mais outra crítica.

Se ambas as normas tratam da mesma coisa, chame-as de processo ou procedimento, não importa, dada a identidade conceptual atribuída a ambos, pergunta-se: para que a norma do artigo 22, inc. I, da Constituição da República? Sim, pois que, tratando-se do mesmo instituto, jamais a competência seria privativa da União, haja vista que, sobre o assunto a ser legislado, restaria, ainda, a competência "complementar" (que a Constituição chama de "suplementar") e "supletiva" outorgada aos Estados-membros e Distrito Federal. Não é possível o assunto ser, a um só tempo, sujeito às competências privativa e concorrente. Por manifesta incompatibilidade revelada nesse aspecto, de duas, uma: ou algo é exclusivo (*rectius,* privativo), ou é compartilhado (leia-se: concorrente). São formas distintas de repartição constitucional de competência; uma é horizontal, a outra, vertical[486].

Assim, se o propósito do constituinte era permitir, em alguma medida, a participação dos Estados-membros e do Distrito Federal em matéria de "processo" – ideia que se extrai da argumentação produzida para promoção da teoria ora estudada[487] –, porém fazendo supletivamente à União, de modo a manter a unidade nacional sem ignorar as particularidades locais, bastava que se tivesse valido do método vertical de repartição de competência

---

[484] Explica Maximiliano que o preceito não é absoluto, sendo possível que não se extraia sentido de determinado trecho no caso concreto. (MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito.** 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 204.

[485] Da expressão em si, talvez fosse possível produzir outro questionamento, que consistiria em perquirir a distinção entre "atos jurídicos complexos de formação sucessiva" de direito material e o processo. É dizer: no que se revelaria diferente o processo – sobretudo o jurisdicional –, à luz dessa definição, de um ato jurídico complexo de direito material para cuja formação fossem previstas etapas sucessivas?

[486] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2005, p. 59 e 60.

[487] BRAGA, Paula Sarno. **Normas de processo e normas de procedimento: o problema da repartição constitucional de competência legislativa no direito constitucional brasileiro.** Salvador**:** Juspodivm, 2015, p. 354 e 355.

legislativa em matéria de processo (proclamado como sinônimo de procedimento). Ou seja, seria bastante que substituísse a expressão "procedimento" do inc. XI do artigo 24 da Constituição por "processo", conduzindo à desnecessidade (ou inutilidade) da regra do artigo 22, inc. I, da Carta da República, reservando-se, dessarte, à União a competência para produzir normas gerais de "processo" e aos Estados-membros e ao Distrito Federal, a de elaborar normas complementares, de igual natureza, e, eventualmente, até atuar supletivamente, na hipótese de vácuo legislativo de norma geral de processo.

A autora, com efeito, antecipa-se à crítica e assevera que a noção de procedimento encartada no artigo 24, inc. XI, da Constituição foi produzida sob as luzes de uma perspectiva ultrapassada do conceito de procedimento, segundo a qual haveria hipóteses de procedimento não processualizado (desprovido de contraditório ou procedimento administrativos). Contudo, atualmente, tendo-se refletido sobre o conceito, a definição de procedimento estatal não prescinde do processo, este enquanto método democrático de produção normativa. Assim, a expressão "procedimento" contida naquele dispositivo da Constituição fora inserida por "lapso"[488].

Porém isso conduziria – a assemelhação entre processo e procedimento – à inocuidade do artigo 22, inc. I, da Constituição, como demonstrado acima. Mas noutra perspectiva, identifica a autora que, diversamente, a interpretação das expressões como que com carga de conteúdos diferentes – sendo processo, processo; e procedimento, procedimento – conduziria à "contradição aparente". Embora não enxerguemos essa contradição, é a partir dela que se constrói argumento hábil a fazer frente à inocuidade anunciada – em nossa perspectiva, de esvaziamento normativo. Assim, indica que representa "medida de razoabilidade" que os Estados-membros e o Distrito Federal detenham competência para legislar sobre "processo" em atividade estatal de sua alçada, que seria a jurisdição estatal. No entanto, tendo em vista a manutenção da "uniformidade nacional", essa competência restringir-se-ia ao poder de suplementar e suprir a legislação da União, que manteria reservada para si a competência (concorrente) para editar normas gerais sobre processo. Para isso, a competência legitimar-se-ia a partir de "poder implícito", porque necessário ao exercício da atividade legiferante já contida no artigo 24, inc. XI, da CR/88; ou de "poder resultante", que decorreria da interpretação surgida a partir da combinação dos artigos 24, inc. XI, e 22, inc. I, ambos da

[488] BRAGA, Paula Sarno. **Normas de processo e normas de procedimento: o problema da repartição constitucional de competência legislativa no direito constitucional brasileiro.** Salvador**:** Juspodivm, 2015, p. 356.

Constituição, pois que não haveria como legislar sobre procedimento sem fazê-lo, ao mesmo tempo, sobre o processo[489].

Mas ainda assim resta perguntar: e a competência do artigo 22, inc. I, ficaria reservada a quê? Sim, pois continuaria ela esvaziada, como dito anteriormente. É de se observar, assim, que a descrição da proposição apresentada pela autora restringiu-se à competência da Justiça Estadual, a qual se haveria de dividir em geral e específica, para legislar sobre processo, reservando-se a primeira delas à União e a segunda, aos Estados-membros e Distrito Federal. Assim, resta que se diga como se daria o disciplinamento da competência legislativa para disciplinar o processo no âmbito da Justiça da União (ao que reduz à Justiça Federal[490]). Eis que, nessa particular passagem, preenche a norma do artigo 22, inc. I, da Constituição como dispositivo voltado exclusivamente ao regramento do Direito Processual da Justiça Federal[491], a compreender Justiça Federal comum e os Juizados Especiais Federais.

Em suma, caberia ao "legislador federal", calcado no artigo 22, inc. I, da Constituição, a competência para legislar sobre processo para a Justiça Federal, integralmente, e expedir normas gerais de processo para as Justiças Estaduais, bem como ao "legislador estadual/distrital" editar normas suplementares ou supletivas de processo voltadas exclusivamente para a Justiça Estadual, respectivamente[492]. Porém, nesses dois últimos casos, embora considere a norma de caráter processual, o autorizativo constitucional encontraria assento no disposto no art. 24, inc. XI, da Constituição, e não no art. 22, inc. I.

O primeiro raciocínio contraposto à ideia de que o artigo 22, inc. I, da Constituição da República institui modalidade de competência privativa para legislar sobre processo no âmbito da "Justiça Federal" consiste no argumento de que as hipóteses disciplinadas naquela norma (a do inciso I) representam regulamentações jurídicas que servem a todos os entes parciais da federação, sendo o mesmo direito civil, comercial, penal, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho para toda a nação. Por que haveria de ser diferente com o direito processual, também ali inserido?

---

[489] BRAGA, Paula Sarno. **Normas de processo e normas de procedimento: o problema da repartição constitucional de competência legislativa no direito constitucional brasileiro.** Salvador**:** Juspodivm, 2015, p. 356 a 358.

[490] A Justiça Federal é o "nome próprio" que se empresta a um dos ramos da Justiça da União, integrada que é, ainda, pelas Justiças do Trabalho e Militar, além de todos os tribunais superiores.

[491] João Mendes de Almeida Júnior, no começo do século XX, identificando na primeira Constituição brasileira republicana (de 1891) disposição que restringia ao âmbito da Justiça Federal a legislação de processo editada pelo Congresso Nacional, lançou críticas à interpretação literal da norma, sobretudo por não haver outra regra que conferisse aos Estados competência para editar legislação processual, concluindo que a norma de processo produzida pelo Congresso valeria também para os Estados (ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. **Direito judiciário brasileiro.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1940, p. VII).

[492] BRAGA, Paula Sarno. **Normas de processo e normas de procedimento: o problema da repartição constitucional de competência legislativa no direito constitucional brasileiro.** Salvador**:** Juspodivm, 2015, p. 361.

Por trás disso, está o fundamento de que a Constituição de 1988 é formalmente única, porém materialmente dúplice. Há, nela, disciplinas relacionadas à nação, ao que se pode denominar de "normas constitucionais nacionais", e outras dirigidas a um dos entes nacionais, a União, que bem se poderia chamar de "normas constitucionais federais". É bem por isso que estão corretas ambas as designações: "Constituição da República Federativa do Brasil" e "Constituição Federal", muito embora, a rigor, devesse se utilizar uma e outra expressão para situações distintas, a depender do tipo de abordagem que se queira fazer, se nacional ou pertinente à União. A diferença sobressalta já nos dois primeiros artigos, revelando-se o artigo 1º norma nacional, porque expressa os fundamentos do Estado brasileiro, de modo a, com isso, compreender, a um só tempo, todos os entes da federação: União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios[493]; enquanto o artigo 2º volta-se exclusivamente à União, determinando, portanto, os Poderes que a comporão (tanto não é de toda a nação que os Municípios são contemplados por Poder Judiciário)[494].

Com isso, queremos expressar que o conteúdo do texto do inc. I do artigo 22 da "Constituição da República" representa "norma constitucional nacional", exatamente porque voltada a autorizar a produção de lei sobre aquelas matérias para toda a nação brasileira, não meramente para a União. Assim, por esse argumento, seria impróprio se pensar em extrair daquela norma potencialidade legislativa voltada apenas para o ente central (a União). Tanto quanto não se concebe haja Direito Civil da União e Direito Civil dos Estados-membros e do Distrito Federal – até porque o momento da concepção, o nascimento com vida, a precisão do evento morte etc. não se poderia sujeitar a disciplinamento díspar, sob pena de violar o próprio princípio da isonomia (CR/88, 5º) –, não se há falar em Direito Processual da União – na leitura da autora, voltado à Justiça Federal (= Direito Processual Civil da Justiça Federal) – e outro para os Estados e Distrito Federal.

---

[493] Não se há negar a expressão do princípio republicano para todos os cantos do ordenamento jurídico nacional, a compreender, assim, todos os entes da federação. Ao comentar o dispositivo do artigo 1º da Constituição, Fernanda Dias Menezes de Almeida afirma que: "Não se trata aqui de uma abstrata declaração de intenções a figurar no texto constitucional apenas por um eventual diletantismo do constituinte. É, na verdade, um comando objetivo aplicável e exigível a toda aplicação do sistema normativo brasileiro, constitucional e infraconstitucional. O princípio republicano, aliado à condição de Estado Democrático de Direito, é, pois, impositivo a todas as relações entre o Estado e seu povo, e, ainda, no interior de ambos" (ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. Comentário ao artigo 1º, *caput.* In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 108).

[494] Aproximadamente nesse sentido, Ives Gandra Martins tem defendido deva-se interpretar que as leis complementares seriam leis nacionais da Federação e não leis federais da União, a indica, com isso, hajam normas voltadas a todo contexto nacional e outras, reservadas aos limites de compreensão de determinado ente federativo, particularmente da União. Para nós, essa divisão ocorre já no interior da própria Constituição (BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva, 1993, v. 3, t. II, p. 72).

No âmbito do Direito Processual Civil, talvez isto possa não se sobressaltar evidente. Porém, na quadra do Direito Processual Penal, a percepção pode ser completamente outra. Dissemos, no parágrafo anterior, que, sobretudo em respeito à isonomia, não poderia haver Direito Civil pluri-normativo (o risco seria enorme de se ver concebidos direitos civis a uns, quando outros tenham sido ignorados). No entanto, ter-se regramentos processuais diferentes em ações que versem sobre direitos exclusivamente patrimoniais não salta aos olhos o maltrato à isonomia. Mas se há lembrar que o dispositivo, ao expressar a competência legislativa para "processo", apanhou ambos os ramos, civil e penal. Neste último caso, que lida com bens e valores transcendentes à matéria, quer parecer que qualquer distinção de tratamento pode acarretar quebra da isonomia – muito embora a dessintonia de "procedimento" possa resgatar esse valor ignorado por regra centralizadora, incapaz de ser moldada a particularidades locais (talvez aí a razão do artigo 24 da Constituição). Como se ter um Processo Penal em um Estado-membro e outro, no seu vizinho[495]? Algo passível de impor, eventualmente, processado que seja em Estados diferentes, ao mesmo réu, submissão a "processos" distintos, no qual um deles lhe faculte apresentação de defesa prévia antes do recebimento da denúncia e outro, não, ou, ainda, que se preveja, num deles, uma via recursal mais larga do que no outro.

E com esse argumento não estamos endossando passagem de Arruda Alvim, na qual indica que o processo há de manter simetria com o direito material, de modo que os Estados-membros e o Distrito Federal teriam competência para legislar sobre processo acaso fossem competentes também para editar normas de direito material correspondente[496]. Contra esse ponto, com absoluta razão Paula Sarno Braga, que, em sua crítica, dentre outros argumentos, lembra-se da competência material dos municípios e Estados para legislarem sobre direito tributário (CR/88, art. 24, inc. I)[497], o que, pensamos, represente crítica bastante para ilidir o argumento. Contudo, o que pontuamos (logo acima), diferentemente, restringe-se à abrangência da norma do inciso I do artigo 22 da Constituição dentro do sistema federativo brasileiro, que reputamos contemple matérias destinadas a valer, igualmente, em todos os recantos do país, muito embora elaborada, com exclusividade, pelo ente central.

---

[495] Esse também parece ser um ponto que possa ser observado em relação à instituição, em Alagoas, de vara colegiada destinada ao julgamento de crimes promovidos por organizações criminosas. A composição plural, por exemplo, influi na dinâmica do contraditório? Seria permitido, assim, ter-se varas coletivas com modelos, formas de funcionamento e composições as mais variadas, cada uma delas disciplinadas pela lei de seu estado?

[496] ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil.** 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 1, p. 124.

[497] BRAGA, Paula Sarno. **Normas de processo e normas de procedimento: o problema da repartição constitucional de competência legislativa no direito constitucional brasileiro.** Salvador**:** Juspodivm, 2015, p. 226.

Essa restrição da competência privativa da União para legislar em matéria de processo exclusivamente para a "Justiça Federal" – para o que interpretamos tenha-se proposto em espectro mais abrangente, a compreender todas as Justiças da União – tem, ainda, um inconveniente consequencialista, porquanto pode gerar eventual quebra da isonomia, injustificadamente. A incoerência revela-se em algumas questões: por que o Usucapião que tramite na Justiça Federal de determinada unidade da federação haveria de ter procedimento diferente de outra demanda de igual natureza que se processe na Justiça Estadual do mesmo ente federativo, particularizado que tenha sido o caminho deste por norma editada pelo ente parcial no espaço da competência suplementar (art. 24, §2º, da CR/88)? O mesmo se poderia perguntar em relação à ação monitória ou até às ações previdenciárias, em que, nalguns particulares casos, o autor pode optar por ingressar num ou noutro ramo da Justiça Nacional (art. 109, §3º, da CR/88).

Frontalmente contra essa ideia volta-se o argumento urdido por Fernando da Fonseca Gajardoni, que, muito embora guarde alguma semelhança de ideias com a autora, especificamente quanto à ampliação da atividade legislativa dos Estados-membros e do Distrito Federal – cada qual dentro de sua linha teórica –, defende que as leis locais que versem sobre procedimento, por conta do princípio da territorialidade, deveriam ter sua eficácia repercutida em ramo que designamos de "Justiças da União", dentro da qual o autor particularizou nas Justiças Federal, Eleitoral e Trabalhista. A proposta de Gajardoni, assim colmatada, conduz a resultados empíricos diversos daqueles gerados à luz da teoria de Paula Sarno. Nesse caso, a Usucapião cujo procedimento tenha sido moldado por regras específicas editadas por determinado ente estatal sujeitar-se-á a igual tramitação desenvolva-se ele na Justiça Federal ou na Justiça Estadual daquela unidade federal[498].

Além de tudo isso, a construção proposta, quer parecer, conduziria à interpretação da Constituição a partir de um (pré-)conceito já formado. Assentamos que processo represente um conceito jurídico fundamental, dotado de densidade semântica antes mesmo da sua inserção em determinada norma jurídica. Contudo, essa formação prévia, construída a partir de determinado objeto de estudo, não determina, impositivamente, qualquer ordenamento jurídico, que, originariamente, pode construir a sua própria realidade, harmonize-se ela ou não com o modelo delimitado pelo conceito fundamental. Assim é que o ponto de partida deve ser a Constituição, procurando o intérprete conformar o conceito jurídico fundamental a ela e não

[498] GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A competência constitucional dos estados em matéria de procedimento (art. 24, XI, da CF/1988): ponto de partida para releitura de alguns problemas do processo civil brasileiro em tempo de novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo,** São Paulo, n. 186, 2010, p. 221; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização Procedimental: um Novo Enfoque para o Estudo do Procedimento em Matéria Processual.** São Paulo: Atlas, 2008 p. 50.

fazer com que a Constituição sujeite-se ao conceito fundamental, nem que, para tanto, tenha que abrir dissidência.

Bem percebeu essa desarmonia e insensibilidade da Constituição para com um conceito fundamental de processo Cândido Rangel Dinamarco. Não que tenha entendido, igualmente, que processo é, essencialmente, procedimento. Não. Ao contrário, compreende cada qual como realidades descritivamente independentes, porém interligadas por vínculo relacional inquebrantável, na medida em que um, o procedimento, está no outro, o processo. Não há processo sem procedimento[499], que lhe integra, necessariamente[500]. Mas essa sua compreensão é prévia e independente da norma constitucional, o que somente se pode fundar na percepção de que se trate de um conceito fundamental. Por isso mesmo, critica a opção da Constituição em pretender separar realidades que, para ele, no plano conceitual, são indissociáveis. Mas inobstante as críticas que dirige à norma, reconhece deva ela, Lei Maior e inaugural do ordenamento jurídico positivo, constituir o ponto de partida, a partir do qual o intérprete deve alicerçar seu raciocínio, ornado em moldes a conferir sentido à norma, e não a esvaziá-la. Por esse motivo, sem abandonar a sua convicção sobre um conceito mais amplo de processo, cede e esforça-se em delimitar as fronteiras da norma de processo e da de procedimento (o que será visto, em detalhe, mais adiante)[501].

Observe-se, contudo, que, mesmo no caso, não se faz necessário abandonar o conceito jurídico fundamental que o delimite com contornos próprios, situando-se para além ou aquém do limite definido para o procedimento. Basta que se entenda processo e procedimento como realidades individuais e autônomas (uma da outra), que a Constituição conferirá acolhida à proposição, pois também ela aparta os conceitos. A dificuldade está em se definir, com precisão, o que seja norma de uma ou outra natureza na medida em que ambos, muito embora

---

[499] GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual.** São Paulo: Atlas, 2008 p. 36.

[500] Discute-se, em doutrina, porém, se haveria procedimento sem processo. Ao que estudamos até aqui, é possível responder dizendo que depende da concepção de processo que se adira ou construa. Pôde-se observar que, para a doutrina de Elio Fazzallari, é perfeitamente possível, haja vista que o processo é que constitui espécie de procedimento, havendo, portanto, este que não aquele, que seria o procedimento manifestado sem contraditório (FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual.** Tradução: Elaine Nassif. Campinas, São Paulo: Bookseller, 2006, p. 93 e 94). Porém, Fernando Gajardoni (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual.** São Paulo: Atlas, 2008 p. 36; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A competência constitucional dos estados em matéria de procedimento (art. 24, XI, da CF/1988): ponto de partida para releitura de alguns problemas do processo civil brasileiro em tempo de novo Código de Processo Civil. **Revista de processo,** São Paulo: RT, ano 35, n. 186, p. 207, ago. 2010.) atribui a Hélio Tornaghi posição contrária, na qual se negaria a possibilidade de existência de procedimento sem processo. No entanto, ao que se encontrou em Tornaghi, ele apenas nega a posição de Frederico Marques, que atribui à jurisdição voluntária o caráter procedimental (TORNAGHI, Hélio. **Comentários ao Código de Processo Civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, v. II, p. 17 e 18).

[501] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil.** 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 1, p. 68 e 69.

diferentes, interligam-se como irmãos siameses. Assim, diz-se que a legislação sobre processo disciplinará necessariamente procedimento e vice-versa.

Portanto, resultando definido que não se compreende seja processo e procedimento a mesma coisa, representando cada qual um fenômeno distinto e susceptível de identificação, presta-se o item seguinte a apresentar as conclusões sobre essa conceituação, em moldes a possibilitar identificar quando uma determinada norma possua uma ou outra natureza, ou, ainda, as duas, perscrutando-se, neste último caso, a quem competiria legislar sobre, se à União ou a esta aos Estados-membros e ao Distrito Federal, concorrentemente.

7 POSICIONAMENTO SOBRE O CONCEITO DE PROCESSO

7.1 Considerações iniciais

A história conta que o termo "processo" teria sido empregado, pela primeira vez, na Idade Média. A palavra derivaria da expressão grega *prosek* ou *proseko* (ou *prosekso*), que representaria algo que viria de trás e seguiria adiante[502]. No latim, a etimologia indica tenha na locução *procedere* o seu ancestral remoto, cuja separação indica que a partícula *pro* reflete a ideia de algo adiante e a outra, representada pela parte *cedere*, significaria seguir, andar, caminhar, etc.[503].

É por isso difundido o ensinamento básico de que o processo representa uma atividade voltada a "caminhar para frente"[504] – o que certamente está na base da definição de preclusão. Por conta dessa sua etimologia, o processo foi, por determinado período, identificado como mera sucessão de atos processuais, confundindo-se, assim, com o procedimento (fase pré-Bülow)[505].

Contudo, ao longo do tempo, essa definição, de caráter meramente estrutural, manifestou-se insuficiente – a começar pela doutrina que propugnou haver uma relação jurídica (subjetiva) processual, em tudo independente da de direito material –, sobretudo por revelar o processo uma complexidade que transcendia a mera sucessão concatenada de atos formais. Como explicar a extinção do processo por falta de interesse de agir de determinado sujeito sem passar pela identificação de uma relação autônoma daquela produzida no âmbito do direito material? E como enxergar nisso um mero passo-a-passo? O processo, portanto, revelou-se mais que o procedimento[506], porém sem ignorá-lo ou dele independer-se. O processo não se realiza sem que seja através do procedimento[507]. São, portanto, realidades

---

[502] GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual.** São Paulo: Atlas, 2008, p. 30; ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. **Direito judiciário brasileiro.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1940, p. 230.

[503] DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. **Teoria geral do processo: jurisdição, ação (defesa), processo.** 2ª ed. São Paulo: Método, 2007, p. 395.

[504] DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. **Teoria geral do processo: jurisdição, ação (defesa), processo.** 2ª ed. São Paulo: Método, 2007, p. 395.

[505] WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Sentença civil: liquidação e cumprimento.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 87.

[506] Aqui, pois, afastamo-nos da proposição de Elio Fazzalari, que, como pudemos estudar, dispõe o procedimento como gênero, sendo o processo uma de suas espécies, particularizada quando o procedimento venha a se manifestar em contraditório (FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual.** Tradução: Elaine Nassif. Campinas, São Paulo: Bookseller, 2006, p. 93 e 94)

[507] Paula Sarno Braga, ao discordar dessa ideia, assevera que: "não há nada de processual que não seja essencialmente procedimental e vice-versa.". (BRAGA, Paula Sarno. **Normas de processo e normas de procedimento: o problema da repartição constitucional de competência legislativa no direito**

dependentes, mas passíveis de individualização (tanto quanto os órgãos não vivem sem o corpo, embora este seja o conjunto daqueles).

Foi necessário rever e realinhar o conceito de processo para que pudesse bem apanhar a realidade com que trabalha, identificando suas nuances, sem cometer o equívoco de ignorar elementos importantes, como os sujeitos que o integram.

Nesse sentido, passamos, em seguida, a apresentar a nossa leitura sobre o conceito de processo.

7.1.1 Processo como conjunto de fatos jurídicos processuais

Toda e qualquer definição que se pretenda estabelecer sobre determinado objeto de estudo parece requerer se determine um marco teórico, com o qual se trabalhará, sobretudo no campo das ciências jurídicas em que as construções são formuladas a partir da experiência humana no convívio social e não de um elemento natural, cuja constituição se apresente pronta e acabada, competindo ao cientista investigá-la. Parece, destarte, incidir em equívoco apontar desvio em determinada construção quando se toma como ponto de partida premissas ou opções teóricas absolutamente diferentes, as quais conduzirão, certamente, a resultados igualmente divergentes.

É o que imaginamos possa ter acontecido com a crítica para com a teoria da relação jurídica processual segundo a perspectiva da teoria do fato jurídico[508], universo no qual a relação jurídica tem uma posição muito bem definida dentro do fato jurídico (*lato sensu*), como elemento específico de eficácia que o integra[509]. A "relação jurídica" de Bülow não parece contenha o mesmo desenho da "relação jurídica" em Pontes de Miranda. É bastante observar que, para o primeiro, a relação jurídica processual confundia-se com a composição subjetiva do processo (autor, Juiz e réu)[510]. Para Pontes de Miranda, diferentemente, a relação jurídica é resultado produzido com determinado fato jurídico[511]; e, dentro do processo, inegavelmente, formam-se diversos fatos jurídicos, alguns dos quais com plena potencialidade

---

constitucional brasileiro. Salvador**:** Juspodivm, 2015, p. 226). Dissentimos dessa visão e, para ela, dedicaremos atenção no próprio corpo do texto, só que mais adiante.

