

Primeiras Reflexões sobre uma Teoria do Fato Jurídico Processual — Plano de Existência.

PAULA SARNO BRAGA

Professora de Direito Processual Civil da Universidade Salvador. Professora do Curso de Especialização em Direito Processual Civil (JUS PODIVM/Unyahna). Especialista em Direito Processual Civil (FJA/JUS PODIVM). Mestranda (UFBA). Advogada.

SUMÁRIO: 1. Notas introdutórias – 2. Considerações sobre a teoria do fato jurídico: 2.1. Os planos do mundo jurídico – existência, validade e eficácia; 2.2. O fato jurídico em sentido amplo. Sua classificação; 2.3. Fatos jurídicos lícitos; 2.4. Fatos jurídicos ilícitos – 3. Uma teoria do fato jurídico processual. Fatos e atos (inclusive negócios) processuais: 3.1. Os fatos jurídicos processuais em sentido amplo; 3.2. Os fatos processuais lícitos: fatos processuais em sentido estrito, atos-fatos processuais e atos processuais; 3.3 Atos processuais ilícitos – 4. Referências bibliográficas.

Resumo: O presente ensaio, com uma análise do processo à luz da teoria geral do direito, visa erigir pilares para a construção de uma possível teoria do fato jurídico processual (plano de existência).

Resume: The present essay, with an analysis of the procedural law based on the law general theory, seeks to establish the necessities basis to build a possible procedural judicial fact theory – in its existence perspective.

Palavras-chave: Teoria do fato jurídico – Plano de existência – Fato jurídico processual – Fato jurídico processual em sentido estrito – Ato-fato processual – Ato jurídico processual – Negócio processual.

Key words: Judicial fact theory – Existence perspective – Procedural judicial fact - Procedural judicial fact in strict sense – Procedural act-fact - Procedural judicial act – Procedural deal.

1. Notas introdutórias.

Premissa fundamental desse trabalho é a convicção de que o direito processual só pode ser estudado à luz da teoria geral do direito. Tanto que a proposta ora apresentada é transportar conceitos lógicos-jurídicos que compõem a teoria do fato jurídico — notadamente a pontiana — para o direito processual, dando os primeiros passos rumo a uma teoria do fato jurídico processual.

Há diversas construções doutrinárias sobre o fato jurídico, com as mais variadas concepções sobre esse instituto. Adotar-se mais de uma, simultaneamente, seria grave equívoco metodológico que só poderia conduzir a conclusões incoerentes e descompassadas. Por esta razão, fez-se uma opção científica: partir da concepção e

sistematização dos fatos jurídicos elaboradas pelo alagoano Pontes de Miranda¹ — adotadas e desenvolvidas por Marcos Bernardes de Mello² —, para começar a construir uma teoria sobre os fatos jurídicos processuais.

O alvitre não é apresentar uma teoria pronta e acabada, mas, sim, oferecer primeiras reflexões sobre este tema de alta relevância que tem merecido pouca atenção dos doutrinadores.

2. Considerações sobre a teoria do fato jurídico.

2.1. Os planos do mundo jurídico — existência, validade e eficácia.³

O fenômeno jurídico em toda sua complexidade envolve diversos momentos, interdependentes, que podem ser condensados em três diferentes planos do mundo jurídico: plano de existência, plano de validade e plano de eficácia.

Em linhas gerais, no plano de existência, observam-se três diferentes momentos: **i) o momento abstrato**, que se dá pela descrição da hipótese fática pela norma jurídica (definição hipotética do fato jurídico pela norma); **ii) o momento de concreção**, que se configura pela incidência da hipótese normativa sobre fato ou complexo de fatos da vida; **iii) momentos estes que resultam no momento de nascimento** do fato jurídico, no qual se verifica que, juridicizado o fato (ou complexo de fatos) pela prescrição normativa, passa ele a existir no mundo jurídico — ingressa no plano de existência do mundo do direito.

Em seguida, visualiza-se a travessia dos fatos jurídicos lícitos que têm a vontade humana como elemento nuclear (ato jurídico em sentido estrito e negócio jurídico), e só deles, pela dimensão da validade, quando se verificará a existência ou não de defeitos no preenchimento de seu suporte fático aptos a conduzir à cominação da sanção da invalidade.

Enfim, o fato jurídico atinge (ou não) o plano de eficácia, para gerar situações jurídicas — destacando-se, aí, as relações jurídicas, cujo conteúdo se revela em direitos e

¹ *Tratado de Direito Privado*. Tomo II. Campinas: Bookseller, 2000, p. 221 ss.

² MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico. Plano de existência*. São Paulo: Saraiva, 2004.

³ A este respeito, conferir MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico. Plano de existência*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 11.

deveres, pretensões e obrigações, ações e situações do acionado, exceções e situações do exceptuado.

A vida dos fatos jurídicos, em todos os seus aspectos, desenvolve-se nesse contexto.

O fato (ou complexo de fatos) da vida, ao sofrer incidência da hipótese normativa, juridicizando-se, passa a existir, ingressando no plano de existência (plano do ser). A existência do fato jurídico é premissa para tudo o mais que possa ocorrer no mundo jurídico, inclusive para criação de situações jurídicas (produção de efeitos jurídicos). E o plano de eficácia é exatamente a parte do mundo jurídico em que os fatos jurídicos existentes (mas não necessariamente válidos) produzem conseqüências jurídicas, instituindo situações jurídicas — dentre elas, a relação jurídica.⁴

Conclui-se, assim, que o plano de existência diz respeito aos fatos jurídicos, ao tempo em que o plano de eficácia está relacionado às situações jurídicas — sendo a relação jurídica a mais importante delas. Ou seja, primeiro o fato jurídico é, existe, e, somente se existente, pode produzir efeitos (situações jurídicas).⁵

2.2. O fato jurídico em sentido amplo. Sua classificação.

Na definição precisa de Pontes de Miranda, o fato jurídico nada mais é do que fato ou complexo de fatos sobre o qual incidiu regra jurídica. É o suporte fático que, juridicizado pela incidência de uma hipótese normativa, entra no plano de existência do mundo do direito. Construiu, o jurista, o melhor conceito do fato jurídico. Com postura simplista, mas exata, lastrou-se nos elementos essenciais, estruturais do fato jurídico, delineando seus contornos.⁶⁻⁷⁻⁸

⁴ MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do Fato Jurídico. Plano de Existência*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 95 e seguintes.

⁵ DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação. O juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 11 ss.

⁶ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico. Plano de existência*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 107. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Ob. cit., p. 222.

⁷ Luiz Edson Fachin ressalva que no último século prevaleceu um sistema pretensamente neutro e perene, baseado em categorias abstratas; é o Direito centrado na hipotética auto-regulamentação dos interesses de um homem insular – pronto, acabado – e conduzido pela igualdade formal. E esse projeto está teoricamente desfigurado. Mas a doutrina e prática do Direito, ao responderem às exigências sociais, ainda se valem, em parte da inspiração no purismo conceitual – ainda lança mão deste sistema de conceitos abstratos e acabados. “*Sabe-se que ‘a revolta dos fatos contra o Código’ captou, há algum tempo, a distância entre o Direito Privado e as relações fáticas da vida*” E mesmo com a superação do sistema clássico, segue firme e

Seguindo esta linha de pensamento, conclui-se que a classificação dos fatos jurídicos deve ser feita de forma a se individualizar as suas espécies levando-se em conta elementos essenciais e distintivos de cada uma delas — que sejam exclusivos e invariáveis. São eles: “a) a conformidade ou não do fato jurídico com o direito (licitude ou ilicitude); b) a presença, ou não, de ato humano volitivo no suporte fático tal como descrito hipoteticamente na norma jurídica”.⁹

Quanto à sua conformidade com o direito, os fatos jurídicos podem ser: lícitos, que são aqueles que se concretizam em conformidade com as prescrições normativas — constituindo-se em afirmação à ordem jurídica; e ilícitos, que são aqueles que se concretizam violando prescrições normativas (fatos contrários ao direito) — constituindo-se em negação à ordem jurídica.¹⁰

Neste momento, cabe uma breve digressão.

Muito se discute se fatos ilícitos seriam jurídicos ou não. Não temos dúvidas de que sim.

Diz-se ser uma contradição lógica ter-se por jurídico um fato ilícito. Mas com isso confunde-se licitude com juridicidade. É jurídico tudo que, por sofrer incidência de uma norma jurídica, entra no mundo jurídico. Não há diferença ontológica entre lícito e ilícito, pois ambos são jurídicos — já que sofrem incidência de hipótese normativa —, o que há é uma diferença axiológica. Tanto que fato hoje tido por lícito amanhã pode não ser mais.

Diz-se que se a função do fato jurídico (mais especificamente ato jurídico) é criar direitos e obrigações e o fato jurídico ilícito só cria obrigação para o sujeito responsável, independente de sua vontade ou até contra ela, logo esse fato não pode ser reputado jurídico. Sucede que “no campo do Direito Privado, o fato contrário ao direito (como o

presente sua arquitetura que afasta a realidade jurídica da realidade social (FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 322 e 323).

⁸ “O fato jurídico provém do mundo fático, porém, nem tudo que o compunha entra, sempre, no mundo jurídico. À entrada no mundo do direito, selecionam-se os fatos que entram. É o mesmo dizer-se que a soma dos elementos do mundo que, no mundo fático, teríamos como fato, ou como complexo de fatos, nem sempre corresponde suporte fático de regra jurídica: no dizer o que é que cabe no suporte fático da regra jurídica, ou, melhor, no que recebe a sua impressão, a sua incidência, a regra jurídica discrimina o que há de entrar e, pois, por omissão, o que não pode entrar”. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Ob. cit., p. 222).

⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. Ob. cit., p. 111/112.

¹⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. Ob. cit., p. 113. Ao falar-se em fatos ilícitos, não estariam aí incluídos, como subespécie, os fatos jurídicos em sentido estrito – afinal, não se vislumbra uma morte ilícita, por exemplo -, mas, tão-só, atos ilícitos.

fato ilícito) tem o efeito de gerar uma relação jurídica entre aquele a quem seja imputável (=responsável) e aquele que sofre suas conseqüências (vítima)”. Essa relação jurídica tem a mesma configuração daquela que decorre do fato lícito. Se o fato ilícito não cria direitos para quem o praticou, faz nascer um direito para quem sofreu as suas conseqüências.¹¹

Neste sentido, Francisco Amaral, considerando os fatos ilícitos como jurídicos, sob o fundamento de que também produzem efeitos jurídicos. Inclusive, aproxima-se mais ainda do escólio ora exposto, por não visualizar a existência de fato jurídico em sentido estrito contrário ao direito. Só fatos voluntários, defende, podem ser contrários ao direito.

