

O JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE NA TEORIA GERAL DO DIREITO¹.

Fredie Didier Jr.

Mestre (UFBA) e Doutor (PUC/SP). Professor Adjunto de Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (graduação, mestrado e doutorado). Coordenador-acadêmico da Faculdade Baiana de Direito. Advogado.

Sumário: 1 – Noções básicas sobre a fenomenologia jurídica; 2 – Procedimento como ato jurídico complexo; 3 – Conceito e objeto do juízo de admissibilidade; 4 – O juízo de admissibilidade e o sistema de invalidades da legislação processual civil: 4.1- Consideração introdutória; 4.2- Aplicação do sistema de invalidades processuais ao juízo de admissibilidade do procedimento principal. Noções sobre o princípio da cooperação; 4.3- Aplicação do sistema de invalidades processuais ao juízo de admissibilidade do recurso; 4.4- Aplicação do sistema de invalidades processuais ao juízo de admissibilidade dos procedimentos incidentais; 5 – Natureza jurídica do juízo de admissibilidade; 6 – Efeitos do juízo de admissibilidade negativo.

1- Noções básicas sobre a fenomenologia jurídica.

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

O plano da existência refere-se aos fatos jurídicos; o da eficácia, às situações jurídicas (efeitos jurídicos, dentre os quais o mais importante é a relação jurídica). O plano da validade é exclusivo de alguns fatos jurídicos, mais precisamente dos atos

¹ Trata-se de versão atualizada e ampliada do primeiro capítulo da tese de doutoramento apresentada pelo autor à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, cuja defesa pública ocorreu em 31 de março de 2005, perante banca examinadora composta pelos professores Teresa Arruda Alvim Wambier, José Roberto dos Santos Bedaque, Luiz Guilherme Marinoni, Cássio Scarpinella Bueno e Sérgio Seiji Shimura, que lhe atribuiu nota máxima, com distinção e louvor. A versão comercial integral da tese foi publicada pela Editora Saraiva: DIDIER Jr., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação*. São Paulo: Saraiva, 2005.

jurídicos (negócios jurídicos e atos jurídicos em sentido estrito)²⁻³, fatos humanos cujo suporte fático dá relevância à vontade. Há fatos jurídicos que não “passam” pelo plano da validade, como são os casos de alguns fatos ilícitos (não se fala de nulidade do crime), dos atos-fatos (não se cogita da nulidade de uma pintura) e dos fatos jurídicos naturais (infelizmente não se invalida a morte)⁴. A validade do ato diz respeito à eficiência com que o seu suporte fático foi preenchido. Se houver o preenchimento da hipótese de incidência de maneira deficiente, surgirá defeito que pode autorizar a nulificação (= invalidação, tanto a decretação do nulo quanto a anulação)⁵: a destruição de um ato jurídico em razão de um seu defeito⁶. Não há efeitos jurídicos nulos: os efeitos jurídicos existem ou não. É como afirma Pontes de Miranda: “Não há relação jurídica nula nem direito nulo, nem pretensão nula, nem ação nula, como não há relação jurídica anulável, nem direito anulável, nem pretensão anulável, nem ação anulável. Nulo ou anulável ou rescindível é o ato jurídico, inclusive o ato jurídico processual, como a sentença”⁷.

Em suma, o “fato jurídico, primeiro, é; se é, e somente se é, pode ser *válido, nulo, anulável, rescindível, resolúvel* etc.; se é, e somente se é, pode irradiar efeitos, posto que haja fatos jurídicos que não os irradiam, ou ainda não os irradiam”⁸.

O ato jurídico inválido não é ato inexistente, não é zero-ato jurídico, é ato jurídico menor que um (< 1)⁹. Ato inexistente não tem defeito; não é — “defeito não é

² “O ilícito, posto nos negócios jurídicos, ou nos atos jurídicos *stricto sensu*, eiva-os de nulidade”. (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. 3ª. ed. São Paulo: RT, 1983, t. 4, p. 145).

³ Há quem restrinja o plano da validade aos negócios jurídicos. “Eis aí, pois, um plano para exame, peculiar ao negócio jurídico — o plano da validade, a se interpor entre o plano da existência e o plano da eficácia”. (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico*. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 24). Também adotando a linha de que apenas os negócios jurídicos submetem-se ao plano da validade, GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 337-354.

⁴ Miranda, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. 4, cit., p. 4.

⁵ Não se pretende proceder a uma tentativa de distinção entre nulidade e anulabilidade; a tarefa, frise-se, é das mais árduas. Os critérios distintivos são vários, mas nem sempre o legislador é fiel às lições doutrinárias. Neste momento, cumpre apenas fazer duas observações: a) ambas são hipóteses de invalidação dos atos jurídicos, com regimes jurídicos distintos (legitimidade para argüir, forma de argüição, prazo, sanabilidade do defeito, retroatividade da decretação da invalidade etc.); b) não obstante as diferenças, a invalidação é sempre uma decisão constitutiva negativa.

⁶ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, t. 4, cit., p. 3.

⁷ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, t. 6, p. 141. Assim, também, MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Invalidade e ineficácia do negócio jurídico”. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: RT, 2003, n. 15, p. 226.

⁸ Miranda, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. 4ª. ed. São Paulo: RT, 1983, t. 1, introdução, n. 9, p. XX. Não há teoria do fato jurídico que se equivalha em importância, coerência e magnitude à de Pontes de Miranda. De um modo geral, adotam-se aqui as linhas por ele traçadas.

falta. O que falta não foi feito. O que foi feito, mas tem defeito, existe. O que não foi feito não existe, e, pois, não pode ter defeito. O que foi feito, para que falte, há, primeiro, de ser desfeito. Toda afirmação de falta contém enunciado existencial negativo: não há, não é, não existe; ou afirmação de ser falso o enunciado existencial positivo: é falso que haja, ou que seja, ou que exista. Faltar é derivado de *fallere*, como falso; ao passo que defeito vem de *deficio* (*facio*) e sugere estar mal feito”¹⁰. Nem todo defeito implica invalidação: a lei pode permitir a conversão do ato jurídico defeituoso em outro ato jurídico (art. 170 do CC-2002)¹¹, considerar o vício irrelevante ou, ainda, não obstante a falha, aproveitar o ato deficiente. A invalidação é a consequência mais drástica que pode advir da prática de um ato jurídico defeituoso.

A validade de um ato deve ser examinada contemporaneamente à sua formação. O ato jurídico pode nascer defeituoso. A invalidade é sempre congênita. O defeito pode estar no próprio ato (cláusula abusiva de um contrato de consumo, por exemplo) ou ser anterior a ele (coação, dolo, erro etc.), mas jamais pode ser posterior ao ato¹². Se o ato jurídico é válido, os fatos que lhe sejam supervenientes afetarão a sua existência ou a sua eficácia, não a sua validade. A resolução e a revogação, por exemplo, são causas de extinção de atos jurídicos por fatos supervenientes à sua formação¹³.

O ato inválido é — portanto pode produzir efeitos. Não é correto dizer, então, que toda hipótese de nulidade implica a impossibilidade de o ato produzir efeito: é possível que atos nulos produzam efeitos até a sua desconstituição (veja-se a hipótese do casamento nulo) — e, como será visto adiante, é isso o que ocorre com as invalidades processuais¹⁴. Todo ato inválido, pouco importa o grau da invalidade, precisa ser desfeito. Saber se a nulificação (a) dá-se *ex officio* ou por provocação do interessado, (b) se gera efeitos retroativos ou *ex nunc*, (c) se está ou não submetida a

⁹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, t. 4, cit., p. 21.

¹⁰ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, t. 4, cit., p. 13-14.

¹¹ Art. 170 do CC-2002: “Se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade”.

¹² “Quanto à invalidade sobrevinda, a lógica obriga a tê-la como *contradictio in terminis*”. (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, t. 4, cit., p. 221.). Também assim, MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Invalidade e ineficácia do negócio jurídico”. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: RT, 2003, n. 15, p. 226.

¹³ GOMES, Orlando. *Contratos*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 170; ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 3ª. ed. São Paulo: RT, 1999, p. 79-85.

¹⁴ “De regra, os atos jurídicos nulos são ineficazes; mas, ainda aí, pode a lei dar efeitos ao nulo”. (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. 4, cit., p. 7.)

prazo de decretação,¹⁵ (d) se pode ser feita por ação e/ou exceção, embora importantes, são questões contingentes,¹⁶ pois a resposta a cada uma delas varia conforme o regime jurídico estabelecido pelo legislador, a partir da relevância que dê a este ou aquele defeito do ato jurídico¹⁷. A circunstância de a nulificação retirar retroativamente os efeitos do ato jurídico ou destruir ato jurídico que não produziu qualquer efeito (nulo *ipso iure*) não é relevante para retirar-lhe a qualidade jurídica de sanção — portanto decretável, e não declarável. Não se declaram nulidades, decretam-se nulidades¹⁸⁻¹⁹⁻²⁰.

¹⁵ Não se deve cometer o equívoco de considerar declaratória a demanda pela simples circunstância de não estar submetida a prazo de prescrição ou decadência. Basta pensar nas diversas demandas indiscutivelmente constitutivas (interdição e separação judicial, por exemplo) não submetidas a qualquer prazo para ajuizamento.

¹⁶ Eis o exemplo do art. 287, 2, do Código Civil Português: “Enquanto, porém, o negócio não estiver cumprido, pode a anulabilidade ser argüida, sem dependência de prazo, tanto por via de ação como por via de exceção”. “Há, por assim dizer, parcial equiparação da anulabilidade à nulidade. Semelhante traço é inteiramente estranho à sistemática do ordenamento pátrio”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Invalidade e ineficácia do negócio jurídico”, cit., p. 219).

¹⁷ Confira-se, por exemplo, o caso da simulação, que, de defeito apto a gerar simples anulabilidade no CC-1916 (art. 147, II), se transformou em defeito gravíssimo, apto a gerar nulidade absoluta do negócio jurídico no Código Civil de 2002 (art. 167). Mais uma vez, Pontes de Miranda: “Se a falta de satisfação do pressuposto acarreta deficiência que se faz sentir, no mundo jurídico, desde a entrada e para sempre, do suporte fático (nulidade), ou desde a entrada dele mas por algum tempo (anulabilidade), é questão de técnica legislativa que o sistema jurídico resolve, conforme os seus intuítos de política jurídica”. (*Tratado de direito privado*, t. 4, cit., p. 4.)

¹⁸ Correto Araken de Assis: “De seu turno, o ato inválido, porque gera efeitos até seu desfazimento, exigirá desconstituição por resolução do órgão judiciário, pouco importando, para tal arte, se *ex officio* ou por iniciativa do prejudicado”. (“Eficácia da coisa julgada inconstitucional”. *Relativização da coisa julgada – enfoque crítico*. Salvador: Edições JUSPODIVM, 2004, p. 41.) Arremata Pontes de Miranda: “Ambas as sentenças que decretam a nulidade e a anulabilidade são constitutivas negativas...”. (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. 4, cit., p. 33). Ainda nesse sentido, GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no processo*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1993, p. 76-82, em que explica a impropriedade da utilização da expressão “nulidade de pleno direito”, visto que, por ser sanção, toda nulidade precisa ser decretada; DALL’AGNOL, Antonio Janyr. *Invalidades processuais*. Porto Alegre: LEJUR, 1989, p. 20.

¹⁹ Em sentido um tanto diverso, José Carlos Barbosa Moreira: “Com a ressalva de exceção prevista em lei (ex.: casamento, art. 1.549), não existe para o interessado na declaração da nulidade o ônus de propor ação com o fim de vê-la declarada: a nulidade pode ser argüida em defesa, assim como deve ser pronunciada *ex officio* pelo juiz (art. 168, par. ún.)”. (“Invalidade e ineficácia do negócio jurídico”, cit., p. 229). Nesse sentido, NERY Jr., Nelson e NERY, Rosa. *Código Civil anotado e legislação extravagante*. 2ª. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 228. No entanto, mais adiante, os mesmos autores chegam a uma conclusão diversa, ao comentarem a nulidade das cláusulas abusivas nos contratos de consumo, que se reputam nulas de “pleno direito” (ou seja, ineficazes, em razão de defeito gravíssimo, *ab ovo*) por força do art. 51 do CDC: “A sentença que reconhece a nulidade não é declaratória, mas constitutiva negativa”. (ob. cit., p. 947).

