

Fredie Didier Jr.

**SOBRE A
TEORIA GERAL
DO PROCESSO,
ESSA DESCONHECIDA**

9.^a edição

2024

 **EDITORA**
*Jus***PODIVM**
www.editorajuspodivm.com.br

Capítulo 2

A TEORIA GERAL DO PROCESSO

SUMÁRIO • 1. A Teoria Geral do Processo: conceito e conteúdo – 2. Processo como conceito fundamental primário da Teoria Geral do Processo; 2.1. Considerações gerais; 2.2. Conceito de processo; 2.2.1. Observação inicial; 2.2.2. Processo como método de produção de norma jurídica (atos normativos); 2.2.3. Processo como ato jurídico complexo; 2.2.4. Processo como conjunto de relações jurídicas; 2.2.5. Articulação dos conceitos apresentados e o conceito de processo jurisdicional – 3. A Teoria Geral do Processo e os processos não jurisdicionais – 4. Distinções; 4.1. Teoria Geral do Processo e Ciência do Direito Processual; 4.2. Teoria Geral do Processo e Teorias Individuais do Processo; 4.3. Teoria Geral do Processo e Teorias Particulares do Processo; 4.4. Teoria Geral do Processo e Direito Processual; 4.5. Teoria Geral do Processo e Parte Geral – 5. A pragmática da Teoria Geral do Processo – análise de outras contribuições doutrinárias sobre a Teoria Geral do Processo; 5.1. Considerações iniciais; 5.2. Francesco Carnelutti; 5.3. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo; 5.4. Elio Fazzalari; 5.5. Cândido Dinamarco; 5.6. José de Albuquerque Rocha; 5.7. Willis Santiago Guerra Filho; 5.8. Rosemíro Pereira Leal; 5.9. Omar Abel Benabentos; 5.10. Eduardo José da Fonseca Costa – 6. A Teoria Geral do Processo e o processo penal; 6.1. Generalidades; 6.2. Análise de posicionamentos contrários a uma Teoria Geral do Processo que sirva ao processo penal; 6.2.1. Rogério Lauria Tucci; 6.2.2. Aury Lopes Jr.; 6.3. Um exemplo: discussão sobre a natureza da sentença que reconhece a extinção da punibilidade do réu com base em falso atestado de óbito – 7. A utilidade da Teoria Geral do Processo; 7.1. Introdução; 7.2. Função bloqueadora da Teoria Geral do Processo. Controle da fundamentação das decisões judiciais; 7.2.1. Generalidades; 7.2.2. Injustiça da decisão; 7.2.3. Invalidez da decisão por vício na motivação; 7.2.4. Obscuridade da decisão; 7.3. A Teoria do Processo e a interpretação da jurisprudência. A redação dos enunciados

da súmula da jurisprudência predominante do tribunal; 7.3.1. Generalidades; 7.3.2. Exemplos; 7.4. A Teoria Geral do Processo e a construção, pela Ciência Dogmática do Processo, dos conceitos processuais jurídico-positivos; 7.5. A Teoria Geral do Processo e a equivocidade terminológica; 7.6. A Teoria Geral do Processo e o aperfeiçoamento profissional; 7.7. A Teoria Geral do Processo e a Logística; 7.7.1. Generalidades; 7.7.2. Exemplos.

1. A TEORIA GERAL DO PROCESSO: CONCEITO E CONTEÚDO

A Teoria Geral do Processo, Teoria do Processo¹, Teoria Geral do Direito Processual² ou Teoria do Direito Processual é uma disciplina jurídica dedicada à elaboração, à organização e à articulação dos conceitos jurídicos fundamentais processuais. São conceitos *jurídicos fundamentais* processuais todos aqueles indispensáveis à compreensão jurídica do fenômeno processual, onde quer que ele ocorra³.

1. Como, por exemplo, ANGELIS, Dante Barrios De. *Teoría del proceso*. 2ª ed. Buenos Aires: Editorial BdeF, 2002; GÁLVEZ, Juan F. Monroy. *Teoría general del proceso*. Lima: Palestra, 2007, p. 125 (o autor, nada obstante o título da obra, refere-se, no corpo do livro, à Teoria do Processo); TAMAYO, Luiz Dorantes. *Teoría del proceso*. 9ª ed. Cidade do México: Porrúa, 2004; ROJAS, Miguel Enrique. *Teoría del proceso*. 2ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004; HESPANHA, Benedito. *Tratado de Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, 2v; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; CÂMARA, Bernardo Ribeiro; SOARES, Carlos Henrique. *Curso de direito processual civil – fundamentação e aplicação*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 69.
2. MERKL, Adolf. *Teoría general del derecho administrativo*. s/ tradutor identificado. Mexico: Editora Nacional, 1980, p. 279; CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. “Trayectoria y contenido de una Teoría General del Proceso”. *Estudios de teoría general e Historia del proceso (1945-1972)*, t. 1, cit., p. 509; MOREIRA, José Carlos Barbosa. “As bases do direito processual civil”. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 8; FAVELA, José Ovalle. *Teoría general del proceso*. 6ª ed. Cidade do México: Oxford, 2005, p. 49; ARENAL, María Amparo Renedo. “Conveniencia del estudio de le Teoría General del Derecho Procesal. Su aplicabilidad a las distintas ramas del mismo”. *Teoria do Processo – panorama doutrinário mundial*. Freddie Didier Jr. e Eduardo Jordão (coord.). Salvador: Editora Juspodivm, 2008.
3. Atualmente, a área de preocupação do processualista é bem maior do que o estudo do “processo”, exclusivamente. Administração judiciária e outros métodos de solução de conflitos, por exemplo, passam a compor o repertório mínimo com o qual o processualista deve operar. Nessa linha, é provável que esteja ocorrendo uma ampliação da área da Teoria Geral do Processo, com a incorporação de conceitos fundamentais antes pertencentes a outros ramos do conhecimento. O tema precisa ser pensado com cautela, mas o registro, neste momento, pareceu-me importante. A percepção da transformação do objeto das investigações de um processualista foi exposta em DIDIER Jr., Freddie. “Do que se ocupa um processualista?” *Civil procedure review*, v. 12, n. 3, 2021, p. 119-127.