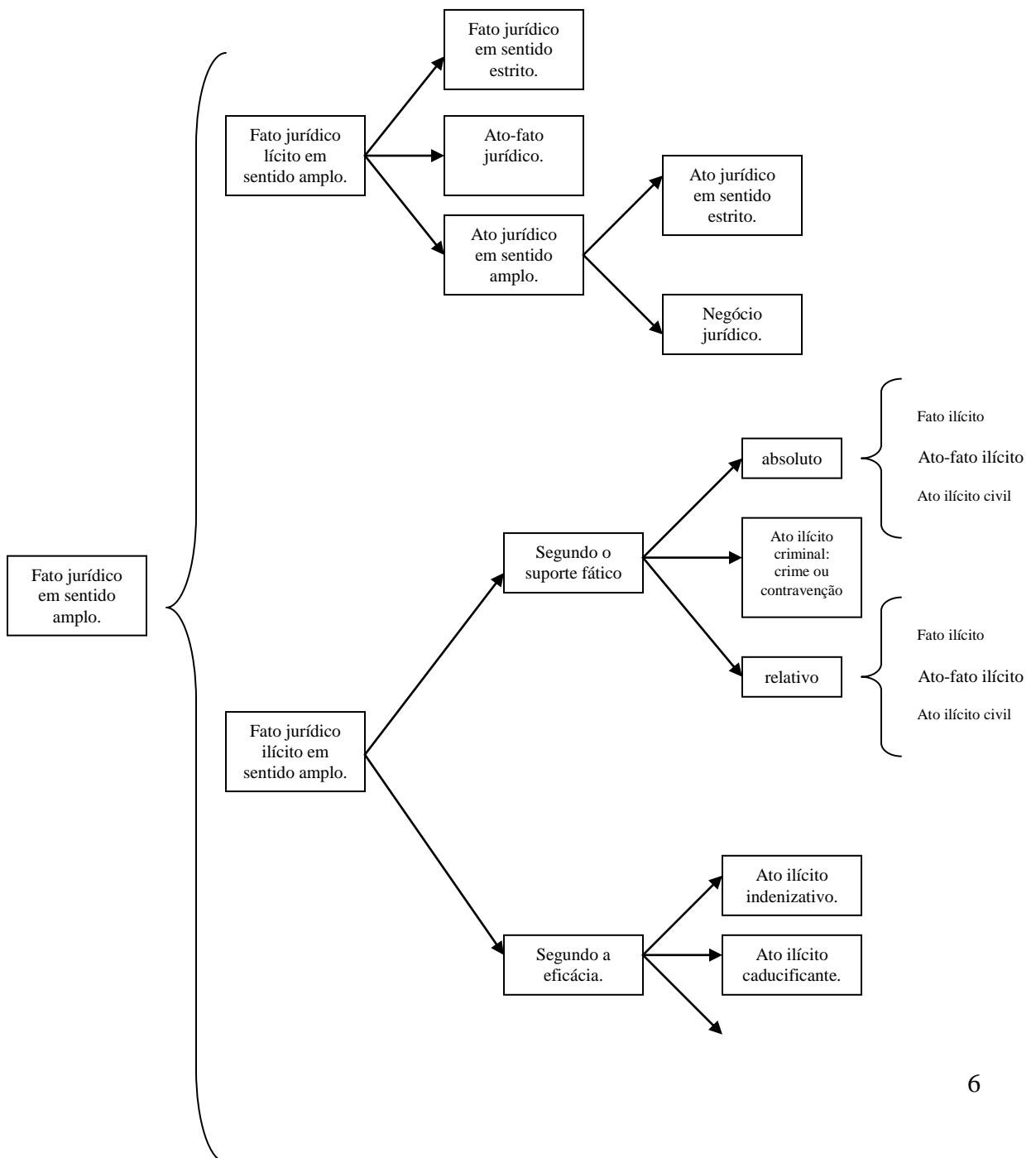
Demais disso, é de se notar que, enquanto o CC/16, no seu art. 81, excluía o ato ilícito como tipo de ato jurídico, por ser contrário ao direito, o CC/2002 corrigiu o equívoco.¹²

Pois bem.

Insta, ainda, partir para uma subclassificação dos fatos lícitos e ilícitos, elegendo-se como critério a existência ou não de ato humano volitivo no seu suporte fático. Eis uma esquematização gráfica da classificação proposta por Marcos Bernardes de Mello – da qual se extremam estas reflexões científicas, tão-somente, por não se vislumbrar fatos jurídicos em sentido estrito contrários ao direito.

¹¹ MELLO, Marcos Bernardes de. Ob. cit., p. 114/117.

¹² AMARAL, Francisco. *Direito Civil. Introdução*. 5 ed. São Paulo: Renovar, 2003, p. 344 e 345.



2.3. Fatos jurídicos lícitos.

O **fato jurídico lícito em sentido estrito** é aquele cujo suporte fático é integrado por simples fatos da natureza, não exigindo para sua existência, ato humano. São exemplos a morte, o nascimento, o implemento de idade, o parentesco, a confusão, a produção de frutos, a avulsão, dentre outros.

Francisco Amaral¹³ e Orlando Gomes¹⁴ os subdividem em fatos ordinários — mais comuns e de maior importância, como morte, nascimento etc — e fatos extraordinários — que seria o acaso, tendo por espécies os caso fortuito e a força maior (ex.: incêndio, naufrágio).

É possível, contudo, que o seu suporte fático esteja ligado a um ato humano — ex.: o nascimento tem na sua origem a concepção (ato humano), a morte decorrente de homicídio (ato humano). Mas este ato humano não é elemento essencial do suporte fático; é elemento acidental, indireto. Assim, esse dado (excessivo e irrelevante) não altera a sua natureza de fato jurídico *stricto sensu*.¹⁵⁻¹⁶

O **ato-fato jurídico**, a seu turno, é aquele cujo suporte fático é integrado por ato humano (conduta humana), sendo juridicamente irrelevante a existência ou não de vontade em praticá-lo. Em outras palavras, trata-se de ato humano — que pode ser ou não

¹³ Ob. cit., p. 344/345.

¹⁴ *Introdução ao estudo do direito civil*. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 239.

¹⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti de. Ob. cit., p. 225 e 226.

¹⁶ Importa esclarecer que há autores que entendem não ser possível dar-se sentido jurídico a fato da natureza. Isso em virtude do caráter comportamental do Direito. Ele estaria aí para reger condutas humanas. Para maiores detalhes, conferir MELLO, Marcos Bernardes de (Ob. cit., p. 128/129).

volitivo, pouco importa —, que resulta em fato humano, sendo que é este último que goza de relevância jurídica.¹⁷ Há uma relação essencial entre o ato humano e o fato dele decorrente, mas se dá mais importância ao resultado fático decorrente da conduta humana do que a ela mesma. Ex.: caça, pesca, especificação, comestão, achado de tesouro, dentre outros.

Inúmeros civilistas não consideram o ato-fato como categoria jurídica autônoma.¹⁸ Muitos sequer chegam a mencionar a sua existência.¹⁹ Mas Pontes de Miranda e Marcos Bernardes de Mello os defendem como categoria autônoma, com propriedade.²⁰

Não dá para ignorá-los. Diferenciam-se, substancialmente, das outras categorias. Por um lado, não existe em seu suporte fático um fato natural, razão por que não podem ser confundidos com fato jurídico em sentido estrito. Por outro, em sendo a vontade humana irrelevante, não podem se confundir com atos jurídicos em sentido amplo — onde a vontade é indispensável —, motivo por que, inclusive, não há que se falar em ato-fato defeituoso que possa ser invalidado, sendo difícil imaginar-se uma prescrição inválida, por exemplo.

O CC/2002, embora melhor tecnicamente no que tange à regulamentação dos fatos jurídicos, assim como o CC/16 furtou-se em cuidar dos atos-fatos jurídicos. Silenciou-se em absoluto.²¹

¹⁷ O suporte fático é composto por situação de fato que só pode ser materializar se resultante de uma conduta humana, sendo que essa situação fática traz uma mudança permanente no mundo que não pode ser desconsiderada. “Como o ato que está à base do fato é da substância do fato jurídico, a norma jurídica o recebe como avolitivo, abstraindo dele qualquer elemento volitivo que, porventura, possa existir em suas origem” (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato...* 2004: 130).

¹⁸ Nesse sentido, Orlando Gomes (*Introdução ao estudo do direito civil*. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 253 e ss.), Maria Helena Diniz (*Curso de Direito Civil Brasileiro*. V. I. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 232 e 233).

¹⁹ É o caso de Francisco Amaral que se limita a mencionar o fato de que alguns autores incluem atos-fato como espécies de ato jurídico em sentido estrito (Ob. cit., p. 344 e 345).

²⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. Ob. cit., p. 136/137.

Ainda nesse sentido: PAMPLONA FILHO, Rodolfo; GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de Direito Civil*. V. I. São Paulo: Saraiva: 2002, p. 296 ss.

²¹ “De fato, embora não seja perfeita a disciplina empreendida pelo Novo Código Civil — por omitir-se, por exemplo, institutos como ato-fato jurídico ou a enunciação expressa dos elementos de existência do negócio jurídico —, o fato é que houve considerável inovação na recente legislação, substituindo-se a expressão genérica *ato jurídico* pela designação específica *negócio jurídico*, medida da mais louvável técnica jurídica, uma vez que é a este, e não àquele que se aplicam todas as normas ali explicitadas” (PAMPLONA FILHO, Rodolfo; GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de Direito Civil*. V. I. São Paulo: Saraiva: 2002, p. 297).

Subdividem-se os atos-fatos em: **a)** reais ou materiais; **b)** indenizativos; **c)** ou caducificantes.

Os atos-fatos reais são aqueles que trazem resultado fático normalmente irremovível. É o fato resultante que importa para configuração do ato-fato, não o ato humano.²² Por exemplo: se absolutamente incapaz acha tesouro enterrado no fundo do quintal de imóvel que lhe pertence, torna-se seu proprietário (pouco importa se queria ou não ter descoberto); se louco pinta quadro adquire sua propriedade (pouco importa se sabia ou não que o estava pintando); a ocupação; aquisição de posse etc.²³ São atos que não exigem a capacidade do agente para serem praticados — o elemento volitivo é desconsiderado —, pois o que importa é o resultado fático. Não são, pois, invalidáveis.²⁴

Os atos-fatos indenizativos são aqueles não contrários ao direito (lícitos), pouco importando se praticados com culpa ou não, que, causando prejuízos a outrem, têm por efeito jurídico o direito de indenização da vítima. Subsistem em casos de indenizabilidade sem culpa.²⁵ É o caso da indústria química que se mantém dentro dos padrões de segurança tidos por corretos, mas, em razão de um terremoto, dejetos vazam e causam danos. É a hipótese, ainda, da caça ou pesca permitidas da qual resultam danos. Com ou sem culpabilidade, surgirá direito de indenizar (efeito jurídico).