[508] BRAGA, Paula Sarno. **Normas de processo e normas de procedimento: o problema da repartição constitucional de competência legislativa no direito constitucional brasileiro.** Salvador**:** Juspodivm, 2015, p. 131.

[509] MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia – 1ª parte.** São Paulo: Saraiva, 2003, p. 31 e 80.

[510] BÜLOW, Oskar Von. **Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais.** 2ª ed. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas , São Paulo: LZN Editora , 2005, p. 05 e 06.

[511] "Quando o fato se fêz jurídico, jurídicas fizeram-se as relações que êle implicou." (MIRANDA, Pontes. **Tratado de direito privado.** 3ª ed., Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970, t. I, p. 119).

de produzir a prefalada relação jurídica – que recebe a adjetivação de processual exatamente em função do contexto em que inserida[512].

Muito embora pretendamos nos associar à escola que estuda o fenômeno processual na perspectiva da Teoria do Fato Jurídico, não é possível ignorar possa ter o processo uma constituição subjetiva diversa da que se apresente na relação de direito material deduzida (nele ou por ele, processo), basta que nos lembremos da hipótese de processo que traga consigo partes ilegítimas ou mesmo as situações a que Barbosa Moreira designou de "legitimação extraordinária autônoma"[513].

Assim, a "relação" estabelecida entre autor, Juiz e réu é uma relação diversa das "relações jurídicas" (plurais) produzidas pelos diversos fatos jurídicos processuais surgidos ao longo do processo. São olhares diferentes lançados sobre o mesmo objeto: um, o primeiro, vê-se o todo; o outro, as partes que compõem o todo[514].

Desse modo, a relação jurídica de Bülow – que não é mesma de Pontes de Miranda e poderia ser chamada de "relação jurídica do processo" – parece possa bem conviver com as relações jurídicas decorrentes dos fatos jurídicos processuais, as quais são afins a outra linha teórica, a de Pontes de Miranda.

Superada a exposição sobre a leitura que fazemos desse ponto e definido que tomaremos a Teoria do Fato Jurídico como marco teórico referencial, mas sem abandonar, quando conciliáveis, ou criticar as assertivas construídas sob a plataforma de outras bases teóricas, identificamos o processo como um substantivo coletivo, tal qual Fredie Didier Jr. enxerga o procedimento[515] (e sem prejuízo de que compreendamos este de igual modo). O processo é a representação coletiva de diversos "fatos jurídicos processuais", unidos por um plano de trabalho, a que se denomina de procedimento, e voltado à consecução de um determinado resultado[516].

---

[512] DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento.** 17ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 373 e 374.

[513] MOREIRA, José Carlos Barbosa. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. **Revista dos Tribunais.** São Paulo, ano 58, n. 404, p. 10 e 11, jun. 1969.

[514] Ver: DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento.** 17ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 372.

[515] O autor, contudo, identifica o procedimento como "ato-complexo", a indicar classifique-o na condição de "ato jurídico complexo", que, por tudo o que fora dito alhures, não se concorda. Entretanto, isso não impede se reconheça seja o procedimento expressão voltada a definir uma coletividade. Para ele, o conjunto de atos do procedimento, que podem ser estuados, afirma, como uma unidade (DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento.** 17ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 372).

[516] Muito próxima é a posição de Fredie Didier Jr., que define seja o processo como sendo "um conjunto de atos teleologicamente organizados para a prática de um ato final, a decisão (DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento.** 17ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 372).

Determinado setor da dogmática, sobretudo o que define o processo como "ato jurídico complexo" – objeto de crítica no item 6.3.1. – defende que ele consista em um conjunto de "atos jurídicos"[517], que se interligam entre si, formando o todo processual. Alguns, malgrado trabalhem com a expressão "atos jurídicos" (processuais), parecem muito bem identificar se trate o conteúdo do processo de fatos jurídicos, sobretudo pela abrangência que conferem à definição de "fatos jurídicos processuais", capaz de alcançar elementos produzidos extra-autos e antes mesmo da instauração do processo[518]. No mesmo sentido é para aqueles que, como Pedro Henrique Nogueira (em evolução à sua originária posição), restringem um pouco o espectro de abrangência da definição do "fato jurídico processual", relacionando-o com o procedimento (essas definições serão melhor trabalhadas no item seguinte)[519-520-521]. Outros, contudo, a exemplo de Calmon de Passos, entendem que, no processo, efetivamente, somente haja "atos jurídicos", não tendo entrada, pois, os fatos jurídicos (*stricto sensu*) caracterizados de processuais[522]. E há, ainda, daqueles que parecem aproximar-se da ideia propugnada neste trabalho, a exemplo de José Lebre de Freitas[523].

Contudo, ao definirmos o processo enquanto substantivo coletivo que compreende uma pluralidade de fatos jurídicos processuais não estamos identificando nele, em si, um

---

[517] Embora não se utilizasse do "jurídico" para determinar o "ato", e mesmo antes da maior atenção dispensada ao ato complexo processual, era como já se colocava José Frederico Marques: "O processo civil é um conjunto de atos..." (MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil.** 3ª ed. Saraiva: São Paulo, 1975, v. I, p. 112).

[518] DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento.** 17ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 373 e 374; BRAGA, Paula Sarno. Primeiras Reflexões sobre uma Teoria do Fato Jurídico Processual: Plano da Existência. **Revista de processo,** São Paulo: RT, n. 148, p. 294 a 306, jun. 2007; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Situações Jurídicas Processuais. *In* DIDIER JR., Fredie (coord.). **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial.** Salvador: Juspodivm, 2010, v. 2, p. 757 a 762.

[519] NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios jurídicos processuais.** Salvador: Juspodivm, 2015, p. 62.

[520] Em tudo semelhante à posição de Pedro Henrique Pedrosa Nogueira, parece ser o pensamento de Arruda Alvim, para quem o ato, para ser processual, tem que, necessariamente, ser praticado no processo (ou trazido a este). Indica que todo e qualquer ato relativo ao processo, produzido antes de seu início ou fora dele, somente adquire relevância – quando poderá produzir efeitos – no momento em que formado o processo (ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil.** 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 1, p. 434).

[521] Evidencia a proximidade de pensamento o exemplo comum utilizado por um, Pedro Henrique Pedrosa Nogueira, e outro, Arruda Alvim. Ambos identificam – classificando-o como negócio jurídico processual (os dois) – a estipulação consensual da competência territorial, em momento prévio ao processo, como exemplo de instrumento que somente passa a ter a natureza processual uma vez que venha, vindouramente, a ser proposta a demanda (NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios jurídicos processuais.** Salvador: Juspodivm, 2015, p. 61; ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil.** 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 1, p. 434).

[522] PASSOS, J. J. Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais.** Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 64 e 65.

[523] O autor, inicialmente, expressa constitua o processo "uma sequência de fenómenos", indicando consista esses fenômenos em fatos jurídicos, embora reduza a sua presença aos atos jurídicos. Não obstante isso, mais adiante, tal como J. J. Calmon de Passos, posiciona-se pela impossibilidade de compor o processo os fatos jurídicos *stricto sensu*, que somente viria ao processo por meio de um ato jurídico processual (FREITAS, José Lebre de. **Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais.** 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 11 a 13).

(único) fato jurídico[524]. Não é o processo um fato jurídico, senão um conjunto de fatos jurídicos[525]. É nesse ponto que abrimos divergência para com a doutrina de Paula Costa e Silva, para quem o processo pode ser tido como "um" fato jurídico[526].

Não obstante essa colocação do processo, suas premissas metodológicas parecem conduzir a certa incongruência, pois que, ao que tudo indica, somente poderia chegar a essa conclusão se inserisse o processo dentro da categoria de "acto complexo" e não na de "acto-procedimento", como procede. É que a autora defende, na linha de Carnelutti, existir determinada classificação do que poderíamos denominar de "fatos (jurídicos) complexos" – a semelhança dos "atos jurídicos complexos", estudados alhures –, subdividindo-os em "acto complexo" e "acto-procedimento".

Entre ambas as espécies de fatos coletivos haveria uma diferença na relação que se estabelece entre os diversos "actos" – diríamos: entre os diversos fatos jurídicos que compõem o processo. No "acto complexo" – à semelhança do ato jurídico complexo –, os diversos atos do processo somam-se um ao outro, formando um todo único. Assim é que não se pode falar em ato da cadeia diferente dos que o compôs. O "acto-procedimento", diferentemente, prepara o ato final, não o integrando ou tampouco confundindo-se com ele.

O fato jurídico, nessa perspectiva de leitura e explicação de eventual fato (jurídico) complexo, somente poderia ser classificado na categoria dos "acto complexo" (ou fato complexo), pois a pluralidade de elementos que integre o seu suporte fáctico passa a compor a sua constituição, não representando mero caminho a ser percorrido para o alcance de um ato derradeiro, que tem vida independente. Sem algum elemento constitutivo do "acto complexo", este não se aperfeiçoa, mercê da insuficiência do suporte fáctico. De outro lado, a falta de elemento do "acto-procedimento" conduz à nulidade do "acto final", que se forma – passa a existir, portanto –, porém defeituosamente. É possível que o "acto complexo" requisite um procedimento próprio para a sua formação. Mas, ainda assim, os atos do procedimento constituirão o ato final.

Tanto quanto procedemos à crítica de qualificar o processo enquanto "ato jurídico complexo", o fato jurídico representa um acontecimento único, apanhado instantaneamente por determinada norma jurídica[527]. Não enxergamos seja esse o preciso desenho do processo.

---

[524] Ver, em sentido aproximado, a doutrina de Francisco Wildo Lacerda Dantas, para quem o processo há de ser visto como "um complexo de atos" e não como um ato só, isolado (DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. **Teoria geral do processo: jurisdição, ação (defesa), processo.** 2ª ed. São Paulo: Método, 2007, p. 399).

[525] DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. **Teoria geral do processo: jurisdição, ação (defesa), processo.** 2ª ed. São Paulo: Método, 2007, p. 399.

[526] SILVA, Paula Costa e. **Acto e processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo.** Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 123.

[527] MIRANDA, Pontes. **Tratado de direito privado.** 3ª ed., Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970, t. I, p. 6.

Vemos nele – precisamente, dentro dele – diversos fatos jurídicos[528], sendo formado, pois, por essa pluralidade de elementos que o integra. O processo é o conjunto de fatos jurídicos[529] (processuais), mas não é, em si, um fato jurídico. É assim porque não há norma que determine que, ocorrido determinado fato, tem-se processo. Some-se a isso não possa haver processo (completo) de um ato só, reclamando a presença, sempre, de mais de um fato jurídico processual.

Se assim não fosse (= processo como substantivo coletivo), seria necessário, após posicionar o processo como fato jurídico (*lato sensu*), particularizá-lo dentro do universo de uma de suas categorias, fosse na de fato jurídico *stricto sensu*, ato jurídico *stricto sensu*, ato-fato jurídico ou negócio jurídico, o que não se nos apresenta como alternativa possível. Como dizer, mesmo que concretamente, que determinado processo é um ato jurídico – ainda que complexo de formação sucessiva – e não um negócio jurídico? Sobretudo se se concluir que dentro do processo tem ou possa ter as mais diversas espécies de fatos jurídicos *lato sensu.* Assim porque tal organização classificatória afigura-se compatível com os fatos jurídicos processuais inseridos no processo, não, porém, com o processo-total.

Porém, essa característica plural dos fatos jurídicos integrantes do processo desautoriza, na própria dicção de Paula Costa e Silva, a sua inserção na qualidade de "acto complexo", já que afirmou, corretamente, como fizemos em relação ao ato jurídico complexo, que os diversos atos integrantes de sua formação têm igual natureza que o produzido ao final[530] (como vimos: o ato jurídico complexo é formado por diversos atos jurídicos).

Assim, muito embora o fato jurídico somente possa ser posicionado na condição de "acto complexo", segundo a doutrina de Paula Costa e Silva, consoante demonstrado, a autora identifica o processo como fato jurídico, porém o categoriza enquanto "acto-procedimento", revelando candente incongruência.

---

[528] Como bem precisou Fredie Didier Jr., sem que queira representar posição unânime, dela dissentindo, por exemplo, J. J. Calmon de Passos, como nos referimos: "No processo, é possível a ocorrência de qualquer uma das espécies de fatos jurídicos". Nessa mesma linha de interpretação, colhe-se o posicionamento de Eduardo José da Fonseca Costa (DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento.** 17ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 375; COSTA, Eduardo José da Fonseca. Réu revel, vício de citação e *querela nullitatis insanabilis.* In DIDIER JR. Fredie. (Coord.) **Leituras complementares de processo civil.** 7ª ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 245).

[529] Essa conformação, ao menos em uma de suas linhas de desdobramentos do processo, é identificada por Eduardo José Fonseca Costa, que, ao se referir ao processo também como procedimento destaca que represente uma "sequência de fatos jurídicos, atos jurídicos *stricto sensu*, atos-fatos jurídicos e negócios jurídicos..." (COSTA, Eduardo José da Fonseca. Réu revel, vício de citação e *querela nullitatis insanabilis.* In DIDIER JR. Fredie. (Coord.) **Leituras complementares de processo civil.** 7ª ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 245).

[530] Assevera a autora que, diferentemente do "acto-procedimento", o "acto complexo" não permite se cogite de um ato final diferente dos outros "actos" que integraram a sua cadeia de formação – exatamente porque o considera como uma unidade (SILVA, Paula Costa e. **Acto e processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo.** Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 100).

Mas, dessa abordagem, deve-se pôr em destaque a impossibilidade de se classificar, dentro do universo das espécies do fato jurídico *lato sensu*, o processo, resultando na inviabilidade de sua identificação com o fato jurídico. Como dito, o processo é fenômeno que contém fatos jurídicos. Mas não é, em si, um deles.

Porém, essa visão das partes não elide a dimensão do todo processual, que, uma vez aperfeiçoado, passa a ter vida orgânica própria e independente das partes que o constitui e o integra – leitura na dimensão da *Gestalttheorie* (A + B ≠ AB; A + B = C) –, tanto que o defeito da parte não compromete a identificação processual do todo, como se daria com a nulidade de determinado fato jurídico processual em particular. Assim é que o processo pode ser estudado na perspectiva do todo ou de suas partes[531]. Nesse sentido, Fredie Didier Jr. apresenta feliz comparação metafórica, em que diz seja possível estudar o comportamento do cardume como o de cada peixe, individualmente considerado[532]. Há algo no cardume que, em sua totalidade, desprende-se da individualidade do peixe que o compõe. A falta de um ou outro não compromete o todo, enquanto existência coletiva. Assim também é com o processo. Divergimos do autor, contudo, ao considerar determinados atos que particulariza como sendo procedimental e não processual, o que se dá, por exemplo, com a petição inicial, a contestação etc.

Contudo, não é possível dizer-se que o processo é meramente um conjunto de "fatos jurídicos processuais". É preciso haver ordem e propósito (= finalidade), sem os quais se teria um conjunto caótico de fatos processuais, meramente[533] (posicionada a contestação antes da petição, haver-se-ia de considerar ter-se processo, em nada lhe comprometendo a desordem e a falta de propósito). É por isso que não consideramos haja processo sem procedimento.

Porém, dizer que o processo representa um conjunto de fatos jurídicos processuais, na linha do que adverte José Lebre de Freitas[534], não resolve inteiramente o problema, eis que resta identificar o que qualifica determinado fato jurídico como processual.

7.1.1.1 Definição do fato jurídico como processual

---

[531] DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento.** 17ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 372.

[532] DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento.** 17ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 372.

[533] Nesse sentido, também Eduardo José da Fonseca Costa, para quem o processo representa "uma sequência de fatos jurídicos...". Contudo, destaca: "Não se trata, obviamente, de uma sequência sem foco teleológico. Está-se diante de uma séria de fatos, atos, atos-fatos e negócios jurídicos coordenados em reação de um escopo a ser atingido" (COSTA, Eduardo José da Fonseca. Réu revel, vício de citação e *querela nullitatis insanabilis.* In DIDIER JR. Fredie. (Coord.) **Leituras complementares de processo civil.** 7ª ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 245).

[534] FREITAS, José Lebre de. **Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais.** 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 14.

Não há consenso sobre a definição de "fato jurídico processual"[535]. O seu estudo, contudo, exige se trabalhe a Teoria Geral do Direito em conjunto com a Teoria do Fato Jurídico[536], o que parece não contar, ainda, com muitos estudos nesse sentido[537].

No entanto, interessa ao presente estudo a identificação dos critérios utilizados pela dogmática para classificar determinado "fato jurídico" enquanto processual[538], o que requer se explane, ainda que brevemente, algumas posições manifestadas particularmente sobre os "atos processuais".

Com isso, será possível identificar quais são e onde estão os "fatos processuais", ainda que, para tanto, se tenha que fazer leitura extensiva daqueles que trataram apenas da categoria do "ato processual". Sim, pois nem todos os estudiosos que se dedicaram à classificação do ato jurídico processual leram-no sob as lentes da Teoria do Fato Jurídico. E mesmo alguns que tenham identificado o ato como espécie de fato processual, como o fez Carnelluti[539], ainda assim o estudo do "fato jurídico processual" não contou com o nível de detalhamento a que se alcançou com a Teoria do Fato Jurídico, tanto que a relação jurídica processual reconhecida por essa parcela da doutrina mais se aproxima da configuração de Bülow do que aquela produzida em decorrência de cada "fato (jurídico) do processo", que funciona como espécie de efeito jurídico[540].

Sem que tenhamos o propósito de proceder a um inventário amplo e detido sobre o tema[541], até porque Pedro Henrique Pedrosa Nogueira, com grande utilidade, já o fez, na medida em que seu estudo requisitou tal nível de aprofundamento[542], acreditamos que seja pertinente destacar alguns dos principais pensamentos sobre o assunto, ao redor dos quais

---

[535] DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento.** 17ª ed. Salvador: Juspodivm, v. 1, 2015, p. 372.
[536] NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios jurídicos processuais.** Salvador: Juspodivm, 2015, p. 39.
[537] COSTA, Eduardo José da Fonseca. Uma arqueologia das ciências dogmáticas do processo. In: DIDIER JR., Fredie (org.). **Teoria do processo: panorama mundial.** Segunda Série. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 218
[538] A importância disso é que, a partir daí, pretendemos enxergar o material com que trabalha a norma jurídica processual, distinguindo, quem sabe, do objeto da norma jurídica procedimental.
[539] CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil.** Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000, v. 1, p. 475 a 478.
[540] MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia – 1ª parte.** São Paulo: Saraiva, 2003, p. 84.
[541] Para consulta de construções diversas sobre ato jurídico processual, leia-se Paula Costa e Silva, na passagem em que reserva ao "acto processual" (SILVA, Paula Costa e. **Acto e processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo.** Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 171 a 192).
[542] NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios jurídicos processuais.** Salvador: Juspodivm, 2015, p. 40 a 47. Ver igual descrição em DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos fatos jurídicos processuais.** Salvador: Juspodivm, 2011, p. 29 a 30.

circundam as opiniões da processualística, a começar pela posição de Giuseppe Chiovenda, que possui lição clássica sobre o assunto, tanto que seguida por muitos outros[543].

O autor italiano parte da concepção de "ato jurídico processual". Para ele, o ato processual seria aquele que teria reflexo na relação processual – que considera na perspectiva dos sujeitos do processo (*trium personarum, judicis, actoris, rei*)[544], e não como efeito decorrente de cada fato jurídico individual produzido no processo –, seja, segundo afirma, constituindo-a, conservando-a, desenvolvendo-a, modificando-a ou mesmo definindo-a. Limita, porém, a sua origem subjetiva, dado que considera deva o ato processual provir das partes ou do órgão jurisdicional. Assim, entende que a proposição da demanda judicial pelo autor represente ato constitutivo da relação processual (constituindo-a), bem como a sentença, ato que define aquela mesma relação, denotando, com isso, o sentido particular que atribui às expressões por ele empregadas ("constituição", "conservação", "desenvolvimento", "modificação" e "definição") [545].

Mesmo não trabalhando o autor com a Teoria do Fato Jurídico (Processual), na esteira das lições de Pontes de Miranda, a sua definição de "ato jurídico processual" amolda-se à caracterização de ato jurídico *stricto sensu*, porque representa ato de vontade manifestado por sujeitos da relação jurídica processual sem poder de escolha de categoria jurídica[546] (nos exemplos que traz: "demanda judicial"; "sentença"; "inscrição na pauta"; "exceção de defeito dos pressupostos processuais"; "pedido de provas"; "produção de documentos"; "interrogatório"; "despacho"; etc."[547]).

A deficiência que enxergamos nessa proposição, contudo, é que, segundo a perspectiva que temos sobre o fenômeno processual, ela não contempla as demais espécies de fatos jurídicos processuais, mesmo aqueles que provenham de "partes do processo", na linguagem de Cândido Rangel Dinamarco, que representa definição mais ampla do que a de

---

[543] CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil.** 9ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, v. I, p. 239; THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. Rio de Janeiro: Forense, 2006. V. 1, p. 223; DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. **Teoria geral do processo: jurisdição, ação (defesa), processo.** 2ª ed. São Paulo: Método, 2007, p. 183.

[544] Na explicação de Cândido Rangel Dinamarco, isso compreenderia o que designa de "partes na demanda", que representa a concepção de "partes" para Chiovenda, porém significaria menos do que aquilo que define como "partes do processo" (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio.** 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 25 e 26.)

[545] CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil.** Campinas: BookSeller, 3 v., 1998, p. 20.

[546] Marcos Bernardes de Mello define o ato jurídico *stricto sensu* como sendo o *"fato jurídico que tem por elemento nuclear do suporte fáctico manifestação ou declaração unilateral de vontade cujos efeitos jurídicos são prefixados pelas normas jurídicas e invariáveis, não cabendo às pessoas qualquer poder de escolha da categoria jurídica ou de estruturação do conteúdo das relações jurídicas respectivas."* (Destaque do original) (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência.** 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 159).

[547] CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil.** Campinas: BookSeller, 1998, v. 3, p. 20.

partes para Chiovenda[548], como os negócios jurídicos processuais, além de fatos exteriores ao procedimento que venham a ter relevância para o processo.

Liebmam, na esteira de Chiovenda, também considera ato processual aquele praticado por sujeito da relação processual, porém dentro do processo, restringindo, assim, a definição no aspecto objetivo, que delimita a sede de prática do ato[549-550].

Não considera ato processual, contudo, aquele praticado por terceiro, ainda que o tenha sido dentro do processo. Assim, defende que não constituiria ato processual o depoimento da testemunha, muito embora a colheita da prova testemunhal e a sua documentação fosse feita pelo Juiz, que não é terceiro[551].

Calmon de Passos, posteriormente, apontando as posições que identificam o ato jurídico como processual em razão dos efeitos que produz no processo, dos sujeitos que o pratica ou mesmo da sede em que são praticados (no processo), abre, em suas palavras, uma teoria específica, sem ficar saltando de um lado para o outro[552].

O autor baiano não desconsidera, em sua proposição, a sede em que o ato venha a ser praticado, reclamando que o seja no processo, nem tampouco que sua eficácia volte-se para o processo. Porém, além desses dois elementos, indica que, para o ato jurídico ter entrada no mundo particular do processo, requer-se haja exigência específica de que somente no processo possa vir a ser praticado. É daí que o delimita como sendo aquele praticado no processo, por sujeito da relação processual ou do processo, que tenha eficácia no processo e que somente neste possa ser praticado[553].

Cria, com essa construção, mais um requisito de caráter objetivo delimitador do ato jurídico processual, que é a prévia disposição para que somente no processo o ato possa ser praticado (tal como uma sede vinculada). Porém, de outro lado, amplia a via subjetiva de sua definição, na medida em que dispõe possa ser praticado por outras pessoas que não somente os sujeitos da relação processual. É que o autor utiliza-se da expressão "sujeitos do processo",

---

[548] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio.** 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 25 e 26.

[549] Constrói, especificamente, um conceito de ato processual, que seria: "uma *declaração, ou manifestação de pensamento, feita voluntariamente por um dos sujeitos do processo, enquadrada em uma das categorias de atos previstos pela lei processual e pertencente a um procedimento, com eficácia constitutiva, modificativa ou extintiva sobre a correspondente relação processual"* (destaque no original) (LIEBMAN, Eurico Tullio. **Manual de direito processual civil.** 3ª ed. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005, v. 1, p. 285 e 286).

[550] Em seu Manual de Direito Processual Civil, José Frederico Marques segue a definição construída por Liebman (MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil.** 3ª ed. Saraiva: São Paulo, 1975, v. 1, p. 302).

[551] LIEBMAN, Eurico Tullio. **Manual de direito processual civil.** 3ª ed. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005, v. 1, p. 286.

[552] PASSOS, J. J. Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais.** Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 43.