Trata-se de um excerto da Teoria Geral do Direito⁴. A Teoria Geral do Processo é, em relação à Teoria Geral do Direito, uma teoria parcial, pois se ocupa dos conceitos fundamentais relacionados ao processo, um dos fatos sociais regulados pelo Direito. É uma disciplina filosófica, de viés epistemológico; nesse sentido, como excerto da Epistemologia do Processo, é ramo da Filosofia do Processo.

A Teoria Geral do Processo pode ser compreendida como uma teoria geral, pois os conceitos *jurídicos fundamentais* processuais, que compõem o seu conteúdo, têm pretensão universal. Convém adjetivá-la como “geral” exatamente para que possa ser distinguida das *teorias individuais do processo*, que têm pretensão de servir à compreensão de *determinadas realidades normativas*⁵.

A extensão da Teoria Geral do Processo diminui a sua intensidade. Por ter um objeto muito amplo (qualquer processo, em sentido jurídico; ver próximo item), a Teoria Geral do Processo possui, em relação a teorias particulares ou individuais do processo, uma reduzida capacidade de explicação de fenômenos jurídicos próprios de uma determinada ordem jurídica.

Assim como a Teoria Geral do Direito pode ser vista como um conjunto de teorias parciais (Teoria do Fato Jurídico, Teoria da Norma Jurídica, Teoria do Processo etc.), a Teoria Geral do Processo pode ser examinada como um conjunto de outras teorias parciais (Teoria do Fato Jurídico Processual, Teoria da Decisão, Teoria da Execução, Teoria da Prova, Teoria da Competência etc.).

2. PROCESSO COMO CONCEITO FUNDAMENTAL PRIMÁRIO DA TEORIA GERAL DO PROCESSO

2.1. Considerações gerais

A Teoria Geral do Processo é um sistema de conceitos, como já se viu. A Ciência do Direito Processual é também um sistema de conceitos. Boa parte

4. Nesse sentido, também, MORELLO, Augusto M. *La eficacia del proceso*. 2ª ed. Buenos Aires: Hamurabi, 2001, p. 142-143; ARENAL, María Amparo Renedo. “Conveniencia del estudio de la Teoría General del Derecho Procesal. Su aplicabilidad a las distintas ramas del mismo”, cit., p. 624; SOARES, Ricardo Maurício Freire. “Fundamentos Epistemológicos para uma Teoria Geral do Processo”. *Teoria do Processo – panorama doutrinário mundial*. Fredie Didier Jr. e Eduardo Jordão (coord.). Salvador: Editora Juspodivm, 2008, p. 846-850.

5. Não se justifica, assim, a crítica de BENEDITO HESPANHA, que não vê “razão plausível” para qualificar a teoria como geral, exatamente porque toda teoria seria geral (HESPANHA, Benedito. *Tratado de Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, v. 2, p. 1.272).

dos conceitos com que trabalham os processualistas (cientistas do processo) é produto da Teoria Geral do Processo. Esses conceitos são os conceitos jurídicos fundamentais processuais. Além desses conceitos fundamentais, a Ciência do Processo também opera com os conceitos *jurídico-positivos* processuais.

Em todo sistema de conceitos, há, dentre os *conceitos fundamentais*, o conceito primário, fundamento de todos os outros. O conceito primário é uma categoria do pensamento que *delimita* o campo de objeto da ciência e *articula* “a multiplicidade dos conceitos numa coerente sistematização lógica”⁶.

O conceito fundamental primário *delimita* o campo de atuação da ciência. Cada “território específico de objetos” exige uma ciência específica. O conceito fundamental primário demarca o setor da realidade que será objeto da investigação científica.

Além disso, o conceito fundamental primário *articula* os demais conceitos fundamentais, que comungam com ele a função de categoria do pensamento⁷, mas que dependem dele para serem elaborados. Sem o conceito fundamental primário a servir de elemento articulador, os demais conceitos jurídicos se tornam ininteligíveis⁸.

*O conceito de processo é o conceito fundamental primário da Teoria Geral do Processo (e, conseqüentemente, da Ciência do Processo)*⁹⁻¹⁰.

O conceito de processo acha-se supraordenado em relação aos demais conceitos *jurídicos fundamentais* processuais. Como conceito fundamental primário, está pressuposto em todos os outros conceitos jurídicos

6. VILANOVA, Lourival. “Sobre o conceito do Direito”, cit., p. 10.

7. VILANOVA, Lourival. “Sobre o conceito do Direito”, cit., p. 15.

8. VILANOVA, Lourival. “Sobre o conceito do Direito”, cit., p. 19.

9. Bem próximo ao que se defende no texto, para quem a escolha do conceito “processo” deve-se ao fato de que se trata de um “conceito continente”, pois é dentro dele que se relacionam, se aplicam e se expressam todos os fenômenos processuais, GÁLVEZ, Juan F. Monroy. *Teoría general del proceso*. Lima: Palestra, 2007, p. 129-130.

10. Eduardo José da Fonseca Costa, embora entenda que o conceito de processo é jurídico-positivo, “que se tece aqui à luz do sistema de direito constitucional positivo brasileiro atual”, defende que “eventualmente” se possa cogitar um “conceito universal, *ante-, pré-* ou *supra-positivo* de processo (...), ou seja, de um conjunto de elementos que habitam a camada *ante-, pré-* ou *supra-legiferada* e que, se não estiverem todos presentes, não farão eclodir propriamente um processo genuíno, mas um ‘não processo’, uma ‘aparência de processo’, ainda que a Constituição e a lei o chamem de processo” (COSTA, Eduardo José da Fonseca. “A natureza jurídica do processo”, Disponível em <https://emporiiodireito.com.br/leitura/9-a-natureza-juridica-do-processo>, publicado em 22.04.2019 e consultado em 11.09.2020).

processuais, quer os *lógico-jurídicos* (também fundamentais), quer os *jurídico-positivos*. Sem o conceito de processo, não seria possível compreender *norma processual*, *Direito processual*, *parte*, *admissibilidade*, *capacidade postulatória*, *capacidade processual*, *decisão* etc. Esses conceitos gravitam em torno da órbita do conceito de processo¹¹⁻¹² e para a análise de qualquer tipo de processo eles são indispensáveis¹³.