Os atos-fatos caducificantes são aqueles subsistentes em casos de caducidade sem culpa. Decorrem de inação do titular do direito por certo tempo, independente de culpa, que culmina na extinção de um direito. Resultam em fatos jurídicos cujo efeito é extinção de um direito e, por consequência, da pretensão, ação, exceção dele decorrentes. São fatos extintivos, diz Pontes de Miranda.²⁶ É o que ocorre nos casos de prescrição, decadência e preclusão – efeitos de inação de titular de um direito.

²² “(...) são atos humanos a cujo suporte fático se dá entrada, como fato jurídico, no mundo jurídico, sem se atender, portanto, à vontade dos agentes (...) vontade não é elemento do suporte fático” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Ob. cit., p. 423).

²³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Ob. cit., p. 423.

²⁴ Vide PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Ob. cit., p. 423- 434.

²⁵ “O que há de servir à conceituação desses atos-fatos não é o serem contrários ao direito (há-os sem serem contrários ao direito, isto é, sem serem atos-fatos ilícitos), mas o terem sido sem culpa e terem eficácia de indenização.

Casos em que ato humano não contrário ao direito (lícito) causa prejuízo a terceiro. Prevalece o elemento fático (dano), abstraindo-se qualquer elemento volitivo. Suporte fático é composto por dois elementos: ato não contrário ao direito + dano ao patrimônio alheio. Ou seja, o fato-danoso. A vontade na prática do ato é irrelevante, prescinde de culpa” (MELLO, Marcos Bernardes de. Ob. cit., p. 132).

²⁶ Ob. cit., p. 443.

Há quem mencione outros atos-fatos que não se enquadrariam nas espécies acima referidas — pois não são casos de indenização ou de caducidade independente de culpa e deles não decorre um evento. Mas, ainda assim, não exigem a presença de vontade humana. É o que se daria com pagamento — como aquele feito pelo incapaz — e usucapião — que, às vezes, dispensa a existência do ânimo de usucapir. Despontam, contudo, com base na linha de intelecção ora seguida, como atos-fatos reais.

Como terceira e última espécie de fato jurídico lícito, tem-se o ato jurídico em sentido amplo, que é aquele cujo suporte fático é integrado por ato humano (conduta humana), sendo que a vontade em praticá-lo não só é relevante, como é indispensável para a sua configuração (compõe o cerne do suporte fático). É fato jurídico que tem no âmago de seu suporte fático a exteriorização de uma vontade consciente no intuito de se obter um resultado juridicamente protegido ou não proibido. São seus elementos constitutivos: i) ato humano volitivo que represente uma exteriorização de vontade;²⁷ ii) vontade consciente; iii) que se dirija à obtenção de resultado protegido ou não proibido pelo direito, e que seja possível — apto a promover uma alteração na situação jurídica dos interessados.²⁸⁻²⁹

²⁷ A vontade, ao se exteriorizar, toma forma: a) de simples manifestação, que se revela através de meros comportamentos, que devem ser concludentes; b) ou de declaração, que são manifestações de vontade qualificadas. Distinguem-se pela forma (modo) como a vontade se exterioriza. “Se alguém lança no lixo um par de sapatos, manifesta sua vontade de abandoná-lo (=derrelição); se, diferentemente, diz às pessoas da casa que vai lançar os sapatos no lixo, *declara* sua vontade de derrelinquir (abandonar), não somente a manifesta”.

Assim, declaração e manifestação são elementos completantes do suporte fático do ato jurídico, a despeito de não estarem no seu cerne. Completam o núcleo do suporte fático, sendo indispensáveis à sua concreção. Assim se a norma exige que a exteriorização se dê por declaração, por outra forma não poderá se dá, sob pena de inexistência do ato. Já se exige por manifestação, nada impede que ela se dê por declaração (MELLO, Marcos Bernardes de. Ob. cit., 139 e 140).

²⁸ Não há unanimidade na doutrina acerca de seus elementos constitutivos, razão pela qual o autor estabelece precisões conceituais (MELLO, Marcos Bernardes de. Ob. cit., p. 139 ss.).

²⁹ Emílio Betti adota uma sistematização diferenciada. Fala, tão-só, em fatos e atos jurídicos. Dentro do conceito de fatos jurídicos em sentido estrito abraça também a noção de ato-fato — que não é erigido à condição de categoria autônoma — e como espécies de atos jurídicos, fala em atos jurídicos lícitos — quando menciona negócios jurídicos — e ilícitos.

Diferenciando fatos e atos, diz o autor: “Na realidade, a distinção entre actos e factos jurídicos, só tem sentido na medida em que tome por base o modo como a ordem jurídica considera ou valoriza um determinado facto. Se a ordem jurídica toma em consideração o comportamento do homem em si mesmo, e, ao atribuir-lhes efeitos jurídicos, valoriza a consciência que, habitualmente, o acompanha, e a vontade que, normalmente, o determina, o facto deverá qualificar-se como acto jurídico. Mas deverá, pelo contrário, qualificar-se como facto, quando o direito tem em conta o fenómeno natural como tal, prescindindo da eventual concorrência da vontade: ou então quando ele considera, realmente, a acção do homem sobre a natureza exterior, mas, ao fazê-lo, não valora tanto o acto humano em si mesmo, quanto o resultado de

Como suas subespécies, têm-se o ato jurídico em sentido estrito e o negócio jurídico.

O ato jurídico em sentido estrito (ato não-negocial) configura-se quando a vontade exteriorizada se limita a compor o suporte fático de uma categoria jurídica, sendo que o fato jurídico daí resultante tem seus efeitos previamente definidos pela norma. Seus efeitos são invariáveis e inafastáveis pela vontade do interessado. Por isso, diz-se que seus efeitos são necessários.³⁰ Tome-se, por exemplo, o caso em que alguém estabelece sua residência com ânimo definitivo (fato jurídico = constituição de domicílio), sendo que o efeito jurídico necessário (art. 70, CC/2002) é considerar-se aquele seu domicílio — não se pode afastar, modificar, ampliar ou restringir efeito da lei, tampouco escolher outro. Imagine-se, ainda, o ato pelo qual alguém reconhece filiação não decorrente de casamento, o perdão, a quitação, a interpelação, a escolha de prestações alternativas, a confissão, a interrupção de prescrição, dentre outros.

Há, aqui, a vontade livre e consciente na prática do ato, mas não se exige, contudo, a vontade da produção de um resultado eleito. “Não se reclama, todavia, o direcionamento necessário de sua vontade para a conseqüência passível de ser juridicamente imputada a sua conduta. O enlace é imposto pelo direito objetivo”.³¹

Os atos jurídicos em sentido estrito podem ser: **i) reclamativos**, quando se constituem em reclamações ou provocações (ex.: interpelação para constituir devedor em mora ou para que credor exerça direito de escolha de obrigações alternativas); **ii) comunicativos**, quando se constituem em meras comunicações de vontade no intuito de dar ciência a sujeito da relação jurídica do seu querer (ex.: permissão para sublocar; comunicação de escolha da prestação); **iii) enunciativos**, quando se constituem em comunicações de conhecimento ou de sentimento (ex.: reconhecimento de filiação, confissão, perdão, quitação); **iv) mandamentais**, quando se constituem em manifestações

facto que ele tem em vista: quer dizer, a modificação objectiva que ele provoca no estado de coisas pré-existente”. (*Teoria Geral do Negócio Jurídico*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 1969, p. 27 ss).

³⁰ Ato jurídico em sentido estrito seria “(...) fato jurídico que tem por elemento nuclear do suporte fático manifestação ou declaração unilateral de vontade cujos efeitos jurídicos são prefixados pelas normas jurídicas e invariáveis, não cabendo às pessoas qualquer poder de escolha da categoria jurídica ou de estruturação do conteúdo das relações jurídicas respectivas” (BERNARDES DE MELLO, Marcos. Ob. cit., 159).

³¹ PASSOS, J. J. Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 68 e 69.

de vontade no intuito de impor ou proibir um procedimento de outrem (ex.: manifestação do proprietário para pedir que o dono do prédio vizinho promova à demolição ou reparação, quando esteja ameaçado de ruína, conforme art 1.113); **v) compósitos**, quando se constituem em manifestações de vontade que não se bastam em si mesmas, necessitando de outra circunstância para se complementar (ex.: a constituição de domicílio depende do ânimo definitivo, além da fixação de residência).³²

O negócio jurídico ou ato negocial subsiste quando a vontade exteriorizada não se limita a integrar o suporte fático de uma categoria jurídica predeterminada (com efeitos necessários). A vontade manifestada compõe o suporte fático (como elemento nuclear), atribuindo-se ao sujeito, dentro de limites pré-fixados pela lei, o poder de escolha da categoria jurídica e de regramento dos seus efeitos (oscilando em sua amplitude, surgimento, permanência e intensidade).^{33- 34-35}

Quais seriam os limites desse poder de escolha e regramento? O ordenamento, ao dispor sobre o conteúdo eficaz de uma relação jurídica, pode regulá-lo de forma exauriente, quando só resta espaço para a escolha da categoria jurídica em que se quer enquadrar — há vontade na categoria, mas não na regulação dos efeitos, quando se está no âmbito da cogência (ex.: casamento, renúncia a direito etc) —, ou pode deixar ao livre arbítrio do sujeito a escolha da categoria jurídica e dos efeitos a serem irradiados — há vontade na categoria e na regulação de efeitos (em amplitudes variadas), quando se encontra no âmbito da dispositividade (ex.: compra e venda).

³² MELLO, Marcos Bernardes de. Ob. cit., p. 170.

³³ Vide PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Ob. cit., p. 502 e 503.

“Considerados os fundamentos expostos, podemos concluir que negócio jurídico é o fato jurídico cujo elemento nuclear do suporte fático consiste em manifestação ou declaração consciente de vontade, em relação à qual o sistema jurídico faculta às pessoas, dentro de limites pré-determinados e amplitude vária, o poder de escolha de categoria jurídica e de estruturação do conteúdo eficaz das relações jurídicas respectivas, quanto ao seu surgimento, permanência e intensidade no mundo jurídico” (MELLO, Marcos Bernardes de. Ob. cit., p. 184).