²⁰ Adota-se a explicação de Pontes de Miranda, que expõe a razão pela qual não se pode falar de declaração de nulidade: “Quando se exige a ‘ação’, ou a ‘ação ordinária’ é que só se permite a acionabilidade em ‘ação’, e não *incidenter*: excluiu-se o acionar-se em questão prejudicial, ou em exceção, e por isso, somente por isso (dizem), a ação declaratória seria fraca. Ora, encontraria ela o negócio jurídico nulo, ou o ato jurídico *stricto sensu* nulo, que se teria de desconstituir. Quando a lei não exige ação autônoma, ou ação de rito especial ou de rito ordinário, a ação declaratória é fraca; todavia, uma vez que tal nulidade é decretável a qualquer momento, suscite-a quem, interessado, a suscitar, ou de ofício, o juiz, ao sentenciar, primeiro decide a questão prejudicial e, pois, desconstitui; após isso, declara.

É importante repensar a categoria dos atos ilícitos, normalmente relacionados apenas à responsabilidade civil²¹ ou penal. O ato inválido é um ato que contém um ilícito, cuja sanção é a nulificação. A invalidação é a sanção cominada para as hipóteses em que se reconheça que o ato foi praticado sem o preenchimento de algum requisito havido como relevante²².

Não se pode confundir, ainda, o defeito com a sanção. Invalidação é a sanção e não o defeito que lhe dá causa. A coação é o defeito e a anulação, a sanção; a incapacidade é o vício, a nulificação, a sanção etc.²³ Não se pode baralhar ato defeituoso com ato inválido; ato defeituoso é o que se vê,²⁴ ato inválido decorre do reconhecimento do defeito pelo magistrado, com a conseqüente destruição do ato. Nem todo ato defeituoso é inválido (dependerá do vício), embora todo ato inválido seja defeituoso²⁵.

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

A partir deste resumo, é preciso investigar sobre qual dos planos recai o juízo de admissibilidade.

2. Procedimento como ato jurídico complexo.

Ao declarar, já o negócio jurídico nulo ou ato jurídico *stricto sensu* nulo, não é mais, não pertence mais ao mundo jurídico, já estava desconstituído”. (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. 4, cit., p. 13.)

²¹ Sobre o tema, com abordagens diversas, mas muito proveitosas, os excelentes trabalhos de MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo, RT, 2004, p. 65-70; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Teoria dos ilícitos civis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 7-22.

²² É o que Pontes de Miranda chama de “ilícito nulificante” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. 4, cit., p. 144-145). No mesmo sentido, reputando a invalidação como uma sanção: GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 472; MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico - plano da validade*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 45-46; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Teoria dos ilícitos civis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 104-106; GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no processo*, cit., p. 12-17; ZANNONI, Eduardo A. *Ineficácia y nulidad de los actos jurídicos*. 3ª. reimpressão. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2004, p. 160-162, especialmente a nota 91, em que há amplas referências bibliográficas. Roque Komatsu, que não considera a invalidez uma sanção, fez ampla pesquisa doutrinária sobre o tema, que merece ser consultada (*Da invalidez no processo civil*. São Paulo: RT, 1991, p. 181, nota 18).

²³ ASSIS, Araken de. “Eficácia da coisa julgada inconstitucional”, cit., p. 42; MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Invalidade e ineficácia do negócio jurídico”, cit., p. 226.

²⁴ DALL’AGNOL, Antonio Janyr. *Invalidades processuais*, cit., p. 14.

²⁵ DALL’AGNOL, Antonio Janyr. *Invalidades processuais*, cit., p. 22.

É fundamental, antes de ingressar no exame do juízo de admissibilidade, enquadrar o procedimento na teoria do fato jurídico (ramo da Teoria Geral do Direito). Isso porque, como será visto adiante, o juízo de admissibilidade é um juízo sobre a validade do procedimento.

O procedimento é um ato-complexo²⁶. Trata-se de ato jurídico “cujo suporte fáctico é complexo e formado por vários atos jurídicos. (...) No ato-complexo há um *ato final*, que o caracteriza, define a sua natureza e lhe dá a denominação e há o *ato* ou os *atos condicionantes* do ato final, os quais, condicionantes e final, relacionam-se 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”²⁷. Enquadra-se o procedimento na categoria “ato-complexo de formação sucessiva”: os vários atos que compõem o tipo normativo sucedem-se no tempo²⁸.

O procedimento é ato-complexo de formação sucessiva, porquanto seja um conjunto de atos jurídicos (atos processuais), relacionados entre si, que possuem como objetivo comum, no caso do processo judicial, a prestação jurisdicional²⁹. Convém, no entanto, repetir a advertência de Calmon de Passos que, com base nas lições de Giovane Conso, afirma não ser correto dizer que o procedimento produz apenas o efeito final, decorrente do ato final. “Na verdade, o que ocorre no procedimento não é

²⁶ Em sentido contrário, MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15ª. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2003, p. 447. Parece-nos, porém, que a divergência gira em torno do conceito de ato-complexo, aqui colocado como gênero do qual o procedimento seria espécie, lá examinado como tipo de ato administrativo. É suficiente que se leia a sua compreensão sobre o que seja procedimento: “Procedimento administrativo é uma sucessão itinerária e encadeada de atos administrativos que tendem, todos, a um resultado final e conclusivo. Isto significa que para existir o procedimento cumpre que haja uma seqüência de atos conectados entre si, isto é, armados em uma ordenada sucessão, visando a um ato derradeiro, em vista do qual se compôs esta cadeia, sem prejuízo, entretanto, de que cada um dos atos integrados neste todo conserve sua identidade funcional própria, que autoriza a neles reconhecer o que os autores qualificam como autonomia relativa”. (ob. cit., p. 442.)

²⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico – plano da existência*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 137-138.

²⁸ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 82. E arremata, classificando os “tipos complexos”: “Eles são classificados como (a) tipos complexos de formação concomitante ou instantânea, (b) de formação cronologicamente indiferente e (c) de formação sucessiva. No instantâneo, todos os atos ocorrem na mesma unidade de tempo. No cronologicamente indiferente, os atos se sucedem no tempo, mas uma ordem não prefixada e necessária, pelo que podem variar indiferentemente. No de formação sucessiva, os atos se sucedem numa ordem necessária e preestabelecida. Um exemplo muito importante de tipo complexo de formação sucessiva é o processo ou procedimento”. (ob. cit., p. 83.)

²⁹ Celso Antônio Bandeira de Mello ensina que o “ato final” é a manifestação decisiva a respeito de dado assunto, para a qual estão preordenados os atos, que se polarizam em torno do tema (mérito) discutido. (*Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 442.)

uma pluralidade de atos e um só efeito, mas uma série de atos e uma série de efeitos causalmente coligados com vistas a um efeito conclusivo”³⁰.

Eis o enquadramento do procedimento na Teoria Geral do Direito.

O processo é, também e inegavelmente, procedimento: conjunto de atos teleologicamente organizados. Impressionados com a compreensão do processo como relação jurídica, que está correta, muitos olvidam esta realidade. Processo é procedimento animado pela existência de uma relação jurídica que vincula os sujeitos que dele fazem parte — relação jurídica essa que se desenvolve em contraditório.

O exame do juízo de admissibilidade do processo não pode ignorar esse aspecto: o estudo da validade do processo é o estudo da validade do procedimento.

Surge, então, uma questão despercebida por boa parte da doutrina: o modo como é examinada a validade dos atos jurídicos complexos, e, pois, do procedimento. Para resolvê-la, é fundamental buscar guarida na Teoria Geral do Direito, no sub-ramo da teoria do fato jurídico. O enfrentamento do tema dar-se-á com a conjugação dos ensinamentos de dois juristas que, embora não abordassem o problema exatamente do modo como ele vem sendo examinado neste trabalho, dão os alicerces de todas as conclusões: Marcos Bernardes de Mello e Calmon de Passos.

Primeiramente, Calmon de Passos.

a) No estudo da teoria do fato jurídico, é necessário distinguir *pressuposto*, *requisito* e *condição*. *Pressuposto* é tudo quanto deve anteceder outro fato jurídico, para que se possa falar da sua existência jurídica; *requisito* é tudo quanto se coloca entre o momento *a quo* e o *ad quem* do fato, ou seja, tudo quanto integra a estrutura executiva do fato jurídico isoladamente considerado (opera no plano da validade); *condição* é tudo quanto se suceder à prática do ato, para que se obtenha determinado efeito jurídico (opera no plano da eficácia)³¹. Sendo assim, a validade do ato-complexo pode ser investigada durante todo o *iter* executivo do ato, que corresponde à prática de cada um dos atos jurídicos que o compõem. Os pressupostos e requisitos processuais podem dizer respeito a todos os atos do procedimento ou a cada um deles isoladamente — no

³⁰ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*, cit., p. 83.

³¹ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*, cit., p. 85.

primeiro caso, surge aquilo que se convencionou denominar de requisitos de admissibilidade do processo.

b) Nos atos complexos de formação sucessiva, ser pressuposto ou condição dependerá da posição e da função do ato. O ato “A” pode ser pressuposto do ato “B” do procedimento e ser condição de outro, o ato “C”. “O deferimento da inicial é pressuposto da citação, mas, ao mesmo tempo, a citação é pressuposto do decurso do prazo para a resposta e a citação é condição (fato necessário) para que o efeito da revelia se produza”³².

Agora, Marcos Bernardes de Mello.

A validade do ato-complexo de formação sucessiva dependerá da validade dos atos que o compõem. Cada ato que compõe o tipo do ato-complexo deve preencher os requisitos para a sua validade, mas a validade do ato-complexo (conjunto dos atos) dependerá da validade dos atos que compõem a cadeia — regra da causalidade. Explica o tema Marcos Bernardes de Mello, valendo-se da distinção explicada acima entre atos condicionantes e ato final do procedimento:

Os *atos condicionantes* são preparatórios do *ato final* e dele constituem pressupostos de validade, não de sua existência. É preciso ressaltar que cada um dos atos tem de atender a seus próprios pressupostos de validade e/ou eficácia. A nulidade de um deles, por exemplo, contamina os que lhe são posteriores e invalida o ato-complexo. Não afeta, porém, nem em sua falta, a existência do ato-complexo que será, nesse caso, nulo³³.

Em síntese: a) o procedimento é ato-complexo de formação sucessiva; b) a validade do ato-complexo será examinada durante todo o período de tempo que medeia a efetivação do primeiro e a do último ato que o compõem (fase executiva do ato-complexo); c) cada um dos atos do procedimento tem os seus próprios pressupostos de existência e requisitos de validade; d) a invalidação de um dos atos do procedimento é o que determina a invalidação dos demais atos que lhe seguirem (regra da causalidade normativa), impedindo a realização do ato final e impondo a invalidação

³² PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*, cit., p. 87. A propósito, lição de GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no processo*, cit., p. 34-42.

³³ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico – plano da existência*, cit., p. 138.

do ato-complexo; e) os atos praticados antes daquele que se invalidou não são afetados por essa nulificação, porquanto já executados (não há nulidade por fato posterior à prática do ato); f) encerrado o procedimento com a prática do ato final, sem que se verifique o defeito de qualquer dos atos que o compuseram, não se mais pode questionar a validade do ato-complexo, que se deve examinar, como visto, apenas durante a sua *fase executiva*.

Cabe uma advertência: pelas mais variadas razões, o legislador pode impedir a decretação da invalidade do procedimento ou de cada um dos seus atos, determinando o aproveitamento de atos praticados, notadamente tendo em vista a função instrumental das formas processuais. Isso é indiscutível e não é objeto deste estudo. Contudo, e é o que se quer pontuar, o sistema das invalidades processuais tem de ser investigado partindo-se das premissas aqui levantadas.

3. Conceito e objeto do juízo de admissibilidade.

O juízo de admissibilidade opera sobre o plano de validade dos atos jurídicos. Mais precisamente do ato jurídico complexo procedimento³⁴⁻³⁵.