[553] PASSOS, J. J. Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais.** Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 43.

que corresponde ao que Cândido Dinamarco explica como sendo "parte no processo", conceito que vai além daqueles que figuram na condição de sujeitos em cujo nome demandam e contra quem se demanda[554].

Essa proposição, contudo, traz consigo o inconveniente de não contemplar os atos praticados fora do universo do processo – antes, durante ou depois de seu tempo de vida –, como a transação extrajudicial, a procuração, o compromisso arbitral, dentre outros. Além do mais, mesmo alguns atos, praticados que fossem durante o procedimento e dentro do processo, como a procuração *apud acta*, não poderiam ser tomados como processuais, dado que seu conteúdo não seria exclusivo do processo, podendo ter sido confeccionados mesmo antes da instauração do feito[555].

É nesse intervalo que encontra abertura a doutrina de Fredie Didier Jr., que tem, na atualidade, se voltado ao estudo do processo sob as lentes da Teoria do Fato Jurídico. E exatamente por conta do referencial teórico ao qual se reporta, é que posiciona o "fato processual" – e não somente o "ato processual" – como sendo o "suporte fático" de norma jurídica processual[556]. Ou seja: é fato processual aquilo que for disposto em norma processual.

Nessa passagem, com a qual concordamos (e dissemos há muito, lá trás), surge-nos, sobretudo com reflexo para este trabalho, em que se busca uma definição para norma jurídica processual e procedimental, um problema circular, em que a causa vem a ser definida pela consequência e esta, pela causa. É dizer: o que é norma processual (causa)? É a que disciplina o fato processual (consequência). E o que é o fato processual (consequência)? É todo o material fáctico (suporte fáctico) trabalhado pela norma processual (causa). Definitivamente, isso não resolve o problema que nos predispomos a estudar. Resta em aberto saber: o que é "fato jurídico processual"?

Voltemos às lições de Fredie Didier Jr., antes de tentarmos encontrar uma saída para esse problema. Nelas, o autor, primeiro, separa "atos processuais" de "atos do processo" (embora estes estejam compreendidos no universo daqueles). Os atos do processo seriam todos aqueles atos integrados à cadeia do procedimento processual (= conjunto de atos processuais interligados entre si e voltados a um propósito específico), estando, assim,

---

554 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio.** 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 26.

555 NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios jurídicos processuais.** Salvador: Juspodivm, 2015, p. 40 a 44.

556 Considera o autor que o fato jurídico adquire a qualificação de processual no momento em que é apanhado como "*fattispécie* (suporte fático) de norma jurídica processual e se refira a algum procedimento, atual ou futuro (DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento.** 17ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 375).

inserido dentro de uma realidade processual presente[557]. É o que denomina de "ato processual propriamente dito", já que funciona como espécie daquele, sujeitando-se à especificação em função da sede em que praticado[558].

Porém, constata o autor haja atos praticados fora do processo (extra autos) que produzem reflexos sobre a relação jurídica processual – e por que não também no procedimento, perguntamos? Como os que, à luz do artigo 190 e 191 do CPC/15, disciplinem, prévia e contratualmente, alguma regra ou limite do procedimento eventual e vindouro que se instaure judicialmente? – devendo, por isso, ser dignos de ingressar no universo particular do processo. A esses atos – representados, por exemplo, pela escolha convencional de foro, a transação extraprocessual, a procuração, etc. – empresta a denominação, mais ampla, de "atos processuais"[559].

A proposição, segundo o próprio autor, é reconhecidamente ampla, tendo a capacidade de apanhar todos os "fatos" – embora, em boa parte, use a designação "ato", a inteireza do texto revela, claramente, a sua compreensão de que o processo reúna, dentro de si, uma pluralidade de "fatos jurídicos processuais"[560] – previstos em norma jurídica e capazes de produzir algum efeito dentro de uma relação jurídica processual, sendo absolutamente irrelevante a "sede" onde praticado[561-562]. O ajuste (fino) que acrescentaríamos seria quanto aos efeitos produzidos "no processo", e não exclusivamente "na relação processual", embora nessa venha a, invariavelmente, tangenciar, ao menos. E, ainda, quanto à designação eleita, que evoluiríamos para: "fatos jurídicos processuais" e "fatos jurídicos do processo", de modo

---

[557] Tal "fato do processo" é tanto quanto o "ato processual" é para Paula Costa e Silva e J. J. Calmon de Passos, que reclamam, para a aquisição do qualificativo processual, que tenham o ato sede no (= dentro do) processo. Aproxima-se, igualmente, ao que Pedro Henrique Nogueira classifica como "fatos jurídicos processuais procedimentais" (SILVA, Paula Costa e. **Acto e processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo.** Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 171; PASSOS, J. J. Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais.** Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 43; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios jurídicos processuais.** Salvador: Juspodivm, 2015, p. 55).

[558] DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento.** 17ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 373.

[559] DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento.** 17ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 373.

[560] DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento.** 17ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 372 e 375.

[561] Isso diverge de J. J. Calmon de Passos em duas vertentes. A primeira deles é que a "sede" do ato era elemento determinante, para ele, de classificação do ato como processual. Segundo, não admitia a existência de "fatos jurídicos processuais", somente sendo capazes de integrar o processo os "atos" (PASSOS, J. J. Calmon de. **Esboço de uma Teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais.** Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 64 e 65).

[562] Em sentido semelhante, parece seja a posição de Francisco Wildo Lacerda Dantas, para quem importa que a lei reporte-se a uma relação contínua e dinâmica, não tendo relevância a sede em que inserida (DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. **Teoria geral do processo: jurisdição, ação (defesa), processo.** 2ª ed. São Paulo: Método, 2007, p. 546).

a deixar bem claro, desde sempre, a sua amplitude, capaz de compreender, dentro e fora do processo, as mais diversas espécies de fatos jurídicos (como reconhece o próprio autor[563]).

Retomemos o problema circular. Agora, ao menos, ficou mais claro que o "fato jurídico processual" é todo aquele que tenha capacidade de interferir no processo, venha a ser praticado dentro ou fora dele; antes, durante ou depois. Com isso, podemos definir que a norma processual dedica-se a disciplinar situações que possam causar reflexos dessa ordem, interferindo na relação jurídica processual ou (também) no próprio procedimento (para nós).

Essa conclusão representa uma evolução, numa linha de definição, mas, ainda assim, não soluciona outro problema, que se apresenta em seguida e é central para o desenvolvimento deste trabalho, sobretudo por servir-lhe de premissa basilar, que seria a distinção entre norma de processo e de procedimento. Iniludivelmente, a proposta de Fredie Didier Jr. compreende seja "fato jurídico processual" tanto o "fato processual" como o "fato procedimental", apenas não se dedica, nessa passagem, a estudar a linha tênue de distinção entre um e outro, de modo que, consequentemente, a norma processual a que se refere contempla, também, as situações de normas que venham a reger "fatos procedimentais", exclusivos ou conjugados com "fatos processuais".

Porém, nesse ponto, marcamos uma posição: o "fato jurídico processual" somente ganha alguma repercussão prática caso possa relacionar-se a algum procedimento[564], sendo comum, por isso, que a norma que o discipline também regulamente os "fatos jurídicos procedimentais" pertinentes à atuação daqueles e ao desenvolvimento das relações jurídicas processuais surgidas ao logo do processamento do feito. Nesse caso, em que o mesmo corpo legislativo traga consigo normas de ambas as espécies – processual e procedimental –[565], entendemos deva-se conferir competência à União para fazê-lo, dentro mesmo de sua capacidade legislativa para legislar sobre processo (CR/88, art. 22, inc. I), que, em sua totalidade, compreende, pensamos, um procedimento (para organizar e relacionar os "fatos processuais")[566].

---

563 DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento.** 17ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 375.

564 WATANABE, Kazauo. **Da cognição no processo civil.** 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2000, p. 122; ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil.** 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 1, p. 120 e 132; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A competência constitucional dos estados em matéria de procedimento (art. 24, XI, da CF/1988): ponto de partida para releitura de alguns problemas do processo civil brasileiro em tempo de novo Código de Processo Civil. **Revista de processo,** São Paulo: RT, ano 35, n. 186, p. 205, ago. 2010.

565 ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil.** 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 1, p. 132 e 133.

566 Com linha de raciocínio que parece disso se aproximar, podemos identificar a doutrina de Francisco Wildo Lacerda Dantas, segundo o qual, dada a proximidade entre processo e procedimento, a norma que discipline ambas as realidades poderia ser classificada como processual (DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. **Teoria geral do processo: jurisdição, ação (defesa), processo.** 2ª ed. São Paulo: Método, 2007, p. 539).

Há de ser assim porque os Estados-membros não detêm competência alguma para legislar sobre processo – portanto, sobre "fatos jurídicos processuais" – (à exceção da regra particular dos "juizados de pequenas causas" do artigo 24, inciso X, da Constituição), não podendo, por isso, disciplinar o assunto mesmo que quisessem, a pretexto de se valerem do autorizativo do artigo 24, § 3º, da Carta da República (competência suplementar), que é reservado a normas gerais de procedimento ("fatos jurídicos procedimentais"), e não de processo. Além disso, a falta de regulação procedimental detida sobre o assunto pode conduzir o disciplinamento processual editado pela União à inocuidade, de modo que não possa limitar-se à edição de normas processuais, em sua competência privativa (art. 22, inc. I, CR/88), e procedimentais gerais, no espaço de sua competência concorrente (art. 24, XI, CR/88), reclamando, portanto, desça ao detalhamento, viabilizando a aplicação imediata do regramento jurídico processual. Seria demais inconveniente, além de incerto, que o instrumento somente viesse a ter capacidade de aplicação com a edição, posterior, da norma procedimental específica, produzida por ente regional da federação.

Tomando que a regra de citação pelo correio constitua disciplinamento procedimental específico – e não geral, portanto (art. 22, § 2º, CR/88) –, sujeito, por isso, ao disciplinamento legislativo no plano estadual, sendo, de outro lado, proscrito à União igual atribuição, é de se refletir como poderia este ente central conferir efetividade a um Código de Processo Civil nacional se não previsse uma forma básica de chamamento do réu ao processo. Sem essa possibilidade, tal diploma instrumental único teria sua aplicabilidade condicionada à edição de leis estaduais que viessem (se e quando) a reger (e completar) a matéria. Empiricamente, sua efetividade seria diferida e condicionada, sujeitando ao tempo da edição da legislação estadual ou mesmo sendo-lhe reservado o espaço da inocuidade, caso jamais viesse a ser integrado pela lei suplementar. Seria como se o Código de Processo Civil de 2015, com vigência prevista para março de 2016, pudesse vir a ser efetivamente "completado" nos mais diversos momentos, ou nunca, ao sabor de cada Estado-membro, como poderia sê-lo somente em 2017, na Bahia; em 2019, no Espirito Santo; ou nunca, em algum particular ente da federação, frustrando o diploma nacional e forçando, por via oblíqua, o retorno ao tempo pré-1939, quando os Estados detinham competência para legislar sobre processo.

Isso não quer significar que, mesmo diante de corpo normativo processo-procedimental detalhado lavrado pela União, não possam os Estados-membros, posteriormente, diante de particularidade local, lançar mão de sua competência concorrente suplementar (art. 24, § 2º, CR/88), e, com isso, ajustar determinada regra jurídica

procedimental, saindo do espectro de incidência da norma conflitante produzida incialmente pela União, em seu todo normativo.

Nesse ponto, com efeito, dissentimos da posição esposada por Fernando da Fonseca Gajardoni, para quem as normas procedimentais não gerais (= específicas) editadas pela União após a Constituição de 1988 – quando surgiu o quadro de divisão entre normas de processo e procedimento – são absolutamente inconstitucionais; írritas, portanto[567]. No exemplo que particulariza, delimita que as regras sobre tempo e lugar seriam de natureza procedimentais não gerais, submetidas, por isso, ao regramento particular do legislador local. O que se questiona aí é sobre a funcionalidade do Código de Processo Civil de 2015, por exemplo, sem que dispusesse de tratamento sobre essa matéria – ou reputando-a inconstitucional, como quer o autor –, condicionado que estaria à legislação estadual. Certamente, não adquiriria efetividade em todo o território nacional a um só tempo, mesmo as regras processuais, que precisam ser instrumentalizadas procedimentalmente.

Porém, não obstante todo esse parêntese, interessa-nos posicionar o "fato jurídico processual", estritamente falando, a retirar-lhe de seu universo de abrangência o "fato jurídico procedimental". Sim, pois que, amplamente falando, os fatos procedimentais são também "fatos jurídicos processuais" (aquele está contido neste). Também os fatos procedimentais inserem-se no processo e refletem na relação jurídica processual[568].

O fato jurídico processual é representado por determinada unidade jurídica integrante do processo ou referente a um procedimento que não seja predisposta, em si, a unir dois fatos processuais ou a coordenar o processo em sua ordem lógica e cronológica. É o que se identifica com os atos principais das partes e do juiz, como são os de peticionar, responder e decidir (todos em sentido amplo).

7.1.2 Procedimento como conjunto de fatos jurídicos procedimentais

A petição inicial de ação possessória deve observar, tanto quanto qualquer outra voltada a iniciar procedimento comum, os requisitos definidos na seção geral do Código de Processo Civil destinados à regulação desse ato jurídico processual (CPC/15, art. 319 e 320).

---

[567] GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A competência constitucional dos estados em matéria de procedimento (art. 24, XI, da CF/1988): ponto de partida para releitura de alguns problemas do processo civil brasileiro em tempo de novo Código de Processo Civil. **Revista de processo,** São Paulo: RT, ano 35, n. 186, p. 213-220, ago. 2010.

[568] Semelhante raciocínio é desenvolvido por Arruda Alvim, só que no espaço reservado à norma de processo e de procedimento, em que, para ele, aquela pode receber a qualificação estrita ou larga, de modo a norma de processo *lato sensu* compreende tanto a norma de processo como a de procedimento respectiva (ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil.** 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 1, p. 121 e 132).

Contudo, no procedimento comum, em regra, estando a petição inicial em ordem, haverá de ser o réu citado para comparecer à audiência de conciliação ou mediação (CPC/15, art. 334), enquanto que, no procedimento possessório – especial, porque sai momentaneamente do trilho –, apresentando-se igualmente regular a petição, deferida ou não a liminar, o réu será citado para contestar, no prazo que particulariza a norma (CPC/15, art. 564).

A petição inicial, tanto quanto a decisão liminar e a contestação são "fatos jurídicos processuais" que não alteram o "ritmo" do processo – leia-se: o seu procedimento –, pois que não constituem elementos de intersecção entre um e outro; são em si. Diferente, contudo, é o que se passa com a citação, por exemplo, que pode indicar notícia e chamamento ao processo para a prática de um outro fato processual, alterando, com isso, o desenho estrutural do percurso do processo. Terá um caminho o processo cuja citação primeiro chame para uma conciliação e, depois, frustrada que seja, abra espaço para a contestação e, outro, o que, desde logo, requisite do demandado um ato de resposta. Substancialmente, serão integrados por petição inicial, citação e contestação, que podem ter requisitos e conteúdos muito semelhantes, porém o tempo, a ordem e os percursos desenvolvidos até alcançar as suas particulares finalidades serão diferentes.

A citação, enquanto ato destinado a cientificar da demanda, permitindo o conhecimento da causa contra si articulada, previamente, e possibilitando o amplo exercício do direito ao contraditório, não pode, enquanto "conteúdo", ser suprimida, seja por qual espécie de lei for, nem mesmo a que se classifique como processual, pura ou estritamente. A garantia, nesse caso, provém da Constituição. Porém, desde que atenda, o tanto mais eficaz, o comando constitucional de cientificação, as formas adotadas podem ser as mais diversas, conformando, cada qual delas, um desenho procedimental diferente. Assim, se a citação será levada a efeito por carta registrada, mandado de citação, e-mail, WhatsApp, etc; se trará consigo o prazo para resposta de 5, 10 ou 15 dias; se deverá o réu comparecer à audiência ou apresentar resposta por escrito, prévia ou em definitivo; se poderá apresentar resposta no juízo competente da sede de sua residência ou não... Todas essas são questões que, porque dão movimento ao processo, dizem com o modo de proceder do processo[569]; é dizer: com o procedimento.

[569] "Em sentido bastante amplo, *procedimento é modo de proceder*. Pelos aspectos morfológicos, o sufixo nominal *mento* participa da forma das palavras indicar um modo; procedimento é *modo de proceder."* (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil.** São Paulo: Malheiros, 2009, v. II, p. 454).

Esse quadro diversificado de "forma", "tempo" e "lugar"[570] não interfere na composição da relação jurídica base do processo (autor, juiz e réu), nem também em seus elementos centrais, tais como a jurisdição, a ação e a defesa, que permanecem com as mesmas características e formação[571]. A forma, o tempo e o lugar de prática do ato processual, contudo, devem ser dispostos de modo que atenda aos desígnios principiológicos do processo e às regras de direito processual, pois não se conforma o procedimento em elemento neutro ou puramente formal. Com a citação, o prazo ofertado para contestação deve ser razoável e permitir que, dentro dele, o demandado exercite todo o seu direito de defender-se, sob pena de a forma sufocar a substância.

Assim, é possível enxergar que o procedimento – ou fatos procedimentais – não disciplina, substancialmente, qualquer fato processual, senão a interação e a sequência entre eles[572]. Não é o procedimento quem diz deva o réu ser cientificado, mas é ele quem determina como deve sê-lo. Se conteúdo e forma fossem a mesma realidade[573-574], não se poderia alcançar determinada finalidade por mais de uma forma possível. A citação, por exemplo, somente poderia ser concretizada ou por carta, ou por mandado, porém não por qualquer uma das formas.

O procedimento, desse modo, forma-se a partir desse conjunto de "fatos jurídicos", que conferem forma a determinados fatos processuais, estabelecem tempo para a prática de atos, impõem ordem e estruturam uma sequência de tramitação processual.

7.1.2.1 Definição de fato jurídico procedimental

Os fatos procedimentais não prescindem dos processuais[575]. A identificação do que seja procedimental, e não processual, encontra dificuldades porque, invariavelmente, o fato

---

[570] ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil.** 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 1, p. 126.

[571] WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Sentença civil: liquidação e cumprimento.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 92.

[572] GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A competência constitucional dos estados em matéria de procedimento (art. 24, XI, da CF/1988): ponto de partida para releitura de alguns problemas do processo civil brasileiro em tempo de novo Código de Processo Civil. **Revista de processo,** São Paulo: RT, ano 35, n. 186, p. 207, ago. 2010.

[573] Trata-os como a mesma realidade Paula Sarno Braga, ao dizer que, "quando o legislador prevê dada forma para a expressão do ato está a tratar do próprio ato..." (BRAGA, Paula Sarno. **Normas de processo e normas de procedimento: o problema da repartição constitucional de competência legislativa no direito constitucional brasileiro.** Salvador**:** Juspodivm, 2015, p. 229).

[574] Compreende fundo e forma como conceitos antagônicos Cândido Rangel Dinamarco (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil.** São Paulo: Malheiros, 2002, v. 1, p. 456).

[575] A oração inverte a perspectiva lançada alhures, de que o processual é quem depende do procedimental, conferindo àquele funcionalidade (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A competência constitucional dos estados em matéria de procedimento (art. 24, XI, da CF/1988): ponto de partida para releitura de alguns

procedimental vem amalgamado ao processual. O prazo para contestar é revelador daquilo que, no processo, seja essencialmente procedimental. Porém, esse tempo liga-se, indissociavelmente, à contestação, que, em si, é "ato jurídico processual". Mas é bem possível enxergar que o prazo não é a contestação, muito embora aquele necessite desta para existir e ter funcionalidade.

O fato procedimental, ao determinar a forma com que o ato processual haverá de ser praticado – se a citação há de ser real ou ficta, *v.g.* –, une-se indissociavelmente a ele, conferindo-lhe utilidade. Não é o bastante dizer deva o réu ser chamado ao processo. Nem mesmo o é ainda que diga que tal se dará por ato designado de citação. Restará, ainda, saber: de que "forma"? E mais: qual "forma" atende, efetivamente, ao propósito de cientificação do réu? Sim, porque o chamamento pode ser feito por meio de jornal, a exemplo da citação por edital. Em si, é ato que atende a ideia de comunicação. Mas é eficaz? É segura? Confere certeza de que tenha o destinatário recebido a mensagem? É daí que se faz necessário, também por norma imperativa, de natureza procedimental, determinar a "forma" de proceder, a qual se volte ao atendimento ótimo do propósito contido no fato processual em si. Se o desígnio é chamar, ao procedimento competirá descrever uma "forma" que atenda melhor a esse intento, com a segurança de que a convocação efetivamente atingiu os ouvidos do seu destinatário. Mas não havendo meios de encontrar o demandado, também ao procedimento compete criar uma forma de convocação que habilite a tramitação processual e, com isso, não impeça o direito de acesso à Justiça, como efetivamente ocorre com a chamada citação por edital.

É por isso que, além do ato em si, reconhecidamente processual, requer-se o detalhamento sobre a sua prática, consistente na "forma de proceder" (= procedimento). Se a citação – ato processual – há de ser feita por meio de carta, com identificação de seu recebimento, ou por Oficial de Justiça, com descrição dos fatos e lavratura de certidão, tem-se, no modo de proceder, fato jurídico eminentemente procedimental[576], que se agrega ao

---

problemas do processo civil brasileiro em tempo de novo Código de Processo Civil. **Revista de processo,** São Paulo: RT, ano 35, n. 186, p. 205, ago. 2010.). Porém, também o inverso é verdadeiro (ao menos no universo jurisdicional, sede deste trabalho). O procedimento (jurisdicional) não se revela útil se não houver o fato jurídico processual para conferir forma e movimento.

[576] Ada Pellegrini Grinover parece, no ponto, discordar. Indica a autora que "regras sobre comunicação e intimação dos atos processuais são normas de processo, e não de procedimento". Não obstante a afirmação e embora conste, mais adiante, alusão à "forma" de intimação como sendo elemento próprio do universo das normas processuais, o caso concreto sobre o qual volta suas atenções indica a criação de uma nova comunicação (conteúdo) dentro do processo, não se restringindo a determinar uma "nova forma" para determinado ato de comunicação/intimação já previsto em norma processual editada pela União no espaço de sua competência privativa (GRINOVER, Ada Pelegrini. Inconstitucionalidade de leis processuais estaduais. In CALDEIRA, Adriano; FREIRE, Rodrigo da cunha Lima (Coord.). **Terceira etapa da reforma do Código de Processo Civil.** Salvador: Juspodvm, 2007. p. 19).

processual, porém nele perfeitamente individualizado, pois a citação, tanto quanto os diversos atos do processo, têm conteúdo (a cientificação em si) e forma (o modo de cientificar).

Assim, são procedimentais os fatos que digam com o tempo, a forma e o lugar[577] do fato jurídico processual, assim como os que determinem a sequência a ser observada[578-579] e a relação estabelecida entre os atos na série do processo[580].

7.2 Normas de processo e de procedimento

Distinguir processo de procedimento tem representado, historicamente, uma árdua tarefa para a dogmática processual. Porém, esse esforço não revelou a intenção de separá-los. Em um contexto dogmático geral, pode-se dizer que individualizar, conceitualmente, um e outro não significou devessem estar, cada qual, inserido em uma realidade autônoma, independente uma da outra. O processual pode estar inserido no mesmo corpo material que o procedimental, de modo que ambos, juntos, deem vida a elemento comum. O que se tem nos autos do processo senão processo, com seus fatos processuais e procedimentais? E foi exatamente em torno dessa perspectiva de união de individualidades que circundou o debate sobre o tema, muito embora, para ser preciso, tenha o diálogo científico ora indicado um como gênero e o outro, como espécie, ora invertendo a relação de continente conteúdo, sem prejudicar, em nada, o laço indissociável reconhecidamente existente entre processo e procedimento.

Assim, a preocupação central nunca foi a de apartá-los completamente, como se cada qual, processo e procedimento, representasse um material próprio de trabalho da ciência do Direito. Ao contrário, a inter-relação indissociável de ambos (o trabalho em conjunto) funciona como material único em prol do alcance da finalidade que orienta o processo, pensado este como instrumento da Jurisdição. São, destarte, como que elementos individualizados dentro de um mesmo corpo – tanto quanto o corpo e seus órgãos –, que, embora passíveis de identificação própria, não têm, cada qual, vidas independentes.

---

577 ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil.** 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 1, p. 126.

578 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil.** São Paulo: Malheiros, 2009, v. II, p. 455.

579 GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A competência constitucional dos estados em matéria de procedimento (art. 24, XI, da CF/1988): ponto de partida para releitura de alguns problemas do processo civil brasileiro em tempo de novo Código de Processo Civil. **Revista de processo,** São Paulo: RT, ano 35, n. 186, p. 207, ago. 2010.