³⁴ Marcos Bernardes de Mello identifica como traço diferencial de ambos “a particularidade de que no ato jurídico *stricto sensu* (...) o poder de escolha da categoria jurídica é, praticamente, inexistente, enquanto no negócio jurídico (...), esse poder existe sempre, embora com amplitude que varia conforme seus tipos” (MELLO, Marcos Bernardes de. Ob. cit., p. 150).

³⁵ De relevo, neste particular, as lições de J. J. Calmon de Passos, para quem se reclama, “na espécie, não só a vontade do ato como a vontade do resultado prático, conscientemente perseguido”. Aqui se exige não só a vontade livre e mentalmente sã na prática do ato, mas também que o seu resultado prático a ser alcançado corresponda àquele pretendido pelo sujeito no exercício de sua autonomia privada. É fundamental a existência da vontade voltada especificamente para a produção daquele resultado prático pretendido. (*Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 68 e 69).

No primeiro caso, têm-se negócios regidos por normas cogentes e no segundo negócios regidos por normas dispositivas. Mas mesmo naqueles negócios firmados no campo da dispositividade, a autonomia privada não é ilimitada. O ordenamento traça limites para o poder de escolha de categorias eficaciais e, além disso, sempre existem efeitos invariáveis, que necessariamente se produzem.³⁶ Assim, se o sujeito quer transferir a propriedade de um bem para outro, pode lançar mão de categorias como a doação ou compra e venda, por exemplo; mas não pode, contudo, doar todos os seus bens sem reservar para si parte suficiente para sua manutenção (art. 548, CC/2002), nem se pode alienar para tutor ou curador bem que esteja sob sua administração (art. 497, CC/2002).

O poder de auto-regulamentação não é ilimitado. Não se define pela simples declaração de vontade, mas, sim, pela declaração de vontade autorizada pelo ordenamento, “quanto à forma, quanto ao conteúdo e quanto à capacidade e legitimidade do sujeito (...) a manifestação de vontade, pura e simplesmente, não tem, por si, a força de gerar aquisição, modificação ou extinção de direitos. Apenas a vontade que estiver de acordo com o ordenamento jurídico pode gerar os efeitos jurídicos desejados pelo sujeito, capaz e legitimado, que a declara. A manifestação de vontade, isoladamente, não tem valor jurídico; só o terá se estiver de acordo com a Constituição, as leis, a ordem pública, e, como sustenta a maior parte da doutrina, conforme a moral e os bons costumes”.³⁷

Podem ser unilaterais — quando se aperfeiçoam com uma única declaração de vontade, tal como o testamento e a instituição de fundações —, bilaterais — quando fundados em duas declarações de vontade concorrentes (opostas) e concordantes sobre um mesmo objeto, como é o caso dos contratos (quase todos bilaterais)³⁸ — ou plurilaterais — quando declarações de vontade distintas advêm de mais de dois lados, convergindo para um mesmo objeto, tal como o contrato de constituição de sociedade (plurilateral em essência).

Alerte-se que não importa o número de sujeitos que se manifestaram volitivamente, mas o número de lados de que partem tais manifestações. “Por isso, o negócio jurídico unilateral pode ser realizado (=formado) por mais de uma pessoa, como

³⁶ MELLO, Marcos Bernardes de. Ob. cit., p. 176 e 177.

³⁷ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 54.

³⁸ Mas há contratos não bilaterais (ex.: sociedade) e negócios bilaterais que não são contratos (ex.: acordo) (MELLO, Marcos Bernardes de. Ob. cit., 198/199).

um negócio jurídico bilateral pode ter mais de dois figurantes (=manifestantes de vontade), sem que percam sua identidade”. Não interessa a quantidade de pessoas, mas a quantidade de lados.

“Diferentemente dos negócios jurídicos bilaterais que se formam pela coincidência de vontades opostas sobre um mesmo objeto, os negócios jurídicos plurilaterais resultam de vontades distintas que convergem para um fim comum”. O contrato de constituição de sociedade é o exemplo mais visível, pois, mesmo que a sociedade seja constituída só por duas pessoas, isso não bilateraliza o negócio, pois, em tese, é possível o aumento ilimitado do número de sócios.³⁹

Subsistem, ainda, os atos jurídicos mistos. Trata-se de fatos jurídicos que combinam ato jurídico em sentido estrito com negócio jurídico. “Na interpelação para constituir o devedor em mora (ato jurídico em sentido estrito reclamativo), nada impede que o credor não se limite a pedir o pagamento no dia ajustado, mas conceda prazo maior ao devedor para pagar (negócio jurídico)”. Não são considerados enquanto categoria específica de ato jurídico, mas, tão-somente, a combinação de categorias já existentes.⁴⁰

Impende citar os atos jurídicos complexos ou compostos. Segundo Marcos Bernardes de Mello, são atos de direito público para cuja realização se exige a prática de uma série de atos e deliberações: há o ato final que define sua natureza e sua denominação, e o(s) ato(s) condicionante(s) do ato final, “todos relacionados entre si, ordenadamente no tempo, de modo que constituem partes integrantes de um processo, definido este como um conjunto ordenado de atos destinados a um certo fim”. Cada um dos atos tem seus próprios pressupostos de existência, requisitos de validade e condições de eficácia. A nulidade de um deles macula os que lhes são posteriores, e invalida todo o ato complexo/composto — mas não afeta, jamais sua existência.

“A diferença existente entre eles [ato complexo e ato composto] residiria na circunstância de que, no primeiro (a), o conjunto de atos e deliberações que o integram seriam praticados por órgãos integrantes de um mesmo poder do Estado ou entidade

³⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. Ob. cit., p. 193-200.

⁴⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. Ob. cit., p. 151.

administrativa autônoma, enquanto o segundo (b) se comporiam de atos e deliberações praticados por órgãos de Poderes ou entidades diversos”.⁴¹

Assim, o processo jurisdicional, o processo legislativo e o processo administrativo (como a licitação ou um procedimento disciplinar) são, em regra, atos jurídicos complexos.⁴²

Imperioso refletir, porém, se os atos complexos sempre serão públicos. Não seria possível falar-se em processos negociais? Questiona-se, pois, se não se poderia falar em processos de formação (aperfeiçoamento) do negócio — fase pré-contratual de elaboração do negócio na qual há preocupação com preenchimento de seus requisitos de validade — e em processos de execução do negócio jurídico — processo permeado por garantias mínimas (contraditório, ampla defesa, produção de provas, igualdade etc), cuja instauração é exigida para que se imponham restrições de qualquer natureza aos bens jurídicos de particulares, como, por exemplo, a expulsão de um integrante de um clube por ter descumprido seu regulamento.

Na verdade, toda norma que regula o negócio jurídico, quanto aos seus requisitos, é norma de processo negocial. Assim, também nos negócios jurídicos deve-se respeitar o devido processo legal (ex. escritura pública para transferência de imóvel: se ela não existir, não existe a transferência de propriedade). Ou seja, no processo negocial, de construção (implementação) do contrato, devem-se respeitar os requisitos legais (validade). O processo de elaboração do negócio deve ser legal.

Na fase executiva, por outro lado, deve-se ver, por exemplo, que a imposição de sanção convencional deve atender aos requisitos estabelecidos no negócio e/ou na lei abstrata, bem assim observar o direito de defesa do infrator (ex. imputação de multa por conduta anti-social de condômino — art. 1.337, *caput* e parágrafo único, do CC), não podendo ultrapassar as raias da razoabilidade/proporcionalidade (devido processo legal formal e substancial).

Daniel Sarmiento, após analisar a jurisprudência do STF e dos demais tribunais pátrios sobre o assunto, observa que se vem aplicando diretamente os direitos individuais

⁴¹ Ob. cit., p. 154-156.

⁴² Vide DIDIER JR., Fredie. Ob. cit. p. 14 ss.

consagrados na Constituição na resolução de litígios privados.⁴³ Acolhendo de forma explícita a tese ora defendida, acerca da necessidade de um processo legal na fase de execução do negócio, há decisão do STF, no Recurso Extraordinário n. 201.819, assim resumida no Informativo 405 de 19/10/05, da Corte Suprema: “A Turma, concluindo julgamento, negou provimento a recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que mantivera decisão que reintegrara associado excluído do quadro da sociedade civil União Brasileira de Compositores - UBC, sob o entendimento de que fora violado o seu direito de defesa, em virtude de o mesmo não ter tido a oportunidade de refutar o ato que resultara na sua punição — v. Informativos 351, 370 e 385. Entendeu-se ser, na espécie, hipótese de aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas. Ressaltou-se que, em razão de a UBC integrar a estrutura do ECAD - Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, entidade de relevante papel no âmbito do sistema brasileiro de proteção aos direitos autorais, seria incontroverso que, no caso, ao restringir as possibilidades de defesa do recorrido, a recorrente assumira posição privilegiada para determinar, preponderantemente, a extensão do gozo e da fruição dos direitos autorais de seu associado. Concluiu-se que as penalidades impostas pela recorrente ao recorrido extrapolaram a liberdade do direito de associação e, em especial, o de defesa, sendo imperiosa a observância, em face das peculiaridades do caso, das garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Vencidos a Min. Ellen Gracie, relatora, e o Min. Carlos Velloso, que davam provimento ao recurso, por entender que a retirada de um sócio de entidade privada é solucionada a partir das regras do estatuto social e da legislação civil em vigor, sendo incabível a invocação do princípio constitucional da ampla defesa. RE 201819/RJ, rel. Min. Ellen Gracie, rel p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, 11.10.2005. (RE-201819)”. (grifos aditados).

2.4. Fatos jurídicos ilícitos.

É ilícito um ato ou conduta se contrário ao direito — quando não há pré-exclusão de ilicitude, como na legítima defesa — e imputável a alguém com capacidade delitual —

⁴³ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004, p. 297.

ex.: o absolutamente incapaz não pratica ato ilícito, mas age contra o direito (apesar disso, é responsável pela reparação do dano, conforme art. 928).⁴⁴

Podem-se analisar os fatos jurídicos ilícitos segundo seu suporte fático — quanto à natureza do direito ofendido, ou melhor, do dever descumprido — e segundo sua eficácia.