Todo procedimento judicial instaura-se por um ato postulatório, normalmente de iniciativa das partes — mas nem sempre, pois há procedimentos que nascem por provocação de terceiro (as intervenções de terceiro e os embargos de terceiro, *e. g.*) e até mesmo em decorrência da atividade oficiosa (incidente de decretação de inconstitucionalidade em tribunal, art. 480 do CPC, o conflito de competência, art. 116 do CPC, e o incidente de uniformização de jurisprudência, art. 476 do CPC). Não se

³⁴ Relacionando a admissibilidade ao procedimento, ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955, t. 2, p. 45. Também assim, muito embora misturando as noções de demanda e procedimento, Piero Calamandrei, para quem a admissibilidade diz respeito “à regularidade do procedimento no qual a ação é proposta e feita valer”. (*Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, 1999, v. 1, p. 278.) Pontes de Miranda refere-se à admissibilidade do procedimento (p. 302) e da demanda (p. 303) (*Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998, t. 1). Miguel Teixeira de Sousa separa o juízo de admissibilidade do exame da existência e validade do processo; para esse autor português, o juízo de admissibilidade é o juízo sobre a possibilidade de uma decisão de mérito (“Sobre o sentido e a função dos pressupostos processuais”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1991, n. 63, p. 70).

³⁵ Em sentido diverso, considerando o juízo de admissibilidade como concernente ao plano da existência (a falta de uma condição da ação, requisito de admissibilidade do processo civil brasileiro — juízo de inadmissibilidade — implicaria inexistência do processo e da sentença eventualmente proferida), WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 200.

chega ao juízo sobre o que se postulou (juízo de mérito) sem contraditório, que se desenvolve por um procedimento (conjunto de atos) — a menos que a conclusão de mérito seja desfavorável ao postulante, hipótese em que a integração da outra parte ao contraditório é desnecessária.

Bem pensado o tema, portanto, percebe-se que o ato postulatório é o primeiro dos atos que compõem o ato-complexo procedimento — é o primeiro dos *atos condicionantes*, a que alude Marcos Bernardes de Mello. O exame da validade do ato postulatório é, *a fortiori*, o exame da validade do próprio procedimento de que faz parte. A peculiaridade consiste apenas na circunstância de ser o primeiro ato, que, uma vez invalidado, implicará a nulificação do procedimento *ab ovo*³⁶.

É importante ressaltar, também, que essas considerações valem para qualquer procedimento ou ato postulatório — embora o cerne deste trabalho seja o juízo de admissibilidade do processo, entendido como o juízo a respeito do procedimento principal e da demanda originária. O que aqui se diz aplica-se a qualquer procedimento (principal ou incidental, de primeiro grau ou recursal, de conhecimento ou executivo etc.) e a qualquer ato postulatório, inicial ou incidental (petição inicial, contestação, recurso, pedido de produção de prova, reconvenção, impugnação ao valor da causa, denunciação da lide, conflito de competência, exceções instrumentais etc.). Juízo de admissibilidade, talvez não seja ocioso repetir, é categoria que pertence à teoria geral do processo e se aplica ao procedimento. Há inúmeros trabalhos sobre o juízo de admissibilidade dos recursos, outros tantos sobre o juízo de admissibilidade da reconvenção, das intervenções de terceiro, dos incidentes em tribunal, das provas etc.³⁷

³⁶ Há quem distinga *inadmissibilidade* de *improcedibilidade*: aquela diria respeito à falta inicial dos requisitos processuais que devem ser preenchidos no momento da propositura da demanda; essa estaria relacionada com irregularidades processuais sobrevindas no curso do processo (CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, 1999, v. 1, p. 279, citando Redenti). Essa distinção não tem qualquer utilidade, porque, independentemente do momento em que se constate o defeito, haverá juízo de invalidade do procedimento.

³⁷ Os requisitos de admissibilidade dos recursos costumam ser relacionados com os requisitos de admissibilidade do processo. Como se vê, isso não é por acaso: em ambos os casos, fala-se de juízo de admissibilidade, que é o juízo sobre a validade do procedimento, principal ou recursal. A propósito, com amplas referências bibliográficas, inclusive da doutrina estrangeira, NERY Jr., Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 255, especialmente a nota 140; JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 43, especialmente a nota 1. Admitindo que se possa estabelecer “certa correspondência” entre os requisitos de admissibilidade da causa e os do recurso, MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 5, p. 262.

As noções sobre o juízo de admissibilidade são gerais: não há como criar tantas teorias gerais quantos sejam os procedimentos/atos postulatórios que se pretenda examinar.

Feitas essas observações prévias, a explanação pode prosseguir.

Toda postulação se sujeita a um duplo exame do magistrado: primeiro, verifica-se se será possível o exame do conteúdo da postulação; após, e em caso de um juízo positivo no primeiro momento, examina-se a procedência ou não daquilo que se postula. O primeiro exame “tem prioridade lógica, pois tal atividade [análise do conteúdo da postulação] só se há de desenvolver plenamente se concorrerem os requisitos indispensáveis para tornar legítimo o seu exercício”.³⁸⁻³⁹ No juízo de admissibilidade, verifica-se a existência dos requisitos de admissibilidade. Distingue-se do juízo de mérito, que é aquele “em que se apura a existência ou inexistência de fundamento para o que se postula, tirando-se daí as conseqüências cabíveis, isto é, acolhendo-se ou rejeitando-se a postulação. No primeiro, julga-se esta *admissível* ou *inadmissível*; no segundo, *procedente* ou *improcedente*”⁴⁰. Por isso que se fala em admissibilidade do recurso, da petição inicial, da denunciação da lide etc.

Calmon de Passos cuida da inadmissibilidade no plano da validade, distinguindo-a da nulidade, pois está relacionada ao procedimento⁴¹. A lição merece ser repetida:

³⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 260. O texto entre colchetes não consta do original. Assim, também, GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso*. Buenos Aires: EJE, 1961, t. 1, p. 120 e segs.

³⁹ Miguel Teixeira de Sousa, em belo trabalho, questiona o rigor da observância dessa prioridade lógica do juízo de admissibilidade sobre o juízo de mérito, afirmando ser possível, em algumas hipóteses, que o tribunal examine o mérito, sem que ter feito o juízo sobre a admissibilidade do procedimento. Baseia-se na obra alemã de Rimmelspacher, que reputa revolucionária. Eis um seu exemplo: “...não se vislumbra justificação plausível para impedir que o tribunal (competente, para não complicar a hipótese) perante o qual foi deduzida a exceção de litispendência não se possa antecipar no proferimento de uma decisão sobre o mérito ao julgamento do outro Tribunal no qual está pendente esta mesma ação, dado que daquela decisão resulta uma definição mais rápida da situação jurídica das partes...” (“Sobre o sentido e a função dos pressupostos processuais”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1991, n. 63, p. 65.)

⁴⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 261. “Así hablamos no de demanda válida, si cumple las formalidades, sino admisible”. (VESCOVI, Enrique. *Teoría general del proceso*. 2ª. ed. Bogotá: Editorial Temis, 1999, p. 222.)

⁴¹ Mais à frente, o autor baiano afirma: “...aos litigantes são devidos dois juízos distintos, quando pleiteiam a tutela jurídica do Estado. Um, a respeito da validade do processo de que se fez participante — juízo de admissibilidade, em que se certifica, positiva ou negativamente, a adequação do processo às exigências do devido processo constitucional. Outro, só é devido se positivo o primeiro, em que se certifica positiva ou negativamente o direito à tutela pretendida”. (ob. cit., p. 122.) Adiante, porém, afasta a inadmissibilidade da nulidade: “O que é inadmissível não é nulo, sim é afirmado como inapto para obrigar o magistrado a prosseguir prestando sua atividade jurisdicional no processo”. (ob. cit., p. 158.)

De necessidade fundamental distinguirmos o *juízo de admissibilidade* que todo magistrado deve, necessariamente, proferir sobre a validade do processo antes de decidir sobre a tutela pretendida pelos litigantes (mérito) do juízo que ele faz, *num processo válido*, a respeito da validade ou invalidade de atos que integram a série de atos constitutivos do procedimento. (...) foi de fácil percepção haver pressupostos que se revelavam como exigíveis, não para determinado ato do procedimento, sim para todos eles, quer explícita quer implicitamente. Isso significa que, ausentes ou defeituosos, contaminam *todos* os atos do procedimento, tornando-se inviável o próprio processo. A falta não suprida ou insusceptível de suprimento, bem como o defeito insanável ou não sanado de um desses pressupostos, dada sua abrangência, obsta o exame do mérito, pelo que se impõe a *extinção* do processo sem exame do mérito. Essa decretação comporta seu enquadramento no dever de saneamento do magistrado e, pode ser qualificada como um juízo de *inadmissibilidade*.⁴²

Embora Calmon de Passos distinga nulidade de inadmissibilidade⁴³⁻⁴⁴ — o que não se faz neste trabalho, pois se considera a inadmissibilidade como a nulidade do

⁴² *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*, cit., p. 116 e 117. Adiante, na p. 158, afirma: “O que é inadmissível não é nulo, sim é afirmado como inapto para obrigar o magistrado a prosseguir prestando sua atividade jurisdicional no processo. Entendo, assim, que o indeferimento a inicial é decisão sobre sua inadmissibilidade, não decretação da sua invalidade”. No entanto, em outra obra, eis como se manifesta o mestre baiano sobre o mesmo tema: “A petição inicial, ato processual típico, pode, conseqüentemente, ser defeituosa. E se o defeito que apresenta é relevante, isto é, capaz de obstar o fim específico a que o ato se propõe ou de dificultar ou impedir o alcance dos fins de justiça a que o próprio processo, como fenômeno global, se lança, deve o defeito da petição inicial acarretar o seu indeferimento, vale dizer, a sanção de invalidade do ato, chamada de indeferimento, por seu caráter obstativo”. (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 8ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 3, p. 213).

⁴³ Também assim Enrique VESCOVI, que reconhece, contudo, que a admissibilidade está “muito próxima da validade”. (*Teoría general del proceso*, cit., p. 222). Repita-se: a admissibilidade é o juízo da validade do procedimento.

⁴⁴ James Goldschmidt distingue invalidade de inadmissibilidade, afirmando que essa última refere-se apenas aos atos processuais de obtenção (petições, afirmações, aporções de prova). O autor nega que os atos jurídicos de obtenção passem pelo plano da validade: submeter-se-iam a duas valorações, a admissibilidade e a valoração do seu conteúdo (“fundabilidad”, se a postulação é fundada). (*Principios generales del proceso*. Buenos Aires: EJE, 1961, t. 1, p. 114-115). A premissa do autor é bastante questionável: afirmar que petições não passam pelo plano da validade, é ignorar, por exemplo, a petição assinada por agente incapaz (incapacidade postulatória) é nula, como, aliás, determina o art. 4º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. Não se consegue distinguir o exame da admissibilidade do exame da validade desses atos jurídicos, notadamente quando o mesmo autor afirma, na p. 115, que os requisitos de admissibilidade são formais, como os são os requisitos de validade dos atos jurídicos de um modo geral. A transcrição de um excerto da obra do autor parece ser bem emblemática da dificuldade de

procedimento⁴⁵⁻⁴⁶ —, a sua compreensão do fenômeno é bastante útil ao desenvolvimento desse estudo, porquanto situe o juízo de admissibilidade no plano da validade dos atos jurídicos⁴⁷, o que está correto. Fundamental perceber, no entanto, que há “pressupostos” de todos os atos (do procedimento) e há “pressupostos” de cada ato: aqueles são chamados de pressupostos processuais⁴⁸.

O juízo de admissibilidade é categoria pertencente à teoria geral do processo e relaciona-se com determinadas características da relação jurídica processual: a complexidade e o dinamismo.

A inadmissibilidade é uma decisão que obsta o prosseguimento da atuação do magistrado, impedindo-o de examinar o mérito do ato postulatório (objeto do ato conclusivo do procedimento), porque não permite o prosseguimento da marcha procedimental, de resto iniciada a partir de uma demanda (inicial ou incidental)⁴⁹. A inadmissibilidade incorpora a idéia de obstáculo ao movimento; é figura complexa, que se relaciona com a criação de um impedimento ao ingresso de um ato processual no processo, ou numa fase deste⁵⁰.

Mas não é só.