580 PASSOS, Joaquim José Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 3, p. 5.

A especificação descritiva de um e outro objeto, no fim de contas, sempre serviu ao propósito de explicar o fenômeno processual, permitindo se identificasse aquilo que responde pelo nome de processo(-instrumento). Algo como que: o que é processo? Ao que se tem respondido, amplamente falando, represente um conjunto de atos interligados por um procedimento e voltado ao propósito de alcançar um provimento. Assim, embora passíveis de individualização – seja de geral (processo) para a parte (fato procedimento) ou de parte (fato processual) para parte (fato procedimental) –, não teriam funcionalidade em separado: processo sem procedimento e vice-versa. Tanto que, comumente, tem-se o procedimento como elemento de movimento do processo e este, como gênero integrado por aquele. Contudo, talvez seja legítimo dizer, como critério de identificação, que, dentro do processo (todo), o que de processual (individual) haja identifique-se residualmente, reservando-lhe tudo o quanto não se faça, no processo, procedimental.

E é mesmo assim que, funcionalmente, lemos cada um deles. Para nós, não há, no plano jurisdicional, processo sem procedimento[581-582]. O processo sem o procedimento representaria, como indicamos, um conjunto caótico de "fatos jurídicos processuais" associados a uma relação jurídica processual (composta, minimamente, por autor, juiz e réu). Seria o conteúdo sem forma, orientação e dimensão temporal. Semelhantemente, não há, na mesma esfera, pensamos, procedimento sem processo[583-584], pois que, agora, seria como ter a forma sem a essência. O procedimento, como vimos (e estabelecemos), é que confere vida e dinâmica ao processo, trabalhando, para tanto, com os fatos processuais que o compõem. Sem os elementos essencialmente processuais, não haveria com que o procedimento trabalhar. Para que o prazo se não se referir à prática de um determinado ato? Como haver forma sem substância? O edital sem a citação de referência representa uma moldura sem conteúdo, perdendo, assim, completamente, a sua utilidade.

Até aqui, dado o grau de dependência mútua entre processo e procedimento, o disciplinamento normativo em áreas estanques seria impensável – não nos reportamos à

---

581 GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual.** São Paulo: Atlas, 2008, p. 36.

582 Na linha do que parece compreender Watanabe, o processo sem procedimento representaria algo sem forma (em suas palavras: "algo amorfo, disforme e sem ossatura"), pois que enxerga no procedimento o elemento estrutural do processo (WATANABE, Kazauo. **Da cognição no processo civil.** 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2000, p. 122).

583 Em sentido contrário, José Frederico Marques. Para ele, não haveria processo de jurisdição voluntária, mas sim mero procedimento de jurisdição voluntária (MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil.** 3ª ed. Saraiva: São Paulo, 1975, v. 1, p. 366).

584 Parece associar-se a esse raciocínio Hélio Tornaghi, em passagem que se contrapõe a ideia de Frederico Marques, para quem a jurisdição voluntária seria desenvolvida por mero procedimento, e não através de processo qualquer (TORNAGHI, Hélio**. Comentários ao Código de Processo Civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, v. II, p. 17 e 18).

distinção em si, mas ao tratamento normativo em separado, atente-se –, pois a primeira coisa a se pensar seria na incompletude da norma. Ao proclamar deva o réu ser citado, impende-se se defina como. Conferir ao vencido o direito de recorrer, impõe-se se estabeleça em que prazo.

Mas a perspectiva muda quando voltamos a atenção para a Constituição brasileira de 1988, que reparte a competência legislativa sobre processo e procedimento entre a União, de um lado (CR/88, art. 22, I), e esta, os Estados-membros e o Distrito Federal, de outro (CR/88, art. 24, XI), reclamando, com isso, um corte mais preciso na delimitação do que seja norma de processo e norma de procedimento.

Como bem advertiu o professor Francisco Wildo Lacerda Dantas, "a norma de processo tem por objeto o próprio processo"[585]. Certamente, quis se referir à norma processual em sentido geral, de modo a apanhar o que de procedimental haja no processo. É tal como Fredie Didier Jr. posiciona-se quanto ao fato jurídico processual, interpretando-o amplamente, tocando, assim, inexoravelmente, elementos procedimentais contidos no todo processual[586].

De nossa posição sobre o conceito de processo e de procedimento, pensamos esteja mais fácil identificar a norma de caráter processual ou procedimental. Porém, como já fizemos assentar, essa perspectiva tem viés reducionista da competência constitucionalmente conferida aos entes parciais, indo, com isso, de encontro às visões manifestadas tanto por Paula Sarno Braga[587] com Fernando da Fonseca Gajardoni[588], que, sob ópticas diversas, acabam por ampliar a capacidade de atuação dos Estados-membros e do Distrito Federal, (aquela mais que este). Isso porque entendemos que a necessidade de disciplinamento conjunto de fatos processuais e procedimentais atrai, por conseguinte, a competência da União para legislar, tendo-se, no caso, norma de natureza processual (*lato sensu*)[589]. A necessidade de disposição normativa única surge, como dissemos, exatamente para evitar a incompletude da norma, relegando-a à inocuidade (por algum tempo que seja).

---

[585] DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. **Teoria geral do processo: jurisdição, ação (defesa), processo.** 2ª ed. São Paulo: Método, 2007, p. 539.

[586] DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento.** 7ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 373.

[587] BRAGA, Paula Sarno. **Normas de processo e normas de procedimento: o problema da repartição constitucional de competência legislativa no direito constitucional brasileiro.** Salvador**:** Juspodivm, 2015, p. 361.

[588] GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual.** São Paulo: Atlas, 2008, p. 42.

[589] O assunto foi abordado com a devida atenção no item 5.1.1, onde nos contrapusemos ao argumento de Fernando Gajardoni, para quem, em hipóteses dessa natureza, porque tenha havido disciplinamento pela União de matéria procedimental não geral, a norma conteria o vício da inconstitucionalidade (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A competência constitucional dos estados em matéria de procedimento (art. 24, XI, da CF/1988): ponto de partida para releitura de alguns problemas do processo civil brasileiro em tempo de novo Código de Processo Civil. **Revista de processo,** São Paulo: RT, ano 35, n. 186, p. 213-220, ago. 2010.).

Porém, isso não retira a possibilidade de regulamentação por legislação concorrente específica sobre determinado elemento procedimental da norma geral, desde quando venha a ser identificado, supervenientemente, por ente detentor de parcela da competência concorrente, determinada particularidade que reclame o ajuste local. Nesse caso, competirá ao ente interessado na otimização do procedimento, dentro de seus limites territoriais, editar norma específica que, em particular, afastará a incidência da regra processual (*lato sensu*) geral, expedida pela União[590]. Em tudo mais, será essa aplicável, regendo todos os processos em trâmite naquela unidade da federação. É o que se daria, por exemplo, com norma procedimental local que indicasse método de citação específico, em tudo diverso das opções listadas no Código de Processo Civil. Nesse caso, a norma da região teria o condão de afastar a aplicação do procedimento descrito na norma nacional, mas nem por isso o Código de Processo Civil deixaria de ser aplicado aos processos em trâmite naquela localidade, mesmo quanto aos métodos de chamamento que dispõe, sujeitos a serem utilizados subsidiariamente, nem tampouco a sua regra perderia eficácia em qualquer outro recanto do país, onde carente de regulamentação, por omissão ou pura desnecessidade, mercê da suficiência da norma nacional.

Assim é que entendemos a norma processual, de competência da União, como sendo aquela que discipline o processo em geral, compreendido como o que contenha fatos processuais e procedimentais – estes necessários ao funcionamento daqueles –, como também a que se refira, estritamente, a determinado(s) "fato(s) jurídico(s) processual(is)", sem se reportar a qualquer procedimento de referência. Exemplo desta espécie de norma, estritamente processual, pode ser identificado no § 1º do artigo 503 do Código de Processo Civil de 2015, que, embora inserido em corpo completo, de normas processuais e procedimentais, poderia, sem sombra de dúvidas, ter sido objeto de disciplinamento em lei processual autônoma, editada pela União, no espaço que lhe reserva o artigo 22, inc. I, da Constituição. Tal norma, alterando o que disposto no artigo 469, inc. III, do Código de Processo Civil de 1973, ampliou a abrangência da coisa julgada, de modo a apanhar as questões prejudiciais decididas incidentalmente no processo, desde que se o faça expressamente e observe as ressalvas dos incisos que acompanham o parágrafo.

É, desse modo, que se tem entendido como processual, estritamente considerado, tudo o quanto se reporte à essência da relação jurídica processual, da jurisdição, da ação, da defesa

[590] Nesse contexto, surge o problema de submissão das Justiças da União à legislação local de procedimento que não veicule matéria geral, como defende Fernando da Fonseca Gajardoni (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual.** São Paulo: Atlas, 2008, p. 50).

e do contraditório. Indica-se, assim, compreenda a norma processual os assuntos que se relacionem com a definição de capacidade processual, a legitimação das partes, os meios de prova, os efeitos da sentença, a coisa julgada, os pressupostos processuais, as condições da ação, a competência, os atos de comunicação[591], os recursos, os pressupostos de admissibilidade da ação rescisória e da ação executiva, etc.[592].

E não poderia ser mesmo diferente disso, pois são matérias que reclamam um disciplinamento uniforme, de modo a espraiar sobre todo o tecido nacional. Já pensou sobre termos diferentes critérios relativos à capacidade processual? E sobre ser possível critérios vários para a formação da coisa julgada? Não se cogita pudesse haver diferentes pressupostos processuais, sujeitos que estivessem à regulamentação local. É bem verdade que se poderia reconhecer que, embora procedimental, tais normas não se sujeitariam à vulnerabilidade das idiossincrasias locais, pois que interpretadas como gerais (procedimentais gerais), quando, mesmo no regime de competência concorrente, esse espaço é reservado à União (CR/88, art. 24, §1º), que, assim, expediria disciplina uniforme. O problema dessa leitura é a possibilidade que abre para que, dado determinado contexto particular, se avente possível criar determinado requisito processual próprio, sem exclusão dos gerais, dispostos pela União. Afinal de contas, na competência concorrente, os entes parciais não atuam supletivamente à União (CR/88, art. 24, §2º)? Sim. Então que mal haveria em adicionar requisitos não cogitados pelo legislador nacional? Esse espaço de fragilidade, contudo, não se apresenta se se interpretar que tais normas possuem natureza processual, haja vista a incapacidade legislativa (quase) absoluta dos entes parciais nesse campo.

Assim, resta à norma procedimental a abertura para disciplinar o movimento do processo e a inter-relação entre seus fatos jurídicos processuais. Quem muito bem detalhou o estudo da norma procedimental foi Cândido Rangel Dinamarco. O autor indicou que tal espécie normativa contenha quatro características possíveis, que, a nosso sentir, atuam de

---

[591] Nesse particular, cumpre observar que a disciplina sobre determinada comunicação é diferente do regramento sobre a forma pela qual deva ser cumprido. Dizer, por exemplo, que tal ou qual sujeito deve ser comunicado sobre particular processo ou ato processual – como o Advogado Geral da União e o Procurado Geral da República nos processos objetivos (art. 8º da Lei n. 9.868/99) – não é mesma coisa que indicar a forma como a comunicação haverá de chegar até ele – quais os meios de intimação do Procurador Geral da República na Ação Direta de Inconstitucionalidade? Ofício? Mandado de Intimação? Remessa dos autos para vistas? Acesso aos autos eletrônicos por sistema fechado de transmissão de comunicação entre o Supremo Tribunal Federal e a Procuradoria Geral da República? Carta com AR? –, representando, assim, modo de proceder. No primeiro caso, tem-se norma processual (estrita); no segundo, procedimental.

[592] WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Sentença civil: liquidação e cumprimento.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 92; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A competência constitucional dos estados em matéria de procedimento (art. 24, XI, da CF/1988): ponto de partida para releitura de alguns problemas do processo civil brasileiro em tempo de novo Código de Processo Civil. **Revista de processo,** São Paulo: RT, ano 35, n. 186, p. 204, ago. 2010; MALACHINI, Edson Ribas. A Constituição Federal e a legislação concorrente dos Estados e do Distrito Federal em matéria de procedimento. **Revista Forense,** Rio de Janeiro, n. 324, out./dez. 1993, p. 54.

formas dissociadas, sendo a presença de qualquer delas bastante para qualificar a expressão normativa[593].

A norma, assim, para que seja tida por procedimental, deve lidar com: (i) a indicação de fatos[594] processuais a serem realizados; ou (ii) a determinação da forma de cada um deles; ou (iii) a definição da sequência com que deverão ser dispostos dentro do processo; e (iv) a diversidade estrutural que mantém os diversos procedimentos, considerados, aqui, em seu conjunto procedimental[595].

O primeiro aspecto que destaca o autor enxerga a individualidade dos fatos procedimentais contidos em cada particular procedimento[596]. O procedimento, visto como um todo, contém diversos "fatos jurídicos processuais". Mas cada procedimento detém o seu rol próprio de fatos processuais, ora coincidentes com os de outros procedimentos, ora, não. É assim, por exemplo, com o Mandado de Segurança, que prevê o fato processual da notificação à autoridade coatora, permitindo, com isso, que ela preste as suas informações (Lei n. 12.016/09, art. 7º, inc. I) – que consiste, igualmente, em fato processual próprio daquele procedimento –, o que não vem a ser disposto, de outro lado, no procedimento ordinário, para o qual a notificação é fato processual estranho. Nessa mesma linha, diversas seriam as hipóteses que poderíamos destacar. Tem-se a particular tutela antecipada, conhecida por "liminar", do procedimento possessório (CPC/15, art. 562), que conta com seus próprios requisitos; a audiência inicial da ação de interdição (CPC/15, art. 751); a própria penhora, prevista tanto no procedimento de Cumprimento de Sentença como no Processo de Execução (CPC/15, arts. 523, § 3º, e 831). É possível, ainda, identificar essa faceta da norma procedimental no âmbito processual penal, sede na qual se depara com a fase da pronúncia, impronúncia ou absolvição sumária (CPP, arts. 413 e seguintes), especializando, assim, o rito do Tribunal do Júri em relação ao "procedimento comum ordinário" (CPP, art. 394 e seguintes).

---

[593] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil.** São Paulo: Malheiros, 2009, v. II, p. 455.

[594] O autor utiliza-se da expressão "atos", pois que não trabalha com a teoria do Fato Jurídico enquanto marco teórico.

[595] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil.** São Paulo: Malheiros, 2009, v. II, p. 455.

[596] Há o procedimento total, tal como o mandado de segurança, a ação possessória, o rito ordinário, e os atos e fatos procedimentais. Estes compõem e dão forma àquele. Desse modo, cada um dos procedimentos em particular detém o seu rol próprio de "fatos procedimentais", alguns dos quais comum em todo e qualquer procedimento que seja, como ato postulatório inicial, a citação e o provimento final, embora cada um possa ter uma forma específica.

O segundo elemento da norma procedimental é a forma, que está relacionada, diretamente, com o "modo", "tempo" e "lugar" do fato processual. Essas circunstâncias determinam "como", "onde" e "quando" o fato processual haverá de ser realizado[597].

O modo determina como o fato processual deve ser produzido, que pode, por exemplo, ser escrito ou oral; em linguagem local ou estrangeira. É bem por isso que o Código de Processo Civil determina que todos os "atos" (leia-se: fatos) do processo sejam reproduzidos em linguagem nacional (CPC/15, art. 192), indicando a necessidade do intérprete para traduzir a prova documental e converter, para o português, o depoimento das partes e testemunhas (CPC/15, art. 162). Também indica como modo a assinatura requerida, que integra exigência formal em relação aos atos processuais. A assinatura, assim, nos termos das disposições do Código de Processo Civil (CPC/15, art. 209), pode ser classificada como elemento completante do núcleo do suporte fáctico do ato jurídico processual[598], de sorte a integrar os requisitos mínimos de existência do ato processual. A regra compreende todos os atos e termos realizados no processo[599]. Atualmente, contudo, deve-se entender apanhado como elemento modal do ato processual, a assinatura digital (CPC/15, art. 209§ 1º), que representa exemplo eloquente de alteração da forma, e, portanto, de um dado procedimental, exclusivamente, sem que se tenha tido a promoção de qualquer alteração na substância. A sentença, *v.g.*, continua sendo ato de desfecho do processo, constituindo a resposta do Poder Judiciário ao problema apresentado, seja ela rematada com assinatura física ou eletrônica. Mas cada uma das formas, uma e outra, é de se reconhecer, possuem constituições próprias, e, portanto, diversas. E, além disso, possuem, ainda, universos processuais próprios. Não é possível assinar fisicamente processo eletrônico nem tampouco lançar assinatura digital em processo físico. Porém, não obstante tudo isso, a sentença continua a ser, em sua essência e substância, sentença[600].

O tempo é o segundo elemento identificado dentro da forma do fato processual, representando, por isso, índole procedimental. A influência e importância do tempo no processo é algo que transpõe a linha da evidência. Sem o tempo – encarnado, pensamos, sobremaneira, nos prazos e na medição do funcionamento da atividade judiciária –, que sirva

---

[597] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil.** São Paulo: Malheiros, 2009, v. II, p. 456.

[598] MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência.** 12ª ed. Saraiva: São Paulo, 2003, p. 49 e 50.

[599] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil.** São Paulo: Malheiros, 2009, v. II, p. 553 e 554.

[600] Sobre o modo de praticar determinada atividade processual, a nosso sentir, vale consultar o HC 90900/SP, no qual o Supremo Tribunal Federal entendeu que a lei estadual que instituiu a possibilidade de promoção do interrogatório por meio de videoconferência padeceria de vício de inconstitucionalidade formal, dado que a matéria compreenderia questão pertencente exclusivamente ao campo processual, e não procedimental, de modo a inserir-se dentro do quadro de competência legislativa constitucional da União (cf. CR/88, art. 22, inc. I).

de guia condutor ao processo, este não se submeteria a um ritmo ordenado direcionado ao provimento final, vagando indeterminadamente no aparelho de justiça. Porém, sem destacar a sua presença no prazo, Cândido Dinamarco aborda o tempo no processo sob três perspectivas: a) os períodos anuais em que há atividade ordinária e extraordinária do Judiciário; b) os dias, isoladamente considerados, a respeito dos quais importa saber sobre o serviço forense, se haverá ou não sua efetiva prestação; e c) a parte do dia útil, cada um deles, em que a atividade forense é realizada no período[601].

Por fim, dentro do universo da forma, desponta como seu elemento integrante, o lugar em que os fatos processuais hão de ser praticados. Ordinariamente, o Código de Processo Civil prescreve devam os fatos processuais ser praticados na sede do juízo (CPC/15, art. 217). Porém, há diversas atividades que, necessariamente, se sujeitam à prática em outra localidade, que não o ambiente do fórum. É o caso de algumas comunicações processuais, como na expedição de Carta Precatória destinada a citar o demandado ou intimar alguma pessoa. Em casos como esse, a citação será efetivada pelo Oficial de Justiça da sede do juízo deprecado, onde normalmente domiciliado o demandado, que lavrará a respectiva certidão – sendo esta, em si, ato processual – e, em seguida, devolverá o instrumento de colaboração. Bem pensadas as coisas, mesmo a atividade do Oficial de Justiça, consistente em convocar determinada pessoa para participar do processo, é praticada fora do local físico do fórum, indicando exceção à regra geral. Além dessa, pode-se recordar de algumas constrições judiciais; da realização de perícia ou inspeção judicial, quando sujeitas à prática fora da sede do juízo; e a inquirição de testemunhas que não morem na localidade em que repousa sede o juízo, sendo, a tanto, necessária a extração de Carta Precatória (CPP, art. 222).

O terceiro elemento do regime do procedimento consiste na ordenação da sequência dos fatos processuais, indicando um "roteiro" a ser seguido[602]. Muito bem exemplifica esse aspecto do procedimento a alteração de ordem promovida no Código de Processo Penal, levada a efeito pela Lei n. 11.719/2008, que, ao alterar sobretudo os artigos 394, 395 e 396, modificou a sequência dos fatos processuais. Antes da reforma, a disposição do Código previa que, recebida a denúncia, haveria de ser citado o réu, com a finalidade especifica de submeter-se ao interrogatório, tendo continuidade o procedimento com a apresentação da defesa escrita e, depois desta, a colheita dos depoimentos das testemunhas arroladas pelas partes. Com a sobrevinda da alteração legislativa, a disposição do fluxo do procedimento sofreu substancial

---

[601] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil.** São Paulo: Malheiros, 2009, v. II, p. 557.
[602] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil.** São Paulo: Malheiros, 2009, v. II, p. 456.

alteração de rumo – com reflexos na estatura do devido processo legal –, sobrepondo-se imediatamente à denuncia a resposta escrita do acusado, iniciando-se a instrução, após deliberação judicial sumária sobre a defesa, pelo depoimento das testemunhas, situando-se o interrogatório, a partir de então, no último posto da cadeia, quando outrora fora um dos primeiros. Essa diversidade na ordem dos fatos processuais, de certa forma, ainda se mantém viva no sistema processual penal, na medida em que o Código Eleitoral não foi harmonizado com o Código de Processo Penal, mantendo previsão de procedimento em tudo semelhante ao que disposto neste diploma geral antes da reforma que sofrera. Nesse caso, é possível destacar a importância do procedimento, que, no caso do Código Eleitoral, sofre a crítica de influir negativamente no contraditório, arguindo-se, assim, deva ser substituído pelas novas disposições do Código de Processo Penal, não obstante a especialidade que traz consigo.

Além desses três aspectos da disciplina procedimental, Cândido Dinamarco observa haja um quarto e último elemento contido na norma de procedimento. Identifica o autor, a partir de um olhar do todo, haja uma diversidade de procedimentos, os quais se prestam a oferecer um procedimento adequado ao tipo de tutela jurisdicional reclamada. Exemplifica essa proposição ao identificar as espécies de procedimentos diversos previstos para os mais variados tipos de tutela jurisdicional postulada. É assim com o mandado de segurança, as ações possessórias e de despejo, que possuem, cada qual, um procedimento adequado e específico para tutelar as pretensões que veiculam[603].

Esses quatro aspectos servem para identificar a natureza jurídica procedimental de determinada norma jurídica, sem a presença dos quais a sua constituição revelar-se-á de cunho processual, desde quando, evidentemente, remonte a aspectos pertencentes ao universo do processo.

Contudo, como já deixamos entrever, a presença desses elementos aliados a regulamentações voltadas a fatos jurídicos processuais propriamente ditos – sem inclinação procedimental, referente, portanto, à indicação de fatos a realizar, à forma, à sequência ou à estrutura (global) –, servido aqueles de complemento estrutural necessário para conferir funcionalidade a estes, constituem norma de caráter processual para fins de definição de competência legislativa (CR/88, art. 22, inc. I), sendo, por isso, reservado privativamente à União. É o que se passa, exemplifiquemos, como a Lei n. 12.016/09, que regulamenta o Mandado de Segurança em âmbito nacional. Inegavelmente, aquela disposição normativa contém elementos de inclinação processual e outros tantos com vocação procedimental. O encontro deles é necessário à funcionalidade do instrumento disciplinado naquela lei, daí

[603] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil.** São Paulo: Malheiros, 2009, v. II, p. 457.

porque seja mais adequado concentrar na mão de um dos entes da federação a competência para o disciplinamento completo da matéria. Não fosse assim, seriamos obrigados a aceitar normas incompletas, cuja utilidade dependeria da edição de outras específicas de procedimentos a serem editadas pelos entes parciais (como comentamos acima). De outro lado, a cogitação de edição de tantas regras para o Mandado de Segurança quantos fossem os entes da federação seria um tanto mais desarrazoado, sobretudo pela coincidência de textos que haveria, como também esbarraria na incompetência dos entes menores para expedir regulamentação de vertente processual (consoante vedação do art. 22, inc. I, da CR/88).

Com essas observações, acreditamos esteja o estudo em momento próprio de amadurecimento para enfrentar o problema central desta dissertação, o qual será desenvolvido no capítulo imediato seguinte.

8 O EXERCÍCIO COLETIVO DA JURISDIÇÃO E A REPARTIÇÃO CONSTITUCIONAL DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA

8.1 A criação da jurisdição coletiva

Provocado por onda crescente de criminalidade organizada, o Estado de Alagoas fez editar a Lei n. 6.806/07[604], que cuidou de criar unidade judicial especializada para lidar com os delitos daquela ordem (art. 1º), assim como instituiu, de modo criativo, modelo de "jurisdição coletiva", eis haveria de ser exercida, já no primeiro grau, por cinco Juízes de Direito (art. 2º).

Sobre este aspecto central, delimitado para os propósitos deste estudo, a lei estadual disciplinou diversos outros alusivos ao funcionamento daquela unidade judiciária – bem como deixou espaços em aberto, o que ocorreu com a falta de ressalva relativa à competência do Tribunal do Júri –, tais como regra de conexão, modo de protocolamento e distribuição dos processos dirigidos àquela vara especial, forma diferenciada de modificação de competência, investidura por designação política e a termo certo (frente à regra do art. 399, § 2º do CPP) etc.

À essa disciplina legal, precedeu regulamentação administrativa, com igual conteúdo, editada pelo próprio Tribunal de Justiça, que, por seu órgão plenário, instituiu o que denominou de Núcleo Criminal de Juízes – NCJ[605]. Assim, por meio de resolução[606], igualmente criou nova unidade judiciária, especializou-a para lidar exclusivamente com o crime organizado e definiu a sua composição colegiada. Essa normatização representa o protótipo do modelo superveniente encontrado na legislação local.