Examinando-os segundo o suporte fático, é possível subdividi-los (os fatos ilícitos) em absolutos e relativos. Diz-se **absoluto**, quando entre o agente (aquele que pratica o ilícito ou está a ele vinculado) e o ofendido não existe relação jurídica (ex.: colisão de veículos da qual resultem danos) ou quando existe relação jurídica de direito absoluto (como de propriedade e personalidade), em que o sujeito passivo é universal/total (ex.: comete homicídio, sendo a vida direito da personalidade). Considera-se **relativo**, quando entre o agente (aquele que pratica o ilícito ou está a ele vinculado) e o ofendido existe relação jurídica de direito relativo (tal como a resultante de negócio jurídico ou ato jurídico em sentido estrito), em que sujeito passivo é determinado (ex.: mora, abandono do lar pelo marido). Em geral se relaciona com a culpa contratual, mas há ilícitos relativos que não decorrem de contrato (ex.: relações de parentesco).

Na concepção de Marcos Bernardes de Mello, não compartilhada neste trabalho, os ilícitos absolutos e relativos não são, necessariamente, atos jurídicos. Podem ser fatos jurídicos em sentido estrito ou atos-fatos. Para o autor citado, todas as espécies de fatos jurídicos em sentido amplo podem configurar-se como ilícitos absolutos ou relativos.⁴⁵

⁴⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. Ob. cit. 219-230.

⁴⁵ O fato ilícito em sentido estrito — assim considerado aquele contrário ao direito e cujo suporte fático é integrado por simples fatos da natureza — pode ser absoluto — como, por exemplo, quando a avulsão gera dano a imóvel de terceiro (art. 1251, CC) — ou relativo — como, por exemplo, quando alguém responde por prejuízos oriundos de caso fortuito ou força maior (ex.: 575, 492, § 1.º, 399 etc).

De forma genérica, os doutrinadores negam a possibilidade de existência de fatos jurídicos em sentido estrito ilícitos. Isso porque o fato da natureza não poderia ser ilícito, mas, tão-somente, o ato humano. A ilicitude seria valoração de ato humano. Mas, para Marcos Bernardes de Mello, a ilicitude do fato “*decorre de sua vinculação a alguém, a quem são atribuídos efeitos no campo do relacionamento humano. O fato, em si, é indiferente às normas jurídicas, mas, se dele decorrem interferências na esfera jurídica de alguém, o direito o toma tal qual acontece e determina qual o comportamento que as pessoas por ele afetadas devem adotar. Assim como o fato jurídico stricto sensu (lícito) atribui direitos às pessoas a ele vinculadas, o fato jurídico stricto sensu ilícito tem o efeito de criar obrigações a quem esteja a ele ligado como imputável*”.

O ato-fato ilícito — assim considerado aquele contrário ao direito e cujo suporte fático é integrado por ato humano (conduta humana), mas o direito considera irrelevante ter havido ou não vontade em praticá-lo — pode ser absoluto — como, por exemplo, no caso em que se faz mau uso da propriedade e acaba se causando dano a terceiro — ou relativo.

Interessa, aqui, analisá-los segundo sua eficácia, classificando-os em: **a) ato ilícito indenizativo**, cujo efeito é o dever de indenizar os danos causados; **b) ato ilícito caducificante**, que em essência é ato absoluto (civil ou criminal) ou relativo, culposo, que leve à perda de um direito — ex.: perda do poder familiar, inabilitação do falido para exercer cargos públicos, todos os crimes e contravenções, vez que implicam a perda de direitos, inelegibilidade de administradores públicos etc; **c) ato ilícito invalidante**, que é ato relativo (sempre relativo) de violação ao direito cuja consequência é a invalidade; e **d) ato ilícito autorizante**, categoria trazida por Felipe Peixoto Braga Netto, cujo efeito é autorizar o ofendido a praticar ou não determinado ato, o que fica a seu livre-arbítrio — como ocorre com o esbulho possessório que autoriza o desforço imediato, ou com o inadimplemento que dá ensejo à resolução do negócio.⁴⁶

O caráter ilícito dos atos invalidantes é controverso na doutrina. Mas aqui se sustenta que a nulidade e a anulabilidade são espécies de sanções impostas a este tipo de ilicitude. Se há violação à norma cogente, há invalidade, desde que a norma não institua

O ato jurídico ilícito em sentido lato — assim considerado aquele contrário ao direito e cujo suporte fático é integrado por ato humano (conduta humana), e a vontade em praticá-lo não só é relevante, como é indispensável para a sua configuração (compõe cerne suporte fático) — é ação ou omissão voluntária praticada por sujeito imputável que, “*implicando infração de dever absoluto ou relativo, viole direito ou cause prejuízo a outrem*”.

Pode ser absoluto (ato jurídico ilícito em sentido estrito), quando é definido expressamente pelo art. 186, CC/22. Para se configurarem basta que subsista violação a dever absoluto — assim entendido aquele não decorrente de relação jurídica, ou decorrente de relação jurídica com sujeito passivo universal — que cause dano reparável.

Ou pode ser relativo. Deve subsistir, aqui, violação a dever relativo, decorrente de negócio jurídico e ato jurídico em sentido estrito. Subsiste, em regra (mas não só), em relações contratuais. Consiste sempre em: i) violação, de regra culposa, de direitos oriundos de negócios jurídicos ou atos jurídicos em sentido estrito, configurada como mora ou como adimplemento insatisfatório; ou ii) na impossibilidade sempre culposa de prestação do objeto de obrigação, configurada como inadimplemento absoluto. De tais atos, normalmente, nasce pretensão indenizatória, mas podem ter outros efeitos como, por exemplo, a resolução contratual.

Têm-se, ainda, os atos jurídicos ilícitos criminais que tem as mesmas características do ato ilícito absoluto. Diferenciam-se em razão da capacidade do agente para praticá-lo — das características da imputabilidade.

“*Enquanto em relação ao ato ilícito stricto sensu, ou absoluto, são inimputáveis os civilmente incapazes, exceto os pródigos, no caso do ato ilícito criminal há inimputabilidade absoluta dos menores de 18 anos, sendo que os incapazes por motivos de saúde mental somente o são em caso de incompleta inaptidão para entender o caráter ilícito do fato ou para determinar-se de acordo com esse entendimento*”. Subdividem-se em crimes (infrações mais graves punidas com penas também mais graves) e contravenções (infrações mais leves punidas com penas mais brandas) (MELLO, Marcos Bernardes. Ob. cit., p. 235 ss).

⁴⁶ Diz Felipe Peixoto Braga Netto que: “São ilícitos cujo efeito consiste na autorização, facultada pelo sistema, ao ofendido, para praticar, ou não, a seu critério, determinado ato. No ilícito autorizante, o ordenamento relaciona ao ilícito uma autorização, que sem o ilícito não existiria. Nasce, destarte, para o ofendido, a possibilidade de praticar certo ato, como efeito do ato ilícito”. E segue exemplificando: “O donatário que for ingrato com o doador, nos termos da lei civil, pratica um ilícito, cujo efeito é possibilitar ao doador a revogação da doação” (*Teoria dos ilícitos civis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 106/107).

outra sanção. E, nessa categoria, entram os negócios jurídicos e atos jurídicos em sentido estrito que sejam defeituosos.⁴⁷ “A invalidade, em seus diversos graus (=nulidade e anulabilidade), constitui uma sanção que o ordenamento jurídico adota para punir determinadas condutas que, embora integrem suporte fático de ato jurídico, implicam contrariedade a direito”.⁴⁸

3. Uma teoria do fato jurídico processual. Fatos e atos (inclusive negócios) processuais.

3.1. Os fatos jurídicos processuais em sentido amplo.

A classificação dos fatos jurídicos ora exposta — retirada das obras de Marcos Bernardes de Mello e de Pontes de Miranda — pode ser perfeitamente incorporada pela Teoria Geral do Processo.⁴⁹

Egas Dirceu Moniz de Aragão não encara frontalmente o tema — a teoria geral dos fatos processuais —, mas afirma, sob uma visão instrumentalista do processo, que “a transposição de conceitos de Direito Material para o campo do Direito Processual é impossível, salvo que se faça prévia e rigorosa adaptação — o que significa construir a teoria do ato processual — pois os atos do processo ficam sujeitos a três particularidades marcantes: a primeira, a de visarem a provocar um pronunciamento jurisdicional, que defina a controvérsia, ou seja, que resolva o litígio entre as partes; segunda, a de não terem efeitos e força em si, pois através da sentença (até mesmo quando homologatória de atos capazes de extinguir a relação processual, como a renúncia à pretensão e a desistência da ação) é que se alcança o resultado final; terceira, a de sofrerem, mais do que quaisquer outros, o efeito da inércia da parte”.⁵⁰

⁴⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. Ob. cit., p. 249.

⁴⁸ MELLO, Marcos Bernardes de. Ob. cit., p. 249.

⁴⁹ Em sentido semelhante, J. E. Carreira Alvim, que, após sintetizar a teoria dos fatos jurídicos lícitos — abordando fatos jurídicos em sentido estrito, atos jurídicos em sentido estrito e negócios jurídicos —, afirma que essa classificação pode ser plenamente aplicada no campo processual, desde que observados os requisitos de forma (*Teoria Geral do Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 251 e 252).

Insta conferir, ainda, lições de Daniel Francisco Mitidiero que, partindo da concepção pontiana, define o fato jurídico processual como acontecimento da vida processual (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo II. São Paulo: Memória Jurídica, 2005, p. 12/13).

⁵⁰ *Comentários ao Código de Processo Civil*. V. II. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 05.

Não restam dúvidas de que as adaptações são sempre importantes, tanto que existe a necessidade de se elaborar uma teoria acerca dos fatos jurídicos processuais. Mas não se pode deixar de ressaltar que o ponto de partida é a teoria geral do direito.

Pode-se, portanto, falar em fato jurídico processual em sentido lato. Seria ele o *fato ou complexo de fatos que, juridicizado pela incidência de norma processual, é apto a produzir efeitos dentro do processo*. Frise-se, o fato pode ser intraprocessual — ocorrendo no curso do procedimento — ou extraprocessual — ocorrendo fora do procedimento, tanto faz. O que importa é que recaia sobre ele hipótese normativa processual, juridicizando-o, e potencializando a produção de consequência jurídica no bojo de um processo. Mas nem todos pensam assim.

Em sentido inverso, J. J. Calmon de Passos, para quem o ato processual — não admite o autor a existência de fatos em sentido estrito, como se verá — é “aquele que é praticado no processo, pelos sujeitos da relação processual ou do processo, com eficácia no processo e que somente no processo pode ser praticado”. Para o autor não há que se falar, portanto, em fato extraprocessual.⁵¹

Na mesma linha do processualista baiano, Daniel Francisco Mitidiero.⁵²

Em sentido semelhante, Liebman diz que os atos processuais se distinguem dos atos jurídicos em geral pelo fato de “pertencerem ao processo e de exercerem um efeito jurídico direto e imediato sobre a relação processual, constituindo-a, impulsionando-a ou extinguindo-a. Em outras palavras, os atos processuais são os atos do processo”; são os atos processuais as declarações de vontade dos sujeitos do processo, que se enquadrem em uma das categorias de atos previstas na legislação pertinente, praticados no curso de um procedimento, produzindo efeitos sobre a relação processual. Também não admite como processual o ato praticado fora do processo.⁵³

⁵¹ *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 43 ss.