A inadmissibilidade é invalidação do procedimento (ato jurídico complexo), a partir do reconhecimento de defeito que impede a apreciação daquilo que foi postulado

separar o “inadmissível” do “inválido”: “Un acto de obtención que cerece de los presupuestos o formas legales, no se atiende, si el defecto es tan craso que ele acto ni siquiera tenga la apariencia de tal; el acto defectuoso ha de recharzase como inadmisibile..., a no ser que se admitiere una subsanación del defecto” (ob. cit., p. 177). Não observância de formas, defeito, sanção..., tudo isso está relacionado ao plano da validade dos atos jurídicos, como é cediço. Ademais, como bem demonstrou Paula Costa e Silva, os vícios de vontade também são relevantes nos atos postulatórios, comprometendo a sua validade (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).

⁴⁵ Rosenberg não admite que se possa falar em validade ou invalidade do processo. Só os atos processuais podem ser válidos ou inválidos (ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955, t. 2, p. 47). De fato, o processo, como relação jurídica, não pode ser inválido (ele existe ou não existe). Mas o procedimento, como ato jurídico que é, pode ser inválido. Demais disso, o autor cuida da invalidade como ineficácia, adotando premissas diferentes das aqui adotadas.

⁴⁶ Antonio Janyr Dall’Agnol Jr. atentou para a circunstância, quando afirmou que “nulidades processuais” é expressão que tanto diz respeito à invalidade do ato processual como à do processo, como conjunto de atos processuais. (*Invalidades processuais*. Porto Alegre: LEJUR, 1989, p. 12.)

⁴⁷ *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*, cit., p. 36-37.

⁴⁸ Assim, Rosenberg, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955, t. 2, p.45.

⁴⁹ Inadmissibilidade, para Calmon de Passos, é a “falta de aptidão do procedimento para alcançar seu resultado típico, ou, em palavras mais específicas do processo jurisdicional, para legitimar o exame do mérito”. (*Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*, cit., p. 38).

⁵⁰ ALEXANDRE, Isabel. *Provas ilícitas em processo civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 28, com base em lição de Enrico Altavilla.

(mérito), decisão essa que é o objeto do procedimento (objeto do ato final/conclusivo/típico). É, pois, sanção aplicável ao procedimento, que impede o magistrado de prosseguir o seu exame, enfrentando a questão de mérito posta para a sua decisão⁵¹. “Indeferimento” ou “não-conhecimento” são as expressões comumente utilizadas pelos magistrados na prolação do juízo de inadmissibilidade.

As causas de inadmissibilidade (como todas as causas de invalidade) devem ser contemporâneas à prática do ato. Fatos supervenientes podem comprometer a admissibilidade, certamente, mas é fundamental que se perceba que são os atos que compõem o procedimento os que serão afetados, não mais o ato que lhe originou (o ato postulatório). O procedimento, como ato-complexo (conjunto de atos), pode ser considerado inadmissível — e, portanto, obstaculizado o seu prosseguimento — por fatos que aconteçam durante o seu desenrolar, sem que isso retire do juízo de admissibilidade a característica de ser um juízo sobre a validade; basta que se saiba que apenas os atos posteriores ao fato superveniente poderão ser nulificados, não os anteriores, que praticados regularmente, não podem, então, ser invalidados.

Eis, portanto, as conclusões parciais a que se chega: a) o procedimento submetese ao juízo de admissibilidade; b) o juízo de admissibilidade é o juízo sobre a validade do ato-complexo procedimento; c) a inadmissibilidade é sanção que se aplica ao procedimento defeituoso.

Pode-se prosseguir.

É possível que surja a pergunta sobre qual seria a relevância de enquadrar-se o juízo de admissibilidade no plano da validade dos atos jurídicos. O próximo item cuidará de responder a essa possível indagação.

4. O juízo de admissibilidade e o sistema de invalidades da legislação processual civil.

4.a) Consideração introdutória.

⁵¹ Cumpre apontar a divergência de Aroldo Plínio Gonçalves, para quem não há invalidade de todo o procedimento; o autor distingue a nulidade das figuras do indeferimento da petição inicial e da extinção do processo sem julgamento do mérito (*Nulidades no processo*, cit., p. 41-42). Segundo o posicionamento aqui defendido, os casos de extinção do processo sem exame do mérito normalmente se encaixam na categoria da inadmissibilidade, que é o juízo de invalidade do procedimento.

Se inadmissibilidade é sanção de invalidade do procedimento, a ela deve ser aplicado todo o sistema de invalidades regulado pelo Código de Processo, construído, como se sabe, exatamente para que nulidades não se decretem⁵². A decretação da inadmissibilidade do procedimento é sanção que somente deve ser aplicada quando não for possível ir adiante, em busca da solução do mérito — situação que deve ser encarada sempre como excepcional e malfazeja. É possível que tenha sido essa a razão pela qual Carnelutti considerava a extinção do processo sem exame do mérito uma das manifestações da crise do procedimento (ao lado da suspensão do processo): o processo não chega ao *ato final*, para o qual todos os demais atos do processo estavam direcionados, que é a solução do objeto litigioso⁵³.

Afirma-se que não há invalidades processuais de “pleno direito”: toda invalidade processual precisa ser decretada⁵⁴. Afirma-se, também, que somente se deve nulificar um ato do procedimento se não for possível aproveitá-lo — do mesmo modo que a invalidação deve restringir-se ao mínimo necessário, mantendo-se incólumes partes do ato que possam ser aproveitadas, por não terem sido contaminadas. Não há nulidade processual sem prejuízo. A invalidade processual é sanção que decorre da incidência de regra jurídica sobre um suporte fático composto: defeito + prejuízo. Concorde-se com essas premissas e se afirma: tudo isso deve ser aplicado ao juízo de admissibilidade, juízo de validade que é. Nada justifica o contrário — nem mesmo o pensamento de que os vícios que implicam inadmissibilidade, por serem mais graves, não permitiriam a adoção desta postura.

É possível, ainda, com base nessas premissas, ir mais além. Admite-se que o magistrado possa, não obstante um defeito do procedimento (falta de um requisito processual), em certos casos (ressalvados o impedimento/suspeição, se a favor do réu, e a incompetência absoluta), ignorando-o, avançar no mérito e rejeitar a pretensão do

⁵² Daí a surpresa de Pontes de Miranda: “O que logo surpreende o leitor do Código de Processo Civil é que, no Título V, onde se trata das nulidades, a lei mais se preocupasse com as regras jurídicas contrárias à nulidade, ou à sua decretação”. (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, v. 3, p. 353.)

⁵³ *Instituições do Processo Civil*. São Paulo: Classic Book, 2000, v. 2, p. 171.

⁵⁴ Neste sentido, apenas para exemplificar, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 162; PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*, cit., *passim*; GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no processo*, cit., p. 76-82; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros Ed, 2001, v. 2, p. 586-587; KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*. São Paulo: RT, 1991, p. 206-208; CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1974, v. 8, p. 147; DALL’AGNOL, Antonio Janyr. *Invalidades processuais*. Porto Alegre: LEJUR, 1989, p. 20.

demandante. Isso não causaria qualquer prejuízo ao demandado, muito ao contrário. Com base nas lições de Rimmelspacher, Miguel Teixeira de Sousa sistematiza a questão: os “pressupostos processuais” condicionam a produção de uma decisão de procedência, mas não o proferimento de uma sentença de improcedência⁵⁵. E arremata, com razão: “A falta de um desses pressupostos não obsta à produção de uma decisão de mérito favorável à parte (ativa ou passiva) cuja posição processual seria protegida com a verificação do pressuposto”⁵⁶.

Assim, por exemplo, o magistrado poderia julgar improcedente o pedido do autor mesmo diante de um defeito da sua petição inicial, como a falta de juntada de documentos indispensáveis, ou da falta de comprovação do pagamento das custas processuais.

Ainda neste sentido, se o autor incapaz não regulariza sua representação processual, mas é possível acolher o seu pedido, não deve o magistrado extinguir o processo sem exame de mérito (art. 13, I, do CPC): deve acolher o pedido, determinando a correção do defeito de representação apenas para a instância recursal, porque a ausência de representação não causou prejuízo ao demandante (a incapacidade é uma técnica de proteção àquele que é considerado incapaz; se o defeito de capacidade não causou prejuízo àquele que se beneficia com essa exigência, não pode levar a uma decisão que lhe desfavoreça). Miguel Teixeira de Sousa ratifica esse entendimento, ao examinar a questão da possibilidade de o réu alegar a incapacidade processual do autor. Para o autor português, o pedido de extinção do processo em razão de defeito de capacidade processual do autor não pode ser formulado pelo réu, que não sofre com isso nenhum prejuízo:

Efetivamente, a aceitação de que a alegação da incapacidade judiciária (*lato sensu*) do autor é uma estratégia possível do réu é incompatível com o postulado de que a exigência dessa capacidade judiciária visa a proteção da parte ativa, porque de duas uma: — ou se admite que essa invocação tutela interesses do réu, que, aliás, não se vislumbram quais possam ser e o que contraria, de qualquer forma, a premissa de que esse pressuposto se orienta

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

⁵⁶ “Sobre o sentido e a função dos pressupostos processuais”, cit., p. 82.

para a proteção do autor; — ou se aceita que o réu defende altruísticamente os interesses da contraparte, o que, apesar de louvável, não corresponde à posição e ao papel das partes em Juízo e para o que falta a essa parte passiva o necessário interesse processual. Não é admissível, por isso, a invocação pelo réu da incapacidade judiciária do autor. O que, em termos práticos, significa que, perante a alegação dessa exceção pelo réu, não é nulo, por omissão de pronúncia ..., o despacho ou a sentença que não se pronunciou sobre essa invocação e sobre aquela incapacidade⁸⁴.

Uma outra aplicação desta tese pode ser feita em relação à capacidade postulatória. Parte-se da premissa de que a exigência de representação processual por profissional habilitado (advogado), titular de capacidade postulatória, é uma técnica para proteger as pessoas juridicamente leigas, permitindo que defendam os seus direitos em juízo de modo mais efetivo e adequado. Assim, se a parte autora, sem estar representada por advogado, e, pois, sem capacidade postulatória, formula demanda que pode ser acolhida pelo magistrado, nada justifica a extinção do processo sem exame do mérito por falta do requisito processual, já que a sua não-observância não causou prejuízo à parte que se beneficia com a exigência (que é a parte autora). A inexistência de prejuízo é facilmente constatável: não obstante sem a participação do advogado, a parte conseguiu demonstrar a juridicidade do seu pleito. Não se pode prejudicar o autor, não acolhendo o pedido que se mostra justo, a pretexto de ajudá-lo, protegendo por estar desacompanhado de advogado. Do mesmo modo, se o réu se apresenta sem advogado, não deve o juiz indeferir a contestação, por falta de um requisito de validade (capacidade postulatória) e considerar o demandado revel. Deve o magistrado nomear um advogado dativo, que pode ser um defensor público, para ratificar a peça de defesa. É que uma norma de proteção, como aquela que exige a capacidade postulatória, não pode ser utilizada contra o seu beneficiário: a pretexto de proteger o réu, o juiz não recebe a sua defesa e o considera revel. Trata-se de aplicação da exigência formal de suprimento da incapacidade contra aquele que é protegido por ela, o incapaz, o que não se pode admitir.

Tudo isso é aplicação direta do disposto no art. 249, § 2º, do CPC brasileiro: “Quando puder decidir do mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato, ou suprir-lhe a falta”⁵⁷.

Talvez seja interessante pontuar algumas outras aplicações práticas desse pensamento.

4.b) Aplicação do sistema de invalidades processuais ao juízo de admissibilidade do procedimento principal. Noções sobre o princípio da cooperação.

Outra importante aplicação prática desta proposta é a de impor ao magistrado os deveres de correção e de aproveitamento do procedimento, mesmo ausente um dos “pressupostos processuais” de validade⁵⁸. Exige-se que o magistrado assuma o compromisso de fazer o possível para que o mérito seja examinado. Se houver defeitos processuais (ausência de algum requisito processual), deve ser sanado; se o defeito não causar prejuízo, o procedimento deve ser aproveitado e o mérito deve ser julgado etc. José Orlando Rocha de Carvalho realça esse aspecto, colocando-o como o ápice do seu trabalho — que se reputa fundamental, diga-se, para a correta percepção do fenômeno⁵⁹.