Chega-se a essa conclusão por um enfoque *epistemológico* do problema, prioritário para esta tese.

É possível, no entanto, a partir de uma abordagem *axiológica*, considerar o processo como o conceito central da Teoria Geral do Processo. É o que faz, por exemplo, Daniel Mitidiero, para quem o processo deve ser encarado como núcleo da Teoria Geral do Processo, em razão do papel que exerce como ambiente do diálogo e, conseqüentemente, como instrumento concretizador da democracia¹⁴⁻¹⁵⁻¹⁶.

11. Trata-se de aplicação, para a Teoria Geral do Processo, da ideia de LOURIVAL VILANOVA construída para a Ciência do Direito. VILANOVA considera o conceito de direito como o conceito jurídico fundamental primário; relação jurídica, dever jurídico etc. são conceitos jurídicos fundamentais cuja compreensão depende do conceito fundamental primário (VILANOVA, Lourival. "Sobre o conceito do Direito", cit., p. 19). Para a Ciência do Processo, processo é o conceito fundamental primário, do qual os demais conceitos fundamentais são satélites.
12. Entendendo a jurisdição como instituto fundamental da Teoria do Processo, MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 21.
13. Corretamente, CÂNDIDO DINAMARCO sintetiza o "comum" de qualquer direito processual: "todo o corpo do direito processual como um todo e de cada um dos seus ramos em particular compõe-se em torno da estrutura representada pelo poder a ser exercido, pelas posições das pessoas interessadas e pelo como com que esses complexos de situações jurídicas subjetivas se exteriorizam em atos coordenados aos objetivos preestabelecidos". (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, 12ª ed., cit., p. 72.)
14. MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil*. São Paulo: RT, 2009, p. 44-46; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de, MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2010, v. 1, p. 15. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira ratifica esse posicionamento na 4ª edição do *Formalismo no processo civil*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 21-22. Georges Abboud põe a "relação jurídica" no centro da Teoria Geral do Processo – para o autor, mais do que o procedimento e a jurisdição, é a existência de uma relação jurídica entre os diversos sujeitos processuais que deve nortear os estudos de Teoria Geral do Processo (ABBOUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2011, p. 80-85). A "relação jurídica" é um dos aspectos do "processo", como se verá adiante. A abordagem do autor também possui um viés axiológico.
15. O pensamento de DANIEL MITIDIERO é um nítido contraponto ao de CÂNDIDO DINAMARCO, que entende que o "poder" é o centro da teoria processual. Processo é método de

2.2. Conceito de processo

2.2.1. Observação inicial

O *processo* pode ser examinado sob perspectiva vária. Variada será, pois, a sua definição.

O processo pode ser compreendido como *método de criação de normas jurídicas, ato jurídico complexo (procedimento) e relação jurídica*. São três abordagens *jurídicas*¹⁷ do processo¹⁸.

exercício de poder; é o poder, então, que deve ser o núcleo da atenção dos processualistas. No caso da Teoria Geral do Processo Jurisdicional, a jurisdição seria o seu núcleo (*A instrumentalidade do processo*, 12ª ed., cit., p. 92-98). Não há contraposição entre o que pensa DINAMARCO e o que se afirma nesta tese; trata-se de enfoques diversos. Ser o centro da Teoria Geral do Processo, para DINAMARCO, é ser o principal objeto de pesquisa do processualista, “fonte substancial de emanção e alvo de convergência das idéias, princípios e estruturas que integram a unidade do direito processual” (*A instrumentalidade do processo*, 12ª ed., cit., p. 95). Essa abordagem possui um viés *axiológico*: para DINAMARCO, o processo deve concretizar objetivos jurídicos, sociais e políticos; além disso, para o autor, o processualista contemporâneo deve preocupar-se com a efetividade e a justiça das decisões. O autor ainda parte de considerações de *direito positivo* para chegar a essa conclusão, como a prevalência de uma visão publicista do direito processual (ob. cit., p. 97) – visão essa, frise-se, que, por ser produto de determinada cultura, não é universal e, portanto, não deveria ser levada em consideração na elaboração de uma *Teoria Geral*. Natural, portanto, que o autor desloque a atenção para a jurisdição. Observe-se, ainda, que, para DINAMARCO, a Teoria Geral do Processo é uma disciplina enciclopédica: é um sistema de conceitos fundamentais, desenvolve métodos de estudo e aplicação do direito processual, esclarece o sentido das normas processuais fundamentais, além de investigar os valores fundamentais do processo. A abordagem desta tese é eminentemente *epistemológica* e parte da premissa de que a Teoria Geral do Processo é um sistema de conceitos, tão-somente.

16. JUAN MONTERO AROCA entende que a *jurisdição* é o conceito mais importante da Ciência do Direito Processual. Para AROCA, o processo deve ser visto como meio necessário para o exercício da jurisdição. Assim, para o autor espanhol, “a jurisdição é o ente principal e o processo, o subordinado, e não parece razoável que a ciência que os estuda se denomine com referência ao segundo”. Propõe, então, a designação “Direito Jurisdicional” em vez de “Direito Processual”. (AROCA, Juan Montero. “Del derecho procesal al derecho jurisdiccional”. *Justicia – Revista de Derecho Procesal*. Barcelona: J. M. Bosch Editor 1984, n. 2, p. 340, tradução livre.) Eis o texto original: “la jurisdicción es el ente principal y el proceso el ente subordinado, y no parece razonable que la ciencia que los estudia se denomine con referencia al segundo”.
17. Isso porque “processo” é termo que serve para explicar diversos fenômenos, substancialmente distintos entre si, não necessariamente jurídicos: processo de criação de um livro, processo de divisão de células, processo de exclusão de uma camada social etc.
18. Como já se defendeu em DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 13ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2011, v. 1, p. 22-24.