⁵² MITIDIERO, Daniel Francisco. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo II. São Paulo: Memória Jurídica, 2005, p. 14.

⁵³ Complementa o autor afirmando que não são atos processuais: a) as simples atividades preparatórias (como estudo dos autos pelo juiz, por exemplo); b) aqueles realizados pelas partes fora do processo, ainda que destinados a produzir efeitos intraprocessuais (como uma transação ou um compromisso arbitral); c) os meros comportamentos adotados por sujeitos do processo (ex.: comparecimento em audiência); d) tampouco os praticados por terceiros, ainda que realizados no processo (ex.: depoimento de testemunha). (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. V. I. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 221/222).

Carnelutti, a seu turno, defende que a processualidade de um ato não decorre do fato de ter sido ele praticado dentro do processo, mas, sim, da sua relevância para a causa.⁵⁴

Seguindo as premissas já fincadas, o fato jurídico processual *lato sensu* deve ser classificado levando-se em conta sua conformidade com o direito. Têm-se, assim, fatos processuais lícitos e ilícitos.

3.2. Os fatos processuais lícitos: fatos processuais em sentido estrito, atos-fatos processuais e atos processuais.

Os fatos processuais (em sentido lato) lícitos podem ser subdivididos em: fato processual em sentido estrito, ato-fato processual e ato processual em sentido amplo.⁵⁵

O **fato jurídico processual em sentido estrito** nada mais é do que o fato natural que, sofrendo a incidência de regra processual, tem o condão de provocar conseqüências jurídicas no processo. Exemplo claro é a morte da parte, que gera a suspensão do processo e a sucessão processual legal (se o direito for transmissível) (arts. 265, I, c/c 43, CPC). Evidente, ainda, é o avançar da idade⁵⁶, vez que todo sujeito, ao alcançar seus sessenta anos tem direito a uma tramitação prioritária do processo, ou ainda, ao alcançar maioridade passa a ter capacidade processual (para praticar atos no processo), dispensando a representação (em sentido lato) (art. 8.º, CPC). Também aí se enquadra a enfermidade que acometa uma das partes e impossibilite seu comparecimento em audiência de instrução e julgamento, o que autoriza que o juiz designe dia, hora e lugar para ouvi-la (art. 336, parágrafo único, CPC). Isso para não mencionar inúmeras outras hipóteses (art. 670, I, art. 182, parágrafo único, 405, CPC etc).

Mas a doutrina diverge.

José Joaquim Calmon de Passos não admite a existência de fatos jurídicos processuais em sentido estrito. Afirma o processualista baiano que: “No processo,

⁵⁴ Apud SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*. V. 1. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 181.

⁵⁵ Adotando essa classificação, Daniel Francisco Mitidiero. O autor, contudo, nega a existência de negócios jurídicos processuais. (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo II. São Paulo: Memória Jurídica, 2005, p. 12/13).

⁵⁶ Vide PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Ob. cit., p. 227.

somente atos são possíveis. Ele é uma atividade e atividade de sujeitos que a lei prequalifica. Todos os acontecimentos naturais apontados como caracterizadores de fatos jurídicos processuais são exteriores ao processo e, por força dessa exterioridade, não podem ser tidos como fatos integrantes do processo, por conseguinte, fatos processuais”.⁵⁷

Alexandre Câmara⁵⁸, seguindo a linha de Orlando Gomes⁵⁹, enquadra os atos ilícitos como fatos jurídicos em sentido estrito.

José de Albuquerque Rocha não vacila em incluí-los (fatos em sentido estrito) dentre os fatos jurídicos, alcunhando-os de atos processuais objetivos naturais.⁶⁰ Ainda nesse sentido, Marcelo Abelha⁶¹ e Arruda Alvim.⁶²

Daniel Mitidiero, não obstante admita a existência de fatos jurídicos processuais em sentido estrito, defende que só se enquadrariam nesse conceito os acontecimentos naturais ocorridos dentro do processo e aptos a produzir efeitos nesta mesma sede (ex.: omissões). A morte de uma das partes ou de seus procuradores seria fato jurídico estritamente material que se processualiza – o que não o transformaria em fato jurídico processual.⁶³

Na linha de inteligência ora seguida, Eduardo Couture admite existir fato jurídico processual em sentido estrito que seria “qualquer acontecimento suscetível de produzir efeitos jurídicos processuais”, trazendo como exemplos uma inundação que venha a suspender um prazo processual, a existência de uma relação de parentesco do juiz com a parte, que o impede de conhecer da causa etc.⁶⁴⁻⁶⁵

Já o **ato-fato processual** é o ato humano “avolitivo” — ou seja, pouco importa se voluntário ou não — que resulta em fato que, colorido por prescrições normativas

⁵⁷ PASSOS, J. J. Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 64 e 65.

⁵⁸ *Lições de Direito Processual Civil*. V. I. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2004, p. 238.

⁵⁹ *Introdução ao estudo do direito civil*. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 238.

⁶⁰ *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 241/242.

⁶¹ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Processual Civil*. V. 2. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 37.

⁶² *Manual de Direito Processual Civil*. V. 1. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 494.

⁶³ MITIDIERO, Daniel Francisco. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo II. São Paulo: Memória Jurídica, 2005, p. 13.

⁶⁴ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do Direito Processual Civil*. Campinas: Red Livros, 1999, p. 110.

⁶⁵ Sobre o parentesco como fato jurídico em sentido estrito, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Ob. cit., p. 229.

processuais, pode provocar mudanças no processo. Em outros termos, trata-se de fato produzido pelo homem, sendo que a norma processual considera irrelevante a vontade de gerá-lo, considerando, apenas, o resultado fático promovido no feito.

Sua existência é admitida por J. J. Calmon de Passos — atitude raríssima dentre os processualistas — que o conceitua como “ato que o direito trata como se de um mero fato (em sentido estrito) se cuidasse (...) São atos, por conseguinte suscetíveis de consumação no processo, mas tratados pelo legislador como se meros fatos eles fossem, por abstrair, na espécie, toda e qualquer indagação a respeito da vontade do agente que o consumou. Exemplo disso é o pagamento do preparo. Se feito, será eficaz, pouco importando quem o fez e com que intenção praticou o ato”.⁶⁶

Ainda com este invulgar escólio, Daniel Mitidiero, que define os atos fatos processuais como “atos que a ordem jurídica recepciona como meros fatos (...) embora em seus suportes fáticos possa haver vontade humana, o mundo jurídico toma esta por irrelevante, abstraindo da mesma para a liberação de eficácia jurídica”.⁶⁷

Podem ser: **a) materiais**, resultando em fatos irremovíveis — como o comparecimento físico da parte em audiência, o pagamento de custas, o preparo; **b) indenizativos**, resultando em prejuízos indenizáveis, independentemente de culpa — como a antecipação de tutela revogada que causou prejuízos à contraparte (art. 273, § 3º, do CPC), exemplo este muito bem lembrado por Fredie Didier Junior em obra não publicada, dentre outros, como a execução provisória que causou prejuízo ao executado, com superveniente reforma/anulação do título (art. 475-O, CPC), a medida cautelar, que tenha causado prejuízo ao requerido, desde que supervenientemente revogada (art. 811, CPC); **c) caducificantes**, em que há uma inação do titular do direito por lapso temporal, que resulta na extinção desse direito, como se dá com a perda de prazos (que gera preclusão temporal) ou com o abandono da causa, que leva à extinção do processo e, ocorrendo três vezes, gera a preempção do direito de ação, impedindo a re-propositura da demanda (art. 268, p. único, CPC).

Enfim, têm-se os **atos processuais em sentido lato** que são atos humanos necessariamente volitivos — consistindo em uma exteriorização de vontade consciente

⁶⁶ Ob. cit., p. 67 e 68.

⁶⁷ MITIDIERO, Daniel Francisco. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo II. São Paulo: Memória Jurídica, 2005, p. 14.

— que, juridicizados por normas processuais, têm o condão de produzir resultados dentro do processo juridicamente protegidos ou não proibidos.⁶⁸

Serão **atos processuais em sentido estrito** quando recaiam em categorias pré-definidas e seus efeitos estiverem previamente regrados na lei processual (categorias e efeitos invariáveis, inafastáveis). Não há poder de escolha da categoria eficaz em que se quer se enquadrar. Há vontade de praticar o ato, mas não importa se há vontade em produzir os efeitos, pois eles são necessários, pré-fixados.

Configuram imensa maioria dentro do processo, como, por exemplo, a contestação, a penhora, a interposição de recurso, as intervenções de terceiros.

Serão **negócios processuais** quando existir um poder de determinação e regramento da categoria jurídica e de seus resultados (como limites variados). Há vontade de praticar o ato e vontade de ingressar na categoria e produzir o resultado — enquanto que no ato jurídico processual em sentido estrito basta a vontade em praticar o ato, pois a categoria e seus resultados são invariavelmente definidos na lei.

Transpondo as concepções de Marcos Bernardes de Mello⁶⁹, pode-se dizer que os negócios processuais podem ser regidos por normas cogentes, quando só resta a escolha pela categoria eficaz — ex.: desistência da ação ou de recurso, reconhecimento da procedência do pedido, não oposição de exceção de incompetência etc —, ou podem encontrar-se no âmbito da dispositividade, quando também é possível o regramento do conteúdo eficaz do negócio, sempre dentro de balizas legais mínimas — ex.: foro de eleição, convenção para substituição de bem penhorado, convenção para distribuição do ônus da prova, convenção de arbitragem⁷⁰, a transação, dentre outros.

Bem fala do assunto Devis Echandía, com base em lições de Chiovenda, defendendo que os negócios processuais são aqueles em que o resultado só se produz se o interessado o desejar. Existem, segundo o autor, negócios processuais discricionários — assim considerados aqueles em que os interessados regram seus efeitos jurídicos (sua extensão e suas condições), tal como o compromisso arbitral ou o acordo para nomeação

⁶⁸ “Quando os fatos jurídicos processuais sejam conseqüências de uma intervenção da vontade humana, adquirem o caráter de atos processuais. Estes são, por conseguinte, os atos jurídicos suscetíveis de produzir efeitos processuais” (COUTURE, Eduardo. Ob. cit., p. 110).