Atualmente, prestigia-se no direito estrangeiro — mais precisamente na Alemanha⁶⁰, França⁶¹ e em Portugal⁶² —, e já com alguma repercussão na doutrina

⁵⁷ Após a publicação da tese de doutoramento referida na nota 1, outros trabalhos doutrinários surgiram, seguindo orientação doutrinária bastante semelhante: MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006, p. 474-481; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade e técnica processual*. São Paulo: Malheiros Ed., 2006; HERTEL, Daniel Roberto. *Técnica processual e tutela jurisdicional – a instrumentalidade substancial das formas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

⁵⁸ Examinado o tema à luz do princípio da proporcionalidade, Gisele Góes: “O juiz que exerce o raciocínio decalcado no princípio da proporcionalidade sempre tentará salvar atos processuais praticados, exercitando os princípios mencionados, pois proferirá juízo de ponderação, para atingir o equilíbrio, com fulcro na necessidade, adequação e menores ônus para o processo quanto ao caminho escolhido, afastando-se os excessos”. (*Princípio da proporcionalidade no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 180.)

⁵⁹ CARVALHO, José Orlando Rocha de. *Teoria dos pressupostos e dos requisitos processuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 158-166.

⁶⁰ § 139 da ZPO Alemã, alterado pela lei de 27.07.2001: “*Materielle Prozessleitung (1) Das Gericht hat das Sach- und Streitverhältnis, soweit erforderlich, mit den Parteien nach der tatsächlichen und rechtlichen Seite zu erörtern und Fragen zu stellen. Es hat dahin zu wirken, dass die Parteien sich rechtzeitig und vollständig über alle erheblichen Tatsachen erklären, insbesondere ungenügende Angaben zu den geltend gemachten Tatsachen ergänzen, die Beweismittel bezeichnen und die sachdienlichen Anträge stellen. (2) Auf einen Gesichtspunkt, den eine Partei erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten hat, darf das Gericht, soweit nicht nur eine Nebenforderung betroffen ist, seine*

brasileira⁶³, o chamado *princípio da cooperação*, que orienta o magistrado a tomar uma posição de agente-colaborador do processo, de participante ativo do contraditório e não apenas a de um mero fiscal de regras. Essa participação não se resumiria à ampliação dos seus poderes instrutórios ou de efetivação das decisões judiciais (arts. 131 e 461, § 5º, CPC). O magistrado deveria adotar uma postura de diálogo com as partes e com os demais sujeitos do processo: esclarecendo suas dúvidas, pedindo esclarecimentos quando estiver com dúvidas e, ainda, dando as orientações necessárias, quando for o caso. Encara-se o processo como o produto de atividade cooperativa: cada qual com as suas funções, mas todos com o objetivo comum, que é a prolação do ato final (decisão do magistrado sobre o objeto litigioso). Traz-se o magistrado ao debate processual;

Entscheidung nur stützen, wenn es darauf hingewiesen und Gelegenheit zur Äußerung dazu gegeben hat. Dasselbe gilt für einen Gesichtspunkt, den das Gericht anders beurteilt als beide Parteien. (3) Das Gericht hat auf die Bedenken aufmerksam zu machen, die hinsichtlich der von Amts wegen zu berücksichtigenden Punkte bestehen. (4) Hinweise nach dieser Vorschrift sind so früh wie möglich zu erteilen und aktenkundig zu machen. Ihre Erteilung kann nur durch den Inhalt der Akten bewiesen werden. Gegen den Inhalt der Akten ist nur der Nachweis der Fälschung zulässig. (5) Ist inner Partei eine sofortige Erklärung zu einem gerichtlichen Hinweis nicht möglich, so soll auf ihren Antrag das Gericht eine Frist bestimmen, in der sie die Erklärung in einem Schriftsatz nachbringen kann." Em vernáculo, de acordo com a tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Titular de Processo Civil da Universidade Federal do Rio Grande do Sul: "§ 139 — CONDUÇÃO MATERIAL DO PROCESSO. (1) O órgão judicial deve discutir com as partes, na medida do necessário, os fatos relevantes e as questões em litígio, tanto do ponto de vista jurídico quanto fático, formulando indagações, com a finalidade de que as partes esclareçam de modo completo e em tempo suas posições concernentes ao material fático, especialmente para suplementar referências insuficientes sobre fatos relevantes, indicar meios de prova, e formular pedidos baseados nos fatos afirmados. (2) O órgão judicial só poderá apoiar sua decisão numa visão fática ou jurídica que não tenha a parte, aparentemente, se dado conta ou considerado irrelevante, se tiver chamado a sua atenção para o ponto e lhe dado oportunidade de discuti-lo, salvo se se tratar de questão secundária. O mesmo vale para o entendimento do órgão judicial sobre uma questão de fato ou de direito, que divirja da compreensão de ambas as partes. (3) O órgão judicial deve chamar a atenção sobre as dúvidas que existam a respeito das questões a serem consideradas de ofício. (4) As indicações conforme essas prescrições devem ser comunicadas e registradas nos autos tão logo seja possível. Tais comunicações só podem ser provadas pelos registros nos autos. Só é admitido contra o conteúdo dos autos prova de falsidade. (5) Se não for possível a uma das partes responder prontamente a uma determinação judicial de esclarecimento, o órgão judicial poderá conceder um prazo para posterior esclarecimento por escrito".

⁶¹ Art. 16 do Novo Código de Processo Civil francês: "Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction. Il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement. Il ne peut fonder sa décision sur le moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations". Em vernáculo, segundo a tradução de Eduardo Ferreira Jordão: "O juiz deve, em todas as circunstâncias, fazer observar e observar ele mesmo o princípio do contraditório. Ele não pode considerar, na sua decisão, as questões, as explicações e os documentos invocados ou produzidos pelas partes a menos que estes tenham sido objeto de contraditório. Ele não pode fundamentar sua decisão em questões de direito que suscitou de ofício, sem que tenha, previamente, intimado as partes a apresentar suas observações".

⁶² Art. 266 do CPC de Portugal: "1 - Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio".

⁶³ Sobre o tema há os trabalhos de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, José Carlos Barbosa Moreira, José Roberto dos Santos Bedaque e Lúcio Grassi, todos citados ao longo do texto.

prestigiam-se o diálogo e o equilíbrio⁶⁴. Trata-se de princípio que estrutura e qualifica o contraditório. A obediência ao princípio da cooperação é comportamento que impede ou dificulta a decretação de nulidades processuais — e, principalmente, a prolação do juízo de inadmissibilidade.

Como afirma José Lebre de Freitas: “A progressiva afirmação do princípio da cooperação, considerado já uma trave mestra do processo civil moderno, leva freqüentemente a falar duma *comunidade de trabalho (Arbeitsgemeinschaft)* entre as partes e o tribunal para a realização da função processual”⁶⁵.

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

O *dever de esclarecimento* “consiste no dever do tribunal de se esclarecer junto às partes quanto às dúvidas que tenha sobre as suas alegações, pedidos ou posições em juízo”⁶⁶, para evitar decisões tomadas em impressões equivocadas/apressadas⁶⁷. Assim: se o magistrado estiver em dúvida sobre o preenchimento de um requisito processual de validade, deverá providenciar esclarecimento da parte envolvida, e não determinar imediatamente a consequência prevista em lei para esse ilícito processual (extinção do processo, por exemplo) — nesse sentido, n. 3 do § 139 da *ZPO* Alemã. É possível dizer, até, que, na dúvida, o magistrado deve reputar admissível (válido) o procedimento. Do mesmo modo, não deve o magistrado indeferir a petição inicial, tendo em vista a obscuridade do pedido ou da causa de pedir, sem antes pedir esclarecimentos ao demandante — convém lembrar que há hipóteses em que se confere capacidade

⁶⁴ “Semelhante cooperação, além disso, mais ainda se justifica pela complexidade da vida atual, mormente porque a interpretação da *regula iuris*, no mundo moderno, só pode nascer de uma compreensão integrada entre o sujeito e a norma, geralmente não unívoca, com forte carga de subjetividade. Entendimento contrário padeceria de vício dogmático e positivista. / Exatamente em face desta realidade, cada vez mais presente na rica e conturbada sociedade de nossos tempos, em permanente mudança, ostenta-se inadequada a investigação solitária do órgão judicial. Ainda mais que o monólogo apouca necessariamente a perspectiva do observador e em contrapartida o diálogo, recomendado pelo método dialético, amplia o quadro de análise, constringe à comparação, atenua o perigo de opiniões preconcebidas e favorece a formação de um juízo mais aberto e ponderado.” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. “Garantia do Contraditório”. In “Garantias Constitucionais do Processo Civil”. São Paulo: RT, 1999, p. 139; ainda do mesmo autor, “Poderes do juiz e visão cooperativa do processo”. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênese, 2003, n. 27, p. 27-28; “Efetividade e processo de conhecimento”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1999, n. 96, p. 64-68).

⁶⁵ FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil – conceito e princípios gerais*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 168.

⁶⁶ GRASSI, Lúcio. “Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real”. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2003, n. 06, p. 50.

⁶⁷ Art. 266 do CPC de Portugal: “2 – O juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de fato”.

postulatória a não-advogados, o que torna ainda mais indispensável o cumprimento desse dever⁶⁸.

Não pode o magistrado decidir com base em questão de fato ou de direito, ainda que possa ser conhecida *ex officio*⁶⁹, sem que sobre elas sejam as partes intimadas a manifestar-se. Deve o juiz consultar as partes sobre esta questão não alvitrada no processo, e, por isso, não posta em contraditório, antes de decidir⁷⁰. Eis o *dever de consultar*. Trata-se de manifestação da garantia do contraditório, que assegura aos litigantes o poder de tentar influenciar na solução da controvérsia⁷¹. Como cabe ao magistrado a investigação oficiosa dos requisitos de admissibilidade do processo (§ 3º do art. 267 do CPC), o respeito a esse dever revela-se fundamental. Acaso o magistrado “descubra” a falta de um requisito de admissibilidade, não deve determinar a extinção do processo (se esse for o efeito previsto) sem antes ouvir as partes sobre a questão⁷². É

⁶⁸ Para Lúcio Grassi, é possível retirar este dever judicial, no direito brasileiro, dos artigos 130, 131, 339, 340, I do CPC brasileiro (“Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real”, cit., p. 51).

⁶⁹ Art. 3º, 3, CPC Português: “O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre ela se pronunciarem”. Ver os itens 2 e 3 do § 139 da ZPO Alemã, já citados. Sobre o tema, ainda, OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. “Garantia do Contraditório”, cit., p. 144-145; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. “Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório”. *Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas)*. José Roberto dos Santos Bedaque e José Rogério Cruz e Tucci (coord.). São Paulo: RT, 2002, p. 39; GRASSI, Lúcio. “Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real”, cit., p. 53-56. Cf., ainda, julgado relatado por Araken de Assis, publicado na Revista Forense n. 338/301-309; TALAMINI, Eduardo. “Saneamento do processo”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1997, n. 86, p. 97, item 22; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz*. São Paulo: Método, 2004, p. 253.

⁷⁰ “Ao ver do legislador alemão, uma das circunstâncias capazes de concorrer para que se alcance esse fim consiste na clareza com que, ao longo do processo, possam os litigantes formar idéia sobre o provável desfecho. Para tanto, é mister que saibam quais as questões de fato e de direito consideradas relevantes pelo órgão julgador e tenham oportunidade de trazer ao propósito a sua contribuição. O § 139 da ZPO já consagrava, em semelhante perspectiva, o chamado *Hinweispflicht*, isto é, o dever do órgão judicial de providenciar para que as partes elucidassem de modo completo todos os fatos relevantes e indicassem as provas respectivas, incumbindo-lhe, na medida da necessidade, discutir com os litigantes os aspectos fáticos e jurídicos do pleito e formular-lhes perguntas. A reforma trata de reforçar este dever. De acordo com a nova redação do § 139, em princípio é vedado ao tribunal colocar-se, para fundamentar sua decisão, em ponto de vista estranho ao das partes, por elas considerado irrelevante ou por ambos valorado de maneira diferente da que parece correta ao órgão judicial, a menos que este lhes faça a respectiva indicação e lhes dê ensejo de manifestar-se”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão”. *Temas de direito processual – 8ª série*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 201-202.)