A lei estadual n. 6.807/07, em seus mais diversos aspectos, veio a ser questionada, por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal, porquanto teria trazido, em seu texto, várias incompatibilidades para com a Constituição da República[607]. Uma dessas arguidas inconstitucionalidades encontraria sede na instituição, por meio de lei estadual, de juízo com composição coletiva, embora com sede no primeiro grau de jurisdição, o que, segundo se questionou, feriria a reserva de competência atribuída à União, a

---

[604] <http://www.gabinetecivil.al.gov.br/legislacao/leis/leis-ordinarias/2007/lei-ordinaria-6806>. Acesso em 27 jan 2015

[605] <http://www.tjal.jus.br/resolucoes/Resolu%E7%E3o%20n%BA%2002-2007.pdf>.Acesso em 27 jan 2015.

[606] As resoluções, desde que representem atos de execução, porque invadem reserva de lei, ou quando cuidem de regulamentações autônomas, que se relacionam diretamente com a Constituição e têm força de lei, sujeitam-se ao controle concentrado de constitucionalidade, porque inseridas no contexto de atos normativos do poder público (CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional.** 5ª ed., Salvador: Editora Juspodivm, 2011, p. 362).

[607] <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3994214>. Acesso em 27 jan 2015.

quem a Constituição reservou o monopólio para legislar sobre processo (CR/88, art. 22, inc. I). O Supremo Tribunal Federal, contudo, no ponto, não concordou com o argumento do requerente e decidiu que a composição do órgão judiciário insere-se na esfera da competência legislativa concorrente, prevista, pois, no artigo 24, inc. XI, da Constituição, de sorte a autorizar que os entes parciais disciplinem a matéria.

No julgamento da ADI 4414/AL, naquilo o quanto toca ao ritual seguido pelo Supremo Tribunal Federal, não houve a formalização de votos escritos individuais por cada um dos Ministros. Embora extenso o acórdão, integram-no o voto redigido pelo Ministro-Relator, Luiz Fux, e os debates orais travados no plenário daquela Casa Suprema de Justiça. Essa formatação reduz o campo de investigação quase que exclusivamente ao voto do Relator, reservando-se o espaço restante para apurar se, no ponto, houve a concordância dos demais integrantes. Isso porque não se teve (e dificilmente haveria) a definição do conceito de processo ou de procedimento articulada em colocação oral. Esses contornos, ao que se percebe, foram extraídos da doutrina com a finalidade de subsidiar o argumento de legitimidade da criação de vara coletiva através de lei estadual, que foi a posição do relator. Em assim sendo, os demais membros, máxime os que concordavam com a exposição do Relator, não retornavam à premissa – com exceção dos Ministros Marco Aurélio, Cezar Peluso e Ricardo Lewandowski, que, rapidamente, expuseram fundamentos diversos; concordes o segundo e o terceiro com o desfecho e o primeiro, não[608] –, limitando-se a assentir compreendesse a instituição de colegiado em primeiro grau norma de caráter procedimental, e não processual, daí porque inserida dentro da competência concorrente dos Estados-membros (cf. CR/88, art. 24, inc. XI).

Muito embora o Supremo Tribunal Federal, por seu relator e acompanhado pelos demais membros, tenha particularizado a norma que institua justiça colegiada no primeiro grau como inserida dentro do universo do procedimento, de sorte a legitimar o disciplinamento normativo produzido por Estado-membro, tudo indica que a tenha considerado como norma de caráter procedimental geral, nos moldes da regra do § 1º do artigo 24 da Constituição[609].

A conclusão é extraída do seguinte trecho do voto do relator, que foi acompanhado pela maioria:

---

[608] Os Ministros Ricardo Lewandowski e Cesar Peluso expuseram que a composição coletiva do órgão de julgamento enquadrar-se-ia no âmbito de abrangência das normas de organização judiciária (<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3994214>. Acesso em 10 fev 2016).

[609] § 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

> Estabelecido que essa é uma questão procedimental, o art. 24 da Carta Magna dispõe que, nas matérias de competência concorrente, reserva-se à União a edição de normas gerais – o Estado, portanto, só pode legislar sobre o assunto na omissão do ente federal. A omissão, *in casu*, diz respeito ao dever de preservar a independência do juiz na persecução penal de crimes envolvendo organizações criminosas[610].

No caso, portanto, teria o estado de Alagoas legislado no espaço que lhe reserva o §3º daquele mesmo dispositivo constitucional[611], que confere competência plena, em matéria procedimental, aos entes parciais no caso de omissão do ente federal central: a União. Em tal hipótese, de competência supletiva, a norma jurídica editada por regionais submete-se à condição suspensiva, representada por norma nacional de procedimento editada pela União eventual e supervenientemente, causando paralisia na eficácia da norma local, naquilo o que contrarie a novel regra, editada por quem detinha a competência efetiva para o disciplinamento definitivo da matéria (CR/88, art. 24, §4º)[612].

A investigação sobre o acerto ou desacerto da posição do Pretório Excelso, tendo como problema específico o questionamento sobre a natureza jurídica da norma que institui o exercício coletivo da jurisdição (no primeiro grau/primeira instância), se processual ou procedimental, representa problema de elevada envergadura e alta relevância prática. E é, efetivamente, esse o propósito deste estudo.

Mas não obstante isso, sobreveio no mundo jurídico disciplina em tudo semelhante àquela desenvolvida pela norma regional – a qual contou, por meio da ADI supramencionada, com a chancela do Supremo Tribunal Federal, que a reputou constitucional, particularmente porque editada no espaço da competência constitucional concorrente –, porém agora produzida pela União. Cuida-se da disciplina desenvolvida no corpo da Lei n. 12.694/12, que permite que o juiz, também em processos que envolvam organizações criminosas, lance mão de instrumento processual capaz de conduzir à "coletivização do exercício da jurisdição".

Prevê a novel legislação federal a possibilidade de que o juízo criminal – qualquer que seja ele –, entendendo presente o pressuposto do Art. 1º, § 1º: "risco à sua integridade física", decida por instaurar o que convencionaríamos chamar de "incidente de colegialidade", quando dois outros juízes, de igual envergadura hierárquico funcional, seriam convocados, por meio de sorteio eletrônico, para participar do processo (participação molecular[613]) ou apenas de ato do processo (participação atômica).

---

[610] ADI 4414/AL.

[611] § 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

[612] § 4º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

[613] Embora a lei se reporte à participação apenas de ato do processo, não vemos porque, em havendo risco à integridade para participar do processo, e não só de ato, não se possa, desde logo, autorizar a participação

Para além do espaço de debate aberto sobre a constitucionalidade dessa nova lei à luz do princípio do juiz natural[614], ao fundamento possível de que alguns dos juízes somente viriam a ser designados para participar do processo após o ato criminoso (debate que excede largamente os limites fronteiriços deste estreito trabalho), e isso poderia vir ferir diretamente a Constituição da República (v. CR/88, art. 5º, inc. XXXVII e LIII), surge, ainda, com a sua edição, dúvida sobre a sua constitucionalidade formal, à luz da competência legislativa para editar normas de processo e de procedimento (CR/88, arts. 22, inc. I, e 24, inc. XI), sobretudo diante da posição do Supremo Tribunal Federal, tomada na ADI 4414/AL, de que "a composição do órgão jurisdicional se insere na competência legislativa concorrente para versar sobre procedimentos em matéria processual".

Tanto a lei federal como a estadual instituíram, cada qual ao seu modo, modelos de corpos colegiados de exercício da jurisdição, distinguindo-se, entre si, naquilo o quanto toca à estabilidade da composição, dado que, no último caso, se volta ao plano local, a coletividade é característica do próprio órgão judiciário, que funciona, ordinariamente, com composição plural, integrada que é por juízes titulares[615], e, no primeiro, a pluralidade de juízes é característica efêmera, para o ato ou determinado processo, continuando o órgão judiciário com sua nota de singularidade, sendo a titularidade de um deles apenas, participando os demais outros a título de auxílio, porém sem nem sequer titulação própria, já que não se enquadra nem na categoria de titular e tampouco na de substituto (essa é uma crítica que se pode articular contra o modelo que cria).

O propósito desse capítulo, portanto, é estudar sobre essa competência legislativa constitucional, concluindo acerca de qual ente da federação tem, efetivamente, competência

---

colegiada para diversos ou todos os atos do processo, evitando-se que, em processos desse jaez, fosse necessário, a cada prática de ato, proceder-se com novo sorteio eletrônico. Tal entendimento, no fim de contas, além de não criar obstáculo à participação coletiva para todos os atos, somente viria a impor extrema dificuldade para o caminhar regular do processo, já que, a cada ato, o sorteio seria requisitado e dois outros novos juízes convocados – exigindo-se, para estes, a concessão de tempo para o estudo de processo que lhes será absolutamente novo.

614 Ensina-nos a todos **Luigi Ferrajoli** que o conteúdo do princípio do juiz natural "... significa três coisas diferentes, ainda entre si conexas: a necessidade de que o juiz seja pré-constituído pela lei **e não constituído *post factum;*** a impossibilidade de derrogação e a indisponibilidade das competências; a proibição de juízes extraordinários e especiais. No primeiro, (...), o princípio designa o direito do cidadão a um processo não prejudicado por uma escolha do juiz posterior ao delito e portanto destinada a um resultado determinado. No segundo, (...), designa a reserva absoluta da lei e a impossibilidade de alteração discricionária das competência judiciárias. No terceiro sentido, (...), trata-se de um princípio de organização que postula a unidade da jurisdição e o seu monopólio conservado em uma mesma classe. Enquanto a pré-constituição legal do juiz e a inalterabilidade das competências são garantias de imparcialidade, sendo voltadas a impedir intervenções instrumentais de tipo individual ou geral na formação do juiz, a proibição de juízes especiais e extraordinário é antes uma garantia de igualdade, satisfazendo o direito de todos a ter os mesmos juízes e os mesmos procedimentos". (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal,** 3ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 543).

615 O curioso é que esse modelo cria uma modalidade de "titularidade coletiva", formada dentro de órgão pensado para o exercício singular.

para instituir órgão de julgamento com característica plural para o exercício da jurisdição. Consequentemente, a depender da conclusão a que se chegue à indagação principal, será preciso ir um pouco mais adiante e questionar acerca dos reflexos da legislação nacional sobre as regionais já em vigor e aquelas que possam, futuramente, vir a ser editadas.

8.2 Natureza jurídica da norma de competência processual

Como um dos modelos de jurisdição coletiva apresentado particularizou determinada competência jurisdicional, reservando-a a certo órgão, por método de especialização de vara, é de se questionar sobre a natureza jurídica da norma de competência e a capacidade legislativa constitucional para edição de normas com esse conteúdo.

Além disso, o estudo revela-se importante para o presente trabalho na medida em que há entendimento no sentido de que a norma de competência traz consigo mais que a capacidade de criar órgãos de justiça, como também a potencialidade de organizar os órgãos criados (ou que venha a criar, concomitantemente). Desse modo, o raciocínio parece caminhar no sentido de que, em detendo os Estados a capacidade de editar normas de competência, possuiriam o poder de criar órgão e organizá-lo, o que compreenderia, sobretudo nesta última expressão, se trabalhe, legitimamente, com a composição do órgão julgador[616].

Portanto, os problemas do item são basicamente três: a) Qual a natureza jurídica das normas de competência, processual ou procedimental? b) Detêm os Estados capacidade legislativa para a edição de normas de competência? c) A organização coletiva de órgão julgador pode ser objeto de norma de competência?

É clássica a lição segundo a qual "a competência é *a quantidade de jurisdição cujo exercício é atribuído a cada órgão"*[617] jurisdicional, indicando-se, assim, represente a medida

[616] Paula Sarno Braga parece trabalhar com a ideia de que a capacidade legislativa de dispor sobre competência em matéria de processo leva consigo o potencial de legislar sobre a organização do órgão criado. Assim, a norma de competência teria a capacidade de criar e organizar determinado órgão vocacionado a prestar jurisdição. Além disso, ao que tudo indica, interpreta que, dentro dessa capacidade de organização, estaria compreendido o poder de definir a composição do órgão criado, edificando-o colegiadamente, tal como o modelo da vara coletiva alagoana. Isso seria, propriamente, ato de organização. Por essa razão, identifica como de competência a natureza daquela lei local, que teria autorização, pois, tanto para instituir o órgão como para organizá-lo. Por sobre tudo isso, entende a autora, ainda, que as normas de organização judiciária veiculam regras de competência propriamente ditas, estando, por isso, dentro da competência constitucional dos Estados a capacidade de edição de normas que tenham como conteúdo a composição dos órgãos jurisdicionais (BRAGA, Paula Sarno. **Normas de processo e normas de procedimento: o problema da repartição constitucional de competência legislativa no Direito Constitucional brasileiro.** Salvador**:** Juspodivm, 2015, p. 419 e 452).

[617] LIEBMAN, Eurico Tullio. **Manual de direito processual civil.** 3ª ed. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005, v. 1, p. 81.

da jurisdição[618]. A jurisdição, no modelo brasileiro, é reservada, pela Constituição, ao Poder Judiciário nacional[619-620], a quem compete realizar o Direito de modo imperativo. Porém, dentro desse universo, faz-se necessário haver um plano de trabalho, no qual se particularize o material com que lidará cada ramo da Justiça, indo até o detalhamento sobre o campo de atuação de cada unidade judiciária.

Competência aqui representa expressão técnica do mundo jurídico que significa a delimitação do círculo de atuação do poder. Na seara jurisdicional, a competência diz com os limites do exercício dessa função do estado, que se depara com restrições de diversas inclinações, as quais encontram esteio em elementos subjetivos (competência funcional), na matéria (competência em razão da matéria), expressão econômica (competência em função do valor da causa) e delimitação do espaço territorial (competência territorial).

Não interpretamos a competência como elemento de recorte da jurisdição, dado que não detém a capacidade de restringi-la em nada, continuando a ser exercitada, por autoridade judiciária competente, com todas as suas potencialidades, representadas pela substitutividade, imperatividade, insuscetibilidade de controle externo e formação da coisa julgada. Nessa linha, é que Marinoni, Arenhart e Mitidiero advertem que competência não se confunde com jurisdição. Jurisdição, dizem, é poder e competência, capacidade de exercê-lo[621]. Porém, exercida quando possa (a jurisdição), será em sua integralidade.

A competência é exposta uma vez que distribuída dentre os diversos órgãos do Poder Judiciário nacional (v. CR/88, art. 92). A competência de determinado órgão, pois, é identificada mediante consulta à norma que tenha traçado os contornos de sua atuação. As normas de competência, desse modo, são, propriamente, regras jurídicas voltadas a delinear os diversos aspectos de atuação dos órgãos judiciários[622], seja, como indicado, a matéria com que lidará (vara de família), a restrição à presença de determinada pessoa (competência da

---

[618] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil.** São Paulo: Malheiros, 2002, v. I, p. 333.

[619] Não ignoramos a discussão doutrinária voltada a defender, por uns, a natureza jurisdicional da arbitragem. Por todos, ver: DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento.** 17ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 171 a 174.

[620] João Mendes de Almeida Júnior, escrevendo sob o pálio da Constituição de 1891, já identificava o caráter nacional do Poder Judiciário, muito especialmente por funcionar a União como ente produtor de fonte normativa destinada a todos os ramos do poder (ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. **Direito judiciário brasileiro.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1940, p. VII).

[621] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum.** São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015, v. 2, p. 56.

[622] Nessa linha de leitura sobre a definição do conceito de competência, tem-se manifestado Arruda Alvim, para quem a competência seria a fronteira do exercício da atividade jurisdicional, dentro da qual se define o que cabe a cada órgão do Poder Judiciario (ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil.** 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2006, p. 236).

Justiça Federal, *v.g.*), a indicação de limitação econômica (a competência do Juizado Especial, *v.g.*) ou a delimitação territorial (competência territorial)[623].

Com tais características, já é possível enxergar que a competência de órgão da Justiça é matéria que vem a ser disciplinada nos mais diversos corpos legislativos, tendo início na Constituição da República, porém alcançando até mesmo os Regimentos Internos dos Tribunais[624-625]. É norma de competência, por exemplo, o art. 102, inc. I, da Constituição, o qual expressa seja da competência do Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originalmente, as causas que expressamente relaciona. É assim, pois, com diversas normas constantes do Texto Magno, revelando-se importante destacar os arts. 109 e 114, que desvia o curso da competência para ramos específicos do Poder Judiciário: as Justiças Federal e do Trabalho.

O Código de Processo Civil, enquanto lei processual nacional, contém diversas espécies de normas de competência. Um bom exemplo, sobretudo de viés didático, pode ser encontrado na regra geral que define a competência territorial, estampada no art. 46 do CPC/15, que estabelece como foro competente o do domicílio do réu, tanto para as ações fundadas em direito pessoal como real de bens móveis.

As leis de organização judiciária, no âmbito estadual, e as leis da União, no espaço de disciplina de organização de suas Justiças – a exemplo da Federal e Trabalhista –, também apresentam, inexoravelmente, normas de competência, pois que voltadas não somente à criação de unidades judiciárias, como também à delimitação de seus espaços de atuação[626]. É o que se conclui de lei federal que institua varas federais e/ou, ainda, particularize a matéria de atuação, definindo, por exemplo, que uma delas deva lidar apenas com crimes de lavagem de dinheiro (CR/88, art. 109, inc. VI, c/c Lei n. 9.613/98, art. 2º, inc. III, *"a"*). Não se revela diferente com as leis locais de organização judiciária, que, semelhantemente, distribuem a

---

[623] Normalmente essas variáveis da competência fazem-se presentes conjuntamente. Requer-se, assim, por exemplo que, para além de identificar o ramo da Justiça competente, seja necessário particularizar a matéria e os limites territoriais (a ação de alimentos cujo alimentante resida no município de Maceió tramitará em uma das varas de família da capital, compreendendo, apenas nisso, três espécies de competência: i) a residual da Justiça Estadual; ii) a que particularize a matéria, retirando-a do campo de atuação das varas cíveis residuais; e iii) a delimite o espaço físico de abrangência, circunscrito, *in casu*, à capital alagoana.

[624] DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento.** 17ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 1, p. 198.

[625] BRAGA, Paula Sarno. **Normas de processo e normas de procedimento: o problema da repartição constitucional de competência legislativa no direito constitucional brasileiro.** Salvador**:** Juspodivm, 2015, p. 240.

[626] Francisco de Paula Batista já advertia que as leis de organização judiciária seriam aquelas que criam juízes (lemos juízos) e tribunais, repartem e distribuem a autoridade judiciária, segundo a diversidade de matérias, a natureza especial de certo negócio, as diversas ordens e categorias de juízes e a divisão de território (BATISTA, Francisco de Paula. **Compêndio de teoria e prática do processo civil.** 1ª ed. Campinas: Russel Editores, 2002, p. 63).

competência entre os órgãos de julgamento que cria. É o quanto se passa com a especialização de varas de família, fazenda pública, etc.

Porém, malgrado essa distribuição difusa da capacidade legislativa entre diversos entes políticos da federação, a norma de competência não perde a sua característica de norma de processo, estritamente considerada. Cuida de regramento voltado a outorgar poder[627] e a disciplinar os limites da atividade do órgão julgador[628], o qual integra a relação jurídica do processo, reportando-se, com isso, diretamente, a um dos dois elementos centrais do processo, a sua relação autônoma[629]. Além disso, é de se observar que a competência é assunto afeto ao campo dos pressupostos processuais, figurando como requisito subjetivo de validade quanto ao juiz, os quais já nos posicionamos, na linha de Luiz Rodrigues Wambier e Edson Ribas Malachini[630], inserem-se dentro do quadro de competência da norma de processo.

A competência é assunto que escapa ao campo de atuação das normas procedimentais, além de tudo, porque não revela a (i) indicação de fatos processuais a serem realizados no processo; não (ii) determina a forma de fatos processuais; não (iii) define a sequência em que dispostos os fatos processuais; e tampouco apresenta a (iv) estrutura do procedimento. Diversamente, indica quem seja o juízo habilitado para atuar nesta ou naquela causa, definindo as fronteiras de sua atuação, sejam elas material, formal ou territorial.

Por tudo, a norma que veicula disciplina de competência jurisdicional detém a natureza jurídica de norma de processo, estritamente considerada, não comportando qualquer interpretação sob o viés procedimental.

Contudo, essa leitura abre espaço à crítica segundo a qual a interpretação conduziria à formação de contradição, na medida em que, primeiro, considera seja possível aos diversos entes legislarem sobre competência e, depois, indica trate de norma de processo, cuja competência é privativa da União (CR/88, art. 22, inc. I)[631].

A explicação à crítica, com sua consequente superação, é encontrada em modelo de exceção à competência para legislar sobre processo. A disposição do art. 22, inc. I, da

---

627 BRAGA, Paula Sarno. **Normas de processo e normas de procedimento: o problema da repartição constitucional de competência legislativa no direito constitucional brasileiro.** Salvador**:** Juspodivm, 2015, p. 240.

628 Anota Ovídio A. Baptista da Silva: "Determina-se o limite da competência de um órgão judicial pelo conjunto de causas nas quais ele esteja autorizado por lei a exercer a jurisdição (SILVA, Ovídio A. Baptista. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 392).

629 GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual.** São Paulo: Atlas, 2008, p. 32 e 33.

630 WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Sentença civil: liquidação e cumprimento.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 92; MALACHINI, Edson Ribas. A Constituição Federal e a legislação concorrente dos Estados e do Distrito Federal em matéria de procedimento. **Revista Forense,** Rio de Janeiro, n. 324, out./dez. 1993, p. 54.

631 BRAGA, Paula Sarno. **Normas de processo e normas de procedimento: o problema da repartição constitucional de competência legislativa no direito constitucional brasileiro.** Salvador**:** Juspodivm, 2015, p. 239.

Constituição traz consigo uma regra geral, segundo a qual compete à União legislar privativamente em matéria de processo. Com efeito, porém, em outras passagens, o texto outorga competência difusa para tratar sobre processo, embora, nesse caso, restrinja a norma processual ao campo da distribuição de competência. É o quanto se pode identificar, sobretudo, nos artigos 96, inc. II, *"d"*[632], e 125, § 1º[633], ambos da Constituição. Tais dispositivos, conjuntamente interpretados, autorizam que leis federais e estaduais disciplinem a competência dos juízos submetidos à sua esfera de administração. Essa conclusão é extraída da outorga para edição de normas de organização judiciária e organização e divisão judiciária, competindo à União a edição de normas dessa ordem para o disciplinamento das Justiças Federal, do Trabalho, Eleitoral e Militar e aos Estados-membros, de suas Justiças. Exemplo desse exercício da competência constitucional para legislar sobre processo em matéria de competência são as leis federais que criam subseções judiciárias federais e as estaduais que instituam comarcas, delimitando-se, em ambos os casos, os limites territoriais de atuação das novas unidades do Poder Judiciário.

Essa norma de competência – de natureza processual –, seja ela de origem estadual ou federal, tem legitimidade para, além de criar varas, determinar a sua organização (como o próprio nome sugere). Trata-se de poder consequente, sendo, pois, inerente ao próprio exercício de criação, pois que necessário ao funcionamento da unidade criada[634]. Assim é que dispor sobre a organização pressupõe, por exemplo, indicar a competência para tratar de demandas cíveis ou penais, ou, ainda, se a vara criada será comum ou pertencente ao universo dos Juizados Especiais, em que a competência encontra limitações, máxime quanto ao valor de alçada. Pode-se dizer cuide de organização, objeto da legislação de organização e divisão judiciária, o trato do número de servidores e a distribuição de funções, além de outros assuntos laterais à competência propriamente dita, porém que digam com o seu funcionamento.

O nó górdio desta passagem, de real interesse para este estudo, é saber se essa organização indicada na Constituição, com outorga da capacidade legislativa para tratar de competência, vai ao ponto de autorizar se modifique a composição do órgão julgador, instituindo modelo diverso do plano traçado em leis federais. Nesse sentido, respondendo

---

[632] "Art. 96. Compete privativamente: II - ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, observado o disposto no art. 169: d) a alteração da organização e da divisão judiciárias;"

[633] Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição. § 1º A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça.

[634] BRAGA, Paula Sarno. **Normas de processo e normas de procedimento: o problema da repartição constitucional de competência legislativa no direito constitucional brasileiro.** Salvador**:** Juspodivm, 2015, p. 451.

positivamente ao questionamento, conclui Paula Sarno Braga, para quem a norma que lide com a composição do órgão julgador insere-se no campo de trabalho das leis de organização judiciária[635].

Não vamos tão longe. Dizer o número de servidores, por exemplo, que pode ser entendido como uma forma de organização da unidade criada, não é o mesmo que definir um número plural de juízes para atuar conjuntamente. O primeiro caso não toca, diretamente, o exercício da jurisdição e o devido processo legal, sobretudo na perspectiva do diálogo processual, que, com a pluralidade, sofre sensíveis reflexos; o segundo, sim.