⁶⁹ Ob. cit., p. 176 e 177.

⁷⁰ Enquadram-se aí as convenções de arbitragem, por serem atos humanos volitivos que, sofrendo incidência de norma processual, podem produzir efeitos no processo, *in casu*, a extinção do feito por ausência de o requisito de validade objetivo extrínseco.

do defensor — e negócios vinculativos — assim entendidos aqueles em que a parte pode fazer produzir ou não o efeito jurídico, mas não indicará o seu alcance, pois já foi definido por lei, o que se daria quando a parte aceita um impedimento do juiz ou se sana uma nulidade.⁷¹

A noção de negócio discricionário e vinculado proposta por Echandía coincide, outrossim, com a classificação de Marcos Bernardes de Mello exposta linhas atrás. Os negócios discricionários nada mais são do que aqueles regidos por norma dispositiva — deixando-se ao livre arbítrio do sujeito a escolha da categoria jurídica e dos efeitos a serem irradiados —, já os negócios vinculados correspondem àqueles regidos por norma cogente — quando só resta espaço para a escolha da categoria jurídica em que se quer enquadrar, subsistindo vontade na categoria, mas não na regulação dos efeitos.

No ordenamento brasileiro, são espécies de negócios discricionários (regidos por norma dispositiva) o foro de eleição, a convenção para distribuição de ônus de prova, a convenção para substituição de bem penhorado, a convenção de arbitragem.⁷² Por outro lado, são tipos de negócios vinculativos a renúncia⁷³, a desistência da ação ou de recurso, o reconhecimento da procedência do pedido dentre outros.

Os negócios processuais podem, ademais, ser declarações de vontade **unilaterais** — como a desistência da ação, reconhecimento da procedência do pedido, renúncia ao

⁷¹ “Característica común de los negocios jurídicos es que el efecto jurídico no se produce si el interesado no lo quiere. En ocasiones, el interesado determina la extensión del efecto jurídico o sus condiciones, y entonces se llama *negocio discrecional*, como sucede en el compromiso para someter un litigio a arbitramento y en el acuerdo para designar secuestre o en el nombriamiento del defensor. En otros casos el interesado puede hacer producir ou no el efecto jurídico, pero no señalar el alcance que tenga, porque la ley lo determina precisamente, y se llaman *negocios vinculativos*, como cuando se sana uma nulidad o se allana uma impedimento del juez”. (*Teoria General del Proceso. Aplicable a toda clase de procesos*. Buenos Aires: Editorial Universidad, p. 379).

⁷² Francesco Carnelutti, partindo dessa premissa já exposta de que a processualidade do ato decorre do valor que ele tem para a causa, defende que a convenção de arbitragem e o foro de eleição seriam exemplos de ato processual, enquanto que a renúncia e o reconhecimento da procedência do pedido, não — ainda que sendo atos praticado dentro do processo (*Apud* SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil* V. I. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 181 e 182).

Já Liebman repudia explicitamente a processualidade das convenções de arbitragem, porquanto sejam realizadas fora do processo (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. V. I. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 221/222).

Assim como o italiano, Pontes de Miranda (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo III. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 04).

⁷³ Pontes de Miranda (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo III. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 04) e Daniel Mitidiero (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo II. São Paulo: Memória Jurídica, 2005, p. 16) defendem que a renúncia sequer pode ser considerada ato processual, quiçá negócio processual. Seria ato material que repercutem no processo, dizem.

direito discutido, desistência do recurso etc —, **bilaterais** — abrangendo, por exemplo, a não oposição de exceção de incompetência relativa, foro de eleição, acordo para a suspensão do processo —, ou **plurilaterais** — como seria a suspensão convencional, convenção para distribuição do ônus da prova, dentre outros, avençadas entre oponentes ou por sujeitos de qualquer outra relação processual plurilateral (assim entendida aquela com mais de dois lados, e, não, com mais de duas partes), ou, ainda, a convenção de arbitragem firmada no bojo de contrato social (plurilateral por natureza), dentre outros.

Na verdade, afiguram-se plurilaterais convenções processuais firmadas entre litisconsortes simples — que são tratados, em regra, como partes (lados) distintas no processo, razão porque os atos de um não beneficiam nem prejudicam os outros, salvo exceções legais (arts. 48, e 320, I, CPC).⁷⁴

Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Antonio Carlos de Araújo Cintra afirmam que existe uma forte tendência doutrinária em se negar a existência de negócios processuais, sob o argumento de que seus efeitos não são escolhidos pelos sujeitos, “a vontade dos sujeitos não determina os efeitos do ato que praticam”. O sujeito limita-se a escolher se quer praticar o ato ou não, mas não escolhe seus efeitos. Não obstante, registram que: “Para quem admitisse a existência de negócios jurídicos processuais (a tendência é negá-los), estes também podem ser fonte da norma processual, como na eleição do foro, na convenção sobre a distribuição do ônus da prova, na suspensão convencional do processo etc”.⁷⁵

⁷⁴ Devis Echandía se limita a falar em negócios unilaterais e bilaterais. Os negócios bilaterais, afirma, são convenções que podem surgir por colaboração entre as partes, entre as partes e o juiz, ou entre o juiz e um terceiro, sendo que eles se subdividem em acordos processuais e contratos processuais.

Os acordos processuais existem quando as partes atuam de acordo simultaneamente ou sucessivamente, como, por exemplo, na renúncia de prazos ou na suspensão voluntária do processo. Fala ainda de acordos processuais entre partes e juiz como aquele para a nomeação de curador da lide para menor, tal como se dá na Colômbia.

Já nos contratos processuais há uma combinação de atos, um encontro de vontades. Traz como exemplo a venda forçosa de bem em leilão público ou arrematação. Ressalva, contudo, que os contratos processuais possuem peculiaridades por se tratar de contratos de direito público e, não, de direito privado — onde se exige a prevalência da igualdade das partes contratantes.

“El datio in solutum, que se presenta cuando el juez no vende los objetos del deudor para pagar con su producto al acreedor, sino que los adjudica a este, es similar al remate, y debe considerarse como contrato procesal. Lo mismo ocurre en el concordato del deudor insolvente, en los procesos de quiebra Del comerciante y de concurso civil, cuando por razón de esse concordato se adjudican los diversos bienes Del quebrado a los vários acreedores, y en los concordatos preventivos sin quiebra ni concurso”. (*Teoria General Del Proceso. Aplicable a toda clase de procesos*. Buenos Aires: Editorial Universidad, p. 380 e 381).

⁷⁵ *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 94.

Liebman repudia a existência de negócios jurídicos processuais. “O formalismo, necessário para assegurar o movimento regular e expedito do processo e conseqüentemente a certeza e precisão dos atos em particular, que se sucedem e sobrepõem uns aos outros, não consente que se dê qualquer relevância à real vontade do sujeito. O cumprimento das prescrições formais estabelecidas em lei (entendidas em sentido amplo) confere ao ato, desde logo, condições para operar os efeitos que lhe são próprios, sendo irrelevante a intenção íntima do sujeito que o realiza e ficando excluída qualquer investigação destinada a perquiri-la”.⁷⁶

Dinamarco, seguindo a linha liebmaniana, defende não existirem negócios processuais. Para o autor, o “processo em si mesmo não é um contrato ou negócio jurídico e em seu âmbito inexistente o primado da autonomia da vontade: a lei permite a alteração de certos comandos jurídicos por ato voluntários das partes mas não lhes deixa margem para auto-regramento que é inerente aos negócios jurídicos. A escolha voluntária não vai além de se direcionar em um sentido ou outro, sem liberdade para construir o conteúdo específico de cada um dos atos realizados”.⁷⁷

José de Albuquerque Rocha, outrossim, afirma não existirem negócios processuais, pois “a vontade das partes não pode determinar o desenvolvimento do processo, a forma dos atos, os prazos etc. Por conseguinte, nos atos processuais, em princípio, a vontade só é necessária para a prática do ato e não para a produção dos efeitos que são estabelecidos pela lei”.⁷⁸

Também nessa linha, Daniel Mitidiero⁷⁹ e Alexandre Freitas Câmara, defendendo, este último, que “os atos de vontade realizados pelas partes produzem no processo apenas

⁷⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. V. I. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 226/227.

⁷⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. II. São Paulo: Malheiros, 2003, p.472.

⁷⁸ *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 242.

⁷⁹ MITIDIERO, Daniel Francisco. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo II. São Paulo: Memória Jurídica, 2005, p. 15 ss.

Diz o processualista que “é essência à categoria conhecida como negócio jurídico, além da bilateralidade volitiva, certo espaço em que seja possível auto-regramento de vontade no que tange ao resultado da prática do ato. E tal, justamente, não se verifica na relação jurídica processual, uma vez que todos os efeitos possíveis de ocorrência em virtude de atos dos sujeitos do processo já estão normados (ou normatizados) pela legislação”.

os efeitos ditados por lei”. Cita como exemplo a transação, que tem por efeito extinção do processo sem exame de mérito.⁸⁰

Sucedem que o que marca os negócios processuais, como já dito, é a relevância da vontade na categoria jurídica e na produção do resultado pretendido⁸¹ — além da vontade na prática do ato —, sendo que os limites dessa vontade são variados, tanto que em alguns casos só resta espaço para a parte eleger a categoria negocial, sem deter poderes de regência dos efeitos a serem produzidos (como ocorre nos negócios regidos por norma cogente).

Para Barbosa Moreira⁸², Marcelo Abelha⁸³, Arruda Alvim⁸⁴, Moacyr Amaral Santos⁸⁵, Pontes de Miranda⁸⁶, Friedrich Lent, Salvatore Satta⁸⁷ e Carnelutti⁸⁸, na linha ora adotada, existem negócios jurídicos processuais.

José Carlos Barbosa Moreira, em escrito dedicado ao tema, alerta que, a despeito de o código brasileiro ser farto em disposições que consagram negócios processuais, há uma absoluta carência de trabalhos monográficos abordando-as na doutrina nacional — ao contrário do que se observa na Alemanha, onde os *prozessverträge* (contratos processuais) são amplamente estudados.

⁸⁰ Ob. cit., p. 240.

⁸¹ Por isso se enquadram nessa categoria todos os atos dispositivos das partes — de disposição da tutela jurisdicional (como o reconhecimento da procedência do pedido, renúncia do direito em jogo, transação) ou de posição jurídica processual (como desistência do recurso, não oposição de exceção de incompetência, convenção para distribuição de ônus da prova etc).