2.2.2. *Processo como método de produção de norma jurídica (atos normativos)*

Sob o enfoque da *Teoria da Norma Jurídica*, processo é o método de produção de normas jurídicas; é, pois, método de exercício de poder¹⁹.

O poder de criação de normas (poder normativo) somente pode ser exercido *processualmente*²⁰. Assim, fala-se em *processo legislativo* (produção de normas gerais pelo Poder Legislativo), *processo administrativo* (produção de normas gerais e individualizadas pela Administração) e *processo jurisdicional* (produção de normas pela jurisdição)²¹. É possível, ainda, conceber o *processo negocial*²², método de criação de normas jurídicas pelo exercício da autonomia privada²³. Rigorosamente, o processo é de construção de

19. Assim, por exemplo, MERKL, Adolf. *Teoría general del derecho administrativo*. s/ tradutor identificado. Mexico: Editora Nacional, 1980, p. 281-282; MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2008, p. 31-32.

20. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6ª ed. João Baptista Machado (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 80.

21. Sobre o tema, amplamente, FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. 8ª ed. Milão: CEDAM, 1996, p. 9 e segs. Em sentido semelhante, MACHADO NETO, A. L. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, cit., p. 248; DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Processo constitucional*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 6-7.

22. A ideia de que existe um processo obrigacional é bem difundida na doutrina, inclusive a brasileira. Trata-se de pensamento bem prolífico, indispensável à compreensão da aplicação do princípio da boa-fé nas relações obrigacionais, principalmente em relação aos *deveres anexos* dele decorrentes. Sobre o tema: LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, t. 1, p. 37-38; SILVA, Clóvis V. do Couto. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 10-13; VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em geral*. 9ª ed. Coimbra: Almedina, 1998, v. 1, p. 65-69; COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*. 9ª ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 63 segs.; CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha Menezes. *Da Boa Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 586 – 592; FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Contrato de deveres de proteção*. Coimbra: Almedina, 1994, p. 36-40; PINTO, Carlos Alberto Mota. *Cessão da Posição Contratual*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 335-340, 348 e segs. e 374 e segs.; MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 5, t. 1, p. 48; MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: RT, 1999, p. 394 segs. e p. 437 segs.; ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2001, p. 23; BRAGA, Paula Sarno. *Aplicação do devido processo legal às relações privadas*. Salvador: Editora Juspodivm, 2008. Em sentido contrário, convém registrar o posicionamento de CÂNDIDO DINAMARCO, para quem há, no caso, um excesso na extensão do conceito de processo ao plano negocial (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2005, p. 78).

23. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 3, p. 4; ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 5ª

atos normativos – leis, atos administrativos, decisões judiciais e negócios jurídicos; a partir da interpretação desses atos normativos, surgirão as normas jurídicas.

Sob esse enfoque, o conceito de processo pertence antes à Teoria Geral do Direito²⁴, em nível ainda mais abstrato do que a Teoria Geral do Processo, que, de resto, como visto, é um excerto daquela.

Sucede que o modo como se estrutura o processo variará de acordo com ordenamento jurídico que se examina; os contornos do processo são definidos pelo Direito positivo. À Teoria Geral do Processo cabe definir o *que* são e não *quais* são os requisitos de validade do processo.

Observe-se o caso brasileiro. Tome-se a jurisdição como exemplo. A decisão jurisdicional é fonte de normas jurídicas gerais, extraídas da sua fundamentação, e de normas individualizadas, que se retiram do seu dispositivo.

A jurisdição exerce-se processualmente. Mas não é qualquer processo que legitima o exercício da função jurisdicional no Brasil. Ou seja: não basta que tenha havido processo para que o ato jurisdicional seja válido e justo. O método processo deve seguir o modelo traçado na Constituição brasileira, que consagra o direito fundamental ao processo devido, com todos os seus corolários (contraditório, proibição de prova ilícita, adequação, efetividade, juiz natural, motivação da decisão judicial etc.).

2.2.3. Processo como ato jurídico complexo

O *processo* sob a perspectiva da *Teoria do Fato Jurídico* é uma espécie de ato jurídico. Examina-se o processo a partir do *plano da existência* dos fatos jurídicos. Trata-se de um *ato jurídico complexo*. Processo, nesse sentido, é sinônimo de *procedimento*.

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,

ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 22-23; BRAGA, Paula Sarno. *Aplicação do devido processo legal às relações privadas*. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 40-43.

24. MERKL, Adolf. *Teoría general del derecho administrativo*. s/ tradutor identificado. México: Editora Nacional, 1980, p. 278-279; FAZZALARI, Elio. “Processo. Teoria generale”. *Novissimo Digesto Italiano*, v. 13, p. 1.068-1.069; ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 5ª ed., cit., p. 23.

define a sua natureza e lhe dá a denominação e há o *ato* ou os *atos condicionantes* do ato final, os quais, condicionantes e final, se relacionam entre si, ordenadamente no tempo, de modo que constituem partes integrantes de um processo, definido este como um conjunto ordenado de atos destinados a um certo fim²⁵. Enquadra-se o procedimento na categoria “ato-complexo de formação sucessiva”: os vários atos que compõem o tipo normativo sucedem-se no tempo²⁶. O procedimento é ato-complexo de formação sucessiva²⁷, porque é um conjunto de atos jurídicos (atos processuais), relacionados entre si, que possuem como objetivo comum, no caso do processo judicial, a tutela jurisdicional²⁸. O conceito de processo, também aqui, é um conceito da Teoria do Direito, especialmente da Teoria Geral do Processo, que é sub-ramo daquela.