A alteração subjetiva do órgão julgador não interfere nos limites de atuação da unidade jurisdicional, indicando as causas que possam tramitar sob sua jurisdição ou mesmo limitando o seu espectro de atuação. Portanto, não é matéria objeto de norma de competência, nem se insere no espaço da organização própria dessas espécies normativas. Tal "organização decorrente" tem um propósito funcional, voltado a conferir efetividade às leis de competência, que tenham delimitado determinado espaço de atuação judiciária. O viés de organização que traga consigo a norma de competência, como poder decorrente, não vai ao ponto de autorizar a alteração substancial da relação jurídica ordinária. Sim, pois que, diferentemente do influxo sobre os limites de atuação do órgão judiciário, a modificação da composição do corpo de julgamento reflete, diretamente, sobre a relação jurídica processual, que se submete a uma nova e diferente dinâmica. O diálogo processual mantido entre partes e juiz singular não é o mesmo que se promova entre aquelas e um corpo coletivo de julgamento. No colegiado, além de outras particularidades referentes ao princípio do contraditório, também a argumentação individual de cada juiz passa a integrar o processo de influência (dimensão substancial do contraditório).

É preciso, contudo, nesta passagem, pôr em separado o espaço da norma de organização judiciária que a autoriza a lidar, legitimamente, com a composição interna dos tribunais. Esses órgãos têm composição plural originária, eis que esse tratamento lhes é conferido pela própria Constituição da República. Em diversas passagens do texto constitucional, máxime no capítulo reservado ao disciplinamento do Poder Judiciário nacional, indica-se que decisões serão tomadas segundo esse ou aquele quórum (*v.g.* art. 93, inc. VIII e X), a revelar uma formação plural; que os tribunais com mais de vinte e cinco componentes podem dispor de órgão especial (art. 93, inc. XI); que um quinto dos lugares serão reservados aos membros do Ministério Público e advogados (art. 94), novamente a

[635] BRAGA, Paula Sarno. **Normas de processo e normas de procedimento: o problema da repartição constitucional de competência legislativa no direito constitucional brasileiro.** Salvador**:** Juspodivm, 2015, p. 451.

refletir uma composição múltipla; que a declaração de inconstitucionalidade depende de maioria absoluta (art. 97); além das disposições específicas e diretas sobre a composição numérica dos tribunais, a exemplo dos artigos 101, 104, 107, 111-A, 115, 119, 120, § 1º, 123. Assim, os regramentos voltados à regulamentação do funcionamento interno dos tribunais, autorizados pelos artigos 96, incisos I, *"a"*, e II, *"a"* e *"d"*, são normas que, diante da criação plural, lidarão com regras de competência voltadas a órgãos de julgamentos plurais, não instituindo, assim, essa formação coletiva, nem os organizando colegiadamente, o que difere em tudo de se instituir a colegialidade no primeiro grau, sobretudo por norma estadual, de organização judiciária que seja.

Diante desses argumentos, definimos, em suma, que a norma de competência possui natureza processual, mas que, não obstante essa sua característica, a Constituição autoriza, especificamente, os entes parciais a lidarem com essa espécie de norma processual, excepcionando a regra geral do artigo 22, inc. I. Reconhecemos, ainda, que o poder de lidar com a competência, delimitando a atuação e criando varas, traz consigo o poder de permitir se discipline alguma organização funcional. Porém, essa faceta das normas de competência não vai ao ponto de autorizar se altere a composição ordinária da relação jurídica processual, modificando substancialmente a composição do órgão de julgamento.

Assim, não sendo a alteração da composição subjetiva da relação jurídica processual objeto de norma de procedimento, nem de norma de competência – neste último caso, por meio do viés organizacional que a integra –, resta posicionar tal norma dentro do quadro de competência legislativa, o que será objeto de estudo no item seguinte.

8.3 Natureza jurídico-processual da norma instituidora de jurisdição coletiva

Este item deve ter início deixando claro a distinção que há entre a particularização da competência e a coletivização da jurisdição. No exemplo da legislação estadual, houve, no mesmo movimento, a produção de dois resultados. Um deles foi a particularização da competência; o outro, a alteração da composição do órgão julgador no plano de entrada da Justiça.

O primeiro caso, consistente na criação e reserva de determinada unidade judiciária para o julgamento de delitos particularizados (*in casu*, crimes organizados[636]), vem a ser resolvido inteiramente com as considerações lançadas no item pretérito, onde se esclareceu

[636] Não é objeto deste estudo problematizar sobre a existência, ou não, da espécie de crime voltado à repressão de organização criminosa, o que foi objeto de debate no plenário do Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento da ADI 4414/AL.

detivessem os Estados-membros capacidade legislativa, outorgada constitucionalmente, para definição de competência, desde quando não desvirtuem o tratamento conferido tanto pela Constituição como pelas leis federais. Assim, não obstante a natureza processual das leis que definam competência, a capacidade legislativa estadual, no caso, representaria exceção autorizada diretamente pela Constituição. Por fim, não se há negar, aquela reserva material de competência (para processar crimes organizados) representa objeto próprio de regulamentação por meio de lei de competência, haja vista defina limites à atuação jurisdicional.

Contudo, matéria diversa da competência, mesmo de seu viés organizacional – como também em boa parcela se pôde ver nas considerações precedentes –, é a instituição de órgão jurisdicional coletivo, objeto central de estudo nesta sede. Evidencia essa distinção o disciplinamento da matéria pela lei federal 12.694/12, que, diferentemente da estadual alagoana, somente tratou de um módulo, o que alude à jurisdição coletiva. Em nada se reportou à reserva de competência, permitindo, em tese, que a "coletivização" do órgão de julgamento se realize por qualquer juízo, independentemente dos recortes que a lei de regência tenha feito sobre sua competência, bastando que a matéria versada no processo tangencie crime praticado por organização criminosa. Por outra, não precisa a vara ser especializada para lidar com esses crimes, ou, ainda, pode até ser especializada em matéria penal, por exemplo, mas não necessariamente com o recorte moldado sobre organizações criminosas.

Até então, pois, já se deixou assentado não cuide de matéria ínsita ao procedimento, por não dizer com a forma, a ordem ou o tempo dos fatos processuais e tampouco representar faceta da competência, na linha da organização correlata(/decorrente) à particularização de atividade judiciária (que se realiza por intermédio de norma de competência).

Com isso, abre-se, em primeiro plano, divergência para com a conclusão tomada pelo Supremo Tribunal Federal, que considerou procedimental esse tratamento da lei local, e, num segundo, em relação à defesa doutrinária de Paula Sarno Braga, que sustentou pudesse ser essa constituição objeto de lei de organização judiciária, dado que representaria linha de organização decorrente de norma de competência, segundo a qual se autoriza a criação de varas com competência especializada, além dos votos dos Ministros Cesar Peluso e Ricardo Lewandowski, que se posicionaram pudesse a matéria ser objeto de tratamento por lei local de organização, na linha do que expressado por Paula Sarno. Em relação a ela, porém, não se sabe se os Ministros consideraram a mesma exegese relativa ao caráter organizacional da norma de competência.

Assim, identificado o elemento específico de investigação: a norma que institua juízo coletivo, é de se concluir, por exclusão, decorrente do exaurimento e superação das outras hipóteses, que, não sendo norma com conteúdo procedimental (estritamente considerada), nem estando no espaço em que, aos Estados, confere-se atribuição para legislar sobre processo, a exemplo das normas de competência, a disciplina cai no espaço comum de competência legislativa constitucional, cujo qual define compita à União legislar privativamente sobre processo (CR/88, art. 22, inc. I).

Essa conclusão encaminha a duas outras. Não se tratando de norma afeta à disciplina procedimental, não se há investigar sobre possuir conteúdo geral ou particular, de modo a se perquirir, em passo subsequente, se trate de hipótese submetida à competência legislativa supletiva ou suplementar, e, a depender de qual seja, examinar sua eventual perda superveniente de eficácia, em face da sobrevinda da lei federal.

A outra conclusão volta-se ao exame da (in)constitucionalidade de leis locais que tenham editado regramentos normativos sobre o assunto (ou que venham a fazê-lo), o que entendemos devesse ser objeto de tratamento em separado, o que faremos a seguir.

8.3.1 Inconstitucionalidade de regulação estadual sobre a matéria alusiva ao exercício coletivo da jurisdição

Como tivemos a oportunidade de acentuar acima, tanto a lei estadual n. 6.807/07 como a federal n. 12.694/12 instituíram, de maneiras diferentes, modelos de "exercício coletivo da jurisdição" no primeiro grau de jurisdição (ou na primeira instância). Fora das fronteiras da criação de juízo coletivo – permanente ou provisório –, a distinção fica por conta da especialização da competência, promovida somente na legislação estadual. Dentro (do contorno da coletivização), a diferença encontra sede na estabilidade do órgão de julgamento coletivo, sendo formada por juízes titulares, no primeiro caso (após imposição do Supremo), e, por juízes "provisórios" (chamemos assim, na falta de nomenclatura própria) e titular, no outro. Mas o ponto central é que, num e noutro caso, a hipótese é de prestação coletiva da tutela jurisdicional (ou exercício coletivo da jurisdição).

O exame que nos propomos a fazer nesse item é quanto à constitucionalidade de ambas as normas – dentro do recorte epistemológico que promovemos, restrito à instituição de juízo coletivo, destacando a particularização da competência – sob a perspectiva da capacidade legislativa do ente produtor, indicando tivesse ou não legitimidade constitucional para promoção de inovação legal dessa ordem.

Para fazer isso, de modo conclusivo (porque, em boa medida, já se deixou marcadas as balizas do raciocínio), havemos de destacar que o resultado, referente à (in)constitucionalidade, não prescinde do exame de determinada premissa, que remonta à natureza da norma, se procedimental ou processual, ou, ainda, de organização judiciária. Muito embora já tenhamos apresentado nossa posição, de que cuida de norma de natureza processual, restam, em aberto, algumas abordagens, sobretudo referente à constitucionalidade da lei federal, nas três perspectivas, como também sobre os reflexos desta sobre a legislação estadual, máxime diante da leitura promovida pelo Supremo Tribunal Federal, que dispôs a composição do órgão julgador como matéria pertencente ao universo do procedimento.

Examinemos primeiro essa conjuntura normativa – dúplice: estadual e federal – com base no parâmetro definido pelo Supremo Tribunal Federal, que considerou a coletivização do órgão julgador (ou o exercício colegiado da jurisdição) matéria reservada ao quartel procedimental.

Destacamos, no item 9, que, da leitura do acórdão da ADI 4414/AL, teria o Pretório Excelso reconhecido tratar-se a regulamentação do assunto de matéria reservada ao plano procedimental, porém a sua identificação enquanto tal pertenceria ao universo das normas gerais, descritas na competência destacada no § 1º do artigo 24 da Constituição, segundo o qual o seu exercício particulariza-se na União (tanto que identifica, expressamente, a legitimidade da atuação estatal diante da omissão que teria incidido o ente federativo central em editar normas voltadas à repressão da criminalidade organizada).

A ser essa a concepção que se acolha (ou prevaleça em definitivo), teria o Estado de Alagoas laborado no espaço da competência legislativa plena (ou supletiva), prevista no § 3º do artigo 24 da Constituição, e não no campo da competência legislativa suplementar (ou complementar), prevista no § 2º daquele mesmo artigo. O problema dessa interpretação é que a legislação geral produzida por Estado-membro, na hipótese de omissão da União, sofre as consequências previstas no § 4º daquele dispositivo, que prevê a suspensão da eficácia da lei local na eventual superveniência de lei federal. É o quadro que, cuidadosamente desenhado, tem-se no cenário legislativo nacional sobre a matéria.

Se, para a Corte Suprema, a criação/disciplinamento de órgão colegiado no primeiro grau de jurisdição é matéria reservada ao plano dos procedimentos, e através de norma de conteúdo geral (dada a omissão do ente central), a regulamentação da matéria por lei federal superveniente, que institua, tanto quanto a lei estadual, órgão de julgamento coletivo, em modelo sutilmente distinto, porém tão completo quanto a construção local, tem o condão de

suspender a eficácia da lei local, passado o disciplinamento a ser feito por meio da norma de abrangência nacional[637].

Há de se observar que, de outro giro, considerar norma de processo, não prejudicaria o exercício, pelos Estados-membros, da competência suplementar (CR/88, art. 24, § 2º), que atuaria em complemento (funcional) à lei federal. Não é, contudo, o que se tem, à luz da decisão do Supremo Tribunal Federal, na espécie. Primero porque o próprio Pretório Excelso indicou represente a coletivização do órgão julgador matéria geral de procedimento – tendo-a apartado do campo da competência –, pelo que teria o Estado de Alagoas, consequentemente, atuado no espaço da competência legislativa plena (ou supletiva). Em segundo plano, não haveria mesmo como conviver ambas as normas nem tampouco se consegue enxergar em que aquela, do plano local, poderia servir de complemento à lei federal. São modelos que criam órgãos coletivos de julgamentos, porém com particularidades próprias (que especialmente têm sede na estabilidade e provisoriedade da composição).

Para bem enxergar a incompatibilidade entre ambos os modelos, basta pensar na convivência deles. A instituição de vara com competência privativa para o julgamento de crimes praticados por organizações criminosas e composição coletiva permanente atrai para si todos os processos relacionados à matéria, esvaziada a utilidade de que outros juízos pudessem, em se deparando com processos de igual natureza, instaurar o "incidente de colegialidade", pois jamais processariam esses feitos, dada a força atrativa da vara especializada. E ainda quando se cogite a hipótese de que as varas residuais penais recebessem para processar feitos com esse particular contorno, relativos à organização criminosa, ver-se-ia o juiz compelido a declinar, *ex officio*, da competência, mercê de sua natureza absoluta[638], reservada que foi a uma única unidade.

Nesse cenário, teríamos, com a superveniência da lei n. 12.694/12, editada pela União, a inexorável suspensão da eficácia da lei estadual n. 6.807/07, por incidência infalível da regra do § 4º do artigo 24 da Constituição da República. Essa interpretação, ainda, é importante que se registre, impossibilita o exercício da competência estadual plena superveniente – é dizer: pós-Lei federal n. 12.694/12 –, pois o cogitado quadro de omissão da União em instituir disciplina voltada à preservação da independência do juiz na atividade persecutória penal envolvendo organizações criminosas resultou suprido com a sobrevinda da aludida lei federal.

---

[637] Percebeu bem o ponto o Ministro Ricardo Lewandowski, que, por isso, ajustou a fundamentação à ideia lançada anteriormente pelo Ministro Cesar Peluso, de que, no caso, ter-se-ia matéria própria de lei de organização judiciária, e não meramente procedimental, sujeita ao regramento do art. 24 da Constituição (<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3994214>. Acesso em 10 fev 2016).

[638] NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 350.

Lei estadual que se sobreponha à lei federal n. 12.694/12, na linha de interpretação do Supremo Tribunal Federal, seria, agora, inconstitucional – e não teria meramente a sua eficácia suspensa –, pois invadiria o espaço da competência concorrente que o § 1º do artigo 24 da Constituição reservou à União.

E, no caso de Alagoas, sobrepôs-se. Cuida-se de lei estadual ordinária de n. 7.677/15, que, a pretexto de adequar-se à decisão contida no acórdão do Supremo Tribunal Federal, prolatado na ADI 4414/AL, reduziu o número de juízes que comporiam aquele juízo coletivo e tornou-os titulares (e não mais investidos a termo certo), além de outras providências. Muito embora o seu melhor apuro técnico, sobretudo porque balizada pela decisão do Supremo e posterior à edição da lei federal n. 12.850/13, ainda assim, não escapa do vício de inconstitucionalidade decorrente da incapacidade de iniciativa legislativa do Estado-membro, na medida em que, já então, a matéria havia sido regulamentada – e diferentemente, para o bem ou não – por lei federal, preenchendo o vazio legislativo autorizativo do exercício da competência plena do art. 24, § 3º, da Constituição.

Examinado o assunto segundo a perspectiva definida pelo Supremo Tribunal Federal, voltemos as atenções à interpretação que considera a instituição de colegiado no primeiro grau/primeira instância matéria afeta à organização judiciária, pois que corolário de norma de competência, representando elemento de organização inerente ao poder de estabelecer os limites de atuação de determinada unidade judiciária[639].

Nessa hipótese, teríamos, ao que divisamos, duas interpretações possíveis. A primeira delas compreenderia a lei federal n. 12.694/12 como instrumento de organização voltado exclusivamente à Justiça Federal – como ramo da Justiça da União que detém competência privativa em matéria penal não militar, onde tem atuação a repressão aos crimes praticados por organizações criminosas –, deixando do lado de fora da regulamentação as Justiças dos Estados, permitindo, assim, que cada qual, ao seu modo, acaso convenha, discipline a matéria, criando o seu próprio modelo.

Essa interpretação, com efeito, esbarra em obstáculo de ordem constitucional, que traz reserva à iniciativa legislativa em matéria de organização judiciária. Segundo o artigo 96, inc. II, *"d",* da Constituição da República, o disciplinamento da "organização e divisão judiciária" das Justiças das União, a compreender a Federal, a do Trabalho e a Militar, pressupõe lei editada pelo Congresso Nacional, porém de iniciativa do Supremo Tribunal Federal ou dos

---

[639] Posição manifestada por Paula Sarno Braga e os Ministros Cesar Peluso e Ricardo Lewandowski (BRAGA, Paula Sarno. **Normas de processo e normas de procedimento: o problema da repartição constitucional de competência legislativa no direito constitucional brasileiro.** Salvador**:** Juspodivm, 2015, p. 451 e 452; (<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3994214>. Acesso em 10 fev 2016).

Tribunais Superiores. A lei federal em tela carece dessa iniciativa, não podendo, por isso, ser enquadrada enquanto lei de organização judiciária da Justiça Federal.

Mas é possível se cogite tenha-se imaginado instituição de lei com pretensão de universalidade (limitada ao espaço da jurisdição brasileira, claro), a abranger, assim, todo o Poder Judiciário nacional. Com isso, a lei federal teria aplicabilidade aos ramos penais da Justiça, permitindo que, tanto na Justiça Federal como na Estadual, pudesse ser utilizado, por qualquer vara de competência penal, diante de hipótese delituosa praticada por meio de organização criminosa, o "incidente de colegialidade", convocando-se outros membros julgadores para a prática de ato processual.

Também nessa linha de raciocínio – seguida pelo Ministro Ricardo Lewandoski para evitar o inconveniente da interpretação procedimental, que permitiria a suspensão de eficácia da lei local diante da superveniência de lei federal (cf. § 4º do art. 24 da CR/88), como ocorreu[640] –, enxerga-se haja inconveniente hermenêutico, não se revelando a melhor exegese da Constituição. É que o Congresso Nacional não detém, segundo as regras constitucionais, competência para legislar sobre a organização judiciária dos Estados-membros, competindo tal regulamentação às Assembleias Legislativas dos entes federativos parciais, mediante iniciativa do Tribunal de Justiça local. O inciso II do artigo 96 da Constituição é expresso em fazer referência ao "Poder Legislativo respectivo", provocado que tenha sido por iniciativa do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores ou dos Tribunais de Justiça (vide CR/88, art. 96, inc. II, "d"). Essa interpretação encontra reforço, ainda, de modo até repetitivo, no § 1º do artigo 125 do texto constitucional.

A ser assim, correto que esteja esse raciocínio, a consequência seria considerar inconstitucional a lei federal, sobretudo no que pertinente à regulamentação pretendida da organização judiciária local, por invasão de reserva legislativa conferida aos Poderes Legislativos dos Estados-membros.

Em suma, acolhendo-se a premissa de que a coletivização da jurisdição representa matéria pertencente ao universo das leis de organização judiciária, a lei federal n. 12.694/12 seria inconstitucional em, ao menos, duas perspectivas: (i) a primeira, referente à organização e divisão judiciária da Justiça Federal, por vício de iniciativa, porquanto reservada ao Supremo Tribunal Federal e aos Tribunais Superiores; e (ii) a segunda, pertinente ao regramento das Justiças Estaduais, por invasão da esfera de competência legislativa dos Estados-membros, a quem compete a elaboração de norma que discipline a matéria.

---

[640] Cabe destacar que a lei federal n. 12.694/12 é superveniente à sessão do Supremo Tribunal Federal que decidiu a matéria, no bojo da ADI 4414/AL.

Por fim, resta, para completar esta passagem, o estudo da (in)constitucionalidade das leis, federal e estadual, responsáveis pela instituição de órgãos coletivos de julgamento sob o ponto de vista da posição aqui agasalhada, de que a matéria reflete conteúdo eminentemente processual – nem procedimental e tampouco de caráter organizacional –, submetido, por isso, à competência privativa da União, nos termos do artigo 22, inc. I, da Constituição.

A expressão dessa posição (já justificada anteriormente) conduz à imediata conclusão de que, diversamente das outras duas linhas de interpretação, a lei estadual é inconstitucional, particularmente pela incapacidade legislativa dos entes parciais em editar normas de conteúdo processual (ressalvadas as exceções que contemple a própria Constituição, a exemplo da competência), já que, para tanto, há, como visto, reserva de competência legal à União.

Há de se referir que, em determinado ponto e medida, essa posição pode coincidir com o pensamento manifestado pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 4414/AL. É que, em dada altura, poderá, numa e noutra leitura, se identificar a possível ineficácia da lei local. Porém, essa convergência no plano da eficácia não revela semelhança do ponto de vista substancial. A divergência de interpretação reside nos planos jurídicos, causando reflexo na capacidade de incidência e aplicação da norma.

Para nós, a lei, embora existente, é inválida, por vício de inconstitucionalidade, sendo, por consequência, ineficaz[641]. Para o Supremo, de outro lado, a lei local é existente e válida, porém eficaz por todo o período em que se mantenha omisso o Poder Legislativo da União em regulamentar a matéria, sobrevindo a ineficácia, por força do § 4º do art. 24, da Carta da República, com a edição da lei federal (o que se consagrou, como indicamos, com a sobrevinda da lei n. 12.694/12). Mas a ineficácia da norma local, contudo, não lhe retira a qualidade de lei existente e válida[642]. Apenas suspende a sua capacidade de incidir. Assim, antes ou depois da vigência da lei federal incompatível, poderá ter sua força de regulação dos fatos revigorada. Já para a linha que defendemos, de real inconstitucionalidade (formal), a eficácia da norma, em que pese existente (teve a lei entrada no plano da existência), é algo

---

[641] Sobre o assunto, com posições diversas, ver: MIRANDA, Pontes de**. Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1, de 1969.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, t. I, p. 395; MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia – 1ª parte.** São Paulo: Saraiva, 2003, p. 17; LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. A Inconstitucionalidade e o Destinatário Original da Norma Viciada. **Ciência Jurídica,** ano VI, vol. 46, jul/ago 1992, p. 27; SILVA, Beclaute Oliveira. Incidência da Regra Jurídica Inconstitucional: Notas à margem de Pontes de Miranda. **Revista da Seção judiciária de Alagoas,** ano 2, n. 2. Maceió: SJ/AL, set. 2007, p. 168 e ss.;

[642] Também na interpretação de Tércio Sampaio Ferraz, o exercício pleno da competência concorrente pelos Estados-membros produz lei existente, válida e eficaz, repercutindo a superveniente legislação federal, contendo normas gerais, apenas neste último dos planos, permanecendo a lei estadual, por isso, existente e válida, porém ineficaz (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Normas gerais e competência concorrente: uma exegese do art. 24 da Constituição Federal. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo,** São Paulo, Vol. 90, 1995, p. 251).

proscrito, pois que demandaria a correção de vício presente no plano precedente, o da validade, o que somente se faria possível com a edição de outra norma, mesmo que de igual conteúdo, mas desde que juridicamente produzida pelo Congresso Nacional.

Nada obstante, não se há olvidar da regra insculpida no parágrafo único do artigo 22 da Constituição, segundo a qual, por lei complementar, pode a União autorizar os Estados-membros a legislar sobre questão específica de processo[643], universo no qual se insere, inegavelmente, a possibilidade de criação de varas com corpo de julgamento coletivo, voltadas que sejam ao processamento de determinado assunto ou matéria. Com isso, queremos expressar que a União tanto poderia editar lei contendo o disciplinamento sobre unidade judiciária coletiva, indicando, por exemplo, que, para o processamento de crimes cometidos por organizações criminosas, os feitos deveriam tramitar em varas com titularidade plural, especificando essa ou aquela composição e discriminando, ainda, o procedimento de julgamento; como, também, teria, ainda, capacidade para outorgar aos Estados autorização para que, por suas Assembleias Legislativas, produzissem leis locais que contemplassem órgãos judiciários (de julgamento) com essa particular característica de pluralidade subjetiva, podendo deixar espaço para que cada lei local indicasse o número de componentes e a forma de processamento dos feitos de sua competência.

Com efeito, seguindo a linha de que a matéria insere-se no campo dos fatos jurídicos processuais, estritamente considerados, lei estadual destituída de autorização por lei complementar da União, é, desde o seu nascedouro, írrita, por vício de iniciativa, haja vista tenha invadido esfera de competência da União, reservada pelo artigo 22, inc. I, da CR/88.