⁷¹ DIDIER Jr., Fredie. “Princípio do contraditório: aspectos práticos”. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênese, 2003, n.29, p. 510; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. “Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório”, cit., p. 39-42.

⁷² Muito interessante a ponderação de Rodrigo Mazzei: se o CPC impõe a ouvida do autor quando o réu alega a falta de um requisito de admissibilidade (art. 327), dando ensejo ao contraditório, por que também

certo, ainda, que o magistrado pode indeferir a petição inicial por motivos não relacionados à sua validade: é o caso da extinção com exame de mérito, em razão do reconhecimento de decadência legal ou prescrição (arts. 210 do CC-2002 e art. 219, § 5º, CPC). Nessas situações, por não se tratar de vícios do instrumento da demanda, não se poderia falar em correção do defeito. Mesmo nesses casos a garantia do contraditório se impõe. Examinado com atenção o dispositivo do art. 296 do CPC, que autoriza a retratação do magistrado, tendo havido apelação contra sentença que indefere a petição inicial, será fácil constatar a aplicação do mencionado princípio: permite-se ao demandante tentar convencer o magistrado sobre a inexistência da questão de mérito conhecida *ex officio* e sobre a qual não teve a oportunidade de manifestar-se.

Tem o magistrado, ainda, o dever de apontar as deficiências das postulações das partes, para que possam ser supridas. Trata-se do chamado *dever de prevenção*. “O dever de prevenção tem âmbito mais amplo: vale genericamente para todas as situações em que o êxito da ação a favor de qualquer das partes possa ser frustrado pelo uso inadequado do processo”⁷³. No direito brasileiro, esse dever de prevenção está consagrado no art. 284 do CPC, que garante ao demandante o direito de emendar a petição inicial, se o magistrado considerar que lhe falta algum requisito; não é permitido o indeferimento da petição inicial sem que se dê a oportunidade de correção do defeito⁷⁴. Não cumprindo o autor a diligência que lhe fora ordenada, a petição inicial será indeferida (art. 295, VI, CPC). Um outro exemplo seria o inciso V do art. 295 do CPC, que autoriza o indeferimento da petição inicial por escolha equivocada do procedimento, senão puder adaptar-se ao modelo legal. Nesses casos, deve sempre o magistrado intimar o demandante e indicar qual o procedimento aplicável, dando-lhe prazo para que tome as providências que reputar necessárias. Finalmente, tem-se o caso do chamado interesse-adequação, examinado mais à frente, que consiste na exigência de formulação da providência jurisdicional adequada (procedimento ou técnica de decisão). Deixando de lado, por ora, a impropriedade do instituto, cabe ao magistrado indicar qual

não se exigir o contraditório quando a falta for “alegada” pelo juiz? (“O manejo dos declaratórios pelo terceiro prejudicado”. *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. Fredie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2004, p. 921-922, nota 127.)

⁷³ GRASSI, Lúcio. “Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real” cit., p. 52.

⁷⁴ GRASSI, Lúcio. “Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real” cit., p. 52.

o tipo de providência jurisdicional adequada, não podendo reconhecer a carência de ação, sem que antes dê oportunidade à correção do defeito.

4.c) Aplicação do sistema de invalidades processuais ao juízo de admissibilidade do recurso.

Essa conclusão também se aplica ao juízo de admissibilidade dos recursos — embora se reconheça que, para evitar chicanas processuais e para que não se comprometa demasiadamente a celeridade processual, a possibilidade de correção dos defeitos deva ser minimizada, mas não eliminada⁷⁵. Eis algumas aplicações.

O próprio princípio da fungibilidade dos recursos, que diz respeito ao requisito de admissibilidade “cabimento”, é uma manifestação clara de que ao juízo de admissibilidade dos recursos deve ser aplicado o sistema das invalidades. Na verdade, o princípio da fungibilidade é a aplicação, no processo, da regra da conversão do ato nulo, já consagrada no direito brasileiro, inclusive em nível legislativo⁷⁶. Ademais, o princípio da fungibilidade diz respeito a qualquer juízo de admissibilidade, como vem pugnando a mais prestigiada doutrina⁷⁷: em recente alteração legislativa, consagrou-se, por exemplo, a fungibilidade das medidas urgentes (art. 273, § 7º, CPC)⁷⁸.

Há decisões, ainda, que aplicam o princípio da cooperação no âmbito recursal, para a correção de defeitos do instrumento do recurso⁷⁹, por exemplo, embora tal comportamento seja raro⁸⁰.

⁷⁵ “Registro de passagem inexistir no regime atual do Código de 1973 qualquer regra a impor ao relator do agravo o indeferimento liminar na falta de peças essenciais, pois vedado não está o suprimento da falta, seja no art. 527, *caput*, seja no art. 557. A sanção aqui defendida encontra-se, aliás, em sintonia com o valor relativo das formas legais, assentado no sistema das nulidades adotado entre nós”. (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. “Efetividade e processo de conhecimento”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1999, n. 96, p. 64)

⁷⁶ Confrontando a fungibilidade dos recursos com o regime das invalidades em direito público, notadamente no direito administrativo, e considerando-a espécie de “conversão”, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*, cit., p. 158. Também relacionando fungibilidade dos recursos com o sistema das invalidades processuais, THEODORO Jr., Humberto. “Teoria geral dos recursos civis”. *O processo civil no limiar do novo século*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 169.

⁷⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. “Fungibilidade de ‘meios’: uma outra dimensão do princípio da fungibilidade”. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. Teresa Wambier e Nelson Nery Jr. (coord.) São Paulo: RT, 2001, p. 1.090-1.144.

⁷⁸ Sobre o tema, DIDIER Jr., Fredie. *A nova reforma processual*. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 83-94.

⁷⁹ A 4ª. Turma do Superior Tribunal de Justiça enfrentou a questão, ainda que de forma enviesada, no julgamento do REsp n. 280.875-RJ, rel. Aldir Passarinho Jr., j. 09.10.2001, DJ 04.03.2002, no qual ficou decidido que: “Se a peça não se acha prevista no art. 525, I, do CPC, como essencial, porém se revela

Finalmente, veja-se o caso da interpretação correta que se deve dar ao parágrafo único do art. 526 do CPC, que impõe a necessidade de comprovação, perante o juízo *a quo*, da interposição do agravo de instrumento. A sua aplicação deve ser feita de acordo com o sistema das invalidades do CPC⁸¹.

A lei silencia a respeito da existência de prazo para o agravado alegar e provar a não-juntada dos documentos no juízo *a quo*. Uma primeira interpretação — talvez influenciada pela concepção assente de que os requisitos de admissibilidade dos recursos podem ser investigados a qualquer tempo — poderia dar a entender que não haveria prazo, pois a lei nada estabelece a respeito disso. Não é isto o que se pensa, porém.

Ao impor um requisito de admissibilidade do procedimento recursal, o dispositivo tem de ser interpretado dentro do sistema de invalidades do Código. E assim prescreve o art. 245, CPC: “A nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão. Parágrafo único. Não se aplica esta disposição às nulidades que o juiz deva decretar de ofício, nem prevalece a preclusão, provando a parte legítimo impedimento”. Como não se trata de questão que pode ser conhecida de ofício⁸² — caso raro, talvez único, em que se negue ao tribunal o conhecimento *ex officio* de um requisito de admissibilidade do recurso —, o descumprimento do ônus do art. 526 enquadra-se na hipótese normativa do *caput* do art. 245. Assim, o agravado deve alegá-lo nas contra-razões — normalmente o primeiro momento que lhe cabe falar nos autos —, sob pena de

indispensável ao exame da controvérsia segundo entendimento do órgão julgador, deve ele ou diligenciar para que ela seja juntada, ou determinar que o agravante complemente a instrução. Incabível, pois, o não conhecimento do agravo por ausência de documento não essencial, caso de petição que supostamente teria dado origem à prova pericial cujos ônus foram atribuídos à ré”. Embora os requisitos de admissibilidade do recurso possam ser investigados de ofício pelo magistrado, não pode ele exigir que a parte se desincumba de um ônus, que estava previsto apenas em sua cabeça, sem que se lhe tenha dado o alerta, fundamental na hipótese.

⁸⁰ “A Corte Especial, diante das divergências de julgados, reafirmou entendimento, por maioria, no sentido de que o agravo de instrumento, tanto o previsto no art. 522, como o do art. 544, ambos do CPC, deve ser instruído com as peças obrigatórias (previstas na Lei Processual), bem como aquelas necessárias à correta compreensão do incidente nos termos do art. 525, II, do CPC. A ausência de qualquer delas, obrigatórias ou necessárias, obsta o conhecimento do agravo. Não é também possível a conversão do julgamento em diligência para complementação do traslado nem a posterior juntada de peça”. Precedente citado: REsp 449.486-PR, DJ 24.2.2003. [EREsp n. 509.394-RS](#), Rel. Min. Eliana Calmon, julgados em 18.8.2004, Informativo n. 218 do STJ.

⁸¹ DIDIER Jr., Fredie. “Questões controvertidas sobre o agravo (após as últimas reformas processuais)”. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação das decisões judiciais*. Teresa Wambier e Nelson Nery Jr. (coord.) São Paulo: RT, 2003, p. 286-290.

⁸² Também assim, MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 508.

preclusão. Não se poderia interpretar o dispositivo como se fosse uma ilha dentro do ordenamento. A incidência do art. 245 é, pois, indiscutível. Outra interpretação poderia levar, ainda, a chicanas processuais: o agravado se calaria, deixando para o último momento possível esta “arma”, que somente ele poderia manejar⁸³.

4.d) Aplicação do sistema de invalidades processuais ao juízo de admissibilidade dos procedimentos incidentais.

Tudo o quanto foi dito aplica-se ao juízo de admissibilidade dos procedimentos incidentais. Observem-se dois exemplos elucidativos: exceções instrumentais e reconvenção.

A exceção de incompetência relativa deve ser ajuizada em peça apartada da contestação, que será autuada em apenso (arts. 112, 299 e 304 do CPC). Trata-se, pois, de requisito processual de admissibilidade deste incidente do procedimento principal. No entanto, o Superior Tribunal de Justiça, corretamente, tem entendido que a alegação de incompetência relativa no bojo da contestação, como preliminar, por não causar prejuízo, não pode ser desconsiderada⁸⁴.

Do mesmo modo, a reconvenção deve ser ajuizada em peça autônoma (art. 299 do CPC). A elaboração em peça única, porém, desde que se possam identificar os dois atos, não deve levar à inadmissibilidade do procedimento da reconvenção⁸⁵.

5. Natureza jurídica do juízo de admissibilidade.

⁸³ O agravo de instrumento não será admitido, necessariamente, se for alegada e provada, pelo agravado, a não-juntada da documentação no juízo *a quo*? Não. Como se trata de requisito formal criado com o objetivo de favorecer o agravado, quando o seu desrespeito não gerar prejuízo (art. 244 do CPC) — no caso, a dificuldade de acesso ao conteúdo do agravo—, não será possível considerar-se inadmissível o agravo de instrumento interposto. Também aqui urge compatibilizar os sistemas de admissibilidade do recurso e o das invalidades processuais. A propósito, José Rogério Cruz e Tucci: “Observa-se, pois, que a reforma, nesse particular, dá ênfase ao formalismo em detrimento da finalidade do ato, visto que, em muitas situações, como naquelas ocorrentes nas comarcas das Capitais, a consulta dos autos de agravo no tribunal é muito mais simples e facilitada do que o exame no cartório de primeiro grau”. (*Lineamentos da nova reforma do CPC*. 2ª. ed. São Paulo: RT, 2002, p.115).

⁸⁴ 2ª. Seção, RESP 169176/DF, rel. Min. Castro Filho, j. 25.06.2003, DJ de 12.08.2003, p. 185; 4ª. T., RESP 293042/SP, rel. Min. Aldir Passarinho Jr., j. 25.09.2001, DJ de 04.02.2002, p. 379. Em sentido contrário, porém, não admitindo a alegação de incompetência relativa no bojo da contestação, 1ª. T., RESP 380705/AL, rel. Min. Garcia Vieira, j. 07.03.2002, DJ de 08.04.2002, p. 153.

⁸⁵ STJ, 5ª. T., RESP 549587/PE 2003/0099712-8, rel. Min. Felix Fischer, j. 23.03.2004, DJ de 10.05.2004, p. 335. Nesse sentido, com amplas referências jurisprudenciais, PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*, cit., p. 160.