Pode-se falar do *procedimento* como um gênero, de que o *processo* seria uma espécie. Nesse sentido, *processo* é o *procedimento* estruturado em contraditório²⁹. A exigência do contraditório, porém, seria um requi-

-
25. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico – plano da existência*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 137-138.
 26. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 82; FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria Geral do Procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: RT, 2005, p. 31-33.
 27. CONSO, Giovanni. *I Fatti Giuridici Processuali Penali*. Milano: Giuffrè, 1955, p. 124. Em sentido muito próximo, BRAGA, Paula Sarno. *Aplicação do devido processo legal às relações privadas*. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 35.
 28. Há quem entenda que o processo não é um ato complexo, mas um “ato-procedimento”, que é uma “combinação de atos de efeitos jurídicos causalmente ligados entre si”, que produz um efeito final, obtido através de uma cadeia causal dos efeitos de cada ato (CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. Trad. Antonio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus, 2000, p. 504). No mesmo sentido, SILVA, Paula Costa e. *Acto e Processo – o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 100. Os autores trabalham com outra acepção de ato complexo, distinta daquela aqui utilizada; para eles, ato complexo é um feixe de atos que concorrem para que se produza determinado efeito jurídico; os atos diluem-se em um ato final, que os transcende; há um ato único, integrado pelos atos que se sucederam no tempo (p. ex.: decisão colegiada de um tribunal). A divergência é eminentemente terminológica: o que os autores chamam de ato-procedimento esta tese considera ato-complexo; em todo caso, combinação de atos jurídicos organizados em formação sucessiva.
 29. FAZZALARI, Elio. “Processo. Teoria generale”, cit., p. 1.072; _____. *Istituzioni di Diritto Processuale*. 8ª ed. Milão: CEDAM, 1996, p. 9-10. No Brasil, desenvolvendo o pensamento de Fazzalari, GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 2001, p. 68-69 e 102-132; NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 207.

sito de validade do processo, não um elemento indispensável para a sua configuração: processo sem contraditório não é processo inexistente, mas, sim, processo inválido. O processo como procedimento em contraditório é um conceito útil para a elaboração de *teorias particulares do processo*, aptas à explicação do Direito processual em países democráticos, como é o caso do Brasil.

Sucedo que, atualmente, ao menos em países democráticos, é muito rara, talvez inexistente, a possibilidade de atuação estatal (ou privada, no exercício de um poder normativo) que não seja “processual”; ou seja, que não se realize por meio de um procedimento em contraditório. Já se fala, inclusive, de um *direito fundamental à processualização dos procedimentos* (todo procedimento deve ser estruturado em contraditório): “que sustenta a processualização de âmbitos ou atividades estatais ou privadas que, até então, não eram entendidas como susceptíveis de se desenvolverem processualmente, desprendendo-se tanto da atividade jurisdicional, como da existência de litígio, acusação ou mesmo risco de privação da liberdade ou dos bens”³⁰.

2.2.4. Processo como conjunto de relações jurídicas

Ainda de acordo com a Teoria do Fato Jurídico, o processo pode ser encarado como *efeito jurídico*; ou seja, pode-se examiná-lo pela perspectiva do *plano da eficácia dos fatos jurídicos*. Nesse sentido, *processo é o conjunto das relações jurídicas que se estabelecem entre os diversos sujeitos processuais* (partes, juiz, auxiliares da justiça etc.). Essas relações jurídicas processuais formam-se em diversas combinações: autor-juiz, autor-réu, juiz-réu, autor-perito, juiz-órgão do Ministério Público etc.³¹

30. DANTAS, Miguel Calmon. “Direito fundamental à processualização”. *Constituição e processo*. Luiz Manoel Gomes Jr., Luiz Rodrigues Wambier e Fredie Didier Jr. (org.). Salvador: Editora Juspodivm, 2007, p. 418.

31. Sobre o impacto que a existência dessa teia de relações jurídicas processuais pode causar no exame da legitimidade e do interesse processual, ver, com muito proveito, CABRAL, Antonio do Passo. “Despolarização do processo e ‘zonas de interesse’: sobre a migração entre polos da demanda”. Disponível em http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/25/24, acesso em 04.07.2011, 15h00.

Por metonímia, pode-se afirmar que essas relações jurídicas formam uma única relação jurídica³², que também se chamaria *processo*. Essa relação jurídica é composta por um conjunto de situações jurídicas (direitos, deveres, competências, capacidades, ônus etc.) de que são titulares todos os sujeitos do processo. É por isso que se costuma afirmar que o processo é uma relação jurídica *complexa*. Assim, talvez fosse mais adequado considerar o processo, sob esse prisma, um conjunto (feixe³³) de relações jurídicas³⁴. Como ressalta Pedro Henrique Pedrosa Nogueira, “há a relação jurídica processual (que não deve ser usada com a pretensão de exaurir o fenômeno processual), assim como pode