8.4 A experiência local da vara coletiva

Até agora, o estudo voltou as suas atenções e esforços para o que poderíamos denominar de "exame exógeno de constitucionalidade" (feito do lado de fora), em que os olhares debruçaram-se sobre a possibilidade constitucional de se instituir, por lei ordinária, órgão colegiado de julgamento no primeiro plano da Justiça, identificando, assim, a quem competiria a formulação de regra com tais contornos.

Propomo-nos, agora, neste item, a produzir reflexão, ainda que superficial, sobre uma perspectiva interna da experiência da vara coletiva, particularizada, sobretudo, no ato de produção de decisões jurisdicionais (atos jurídicos processuais, propriamente), ao que

[643] Parágrafo único. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.

denominaríamos, em contraposição à nomenclatura emprestada à perspectiva externa, de "exame endógeno de constitucionalidade" (feita, pois, agora, do lado de dentro).

O propósito, assim, é examinar o funcionamento da produção colegiada de atos judiciais, particularizando, como modelo de estudo, sobretudo, a experiência vivenciada pela Justiça alagoana (experimentada em maior medida que o modelo disposto na lei federal). A pretensão, desse modo, é identificar vício de inconstitucionalidade que haja nesse proceder, possibilitando a correção de rumos. Muito embora, agora, segundo pensamos, o ajuste que caiba insira-se no âmbito de disciplinamento da lei federal – que, no ponto abordado, tal como a lei estadual, não destinou tratamento próprio à luz da Constituição (é dizer: a crítica bem serve à lei produzida pela União).

8.4.1 Atividade colegiada de produção de atos jurisdicionais

Esse tópico, como instrumento aos desígnios indicados no item pretérito, tem o propósito de descrever como, na experiência da vara coletiva alagoana, dá-se a produção do ato jurisdicional, considerando, para tanto, a expressão da regulamentação legal, assim como a realidade cotidiana.

Segundo indica a norma do artigo 4º da lei estadual n. 6.806/07, as decisões serão tomadas segundo a posição que predomine dentre os membros que componham o órgão de julgamento[644]. A lei é omissa, contudo, sobre alguns pontos, como, por exemplo, sessão de julgamento, participação das partes, edição de votos e lavratura de acórdãos.

Na experiência cotidiana, esse modelo, normalmente identificado nos tribunais, não veio a ser incorporado à prática diária de funcionamento da unidade. O comum é a deliberação interna e a produção de ato em coautoria, em que todos apõem suas assinaturas ao final do documento, ressalvando o que discorde do entendimento e, além disso, não queira/aceite participar da produção e/ou lançar a sua assinatura. O importante é que – e isto se extrai mesmo da leitura do texto da lei – o ato de firmar o documento não significa tenha aderido à ideia prevalecente no debate prévio.

A lei federal n. 12.694/12, por sua vez, parece aproximar-se e afastar-se, a um só tempo, da forma de produção do ato jurisdicional previsto e vivido na experiência local. Em seu artigo 1º, § 6º, indica que todos devam assinar a decisão do colegiado – a compreender mesmo os vencidos (ponto de aproximação). Porém, no mesmo dispositivo, expressa que as posições revelem-se por meio de votos, diferentemente da lei estadual que se reporta apenas a

[644] Art. 4º Os cinco (05) Juízes da 17ª Vara Criminal da Capital, após deliberação prévia da maioria, decidirão em conjunto todos os atos judiciais de competência da Vara.

produção de debates (ponto de distanciamento). Importa, ao nosso estudo, ainda, destacar que a lei federal dispõe não deva(m) ser revelado(s) o(s) voto(s) divergente(s)[645].

Essa forma de funcionamento – sem sessão, debates públicos, participação das partes e exposição de entendimentos divergentes – é que pretendemos expor ao exame à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e da publicidade.

8.4.1.1 Princípio do contraditório, da ampla defesa e da publicidade dos atos processuais

O Código de Processo Civil, ao disciplinar a tramitação dos processos em segundo grau de jurisdição, especialmente nos julgamentos colegiados, estabelece um funcionamento todo particular, diferente em tudo da formatação que se colhe no primeiro grau. Adverte-nos a todos Barbosa Moreira que somente a distinção entre órgãos monocráticos e colegiados bastaria para que tivéssemos procedimentos (com feições estruturais) diferenciados em uma e outra instância (= setor de processamento, monocrático ou colegiado)[646].

Traz consigo, assim, regras que disciplinam deva haver sessão pública de julgamento (CPC/15, arts. 934/937, 940 e 941), com participação das partes (CPC/15, art. 937), debates entre os julgadores (CPC/15, art. 941) e exposição dos votos vencidos, que integram, para todos os fins, o acórdão (CPC/15, art. 941, § 3º).

Essa conformação, certamente, não foi construída aleatoriamente, sem causa nenhuma. Tem-se, com essa tessitura procedimental, algum propósito a ser atendido. Ao que pudemos identificar, tais regras guardam estreita relação com dois caros postulados para a ciência do Direito: o contraditório e a exigência de publicidade dos atos processuais.

Sobre essa relação e a necessária presença de procedimento semelhante em todo e qualquer órgão colegiado de decisão é que dedicaremos os dois seguintes tópicos.

8.4.1.2 Princípio do contraditório e da ampla defesa e o procedimento de julgamento no órgão colegiado

Tem-se entendido hoje que o princípio do contraditório conta com uma dupla dimensão, de sorte a representar o direito de participação das partes e a possibilidade de

[645] Essa mesma reserva em relação ao voto divergente veio a ser prevista na lei estadual n. 7.677/15, por seu artigo 3º.
[646] MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. V, p. 638.

influência[647]. Diz-se que o viés do direito de participação representa o conteúdo formal do princípio do contraditório, enquanto o "poder de influência" denota a sua dimensão substancial[648].

Formalmente, o princípio do contraditório assegura às partes o direito de audiência, comunicação e ciência. De outro lado, substancialmente, o postulado em estudo exige que se confira a possibilidade real e efetiva de influenciar na decisão do órgão jurisdicional[649].

A garantia de participação, que se insere na dimensão formal do princípio do contraditório, assegura às partes, dentre outras variáveis (o rol não é exaustivo), o direito de serem ouvidas, comunicadas e de participarem (ativamente) do processo. O preenchimento do preceito (principiológico) completa-se com a simples oportunização à parte para que venha e fale no processo, sem se preocupar com a sua efetiva vinda ou mesmo como o conteúdo da manifestação de resistência.

Essa dimensão formal do princípio do contraditório representa apenas um modelo mínimo. Porém, não cobre toda a extensão e complexidade que o envolve. O contraditório, assim, vem a ser integralizado com o seu viés substancial, que dispõe sobre a capacidade de, em sendo ouvida a parte, efetivamente influir na decisão do órgão jurisdicional. O contraditório, assim, não se torna efetivo apenas com a observância do binômio conhecimento-reação. Significa mais. Compreende a participação no processo e a influência sobre seu destino[650].

Além disso, a doutrina tem revelado a superação da ideia de que o contraditório teria como destinatário apenas as partes, nos moldes em que já se posicionara o próprio Supremo Tribunal Federal, propalando que "a garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, tem como destinatários os litigantes em processo jurisdicional ou administrativo e não o magistrado que no exercício de sua função jurisdicional, à vista das alegações das partes e das provas colhidas e impugnadas, decide fundamentadamente a lide"[651].

A sustentação oral, normalmente autorizada e regulamentada para sessões coletivas de julgamento, parece ir ao encontro das duas dimensões do contraditório, tanto a formal como a

---

[647] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil: Tutela dos direitos mediante procedimento comum.** São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015, v. 1, p. 502.
[648] DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento.** 17ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 78 e 79.
[649] DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento.** 17ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 78 e 79.
[650] Nesse sentido: DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento.** 17ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 79; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum.** São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015, v. 1, p. 501 e 502.
[651] STF, 2ª Turma, AgRg no RE 222.206/SP, rel. Min. Maurício Correia, j. em 30/03/1998.

substancial. A participação da parte, por meio de intervenção oral, indica inequívoco atendimento ao postulado do direito de audiência, possibilitando a sua participação ativa – não lhe reservando a cadeira de expectador de sua própria sorte – e abrindo espaço à pluralidade do diálogo, o que contribui para a efetiva formação, no processo, de uma "comunidade de trabalho"[652].

Em julgamentos colegiados, o estudo dos autos é feito por um dos componentes, que expõe aos demais em oportunidade de reunião coletiva. O contato imediato com o material de estudo, assim, em regra, restringe-se a uma pessoa: o expositor (= relator). Com a sustentação oral, intenta-se que as partes parciais, que também têm contato com o material de estudo, exponham as leituras que fizeram do caso, evitando se monopolize esse relato na voz de apenas um integrante da comunidade de diálogo. Somente isso, no campo do relato, já permite que diversos pontos de vistas sejam apresentados aos demais ouvintes (e julgadores), fragmentando o poder contido na condução do relato e permitindo que cada qual sindique a fala do outro (neste diálogo, as partes têm a oportunidade de corrigir o relator, assim como uma a outra, e aquele a estas).

Por sobre a dimensão formal, a sustentação oral, além de poder representar a "reação" (do binômio conhecimento-reação), tem o real propósito de influir na decisão, preenchendo, com isso, a outra dimensão do princípio do contraditório. Além da proposição apresentada pelo relator, os demais componentes têm a oportunidade de ouvir – e com eles refletir – os pontos de vista e interpretações das partes parciais, que, de algum modo, questionarão a proposta do juiz relator e da parte adversária. Essa abertura à influência, em si, tem a virtude de provocar e possibilitar uma reflexão mais aprofundada, na medida em que as propostas apresentadas se submetem, cada qual, ao seu ângulo próprio de visão sobre o problema e sua perspectiva particular de solução.

O juiz expositor do caso, a quem compete formular uma proposição de julgamento, é sujeito imparcial do processo. Porém, essa condição não lhe confere o dom da justiça plena. Sua proposta, imparcial que seja, pode conter erro de julgamento, além de, diante da falibilidade humana, desvios na apreciação dos fatos. A sustentação oral é uma abertura ao diálogo que minimiza a possibilidade de equívocos, servindo de advertência não somente aos demais julgadores, como também ao próprio relator, que, diante da informação e/ou leitura que traga a parte, pode reformular a sua proposta de julgamento. De outro lado, não é porque

[652] Como o processo reserva a cada participante um complexo de direitos, poderes, faculdades, ônus e deveres, tem-se entendido que pode ser encarado como uma "comunidade de trabalho", cuja atividade coordenada está constitucional e legalmente direcionada à justa resolução do conflito trazido ao Poder Judiciário (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum.** São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015, v. 2, p. 72).

parcial que as defesas das partes são sempre incorretas ou injustas. São, sim, interessadas, voltadas, por isso, à defesa de seus propósitos, mas nem por isso, invariavelmente, juridicamente desviadas, até porque a uma delas, ou mesmo as duas, o Judiciário há de reconhecer a retidão de propósito, coincidindo, total ou parcialmente, as vozes dos sujeitos parcial e imparcial.

Demais disso, tanto quanto as partes, o julgador-relator defende um ponto de vista – que não é pessoal (por isso da sua imparcialidade) – e, para tanto, argumenta fundamentadamente, pretendendo, com isso, convencer os demais outros integrantes do colegiado. Exerce ele, desse modo, um "poder de influência" sobre o destino da causa. Acaba, com isso, pelo exercício da influência, a ser sujeito ativo do contraditório, inserindo-se no diálogo[653-654]. A ser assim, tanto mais se justifica que também as partes, que são destinatárias das consequências da decisão, possam participar, no mesmo ato (imediatidade) e por igual meio (oral), dessa interlocução, pretendendo, igualmente, influenciar a todos a, tanto quanto o juiz-relator (e todos os demais, na medida em que votem), aderirem a seus planos de ideias[655].

Além da sustentação oral – que deve, pois, ser prevista em julgamentos coletivos –, tem ligação direta também com o princípio do contraditório a sessão pública de julgamento (não obstante a sua ligação com o postulado da publicidade, visto em seguida). Essa reunião representa a formação de ambiente próprio à realização do diálogo. Sem ela, o diálogo restaria prejudicado, somente sendo possível com a remessa dos autos aos julgadores, redigindo cada qual a sua proposta de julgamento, competindo a alguém ou a algum órgão condensar as proposições numa única decisão. Porém, o inconveniente seria a necessidade de que todos conhecessem o ponto de vista dos demais outros, para que se tivesse um efetivo diálogo (que pressupõe escuta e fala), demandando um dilatado período de tempo.

Dentre outras razões, é certamente por sua íntima relação com o viés do contraditório-influência que Nelson Nery Jr. insere nesse contexto a vedação aos julgamentos secretos:

---

653 Adverte-nos a todos a doutrina que a garantia constitucional do contraditório endereça-se também ao juiz, fazendo dele parte desse diálogo imperativamente, não se lhe apresentando, portanto, como mera faculdade. Assim, esse princípio fundamental, estampado na Constituição brasileira, impõe ao juiz o dever de direção, de prova e de diálogo (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil.** São Paulo: Malheiros, 2002, v. I, p. 226).

654 Coloca o juiz dentro do diálogo do processo, como participante do contraditório, a primeira parte do art. 16 do *Code de Procédure Civile* francês, como tem apontado a doutrina. Diz a parte do dispositivo citado, posicionado no *Chapitre Ier: Les principes directeurs du procès* da *Section VI: La contradiction*: *"Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction."*

655 Luigi Ferrajoli destaca que a oralidade serve para garantir a autenticidade das provas, o controle público e pelo acusado/demandado sobre a sua formação. Mas, além disso, comporta a interpretação de que, com a intervenção oral, a causa possa ser solucionada em audiência(s), atenda à identidade física do juiz (do início ao fim) e possa ser assegurado o diálogo direto das partes entre si e com o juiz – ou juízes, ao que acreditamos seja possível concluir do texto (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 570 e 571).

> Por isso é que decisão a portas fechadas, seja a que pretexto for, é inconstitucional por ferir o estado democrático de direito (CF 1º *caput*), o princípio da isonomia (CF 5º *caput* e I) e o princípio do contraditório[656].

Assim, a sessão de julgamento funciona como instrumento para a viabilização do exercício do "poder/direito de influência", tanto pelas partes como pelos juízes (uns aos outros e estes às partes e ao público), na tentativa de, com isso, alcançar uma decisão justa, porque submetida a um processo plural de debate e reflexão.

8.4.1.3 Princípio da publicidade e o julgamento no órgão colegiado

O princípio da publicidade, no âmbito do processo, indica parcela da doutrina, constitui projeção da garantia constitucional ao direto à informação (CR/88, art. 5º, inc. XIV)[657]. Noutro giro, entende-se, ainda, que a publicidade dos atos processuais (*rectius*, fatos processuais) manifesta-se como corolário do princípio da proteção judicial efetiva. Identifica, com isso, que os princípios da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal somente se tornam efetivos se o processo desenvolver-se sob o controle das partes e da opinião pública[658].

É assim que se diz represente a publicidade garantia instrumental, cuja funcionalidade é exatamente permitir (= dar acesso ao) o controle de observância das garantias processuais (gerais). A publicidade – assim como, em boa medida, a oralidade – representa garantia de segundo grau ou garantia de garantias. Assim, somente tendo sido o ato processual realizado em público e/ou por meio oral[659], é que se pode conceber tenha-se relativa certeza sobre a observância às garantias processuais ditas primárias, dentre as quais se insere a do contraditório[660].

---

656 NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na constituição federal.** 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 225.

657 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil.** São Paulo: Malheiros, 2002, v. I, p. 240.

658 MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lenio Luiz. Comentário ao artigo 93, inc. IX. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords). **Comentários à Constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1325.

659 Evidentemente, nem todos os atos processuais requisitam estejam presentes, simultaneamente, os elementos da publicidade e da oralidade. Além disso, normalmente, a oralidade acaba por cumprir os desígnios da publicidade. E, por fim, há de se esclarecer que a publicidade manifesta-se por mais de uma via possível, tomando forma segundo a espécie de ato praticado. Veremos, mais adiante, no próprio corpo do texto, que a manifestação da publicidade em atos singulares difere daquela produzida coletivamente.

660 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 567.

Como o sistema acusatório é composto por garantias processuais primárias, a publicidade representa-lhe traço estrutural e constitutivo, assegurando o controle interno e externo da atividade judiciária. Diferente é o método inquisitório, sede na qual o segredo (e também as escrituras) tem espaço e denota-lhe traço característico[661-662].

Nessa esteira é que Ferrajoli destaca as expressivas palavras de Bentham, para quem a publicidade representa a alma da Justiça; além de outros, que chegam a questionar se o segredo convém à Justiça. Conclui o autor existir um nexo inexorável entre publicidade e democracia no processo[663].

Acentua, enfim, que:

> "A opção pela transparência dos juízes representa, portanto, a discriminante mais segura entre cultura jurídica democrática e cultura autoritária."[664]

Dado esse traço conformador do princípio da publicidade, é de se conceber que a exigência de sessões públicas de julgamento, em órgãos colegiados, como aqui vimos proclamando, deve-se também a esse princípio de segundo grau – e não somente ao contraditório, diretamente, como esboçado no tópico pretérito –, representando exigência de transparência da atuação jurisdicional.

Não ignoramos haja, mesmo em regimes democráticos, julgamentos coletivos secretos. É o que hoje vemos se passar no sistema processual civil italiano, que, por seu *Codice di Procedura Civile*, disciplina, na primeira parte do artigo 276 que: *"La decisione è deliberata in segreto nella camera di consiglio. Ad essa possono partecipare soltanto i giudici che hanno assistito alla discussione."*. Experiência semelhante (de julgamento secreto), no Brasil, teve-se com a "Arguição de Relevância da Questão Federal", prevista no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal de 1970, introduzida que foi pela Emenda Regimental n. 3, de 1975. Porém, mesmo nesse caso, o julgamento às portas fechadas, feito pela Casa Suprema de Justiça, restringia-se à matéria de admissibilidade.

---

661 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 567.

662 Renato Brasileiro destaca que o processo inquisitivo era, em regra, escrito e sigiloso, muito embora isso não representasse forma necessária ou essencial a configuração desse sistema. Mas, de outro lado, essa característica não tem espaço no sistema acusatório (LIMA, Renato Brasileiro. **Curso de processo penal.** Niteroi, RJ: Impetus, 2013, p. 3).

663 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 568.

664 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 569.

Com efeito, a "Arguição de Relevância da Questão Federal" veio a ser suprimida, por completo, com a Constituição de 1988. Mas já sofria com substanciais argumentos em contrário – que, no geral, ressurgem e têm inteira aplicação ao exame do problema especifico deste estudo –, os quais se manifestavam em desfavor dos julgamentos em sessões secretas (cujo esteio normativo possivelmente foi extraído do RISTF/70, art. 308, § 4º, incs. VII e VIII); da impossibilidade de pedido de vista, ausência de motivação e da irrecorribilidade das decisões (RISTF/70, art. 308, § 4º, inc. IX); além da falta de publicidade das razões favoráveis e contrárias ao acolhimento da Arguição.

Com o atual desenho constitucional brasileiro, não há espaço para qualquer hipótese ou espécie de julgamento secreto[665]. São obstáculos intransponíveis os princípios republicano e democrático, bem como os postulados do direito à informação, ao contraditório e à ampla defesa, além do próprio princípio da publicidade, diretamente.

Vemos diferença, com efeito, na aplicação da publicidade, sobretudo por influência do contraditório, no órgão individual e no coletivo. Na edição de ato jurisdicional por atividade solitária, que pressupõe um diálogo prévio, a publicidade é imediata à produção, mas não contemporânea. E não há como publicizar o processo de produção – tanto quanto se passa com a atividade do relator –, mas somente o seu resultado, que é a própria decisão. Diferente é o que se passa na esfera coletiva. Nesse ambiente, a construção da decisão, normalmente, dá-se em um foro de debate, mediante uma proposição inicial de algum debatedor, a quem compete o estudo mais minudente do caso e a apresentação aos seus pares, abrindo-se espaço, nesse momento, ainda, para a participação dos interessados, sobretudo os que possam ser atingidos pelo comando da decisão coletiva.

É verdade que a publicidade sem a sessão seria possível. Porém, não conviria (ao menos atualmente). Revelar-se-ia contraproducente[666], pois se teria que conceber um modelo no qual a parte pudesse dialogar, por escrito, com cada um dos julgadores, apresentando, cada qual, o seu encaminhamento de decisão. Exigir-se-ia, ademais, ao final de tudo, que houvesse um condensamento das propostas. Há de se cogitar, ainda, como cada proponente exerce atividade de influência mútua, que todos tivessem conhecimento da posição dos demais

---

[665] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil.** São Paulo: Malheiros, 2002, v. I, p. 242.

[666] Talvez o processo eletrônico possa mudar, em alguma medida, esse cenário. Não dimensionamos o quanto e ainda enxergamos muito pouco das potencialidades dessa nova forma de materializar o processo. Certamente o processo eletrônico será responsável por muitas mudanças nas práticas judiciárias (que podem ser, a depender da nitidez com que se enxergue as virtudes e capacidades do processo virtual, mais ou menos velozes). A partir dele, a distância física passa a ser a medida em relação ao ambiente virtual e não mais corpo a corpo. Pense-se em termo de protocolo; vistas ou carga dos autos; audiências e sessões; etc. Com a virtualização, o processo pode apresentar-se em mais de um lugar ao mesmo tempo (escritórios, varas e gabinetes) e os atos de reunião processual comportam se desenvolvam em ambientes distintos (*v.g.* videoconferência ou recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real).

outros antes do encerramento do julgamento. Mas ainda que assim fosse, far-se-ia necessário a apresentação da conclusão a um colegiado – que haveria de se formar, imperiosamente –, para que interpretasse e dissesse qual a decisão da maioria, já que nem sempre ela é encontrada com a mera soma aritmética de posições favoráveis e contrárias. Sobre tudo isso, mesmo nessa projeção (hipotético-argumentativo), revelar-se-ia imperiosa a apresentação e documentação da posição divergente, que traz à luz a íntegra do diálogo processual e, com isso, dentro do espírito do princípio da publicidade, milita em prol da transparência da atividade fim do Poder Judiciário.

8.4.1.4 Proposta constitucionalização do funcionamento

Este tópico revela-se espaço conclusivo do item-gênero, que voltou atenção à experiência vivenciada com o funcionamento da vara coletiva, desconsiderando, contudo, metodologicamente, em corte teórico que se promoveu, a perspectiva que se tem sobre a sua inconstitucionalidade (no nascedouro, por incompetência legislativa constitucional).

Assim, como ponto de encerramento, tem a característica de apenas consolidar as ideias expostas no desenvolvimento sobre o assunto, mas que, particularmente, no caso, por aludir ao plano prático, conduz a se apresentar, com contornos precisos, a forma de julgamento que atenderia aos postulados constitucionais que se indicou como violados.

Além disso, é de se registrar, observado o limite delimitado nesta passagem (toda ela, alusiva ao funcionamento), que a abordagem não há tangenciar qualquer ideia de solução para o vício de iniciativa.

O ponto de partida parece encontrar sede na estrutura orgânica da vara. O modelo dual gabinete-secretaria (aparentemente já saturado para o funcionamento da Justiça por quaisquer de suas unidades) parece não açambarcar as necessidades de órgão judiciário desenvolvido para a produção de atos judiciais por meio complexo (atos complexos *stricto sensu*[667], propriamente), integrado por juízes, cujas atividades, individualmente falando, são marcadas pelo caráter da independência funcional[668].

A questão é: como produzir um documento formal e materialmente único (a sentença), reunindo pensamentos plurais e preservando a independência jurisdicional de cada integrante,

---

[667] MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência.** 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 155.

[668] A independência funcional do juiz significa que, no exercício da função jurisdicional, não se vincula a ordens ou exigências superiores – dizemos nós: ou de qualquer origem e natureza –, as quais fossem capazes de determinar o teor dos julgamentos ou mesmo o modo de condução dos processos. A liberdade, com efeito, encontra limites na interpretação das normas jurídicas e em sua (do juiz) própria consciência (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil.** São Paulo: Malheiros, 2002, v. I, p. 417 e 418).

porém com resultado incindível? A sentença (ou decisão) será uma só; mas a sua construção, plural. Então, onde fica a manifestação divergente de pensamento? Se não está documentada, resultou desconsiderada, violando, assim, inexoravelmente, a independência de julgar conforme suas convicções jurídicas.

Destarte, o formato de gabinete único com múltiplos juízes (titulares, na expressão de decidir do Supremo) não parece seja indicado e/ou apropriado para o funcionamento desse modelo particular de unidade judiciária. E o problema não se restringe à conformação dos atos judiciais – objeto de recorte neste item-gênero –, vai além, podendo-se desdobrá-los em outros problemas periféricos, como, por exemplo: a qual dos integrantes compete ditar a ordem de trabalho do gabinete comum? E isso, por decorrência, desborda para a secretaria. Qual o juiz responsável por orientar e supervisionar a secretaria? Há, dentre todos, um presidente? Qual o critério de sua investidura na função (de administração)[669]? Porém, esses são problemas específicos que não têm cabimento nesta abordagem que nos propomos a fazer.