⁸² Convenções das partes sobre matéria processual. *Temas de Direito Processual*. Terceira Série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 87-98.

⁸³ Seguindo a concepção de Arruda Alvim, diz o autor que: “Negócio jurídico processual é fato jurídico de natureza processual. É o caso da transação ocorrida no processo, do foro de eleição (art.111, §1.º, do CPC) admitido como especial em relação ao geral (art. 94 do CPC). É importante que se diga que o negócio só alcança o *status* de *processual* se for praticado no processo ou para o mesmo trazido (RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Processual Civil*. V. 2. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 37 e 38).

⁸⁴ *Manual de Direito Processual Civil*. V. 1. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 495 e 496.

⁸⁵ Seriam eles, para o autor, todos os atos dispositivos das partes, sejam eles unilaterais (como a desistência da ação), concordantes (como a não oposição de exceção de incompetência) ou contratuais (tais como a eleição de foro, a transação etc). Em todos eles as partes regulam seu próprio comportamento em relação à tutela jurisdicional (*Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 284 e 285).

⁸⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo III. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 4 e 19/20.

⁸⁷ *Apud* SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*. V. 1. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 184.

⁸⁸ O autor dá como exemplo, inclusive, a propositura da demanda. *Apud* SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*. V. 1. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 182.

Preocupa-se o autor em diferenciar as convenções processuais — onde se fundem declarações de vontades emitidas em um ato novo e potencialmente eficaz — do fenômeno pelo qual a lei condiciona a possibilidade do juiz acolher a solicitação de uma das partes à concordância da outra — que, segundo Moacyr Amaral Santos, seriam atos dispositivos concordantes⁸⁹ —, que traz, como exemplo, a modificação do pedido ou causa de pedir, ou a desistência da ação, após a citação. Esses últimos, diz, não são convenções processuais, pois as “declarações sucessivas não são dirigidas por uma parte a outra, nem se fundem em ato uno”, há, isso sim, atos distintos unilaterais dirigidos ao julgador que lhes atribui eficácia se acolhe o requerimento.

Essa diferenciação, diz o autor, é de suma importância, pois: “Reconhecida a um ato a natureza de convenção, exclui-se, *ipso facto*, desde a formação do consenso, a possibilidade de qualquer das partes revogá-lo por declaração unilateral, salvo autorização contida em lei ou na própria convenção. Se se trata, porém, de mera sucessão de dois atos unilaterais, não existirá óbice idêntico a reputar admissível, em linha de princípio, a revogação, enquanto não sobrevenha o pronunciamento judicial”.⁹⁰

Registre-se, porém, que em nosso sentir, em ambos os casos tem-se ato negocial, ou seja, há vontade na atuação, na categoria jurídica e no resultado.

O autor diferencia, ainda, os *negócios cujos efeitos são obrigatórios e extraprocessuais* — que criam para as partes a obrigação de assumir determinado comportamento dentro do processo, como a desistência do recurso, da ação, a não execução da sentença etc. e produzem efeitos fora do processo —, dos *negócios cujos efeitos são dispositivos e intraprocessuais* — que vêm influir no processo, no conteúdo da relação processual, possuindo, de regra, eficácia imediata, como é o caso suspensão convencional do feito, adiamento convencional da audiência, convenção para prorrogação de prazo etc.⁹¹

J. J. Calmon de Passos, nessa esteira, asseverando que a maior parte dos atos processuais são atos jurídicos em sentido estrito — em que se exige a vontade do ato, sem que se cogite a vontade do resultado, já que suas conseqüências já estão definidas pelas normas, retirando-se do sujeito qualquer poder de auto-regramento —, admite que

⁸⁹ *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 284.

⁹⁰ Ob. cit., p. 90.

⁹¹ Ob. cit., p. 97 e 98.

se fale, ainda que excepcionalmente, em negócios jurídicos processuais — caso em que seria observada não só a vontade do ato como também a vontade do resultado. Coloca em xeque sua existência no ordenamento brasileiro por uma única razão: a seu ver, toda declaração de vontade da parte no processo demanda uma chancela judicial para ser eficaz — ao contrário do que diz o art. 158, CPC. Daí concluir que: “se admitirmos como negócios jurídicos processuais a desistência da ação ou do recurso, a suspensão do processo por acordo das partes etc., serão negócios jurídicos apenas por motivos de relevância que, nessas circunstâncias, se deve dar, necessariamente, à vontade do resultado, sem que se creia, contudo, que as declarações das partes, por si sós, de logo e de pronto, sejam eficazes para o processo e nele produzam as conseqüências pretendidas pelos interessados. Estas, para que ocorram, reclamam o pronunciamento judicial, que lhes emprestará o caráter de atos do processo”.⁹²

Compartilha-se, neste trabalho, da diferenciação proposta pelo autor entre atos jurídicos em sentido estrito e negócios jurídicos, lastrada no fato de que para aqueles é irrelevante a vontade no resultado — visto que é invariável —, já para estes é essencial a existência da vontade no resultado, atribuindo-se às partes o poder de autodeterminação de suas conseqüências. Mas, com a devida vênia, discorda-se da afirmação de que a necessidade de um pronunciamento judicial para que produzam efeitos possa lhes retirar a natureza negocial.⁹³ E ainda que se considere isso verdadeiro, pode-se trazer um rol de atos negociais que independem de homologação judicial para serem eficazes, tal como a não oposição de exceção de incompetência relativa (art. 114, CPC), a cláusula de foro de eleição (art. 111, CPC), a convenção sobre a distribuição do ônus probatório (art. 333, parágrafo único, CPC).

Mas resta uma questão a ser enfrentada. Seria possível o selamento de negócio processual atípico, inominado, que não esteja tipificado na lei processual? Pois bem, desde que atentos ao fato de que estamos em terreno de direito público, e que a autonomia da vontade deve ser ainda mais restrita, compartilha-se da tese — que tem prevalecido dentre os doutrinadores alemães — de que é admissível a celebração de convenções processuais fora das hipóteses positivadas, desde que não contrariem normas

⁹² Ob. cit., p. 69.

⁹³ Neste sentido, MOREIRA, José Carlos Barbosa (Convenções das partes sobre matéria processual. *Temas de Direito Processual*. Terceira Série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 90).

cogentes. “Nada impede, v.g., em nossa opinião, que autor e réu se comprometam validamente a não indicar assistentes técnicos, deixando ao exclusivo encargo do perito a realização da diligência”.⁹⁴⁻⁹⁵

3.3. Atos processuais ilícitos.

Pode-se falar, por fim, em ilícitos processuais. Interessa analisá-los quanto aos seus efeitos. Assim, os atos ilícitos processuais podem ser: **a) indenizativos** — como a litigância de má-fé (arts. 14 a 16, CPC), ato atentatório à dignidade da jurisdição (art. 600, CPC); **b) caducificantes** — como a remoção do inventariante (art. 995), multa do art. 14 por ato atentatório à dignidade da justiça (perda de direito sobre bens com pena pecuniária), dentre outros (arts. 161, 538, parágrafo único etc, CPC) —; **c) invalidantes** — como a não-intervenção do MP, mesmo havendo interesse público envolvido na causa (desrespeito ao formalismo processual), ou a prática de atos processuais por pessoa não inscrita na OAB (incapacidade postulatória), decisão proferida por juiz absolutamente incompetente ou impedido etc; **d) ou autorizantes**, como é a conduta do devedor executado de impedir a entrada do oficial de justiça, tentando obstar a penhora, que autoriza o oficial de justiça, mediante ordem judicial, a arrombar portas, móveis e gavetas (660-662, CPC).

Já como exemplo de negócios processuais ilícitos, tem-se o conluio entre as partes para a condução de um processo simulado em fraude a credores (art. 129, CPC) — o objeto litigioso é ilícito.

4. Referências bibliográficas.

⁹⁴ Adota-se, assim, o escólio de José Carlos Barbosa Moreira.

Chegando a essa conclusão, propõe Barbosa Moreira uma investigação acerca dos requisitos de validade dos negócios processuais com base em um regime jurídico misto, regido por normas materiais e processuais. (Convenções das partes sobre matéria processual. *Temas de Direito Processual*. Terceira Série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 90 e 91).

⁹⁵ Interessante pontuar que Hélio Tornaghi conceituou fatos, atos e negócios processuais em seu Anteprojeto de Código de Processo Penal, nos seguintes termos: “Art. 178. Fato processual é todo acontecimento natural que tem influência no processo. Art. 179. Ato processual é toda ação humana relevante para o processo. Art. 180. Negócio processual é toda manifestação de vontade de que resulta consequência relevante para o processo”. Mas não nos parece adequada a positivação de conceitos lógico-jurídicos. A nosso ver esse é um trabalho reservado para a doutrina. (MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Ob. cit., p. 04).

AMARAL, Francisco. **Direito Civil. Introdução.** 5 ed. São Paulo: Renovar, 2003.

AMARAL SANTOS, Moacyr. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil.** V. 1. São Paulo: Saraiva, 2004.

ARRUDA ALVIM. **Manual de Direito Processual Civil.** V. 1. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BETTI, Emílio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico.** Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 1969.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada.** São Paulo: Saraiva, 2005.

CARREIRA ALVIM, J. E. **Teoria Geral do Processo.** Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil.** V. I. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2004.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do Direito Processual Civil.** Campinas: Red Livros, 1999.

DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação. O juízo de admissibilidade do processo.** São Paulo: Saraiva, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil.** V. II. São Paulo: Malheiros, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** V. I. São Paulo: Saraiva, 2000.

ECHANDÍA, Devis. **Teoria General Del Proceso. Aplicable a toda clase de procesos.** Buenos Aires: Editorial Universidad.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil.** 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GOMES, Orlando. **Introdução ao estudo do direito civil.** 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini; ARAÚJO, Antonio Carlos Cintra de; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** São Paulo: Malheiros, 2004.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil.** V. I. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do Fato Jurídico. Plano de Existência.** São Paulo: Saraiva, 2003.

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Comentários ao Código de Processo Civil.** Tomo II. São Paulo: Memória Jurídica, 2005.

MONIZ DE ARAGÃO, EGAS DIRCEU. **Comentários ao Código de Processo Civil.** V. II. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Convenções das partes sobre matéria processual. Temas de Direito Processual.** Terceira Série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 87-98.

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

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil.** V. I. São Paulo: Saraiva, 2002.

PASSOS, J. J. Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado.** Tomo II. Campinas: Bookseller, 2000.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil.** Tomo III. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

ROCHA, José de Albuquerque de. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Atlas, 2003.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de Direito Processual Civil**. V. 2. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de Processo Civil**. V. 1. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.