Diante do que foi exposto, adota-se o seguinte posicionamento sobre a natureza jurídica do juízo de admissibilidade: a) se *positivo*, será um juízo declaratório da eficácia, decorrente da constatação da validade do procedimento (aptidão para a prolação da decisão sobre o objeto posto sob apreciação); b) se *negativo*, será um juízo constitutivo negativo, em que se aplica a sanção da inadmissibilidade (invalidade) ao ato-complexo, que se apresenta defeituoso/viciado⁸⁶.

Mais difícil é a resposta a uma segunda questão: o juízo de inadmissibilidade produz efeitos retroativos ou *ex nunc*?

Tendo em vista que os atos processuais defeituosos produzem efeitos até a decretação da sua invalidade — premissa já levantada —, a conclusão só pode ser uma: o juízo de inadmissibilidade produz efeitos *ex nunc*, respeitando os efeitos até então produzidos pelos atos do procedimento já praticados. Nada impede, porém, que se prevejam hipóteses em que haja retroatividade do juízo de inadmissibilidade, destruindo os efeitos já operados — desde que se faça isso expressamente, para evitar surpresas aos litigantes. Nem por isso deixará de ser constitutiva a decisão: não se desconhecem decisões constitutivas-negativas com eficácia retroativa, como é o caso da que anula negócio jurídico (art. 182 do CC-2002)⁸⁷.

Não é esse, contudo, o pensamento que predomina na doutrina brasileira.

Como já se disse, os estudos sobre o juízo de admissibilidade concentraram-se no âmbito recursal. A conclusão a que chegaram os que se debruçaram sobre o assunto diverge daquela ora defendida no que diz respeito ao juízo de inadmissibilidade, que é visto como um juízo declaratório negativo, com eficácia retroativa. Embora não tenha

⁸⁶ Referindo-se ao juízo de admissibilidade dos recursos, Pontes de Miranda: “O ato do juiz que lhes nega seguimento é constitutivo negativo, a despeito da forte dose de declaração. O ato do juiz que manda que subam é declarativo-mandamental”. (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, t. 7, p. 8). Mais a frente, porém, o autor adota outro posicionamento: “a) Se o juízo *ad quem* não conhece do recurso, a instância superior não se abriu, não houve. A decisão é declarativa negativa de ter havido recurso. (...) Toda decisão de conhecimento ou não-conhecimento de recurso é resolução de declaração, positiva ou negativa, da extensão da relação jurídica processual até o juízo do recurso”. (ob. cit., p. 181.)

⁸⁷ “Anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente”. A propósito, “As sentenças constitutivas, se bem que em regra produzam efeitos somente *ex nunc*, podem, nalguns casos, produzi-los *ex tunc*. Com certeza: recordem-se, a título exemplificativo, a sentença de exclusão do herdeiro ou legatário, por indignidade, e a que anula ato jurídico, nas hipóteses do art. 147 [atual 182] do Código Civil”. (Moreira, José Carlos Barbosa. “Eficácia da sentença de interdição por alienação mental”. *Temas de Direito Processual*. 4ª série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 187 — texto entre colchetes não consta do original.)

sido examinada a natureza jurídica do juízo de admissibilidade do processo, as conclusões a que chegaram os doutrinadores são úteis ao desenvolvimento deste estudo.

O mais notável e notório de todos esses estudos empreendidos foi o elaborado por José Carlos Barbosa Moreira, cujas lições, sintetizadas, servem à guisa de demonstração dessa posição divergente.

a) Somente os recursos admissíveis produzem efeitos⁸⁸. b) O juízo de admissibilidade, positivo ou negativo, tem natureza declaratória: “ao proferi-lo, o que faz o órgão judicial é verificar se estão ou não satisfeitos os requisitos indispensáveis à legítima apreciação do mérito do recurso. A existência ou inexistência de tais requisitos é, todavia, *anterior* ao pronunciamento, que não a *gera*, mas simplesmente a *reconhece*”⁸⁹. c) Exatamente por conta disso, o juízo de admissibilidade negativo tem efeitos retroativos à data em que se verificar a causa da inadmissibilidade⁹⁰. O pensamento de Barbosa Moreira é absolutamente coerente com as suas premissas; neste ponto, é irretocável⁹¹.

Discorda-se das premissas, porém.

a) Os atos processuais, mesmo os defeituosos, produzem efeitos até o seu desfazimento — mesmo que esse desfazimento se dê por força de invalidação judicial. Trata-se, aliás, conforme visto, de posição razoavelmente assente na doutrina. Se a inadmissibilidade é uma sanção de invalidação, o procedimento só se torna

⁸⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 11ª ed., cit., p. 256.

⁸⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 11ª ed., cit., p. 264. No mesmo sentido, NERY Jr., Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 266-267; JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos*, cit., p. 52, embora não lhe atribua eficácia *ex tunc* em todas as hipóteses.

⁹⁰ “O juízo de admissibilidade proferido pelo órgão de interposição, se positivo, tem como efeito precípuo o de abrir ao recorrente a via de acesso ao órgão *ad quem*; se negativo, o de trancar-lhe essa via. Ressalve-se a possibilidade, que se enseja ao recorrente, de interpor, para o órgão a que competiria o julgamento do recurso denegado, outro recurso, ou remédio análogo, contra a decisão que, no grau inferior, lhe barra a via recursal. Passado em julgado essa decisão, a situação da outra, contra a qual se interpusera recurso inadmissível, se este já o era *ab initio*, equipara-se à situação que ela teria caso não houvesse ocorrido a interposição, que não impediu a formação da *res iudicata*; se o recurso era admissível, e só deixou de o ser por fato superveniente, a interposição obstou à produção da coisa julgada, mas o obstáculo desapareceu no momento em que se configurou a inadmissibilidade posterior. (...) *Recurso inadmissível*, ou tornado tal, não tem a virtude de empecer ao trânsito em julgado: nunca a teve, ali, ou cessou de tê-la, aqui. Destarte, se inexistente outro óbice (isto é, outro recurso *ainda admissível*, ou sujeição da matéria, *ex vi legis*, ao duplo grau de jurisdição), a coisa julgada exsurge a partir da configuração da inadmissibilidade. Note-se bem: *não a partir da decisão que a pronuncia*, pois esta, como já se assinalou, é declaratória; limita-se a proclamar, a manifestar, a certificar algo que lhe preexiste”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 265.)

⁹¹ Lembre-se que, segundo o autor, a nulidade dos atos jurídicos é declarada, porque o ato nulo não produz efeitos desde o momento do seu nascimento (MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Invalidade e ineficácia do negócio jurídico”, cit., p. 229)

inadmissível, mesmo o recursal, após a decisão judicial que decreta a nulificação. Sendo assim, o procedimento, enquanto não invalidado, produz efeitos, notadamente aqueles relacionados à litispendência: mantém litigiosa a coisa, impede o trânsito em julgado e a propositura da mesma demanda etc.

b) Em todo juízo constitutivo negativo, notadamente naquele relacionado às invalidades, há o reconhecimento de uma situação de fato anterior, tomada como a premissa fática da decisão que autoriza a criação de uma nova situação jurídica: sanção de ineficácia do ato jurídico defeituoso. Seguem alguns exemplos. Na interdição, toma-se a alienação mental, fato anterior, como apto a retirar do sujeito a sua capacidade (desconstituição da capacidade, situação jurídica nova); na anulação de ato jurídico, leva-se em conta o vício de vontade (coação, dolo, erro etc.), necessariamente anterior à prática do ato, para desconstituí-lo; na ação rescisória, verifica-se a existência de uma das hipóteses do art. 485 do CPC para, então, desconstituir a coisa julgada; na falência, investiga-se a insolvência do comerciante para, então, retirar-lhe a capacidade de gerir a sua empresa. Não é, portanto, característica exclusiva dos juízos declaratórios o reconhecimento de fatos anteriores à decisão.

c) Quanto à retroatividade do juízo de inadmissibilidade à data em que se verificou a causa de inadmissibilidade, não se apresentam maiores problemas de ordem dogmática. Consoante foi apontado, nada impede que o legislador autorize a retroação da eficácia da decisão que invalida o ato jurídico ao momento exatamente anterior ao da prática do ato. Foi essa a opção do legislador civil, pois a invalidação por nulidade ou anulabilidade determina essa eficácia retroativa.

Há problemas, contudo, examinada a questão do ponto de vista prático — e de olhos fixos no direito fundamental à segurança jurídica⁹².

Adotada a concepção majoritária, se o tribunal, após três anos da interposição da apelação, “declarar” a sua inadmissibilidade, o recurso não terá produzido qualquer efeito, a sentença já estará imune pela coisa julgada e o prazo da ação rescisória, que é de dois anos, já teria escoado. Enquanto pendente o recurso, não se poderia ingressar com a ação rescisória, pois ainda não havia coisa julgada; não admitido o recurso,

⁹² Examinando o direito à segurança jurídica segundo a perspectiva dos direitos fundamentais, MARINONI, Luiz Guilherme. “O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (A questão da relativização da coisa julgada material)”. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênese, 2004, n. 31, p. 142 e segs.; *Relativização da coisa julgada – enfoque crítico*. Fredie Didier Jr. (org.). Salvador: Edições JUSPodivm, 2004, p. 159 e segs.

também não poderá fazê-lo, agora pela razão de que a coisa julgada já teria ocorrido (?). Há tribunais em que o tempo-médio para a distribuição de uma apelação é de quatro anos. A situação é, no mínimo, curiosa. Perder-se-ia, pela decadência (não-exercício em certo prazo), o direito de rescindir a sentença, sem que tivesse sido possível o exercício desse mesmo direito: não se exercitou o direito porque não era possível, mas, a despeito disso, o direito deixou de existir por conta do não-exercício. O raciocínio é, no mínimo, esquisito.

O mesmo acontece em relação aos embargos de declaração. Aplicada a concepção predominante, os embargos reputados inadmissíveis não teriam o condão de interromper o prazo para a interposição do outro recurso; assim, se, entre a data da interposição dos embargos e a decisão que não os admitiu, houver transcorrido o prazo para o recurso “principal”, a decisão teria transitado em julgado desde a data da interposição, a despeito da pendência dos embargos contra ela interpostos. A insegurança jurídica que esse posicionamento proporciona é manifesta. O mesmo ocorreria em relação a qualquer dos outros requisitos de admissibilidade.

A jurisprudência vacila em torno do assunto. Afirma-se que o trânsito em julgado não pode ocorrer enquanto pendente julgamento do recurso, mesmo que, futuramente, este venha a não ser admitido. Ressalva-se, no entanto, a situação do recurso manifestamente intempestivo ou incabível, quando o futuro juízo de inadmissibilidade teria, de fato, eficácia retroativa, reconhecendo o órgão judicial o trânsito em julgado desde a data seguinte ao *dies ad quem* do prazo para a interposição do recurso⁹³⁻⁹⁴.

⁹³ A síntese do problema encontra-se em WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 3ª. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 102-103, nota 17. Nesse sentido, por exemplo, STJ, [REsp n. 389.216-PR](#), Rel. Min. Vicente Leal, julgado em 12/3/2002: “O prazo decadencial de dois anos para a propositura da ação rescisória tem como termo *a quo* o trânsito em julgado do acórdão que não conheceu da apelação; somente se conta a partir do décimo quinto dia da publicação da sentença de primeiro grau quando o recurso for intempestivo. Precedentes citados: REsp n. 34.014-RJ, DJ 7/11/1994; REsp n. 5.722-MG, DJ 25/11/1991, e REsp 18.691-RJ, DJ 28/11/1994”. Também assim, o enunciado n. 100 da súmula do Tribunal Superior do Trabalho: “I – O prazo de decadência, na ação rescisória, conta-se do dia imediatamente subsequente ao trânsito em julgado da última decisão proferida na causa, seja de mérito ou não. (...) III – Salvo se houver dúvida razoável, a interposição de recurso intempestivo ou a interposição de recurso incabível não protraí o termo inicial do prazo decadencial”.