Portanto, o primeiro passo no sentido da constitucionalização de órgãos de julgamento com composição plural seria a alteração de sua conformação orgânica, fazendo dispor haja tantos gabinetes quantos sejam os agentes responsáveis pela edição dos atos jurisdicionais de julgamento.

O próximo e segundo passo revela-se, em certa medida, decorrente do primeiro, embora suas razões sejam superiores. Com a divisão do setor de produção, a consequência (prática) decorrente imediata é a divisão de trabalho, o que possibilitará que cada qual produza, independentemente, a sua proposta de decisão, a qual haverá de ser submetida à consideração dos demais pares, já que há uma exigência numérica para a consolidação de posição (maioria).

Com isso, à semelhança de diversos órgãos jurisdicionais colegiados (*e.g.* Tribunais e Turmas Recursais), preserva-se a independência funcional de cada um dos juízes integrantes do órgão coletivo e caminha em direção ao atendimento dos princípios do contraditório e da publicidade. A proposta de decisão – empreste-se, ou não, a denominação de voto, o que é irrelevante – abre espaço ao diálogo, que, como cada um há de apresentar a proposição de encaminhamento ao outro, devem se reunir em sessão. Seja ela física ou eletrônica, por imperativo da publicidade, deve transcorrer com a franquia de acesso público, ou, no mínimo, quando estrita e casuisticamente necessário, restrito às partes[670].

---

[669] Todas essas problematizações, alusiva dinâmica funcional da gestão de processos – que extravasam os limites que fixamos –, parecem possam ser objeto de disciplinamento por norma de organização e divisão judiciária, seja de caráter estadual ou federal (cf. CR/88, art. 96, inc. II, alínea "d").

[670] Segundo destaca Cândido Dinamarco, o Brasil, diante de seus contornos normativos constitucionais e infraconstitucionais, adotou o que se chama de "publicidade restrita", e não popular. Com isso, quer indicar que

Mas não será suficiente à independência, ao contraditório e à publicidade produzir propostas de decisão individualmente e apresentá-las em sessões, públicas que sejam. É preciso, ainda, documentar a interpretação divergente que eventualmente haja – tendo-se colocado em contrário tanto a lei federal 12.694/12 (art. 1º, § 6º) como a estadual 7.677/15 (art. 3º), porquanto vedaram qualquer referência ao voto divergente –, preservando a independência funcional do juiz e ampliando a qualidade do diálogo processual. É que, por sobre o momento e a publicidade dessa exposição, o contraditório não se exaure nesta sede procedimental (1ª etapa do processo). A dialética processual, impregnada pelo contraditório, dilata-se para a sede recursal, integrando-a os demais outros examinadores e juízes da causa. Estes, por sua vez, no exercício de suas atividades, devem conhecer e levar em consideração todo o diálogo produzido até então[671], o que não se faz possível com a supressão do pensamento minoritário (seria caminhar em direção a uma "ditadura da maioria").

A proposição, portanto, é encaminhada no sentido de que todas as propostas de decisão coletiva tomassem registro escrito (ou documental) – mesmo que produzidas oralmente – e de que os integrantes da sessão decidissem sobre a maioria vencedora, conformando, assim, a decisão final (prevalecente).

Não se há olvidar, por fim, da proclamada sustentação oral, que representa o viés contraditório das partes em órgãos colegiados, porque abre as portas para a participação delas, possibilitando, com isso, semelhantemente, influenciem nos ânimos sobretudo dos demais julgadores – que não aquele que apresenta o processo, sendo conhecido (os demais juízes), nos tribunais, por vogal –, e, assim, igualmente, na formação da decisão, preenchendo o núcleo material daquele princípio dialógico.

---

a restrição máxima que pode haver é em relação ao público em geral, mas jamais em relação às partes, que podem e devem participar dos atos processuais, sobretudo às sessões de julgamento (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil.** Vol. I. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 342).

[671] O pensamento da minoria pode ser o móvel de persuasão de uma maioria futura, compondo, assim, com alto grau de importância, o diálogo processual. O impedimento à documentação e publicidade da proposição minoritária revela, em certa medida, uma forma de esconder determinado modo de pensar, retirando-lhe a possibilidade de provocar a reflexão e, eventualmente, influenciar a mudança.

9 CONCLUSÃO

O trabalho, então, chega agora ao seu porto final, após ter perpassado pela definição de conceitos jurídicos fundamentais, a história da competência para legislar sobre processo no Direito brasileiro e as proposições conceptuais destinadas a definir processo e procedimento, refletindo, com isso, no conteúdo daquilo o que possa ser objeto de normas de uma e outra categoria.

Nessa viagem, o estudo trouxe, em seu corpo, as críticas clássicas às proposições apresentadas pela processualística ao longo dos tempos, mesmo as contemporâneas, permitindo com que formássemos e apresentássemos a nossa própria ideia sobre o que constitua o processo e em que difere do procedimento, tomando, como marco teórico, a Teoria do Fato Jurídico. É daí que firmamos constitua o processo, resumidamente, a aglutinação de diversos "fatos jurídicos processuais", unidos dentro de um procedimento, todos vocacionados a cumprir determinado objetivo.

Como isso, o trabalho revela que o procedimento é um elemento presente no processo, que diz com o seu modo de agir, refletindo, diretamente, na maneira de atuação dos "fatos processuais". Procedimento e processo, assim, representam, cada qual, individualidades distintas, mas intimamente relacionadas entre si, ao ponto de, no âmbito jurisdicional, não se enxergar haja processo sem procedimento e vice versa. Aquele sem este constituiria um conjunto caótico de fatos processuais e este sem aquele, a forma sem conteúdo.

Desse modo, outra tomada de posição do estudo encontra sede naquilo o quanto se entenda por procedimento. Precisamente, portanto, toma-se a posição de que o procedimento é revelado em todos os fatos processuais *(lato sensu*) que trabalhem com o tempo, a forma e o lugar do processo, bem como aqueles que determinem a sequência a ser observada e a relação estabelecida entre os atos na série do processo. O fato procedimental é, destarte, um "fato do processo" e, invariavelmente, associa-se a um fato processual puro (*stricto sensu*), conferindo-lhe funcionalidade.

Com esse alicerce, permitiu-se definir o objeto de trabalho das normas de processo e o das de procedimento, revelando a possibilidade de separação teórica. Ou seja, é possível saber o que é norma de uma e outra natureza. Na prática, contudo, a cisão absoluta poderia conduzir à inocuidade determinadas leis de processo – inclusive o próprio CPC/15 –, sobretudo naquilo o quanto se volta para as normas procedimentais específicas (objeto de competência

suplementar do art. 24, § 2º, da CR/88), que, constitucionalmente, estariam sob o pálio da capacidade legislativa dos Estados-membros[672].

Diante dessa problemática, posicionamo-nos houvesse conformações normativas gerais capazes de, a um só tempo, disciplinar tanto os fatos processuais (*stricto sensu*) como os procedimentais, conferindo vida e utilidade à norma. Exatamente isso é encontrado, por exemplo, no Código de Processo Civil de 2015, que desce às minúcias em determinados setores, os quais haveriam de compor o núcleo de normas de procedimento, e de caráter específico. Normas com tal desenho e abrangência – que em nada restringem a competência suplementar dos Estados-membros – detêm, segundo defendemos, em sua integralidade, natureza eminentemente processual, inserindo-se, por isso, dentro do campo de atribuição do art. 22, inc. I, da Constituição, sendo a União legitimada à sua produção.

Definida toda a base teórica sobre a qual o trabalho repousaria a sua sustentação, muito especialmente o objeto das normas de processo e de procedimento, o estudo volta seus esforços para o problema central, que seria definir a quem competiria, à luz, principalmente, dos artigos 22, inc. I, e 24, inc. XI, da Constituição, instituir órgão judiciário com conformação de exercício coletivo da jurisdição.

Nesse campo, foi preciso esclarecer, primeiramente, que a jurisdição colegiada não mantém relação alguma com norma de competência, sobretudo porquanto não influi na capacidade de exercício da jurisdição do órgão julgador, que continua a exercê-la segundo outras regras que lhe imponham as balizas de atuação. Porém, por outro lado, a norma de competência, em si, é de natureza processual. Mas não obstante, tais normas são excepcionadas da incidência da regra do artigo 22, inc. I, por outros autorizativos constitucionais (*e.g.* arts. 96, inc. II, *"d",* e 125, § 1º), que alargam a capacidade legislativa para edição de normas de competência, conferindo especial capacidade, em particular, aos Estados-membros e ao Distrito Federal, apesar da sua natureza processual.

Mas a norma que firma jurisdição coletiva é, concluímos, inegavelmente, inserida no universo das normas de processo – independente da norma de competência, que é igualmente processual –, pois não traz consigo quaisquer das características formais e funcionais inerentes às normas de procedimento, as quais atuam sempre supletivamente a determinado fato processual. Ao contrário das normas de procedimento, cria, em si, um novo fato jurídico processual, representado por uma configuração diversa da relação jurídica processual ordinária, em que o Estado-juiz se faz plural, refletindo, por isso, no próprio procedimento

[672] Embora dentro do setor da competência concorrente, essa parcela de capacidade legislativa reservada aos entes parciais (CR/88, art. 24, § 2º) não tem nenhuma comunicação com a União, cuja ingerência é nenhuma (pois não há competência supletiva ou suplementar a ser exercitada pela União).

dos processos deste órgão, que requer uma dinâmica própria de atuação[673], e toca, inexoravelmente, em instâncias fundamentais do processo, a exemplo do contraditório. Por todo impacto que causa, sobretudo na relação, direitos e dinâmica processual, não é meramente uma alteração de cunho procedimental, mas sim processual.

Essa posição do trabalho conduz, por consequência, à defesa da inconstitucionalidade de leis estaduais que instituam órgãos colegiados de julgamento no primeiro grau de jurisdição – a(s) que exista(m) ou venha(m) a ser editada(s) –, exatamente por invasão de reserva de competência legislativa disposta na Constituição da República, que, em casos tais, reserva-a, privativamente, à União, que, por sua vez, somente pode delegar aos Estados-membros e ao Distrito Federal por meio de autorizativo contido em lei complementar editada pelo Congresso Nacional (cf. art. 21, parágrafo único, da CR/88), através da qual a competência processual, em particular caso, possa ser transferida aos entes parciais (uniformemente a todos).

Mas não obstante a posição particular defendida no trabalho, o estudo avançou e conduziu, ainda, ao exame da constitucionalidade de lei estadual após a edição de lei federal sobre a matéria, observando, para tanto, os parâmetros firmados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 4414/AL, no qual compreendeu que o assunto fosse reservado ao campo da competência concorrente.

Nesse cenário, concluímos que a lei federal n. 12.694/12 tratou exatamente da coletivização do exercício da jurisdição, por meio de conformação própria, sobrepondo-se, assim, a qualquer modelo local que exista ou venha a ser produzido. Assim, ter-se-ia, na hipótese, configurado situação de perfeito encaixe nos contornos normativos do § 4º do artigo 24 da Constituição, suspendendo – e não revogando –, por isso, a eficácia de lei estadual pretérita, porquanto sua edição somente se poderia ter legitimado no espaço do exercício da competência legislativa plena do § 3º do mesmo dispositivo, mercê da omissão (transitória) do ente federal central. Além disso, noutro giro, lei estadual posterior, com conteúdo dessa natureza, seria, desde o seu nascedouro, inconstitucional, porquanto inexistente, mais, a situação de omissão da União que legitima o exercício da competência suplementar pelos Estados e o Distrito Federal.

[673] Importa destacar que a alteração procedimental que se impõe é reflexo da alteração da composição da relação jurídica, funcionando, assim, como efeito e não como causa. A alteração substancial da relação jurídica, muito especialmente, é a causa superlativa de determinação da natureza processual de lei com conteúdo voltado à pluralização do exercício da jurisdição.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. Comentário ao artigo 1º, *caput.* In CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

_____. Comentário ao artigo 22, parágrafo único. In CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. **Direito Judiciário Brasileiro.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1940.

ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil.** 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 1.

_____. **Manual de direito processual civil.** 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 2.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo.** 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **Comentários ao Código de Processo Civil.** 9ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 2.

ASSIS, Araken de. **Procedimento sumário.** São Paulo: Malheiros, 1996.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

AZEVEDO, Luiz Carlos; CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Lições de história do processo civil romano.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____; _____. **Lições de processo civil canônico: história e direito vigente.** São Paulo: Revista dos Tribunais , 2001.

BARBOSA, Rui. **Obras completas de Rui Barbosa. Excursão eleitoral aos Estados da Bahia e Minas Gerais.** Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1967, v. XXXVII, t. 1.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva, 1993, v. 3, t. I.

_____. Comentários à **Constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva, 1993, v. 3, t. II.

_____. Comentários à **Constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva, 1993, v. 3, t. III.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. A federação no Brasil. Brasília: Programa Nacional de Desburocratização – PRND. Instituto dos Advogados de São Paulo, 1985.

_____. Curso de teoria do estado e ciência política. São Paulo: Saraiva, 1986.

BATISTA, Francisco de Paula. **Compêndio de teoria e prática do processo civil.** 1ª ed. Campinas: Russel Editores, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BORGES, José Souto Maior. **Obrigação Tributária.** São Paulo: Malheiros.

BORGES NETTO, André Luiz. Competência legislativas dos Estados-membros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BRAGA, Paula Sarno. **Normas de processo e normas de procedimento: o problema da repartição constitucional de competência legislativa no Direito Constitucional brasileiro.** Salvador**:** Juspodivm, 2015.

_____. Primeiras Reflexões sobre uma Teoria do Fato Jurídico Processual: Plano da Existência. **Revista de processo,** São Paulo: RT, n. 148, jun. 2007.

BÜLOW, Oskar von. La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales. Tradução Miguel Angel Rosas Lichtschein. Lima: Aara, 2008.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil.** 9ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, v. I.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000, v. 1.

_____. **Instituições do processo civil**. Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000, v. 2.

_____. **Instituições do processo civil**. Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000, v. 3.

_____. **Sistema de direito processual civil.** São Paulo: Classic Book, 2000, v. 1.

_____. **Teoria geral do direito.** Tradução A. Rodrigues Queiró e Artur Anselmo de Castro. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural, 2006.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional.** 15ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CASTRO, Torquato. **Teoria da situação jurídica em direito privado nacional.** São Paulo: Saraiva, 1985.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil.** Campinas: Bookseller, 1998, v. 1.

_____. **Instituições de direito processual civil.** Campinas: Bookseller, 1998, v. 2.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil.** Campinas: Bookseller, 1998, v. 3.

CINTRA, Antonio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. **Manual elementar de direito processual.** Rio de Janeiro: Forense, 1982.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Réu revel, vício de citação e *querela nullitatis insanabilis.* In DIDIER JR. Fredie. (Coord.) **Leituras complementares de processo civil.** 7ª ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 239-260.

_____. Uma arqueologia das ciências dogmáticas do processo. In: DIDIER JR., Fredie (org.). **Teoria do processo: panorama mundial.** Salvador: Juspodivm, Segunda Série, 2010, p. 215-242.

CONSO, Giovanni. **I fatti giuridici processual penali: perfezione ed eficácia.** Milano: Dott. A. Giuffreé, 1982.

COUTURE, Eduardo J. **Interpretação das leis processuais.** Tradução de Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de direito constitucional.** 5ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

CRUZ E TUCCI, José Rogério; TUCCI, Rogério Lauria. Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. **teoria geral do processo: jurisdição, ação (defesa), processo.** 2ª ed. São Paulo: Método, 2007.

_____. Jurisdição, ação (defesa) e processo. Recife: Nossa Livraria, 2004. v. II.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento.** 14ª ed. Salvador: Juspodivm, 2012, v. 1.

_____. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento.** 17ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1.

_____; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos fatos jurídicos processuais.** Salvador: Juspodivm, 2011.

_____. **Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida.** 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

_____. **Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo.** São Paulo: Saraiva, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil.** São Paulo: Malheiros, 2002, v. I.

_____. **Instituições de direito processual civil.** 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, v. II.

_____. **A instrumentalidade do processo.** 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Litisconsórcio.** 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Comentários ao Código de processo Civil.** Vol. VIII, tomo III. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual.** Tradução Elaine Nassif. 1ª ed. Campinas: BookSeller, 2006.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Normas gerais e competência concorrente: uma exegese do art. 24 da Constituição Federal. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo,** São Paulo, Vol. 90, 1995.

FERREIRA, Pinto. **Curso de direito constitucional.** 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional.** 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Comentários à Constituição brasileira de 1988.** Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1997.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Direito constitucional: teoria da constituição; as constituições do Brasil.** Rio de Janeiro: Forense, 1981.

FREITAS, José Lebre de. **Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais.** 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

FRIEDE. Reis. **Curso de ciência política e teoria geral do estado: teoria constitucional e relações internacionais.** 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

GAMA, Tácio Lacerda. **Competência tributária: fundamentos para uma teoria da nulidade.** 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2011.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual.** São Paulo: Atlas, 2008.

_____. A competência constitucional dos estados em matéria de procedimento (art. 24, XI, da CF/1988): ponto de partida para releitura de alguns problemas do processo civil brasileiro em

tempo de novo Código de Processo Civil. **Revista de processo,** São Paulo: RT, ano 35, n. 186, p. 197-227, ago. 2010.

GOLDSCHIMIDT, James. **Direito processual civil.** Tradição Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller, 2003, v. I.

_____. **Princípios generales del proceso.** Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1961, v. I.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo.** 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

GUASTINI, Riccardo. **Das Fontes às Normas.** Edson Banini (trad.). São Paulo: Quatier Latin, 2005.

GUIMARÃES, Luiz Machado. **Estudos de direito processual civil.** Rio de Janeiro-São Paulo: Jurídica e Universitária, 1969.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2002, v.1.

_____. **Direito processual civil brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2002, v. 2.

GRINOVER, Ada Pelegrini. Inconstitucionalidade de leis processuais estaduais. In: CALDEIRA, Adriano; FREIRE, Rodrigo da cunha Lima (Coord.). **Terceira etapa da reforma do Código de Processo Civil.** Salvador: Juspodvm, 2007. p. 19-21.

HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional.** 5 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

IVO, Gabriel. **Constituição Estadual: competência para elaboração da Constituição do Estado-membro.** São Paulo: Max Limonad, 1997.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** Tradução de João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LIEBMAN, Eurico Tullio. **Manual de direito processual civil.** 3ª ed. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005, v. 1.

_____. L'opera s scientifica de James Goldschmidt e la teoria del rapporto giuridico processuale. **Revista di diritto processuale.** Padova, v. 5, n. 2, p. 336, 1950.

LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. A inconstitucionalidade e o destinatário original da norma viciada. **Ciência Jurídica,** ano VI, vol. 46, jul/ago 1992.

LIMA, Renato Brasileiro. **Curso de processo penal.** Niteroi, RJ: Impetus, 2013.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos.** 5 ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2004.

LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 16ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: obrigações.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo. Competência legislativa concorrente dos Estados-membros na Constituição de 1988. **Revista de Informação Legislativa,** Brasília, v. 26, n. 101, p. 87-104, jan./mar. 1989.

LOPES JR. Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional.** 5ª ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2010, v. 1.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento.** Tradução de Maria da Conceição Corte Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

LUNELLI, Guilherme. Normas processuais e normas procedimentais: uma proposta de diferenciação para fins de competência legislativa. **Revista de Processo,** São Paulo, n. 224, 2013.

MAYNEZ, Eduardo Garcia. **Logica del concepto juridico.** México: Fondo de Cultura Económica, 1959.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil: teoria geral do processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015, v. 1.

_____; _____; _____. **Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum.** São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015, v. 2.

_____; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado artigo por artigo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil.** 3ª ed. Saraiva: São Paulo, 1975, v. I.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva, 1988.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito.** 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MELLO, Marcos Bernardes de. Da ação com objeto litigioso no processo civil. In COSTA, Eduardo José da Fonseca; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). **Teoria quinária da ação: estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos do seu falecimento.** Salvador: Juspodivm, 2010, p. 367-404.

_____. **Teoria do fato jurídico: plano da existência.** 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Teoria do fato jurídico: plano da validade.** 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia – 1ª parte.** São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Da fraude à Constituição no sistema jurídico nacional. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR,** ano 2010, n.º 52, p. 137/174.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lenio Luiz. Comentário ao artigo 93, inc. IX. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil (1939).** 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, t. I.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1996, t. I.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil.** 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. III.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1996, v. IV.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1977, v. XIII.

_____. **Tratado das ações.** Campinas: Bookseller, 1998, t. I.

_____. **Tratado de Direito Privado.** 3ª ed., Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970, t. I.

_____. **Tratado de Direito Privado.** 3ª ed., Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970, t. II.

_____. **Tratado de Direito Privado.** 3ª ed., Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970, t. III.

_____. **Tratado de Direito Privado.** 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, t. IV.

_____. **Tratado de Direito Privado.** 4ª ed., Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1974, t. V.

_____. Relação Jurídica Processual. In SANTOS, J. M. Carvalho (org.). **Repertório enciclopédico do direito brasileiro.** Rio de Janeiro: Borsói, v. 48, p. 91.

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

MORBIDELLI, Janice Helena Ferreri. A federação. In BASTOS, Celso Ribeiro. **Por uma nova federação.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Competência concorrente limitada: o problema da conceituação das normas gerais. **Revista de Informação Legislativa.** Brasília. Senado Federal, v. 25, n. 100, p. 127-162, out./dez. 1988.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual civil.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. A Justiça Estadual na República. **Revista de Processo.** São Paulo, v. 160, 2008.

_____. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. **Revista dos Tribunais.** São Paulo, ano 58, n. 404, p. 9-18, jun. 1969.

_____. **O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento.** 23ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. **O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento.** 28ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. 5.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Princípios do Processo na Constituição Federal.** 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Situações Jurídicas Processuais. In DIDIER JR., Fredie (coord.). **Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial.** Salvador: Juspodivm, v. 2, 2010, p 749-769.

_____. **Negócios jurídicos processuais.** Salvador: Juspodivm, 2015.

_____. **Ação de direito material em face do direito fundamental à jurisdição.** 2006. 146f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal de Alagoas, Maceió.

NUNES, Dierle. **O Princípio do Contraditório: uma Garantia de Influência e de não surpresa.** In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo (coord.). **Teoria do Processo: Panorama Doutrinário Mundial.** Salvador: Jus Podivm, 2008,

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de**. Do formalismo no Processo Civil.** São Paulo: Saraiva, 1997.

_____; MITIDIERO, Daniel. Curso de processo civil: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2010. v. 1.

PASSOS, Joaquim José Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 3.

_____. **Esboço de uma Teoria das Nulidades Aplicadas às Nulidades Processuais.** Rio de Janeiro: Forense, 2009.

POPPER, Karl. **A lógica da pesquisa científica.** Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota (trad.). São Paulo: Cultrix, 1978.

RÁO, Vicente. **Ato Jurídico.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

REDENTI, Enrico. **Derecho Procesal Civil.** Tomo I. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1957.

ROSENBERG, Leo. **Tratado de Derecho Procesal Civil.** Tradução Angla Vera. Buenos Aires: EJEA, 1955.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 27ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

_____. Comentário contextual à constituição. 5ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

SILVA, Clóvis V. do Couto. **A Obrigação como processo.** Rio de Janeiro: FGV Editora, 2015.

SILVA, Ovídio A. Baptista. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Curso de processo civil.** 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, v. 1.

_____. **Do processo cautelar.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____; GOMES, Luiz Fábio. **Teoria geral do processo civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SILVA, Beclaute Oliveira. Incidência da Regra Jurídica Inconstitucional: Notas à margem de Pontes de Miranda. **Revista da Seção judiciária de Alagoas.** Ano 2, n. 2. Maceió: SJ/AL, set. 2007.

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.

TESHEINER, José Maria Rosa. **Elementos para uma teoria geral do processo.** São Paulo: Saraiva, 1993.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual civil.** 51ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 1.

TORNAGHI, Hélio**. Comentários ao Código de Processo Civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, v. II.

TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ E TUCCI, José Rogério e**. Constituição de 1988 e processo: regramento e garantias constitucionais do processo.** São Paulo: Saraiva, 1989.

VILANOVA, Lourival. Sobre o conceito do Direito. In **Escritos jurídicos e filosóficos.** Brasília: Axis Mvndi/IBET, 2003, v. 1.

_____. O problema do objeto da Teoria Geral do Estado. **Escritos jurídicos e filosóficos.** Brasília: Axis Mvndi/IBET, 2003, v. 1.

_____. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo.** 4ª ed. São Paulo: Noeses, 2010.

WACH, Adolf. **Manual de derecho procesal civil.** Tradução Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJEA, 1977, t. I.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Sentença Civil: Liquidação e Cumprimento.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

WATANABE, Kazauo. **Da Cognição no Processo Civil.** 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2000.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela jurisdicional.** 2ª ed. São Paulo: DPJ Editora, 2006.