-
32. Desde Bülow (BÜLOW, Oskar. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Miguel Angel Rosas Lichtschein (trad.). Buenos Aires: EJEA, 1964, p. 1-4) sistematizou-se a concepção de relação jurídica processual, tal como ainda hoje utilizada, com algumas variações, apesar das críticas. As objeções doutrinárias tentam realçar, sobretudo, a *insuficiencia* do conceito, que seria abstrato, estático e, por isso, incapaz de refletir o fenômeno processual em sua inteireza. As críticas não conseguem elidir a constatação de que o procedimento é fato jurídico apto a produzir as relações jurídicas que formam o processo. Para a crítica: GOLDSCHMIDT, James. *Principios Generales del Proceso*. Buenos Aires: EJEA, 1961, t. 1, p. 15, 25, 57-63; MANDRIOLI, Crisanto. *Diritto Processuale Civile*, Torino: Giappichelli, 2002, v. 1, p. 40; RIVAS, Adolfo. *Teoría General del Derecho Procesal*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2005, p. 314. No Brasil, formularam críticas à noção de processo como relação jurídica: GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 2001, p. 97-101; MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Processo*. São Paulo: RT, 2006, v. 1, p. 396-398; MITIDIERO, Daniel. *Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 140-141.
33. CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958, n. 20, p. 35; MONACCANI, Luigi. *Azione e Legittimazione*. Milano: Giuffrè, 1951, p. 46; FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria Geral do Procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: RT, 2005, p. 28; GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 1, p. 251.
34. JAIME GUASP entende que o processo é uma *instituição*. O autor defende que o conceito de relação jurídica, embora correto, é insuficiente. Para o jurista espanhol, como há mais de uma relação jurídica no processo, não se pode falar simplesmente em “relação jurídica processual”. A multiplicidade das relações jurídicas deve reduzir-se a uma “unidade superior”, que, para o autor, é a *instituição*: “conjunto de atividades relacionadas entre si por uma ideia comum e objetiva, às quais se aderem, seja essa ou não a sua finalidade individual, as diversas vontades particulares dos sujeitos de quem procede aquela atividade”. (GUASP, Jaime, ARAGONESES, Pedro. *Derecho procesal civil – introducción y parte general*. 7ª ed. Navarra: Thomson/Civitas, 2004, t. 1, p. 41, tradução livre).

haver outras tantas relações jurídicas processuais decorrentes de fatos jurídicos processuais”³⁵.

Pode causar estranheza a utilização de um mesmo termo (processo) para designar o fato jurídico e os seus respectivos efeitos jurídicos. Carnelutti apontara o problema, ao afirmar que, estando o processo regulado pelo Direito, não pode deixar de dar ensejo a relações jurídicas, que não poderiam ser ao mesmo tempo o próprio processo³⁶. A prática, porém, é corriqueira na ciência jurídica. *Prescrição*, por exemplo, tanto serve para designar o ato-fato jurídico (omissão no exercício de uma situação jurídica por determinado tempo) como o efeito jurídico (encobrimento da eficácia de uma situação jurídica).

É possível, em nível teórico, estabelecer um conceito de processo como relação jurídica, nesses termos. Não se pode, no entanto, definir teoricamente o conteúdo dessa relação jurídica, que deverá observar o modelo de processo estabelecido na Constituição. Não há como saber, sem examinar o Direito positivo, o perfil e o conteúdo das situações jurídicas que compõem o processo. No caso do Direito brasileiro, por exemplo, para definir o conteúdo eficaz da relação jurídica processual, será preciso compreender o *devido processo legal* e os seus corolários.

Assim, não basta afirmar que o processo é uma relação jurídica, conceito *jurídico fundamental*, que, por isso, não engloba o respectivo conteúdo dessa relação jurídica. É preciso lembrar que se trata de uma relação jurídica cujo conteúdo será determinado, primeiramente, pela Constituição e, em seguida, pelas demais normas processuais, que devem observância àquela³⁷.

Note-se que, para encarar o processo como um procedimento (ato jurídico complexo de formação sucessiva), ou, ainda como um procedimento em contraditório, segundo a visão de Fazzalari, não se faz necessário abandonar a ideia de ser o processo, também, uma relação jurídica.

35. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Situações Jurídicas Processuais. In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Teoria do Processo – Panorama Doutrinário Mundial – 2ª série*. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 767.

36. CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958, n. 20, p. 35.

37. Sobre o tema, amplamente, NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, cit., p. 208-250.

O termo “processo” serve, então, tanto para designar o *ato processo* como a *relação jurídica* que dele emerge³⁸.

2.2.5. Articulação dos conceitos apresentados e o conceito de processo jurisdicional

Os três conceitos apresentados revelam *o que é* (ato jurídico complexo), *o que gera* (relações jurídicas entre os sujeitos processuais) e *para quê serve* (produção de norma jurídica) o processo.

Ao elaborar uma definição, deve-se seguir a lição clássica: determina-se o “gênero próximo” a que o objeto definido pertence e assinalam-se as suas especificidades³⁹. Assim, na definição *de processo* devem entrar, como elementos essenciais do objeto “processo”, a sua natureza de ato jurídico complexo (gênero próximo a que pertence) e a sua finalidade de produção de uma norma jurídica (especificidade). A eficácia do processo somente poderá ser designada como processo por figura de linguagem, como visto.

Se se pretender reduzir a abrangência do conceito, será preciso redefinir o seu objeto e, então, ter-se-ia de elaborar um novo conceito.

Assim, é possível definir o *processo jurisdicional* como o ato jurídico complexo pelo qual se busca a produção de uma norma jurídica por meio do exercício da função jurisdicional. Para conceituar processo jurisdicional, então, é preciso definir o que é jurisdição⁴⁰. A articulação desses dois conceitos produz o conceito fundamental primário da Teoria Geral

38. FOSCHINI bem percebeu essa multiplicidade de enfoques: “la nostra conclusione è che il processo: a) da un punto di vista (astratto) normativo è un rapporto giuridico complesso; b) da un punto di vista (concreto) statico è una situazione giuridica complessa; c) da un punto di vista (pur esso concreto ma) dinamico è un atto giuridico complesso”. (FOSCHINI, Gaetano. “Natura Giuridica del Processo”. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 1948, v. 3, parte I, p.110).

39. Seguindo a lição aristotélica: “*Definitio fit per genus proximum et differentiam specificam*”. A propósito, MAYNEZ, Eduardo Garcia. *Lógica del concepto jurídico*. México: Fondo de Cultura Económica, 1959, p. 65; ABBAGNANO, Nicola. *Diccionario de Filosofia*. Alfredo Bosi (coord. da trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 236.