⁹⁴ Adota esse posicionamento “intermediário”, acrescentando hipótese de juízo de inadmissibilidade com eficácia *ex tunc* a do recurso sem preparo, JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 54. Bernardo Pimentel Souza afirma, em outra linha, que o juízo de admissibilidade negativo tem efeito *ex nunc*, sem distinguir as causas de inadmissibilidade, (*Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 29), embora reconheça que prevalece a posição intermediária (ob. cit., p. 768-769).

Esse posicionamento, embora razoável, também gera insegurança, pois feito sem qualquer respaldo legal: retroage-se a eficácia do juízo de inadmissibilidade em uma hipótese e não nas demais.

O que justifica este tratamento diferente?⁹⁵ Talvez seja a circunstância de a intempestividade poder ser constatada mais objetivamente, sem maiores discussões doutrinárias. Sucede que isso não convence: a) quer porque há discussões sérias quanto à tempestividade⁹⁶; b) quer porque outros requisitos de admissibilidade também podem ser examinados mais objetivamente, como é o caso da regularidade formal e do preparo. A questão, pois, não deve ser solucionada casuisticamente. A construção de Barbosa Moreira é séria, coerente e tem respaldo dogmático (aliás, como sempre); o que se não pode aceitar é que se a admita em uns casos e se a repila em outros, sem que, em nenhum dos dois momentos, se neguem a suas premissas. É sempre importante lembrar a lição de Tércio Sampaio Ferraz Jr.: a dogmática serve para emprestar previsibilidade às decisões e, portanto, segurança; a ela cabe a tarefa de criar critérios objetivos para resolver o problema da decidibilidade dos conflitos, de modo que é correto dizer-se que “não é qualquer interpretação que vale, mas apenas aquelas que resultam de uma argumentação conforme os padrões dogmáticos”⁹⁷.

⁹⁵ Coerente Nelson Nery Jr., adepto da concepção dominante, quando questiona essa solução jurisprudencial (*Teoria geral dos recursos*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 267, nota 165).

⁹⁶ Basta que sejam citados dois exemplos. Primeiro, a esdrúxula tese da intempestividade do recurso prematuro: o STF vem, reiteradamente, afirmando que recurso interposto antes do prazo (antes da intimação da decisão) é intempestivo (por exemplo, STF, 2ª. T., AI n. 375.124, j. 28.05.2002, rel. Celso de Mello, publicado no DJU 28.06.2002). Os fundamentos não se sustentam, até mesmo pela irrazoabilidade: se o recurso foi interposto, o recorrente dera-se por intimado da decisão independentemente de publicação. Em razão das suas críticas severas, é conveniente a leitura de DINAMARCO, Cândido Rangel. “Tempestividade dos recursos”. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2004, n. 16, p. 9-23; MACHADO, Hugo de Brito. “Extemporaneidade de recurso prematuro”. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2003, n 8, p. 58-66. No final de 2004, porém, a Corte Especial do STJ, no ERESP n. 492.461, considerou possível a interposição de recursos contra decisões monocráticas ou colegiadas antes da publicação dessas decisões na imprensa oficial. A medida, que se contrapõe a jurisprudência anteriormente firmada no Tribunal, decorre de decisão tomada pela maioria dos ministros da Corte Especial. O próprio STJ divulgou a notícia no dia 23 de novembro de 2004, por meio do seu *clipping* eletrônico. O segundo exemplo relaciona-se com a contagem do prazo quando há litisconsórcio, em que os litisconsortes estão representados por advogados diferentes, mas um deles é excluído do processo na decisão recorrida: aplica-se ou não a regra do art. 191 que impõe a contagem em dobro nos casos de litisconsortes com procuradores diversos? A questão é tormentosa e chegou ao Supremo Tribunal Federal, que consolidou a sua jurisprudência no verbete n. 641 da súmula da sua jurisprudência predominante: “Não se conta em dobro o prazo para recorrer, quando só um dos litisconsortes haja sucumbido”. Por exemplo, STF, Pleno, AI 330106 AgR-QO/RJ, Rel. Min. ELLEN GRACIE, j. 12.06.2002, publicado no DJU de 28.06.2002, p. 88.

⁹⁷ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito – Técnica, decisão e dominação*. São Paulo: Atlas, 1994, p. 51. Sobre a decidibilidade como problema central da dogmática jurídica, vale a lição desse autor: “Nesse sentido, o seu problema não é propriamente uma questão de verdade, mas de

Aplicada a concepção majoritária ao juízo de inadmissibilidade do procedimento principal, poder-se-ia concluir que, uma vez extinto o processo sem julgamento do mérito, em razão da falta de um dos seus requisitos de admissibilidade, não preenchido desde o momento da formação da relação jurídica processual (art. 263 do CPC), a citação, eventualmente já feita, não teria interrompido a prescrição, já que a inadmissibilidade teria efeito retroativo — e, se o tempo do processo já correspondesse ao prazo de prescrição (atualmente diminuídos pelo novo Código Civil), ao demandante não restaria alternativa, pois prescrita estaria a sua pretensão⁹⁸.

É necessário manter coerência com as premissas aqui levantadas.

Se o juízo de admissibilidade é um juízo sobre a validade; se a invalidação é uma decisão constitutiva; se os atos processuais defeituosos produzem efeitos até a sua invalidação, conclusões já expostas e fundamentadas, a solução não pode ser outra: o juízo de inadmissibilidade é constitutivo negativo e tem eficácia *ex nunc*, ressalvada expressa previsão legal que determine a eficácia *ex tunc*, que a princípio não se reputa conveniente⁹⁹, tendo em vista que os atos processuais, e o procedimento em particular, produzem efeitos até que seja decretada a sua invalidade (inadmissibilidade, no caso do procedimento). Basta que se examine o juízo de admissibilidade como um juízo sobre a

decidibilidade. Os enunciados da Ciência do Direito que compõem as teorias jurídicas têm, por assim dizer, natureza criptonormativa, deles decorrendo conseqüências programáticas de decisões, pois devem prever, em todo caso, que, com sua ajuda, uma problemática social determinada seja solucionável sem exceções perturbadoras” (ob. cit., p. 91)

⁹⁸ A discussão era intensa sob a vigência do Código Civil de 1916, em razão do art. 175 do CPC: “A prescrição não se interrompe com a citação nula por vício de forma, por circumducta, ou por se achar perempta a instância ou ação”. A interpretação literal prevalecia: citado validamente o réu, mas tendo havido a extinção do processo sem julgamento do mérito posteriormente, o efeito interruptivo da prescrição que se efetivara seria desconsiderado. Sobre o tema, adotando a concepção majoritária, e com excelente exposição da problemática, CAHALI, Yussef Said. *Aspectos processuais da prescrição e da decadência*. São Paulo: RT, 1979, p. 46-52. Não foi repetida essa regra, porém, no novo Código Civil — ainda bem, diga-se. O despacho citatório, com a efetivação posterior da citação nos moldes em que prevista pela legislação processual, interrompe a prescrição, que só volta a correr após o trânsito em julgado da última decisão do processo que serviu para interrompê-la (art. 202, I e par. ún, CC-2002).

⁹⁹ É razoável que remanesça a seguinte dúvida: o recurso interposto um ano após o término do prazo impediria a coisa julgada, que já teria ocorrido (o exemplo é teratológico, de fato, mas serve como argumento a partir do absurdo)? Parece-nos que as situações aberrantes, em que escancaradamente há intempestividade, devem ser resolvidas caso a caso, de acordo com o princípio da razoabilidade, sendo permitido reconhecer-se a retroatividade do juízo de inadmissibilidade. E não há nisso qualquer concessão à insegurança. A lei serve às situações gerais, normais; situações excepcionais e absurdas não merecem tratamento legislativo, devendo ser transferida ao magistrado a tarefa de encontrar a norma concreta que as regule. Sempre foi assim. A partir do momento em que a lei regula expressamente uma situação, ela deixa de ser excepcional. Por isso, não se reputa conveniente um dispositivo legal que estabeleça, em abstrato, que a decisão de inadmissibilidade por tal motivo será *ex tunc* e, por outro, *ex nunc*. É melhor que se firme a regra da irretroatividade do juízo de admissibilidade negativo; a retroatividade, como no exemplo dado, seria determinada excepcionalmente, em situações aberrantes.

validade do procedimento para que o enquadramento jurídico dos fatos processuais mencionados torne-se mais fácil — e a solução das intrincadas questões que a eles se relacionam será dada com respaldo dogmático que propicie maior segurança.

6. Efeitos do juízo de admissibilidade negativo.

Não parece correta a afirmação freqüente de que o juízo de inadmissibilidade do processo implica a sua extinção — muito menos é correta a afirmação de que a extinção sem julgamento do mérito é conseqüência do juízo de inadmissibilidade. Não se devem buscar nas conseqüências de um fato jurídico (no caso, o ilícito processual nulificante de desrespeito a algum requisito de admissibilidade) os elementos para a investigação da sua essência — embora seja inegável a utilidade de algumas classificações ou sistematizações feitas tendo-se em mira a eficácia dos fatos jurídicos.

A inadmissibilidade implica invalidação do procedimento, isso é certo. Da decisão que não o admite surgem efeitos anexos, sendo que o mais notório deles é a extinção do processo (art. 267, IV, CPC). Nem todo juízo de inadmissibilidade do processo, porém, implica a sua extinção; como também nem toda extinção do processo sem exame do mérito decorre da sua inadmissibilidade.

Se a inadmissibilidade for de procedimento incidental (reconvenção, por exemplo) ou se for parcial (atingir apenas uma parte do objeto litigioso do processo, que é o objeto do ato final do procedimento, como foi visto), desse juízo negativo não decorrerá a extinção do processo: a) no primeiro caso, porque o processo prosseguirá para a solução do objeto litigioso do procedimento principal; b) no segundo, porque prosseguirá em relação à parcela do objeto litigioso do processo que foi admitida.

No caso de incompetência do juízo (falta de “pressuposto processual” de validade de todo o procedimento), em vez de determinar a extinção do processo, o legislador impôs, como regra, a remessa dos autos ao juízo competente, pouco importando a gravidade do desrespeito à regra de competência (arts. 112 e 113 do CPC, com algumas exceções, adiante examinadas).

Até mesmo em relação ao procedimento recursal é possível identificar conseqüência do juízo de inadmissibilidade diversa da extinção do procedimento: no caso do agravo de instrumento interposto em situação não havida como de urgência, ao

invés de determinar a extinção do procedimento, o legislador autoriza o relator a converter o recurso em agravo retido (art. 527, II, CPC), aproveitando o ato processual já praticado sem prejudicar o recorrente — que, produzido o efeito tradicional de extinção do procedimento recursal, sofreria com a preclusão consumativa do direito de impugnar a decisão recorrida.

Como se pôde perceber, as conseqüências do juízo de inadmissibilidade do procedimento podem ser as mais diversas, e não somente a extinção do processo, como se poderia supor a partir da leitura do art. 267, IV, CPC. Encarado o fenômeno pela perspectiva do sistema das invalidades processuais, é possível afirmar que somente deve ser extinto o processo nas hipóteses em que o aproveitamento dos atos do procedimento, com o conseqüente prosseguimento da marcha, mostrar-se, do ponto de vista prático (operacional), impossível. A extinção do processo sem exame do mérito deve ser encarada por todos, principalmente pelo magistrado, como o resultado de um fracasso.

Também não se pode afirmar que toda extinção do processo sem exame do mérito decorre de um juízo de inadmissibilidade. Basta pensar na extinção decorrente da morte do autor, conjugada com a intransmissibilidade do direito discutido (inciso IX do art. 267 do CPC) e na extinção do processo em razão da desistência (inciso VIII do art. 267 do CPC) ou do abandono do autor (inciso III do art. 267 do CPC). Não são resultados de um juízo de inadmissibilidade do processo, pois não se constata qualquer vício que pudesse levar à invalidação: trata-se de causas de extinção do processo por fatos posteriores à prática dos atos do procedimento, portanto jamais relacionadas à sua validade, assemelhadas à morte nos contratos *intuitu personae*, no primeiro caso, e a revogação (causa extintiva de atos jurídicos por fato que lhe é posterior), nos dois últimos.

Assim, é possível estabelecer uma relação entre o juízo de inadmissibilidade e a extinção do processo sem exame do mérito: causa-conseqüência. Mas essa relação não é necessária: tanto o juízo de inadmissibilidade pode produzir outras conseqüências, como a extinção do processo sem exame do mérito pode resultar de outras causas.