40. A teoria da jurisdição é uma das teorias parciais que compõem a Teoria Geral do Processo. Sobre a utilidade de desenvolvimento de uma Teoria da Jurisdição, para, ao lado da Teoria da Administração e da Teoria da Legislação, completar a Teoria das Funções do Estado, ver GUERRA FILHO, Willis Santiago. “Teoria Geral do Processo: em que sentido?”, cit., p. 218-223.

do Processo Jurisdicional. O raciocínio será idêntico, caso o objetivo seja elaborar uma Teoria do Processo Administrativo: além do conceito de processo, conceito fundamental primário da Teoria Geral do Processo, é imprescindível definir o que se entende por função administrativa. Para uma Teoria do Processo Legislativo, agregue-se a definição de função legislativa; para uma Teoria do Processo Negocial, a definição de autonomia privada ou autorregramento da vontade.

Processo jurisdicional é o conceito fundamental primário da Teoria Geral do Processo Jurisdicional, preocupação principal desta tese.

3. A TEORIA GERAL DO PROCESSO E OS PROCESSOS NÃO JURISDICIONAIS

Processo é categoria da Teoria Geral do Direito, conforme já exposto. O *processo jurisdicional* é apenas umas das espécies de processo. Há, ainda, o processo legislativo, o processo administrativo⁴¹ e o processo negocial. Há processos estatais (legislativo, administrativo, jurisdicional) e processos não estatais (arbitral, p. ex.). Há processos jurisdicionais (estatal e arbitral) e não jurisdicionais (legislativo e administrativo).

Não por acaso, o *devido processo legal*, principal norma do Direito processual, incide sobre qualquer espécie de processo⁴², inclusive os processos privados⁴³.

Competência, decisão, prova, demanda, admissibilidade, presunção, objeto litigioso, capacidade, cognição etc. são conceitos *jurídicos*

41. Para LIEBMAN, é muito discutível a inclusão do procedimento legislativo e do procedimento administrativo na categoria do "direito processual". (LIEBMAN, Enrico Tullio. "Recensione – Elio Fazzalari – Istituzioni di diritto processuale". *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 1975, p. 464.)

42. Sobre o *devido processo legislativo*, apenas para exemplificar, CATTONI, Marcelo. *Devido Processo Legislativo*. 2ª ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006. Sobre o *devido processo administrativo*, apenas para exemplificar, FIGUEIREDO, Lucia Valle (coord.). *Devido processo legal na administração pública*. São Paulo: Max Limonad, 2001; RODRIGUES, Geisa de Assis. "Breves anotações sobre a garantia do devido processo legal no processo administrativo". *Revista Baiana de Direito*. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2008, v. 1, p. 201-228.

43. BRAGA, Paula Sarno. *Aplicação do devido processo legal às relações privadas*. Salvador: Editora Juspodivm, 2008.

fundamentais processuais. Compõem o conteúdo da Teoria Geral do Processo. Esses conceitos servem a todas as espécies de processo⁴⁴, e não apenas ao processo jurisdicional.

Não há processo sem decisão, seu ato final; não há decisão sem cognição e prova; todo processo se instaura por uma demanda, proposta por um interessado ou pelo próprio ente a quem compete decidir a questão. Se há processo, há exame da admissibilidade, que é a validade do ato jurídico complexo. Se há atuação de interessados, há a necessidade de examinar a sua capacidade processual. Enfim, o fenômeno processual possui um mínimo fático comum a qualquer das suas espécies; por isso mesmo, processo é *gênero*.

O estudo do gênero é imprescindível para que se possa desmembrá-lo em espécies distintas. A Teoria Geral do Processo cuida exatamente do *gênero*: é repertório conceitual imprescindível à compreensão de qualquer tipo de processo⁴⁵.

4. DISTINÇÕES

4.1. Teoria Geral do Processo e Ciência do Direito Processual

A relação entre a Teoria Geral do Processo⁴⁶ e a Ciência do Direito Processual (Ciência Dogmática do Processo ou, simplesmente, Ciência do

44. Admitindo a extensão da Teoria Geral do Processo ao processo administrativo, MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2008, p. 27; MARQUES NETO, Flávio Azevedo. "Ensaio sobre o processo como disciplina do exercício da atividade estatal". *Teoria do Processo – panorama doutrinário mundial*. Fredie Didier Jr. e Eduardo Jordão (coord.). Salvador: Editora Juspodivm, 2008, p. 261 e segs.; FRANCO, Fernando Borba. "Processo administrativo, Teoria Geral do Processo, imparcialidade e coisa julgada". *Teoria do Processo – panorama doutrinário mundial*. Fredie Didier Jr. e Eduardo Jordão (coord.). Salvador: Editora Juspodivm, 2008, p. 234.

45. FAZZALARI, Elio. "Processo. Teoria generale". *Novissimo Digesto Italiano*, v. 13, p. 1.068-1.073-1.074; DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2005, p. 74-78; ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 5ª ed., cit., p. 23; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. "Novas tendências na estrutura fundamental do processo civil". *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, 2006, n. 26, p. 146.

46. A Teoria Geral do Processo é epistemologia. A epistemologia, como visto, pode ser entendida como ciência da ciência. Neste sentido, a Teoria Geral do Processo seria uma das Ciências do Processo, ao lado da Sociologia do Processo, da História do Processo e

Processo) é a mesma que se estabelece entre a Teoria Geral do Direito e a Ciência (dogmática) do Direito.

A Teoria Geral do Processo é linguagem epistemológica sobre a linguagem jurídico-dogmática; é linguagem sobre linguagem. Trata-se de conjuntos de enunciados doutrinários, não normativos, produtos da atividade científica ou filosófica. A Ciência do Processo cuida de examinar, dogmaticamente, o Direito Processual, formulando diretrizes, apresentando fundamentos e oferecendo subsídios para as adequadas compreensão e aplicação das suas normas.

Neste aspecto, pertencem a um mesmo gênero: ambas revelam-se como doutrina e assumem as funções a ela destinadas. As teorias doutrinárias são “complexos argumentativos”: constituem-se em um “corpo de fórmulas *persuasivas* que influem no comportamento dos destinatários, mas sem vinculá-los, salvo pelo apelo à razoabilidade e à justiça, tendo em vista a *decidibilidade* de possíveis conflitos”⁴⁷.

A Teoria Geral do Processo não cuida, como foi visto, da análise de qualquer Direito positivo. A preocupação é epistemológica: fornecer às ciências do processo o repertório conceitual indispensável ao exame do Direito positivo, qualquer que seja o seu conteúdo.

Faz-se *Ciência (dogmática) do Processo* quando se discute sobre se o recurso cabível contra uma determinada decisão é apelação ou agravo; sobre se o prazo para apresentação de defesa na execução de sentença é de quinze ou trinta dias; sobre se é cabível uma determinada modalidade de intervenção de terceiro em certo tipo de procedimento.

É Epistemologia do Processo, porém, definir o que seja *decisão*, *defesa* ou *intervenção de terceiro*. Não se trata de problemas da *Ciência do Direito Processual*, que, por ser dogmática, toma um determinado arcabouço de

da Ciência do Direito Processual ou Ciência Dogmática do Processo. O contraponto feito neste item é entre a Teoria Geral do Processo e a Ciência do Direito Processual.

47. FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito – técnica, decisão, dominação*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 86, grifos no original.

conceitos como corretos e, após se valer deles, propõe soluções às questões do Direito positivo⁴⁸.

A relação entre esses dois níveis de linguagem é permanente e inevitável, mas é preciso que fiquem sempre claras as suas diferenças⁴⁹.

A separação entre as linguagens da Teoria Geral do Processo e da Ciência do Processo é imprescindível para a boa qualidade da produção doutrinária.

Há problemas de Direito positivo que, por vezes, são examinados como se fossem problemas gerais. Essa falha de percepção compromete a qualidade do trabalho doutrinário.

Um exemplo, extraído da análise do Direito processual civil brasileiro, talvez seja útil à compreensão do que se afirma neste item.

É frequente a afirmação doutrinária de que a falta de pressupostos processuais pode ser conhecida de ofício pelo órgão jurisdicional. Essa lição é produto da ciência do processo civil brasileiro, que chega a essa conclusão após a análise do § 3º do art. 485 do CPC, de redação semelhante à do § 3º do art. 267 do CPC brasileiro de 1973.

Não se trata, como se vê, de postulado da Teoria Geral do Processo. Saber se a falta de um pressuposto processual pode ou não ser conhecida de ofício pelo órgão jurisdicional é um problema de Direito positivo. Variará conforme o Direito que se examinar. Nada impede que sobrevenha uma lei que não permita ao órgão jurisdicional reconhecer de ofício a falta de um determinado pressuposto. É, por exemplo, o que acontece com a falta de competência relativa (n. 33 da súmula da jurisprudência predominante do Superior Tribunal de Justiça; art. 64, § 1º, CPC), a existência de convenção de arbitragem (art. 337, § 5º, CPC) e a falta de autorização do

48. Com uma visão diferente, entendendo que Teoria Geral do Processo e Direito Processual, entendido como ciência jurídica, são expressões sinônimas, GÁLVEZ, Juan F. Monroy. *Teoría general del proceso*. Lima: Palestra, 2007, p. 128-129.

49. FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris – Teoria del diritto e della democrazia*, v. 1, cit., p. 51.

cônjuge para a propositura de ação real imobiliária (art. 1.649 do Código Civil brasileiro)⁵⁰.

A Teoria Geral do Processo preocupa-se com a definição do que é “pressuposto processual”, pouco importa o regime jurídico previsto para o controle jurisdicional da admissibilidade do processo.

Essas premissas são indispensáveis para que se compreenda corretamente o texto normativo do § 3º do art. 1.018 do CPC brasileiro, que impõe ao recorrido o ônus de alegar a falta de um requisito de admissibilidade do recurso de agravo de instrumento. Trata-se de rara hipótese de falta de requisito de admissibilidade do recurso que não pode ser conhecida de ofício. As premissas ajudam também a compreender que o desrespeito a um requisito de admissibilidade do recurso imposto por uma convenção processual (art. 190, CPC) é fato que não pode ser conhecido de ofício⁵¹, e isso não é nenhum problema.

Essas legítimas opções legislativas foram criticadas pela doutrina, que considerou os requisitos de admissibilidade dos recursos como questões cognoscíveis *ex officio* pelo órgão julgador e, nessa condição, “não se encontram sujeitos a preclusão, podendo ser conhecidos de ofício”⁵². A lição não parece correta.

Ser ou não questão relativa à norma cogente; sujeitar-se ou não a preclusão; poder ou não ser controlado de ofício são atributos que o pressuposto processual terá *conforme o regime jurídico que lhe prescrever o Direito processual positivo*. São atributos de Direito positivo, não elementos de um conceito *jurídico fundamental* – e, portanto, com pretensão de invariabilidade – de pressuposto processual. O pressuposto processual não é *essencialmente* uma questão advinda de norma cogente nem é *teoricamente* um requisito cuja falta possa ser, sempre, pouco importa o Direito positivo, reconhecida de ofício pelo órgão jurisdicional. Há um equívoco de percepção quanto à natureza do problema examinado: ao examinar um problema de Direito positivo, não faz o jurista Teoria Geral do processo.

50. Art. 1.649 do Código Civil brasileiro: “A falta de autorização, não suprida pelo juiz, quando necessária (art. 1.647), tornará anulável o ato praticado, podendo o outro cônjuge pleitear-lhe a anulação, até dois anos depois de terminada a sociedade conjugal”.

51. DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 17ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015, v. 1, p. 391.

52. JORGE, Flavio Cheim. *A nova reforma processual*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 170.