

BRUNO SILVEIRA DE OLIVEIRA

**O JUÍZO DE IDENTIFICAÇÃO DE DEMANDAS E
DE RECURSOS NO PROCESSO CIVIL
BRASILEIRO**

(CONTRIBUIÇÃO AO ESTUDO DOS ATOS POSTULATÓRIOS)

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito Processual.

Orientador: Prof. Dr. José Roberto dos Santos Bedaque.

São Paulo

2009

BRUNO SILVEIRA DE OLIVEIRA

**O JUÍZO DE IDENTIFICAÇÃO DE DEMANDAS E
DE RECURSOS NO PROCESSO CIVIL
BRASILEIRO**

(CONTRIBUIÇÃO AO ESTUDO DOS ATOS POSTULATÓRIOS)

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. José Roberto dos Santos Bedaque

Orientador

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Prof. Dr.

São Paulo, _____, de _____, de _____

A Luiz Carlos Bernardes da Silveira,
Carmita Assis de Oliveira e Sebastião de Oliveira Gomes,
(in memoriam)

*“What’s in a name? That which we call a rose by
any other name would smell as sweet.”*

(Shakespeare).

SUMÁRIO

Capítulo I: CONSIDERAÇÕES INICIAIS

<i>1.1. O escopo da obra.....</i>	<i>08</i>
<i>1.2. Um erro de interpretação muito comum.....</i>	<i>12</i>
<i>1.3. A necessidade de critérios seguros para se identificar, no caso concreto, a espécie ou natureza jurídica da postulação.....</i>	<i>14</i>
<i>1.4. Por que falamos de demandas e de recursos?.....</i>	<i>16</i>
<i>1.5. Razões axiológicas para o regime jurídico proposto.....</i>	<i>20</i>
<i>1.6. Plano da obra.....</i>	<i>22</i>

Capítulo II: ANÁLISE CONCEITUAL DE ‘ATO POSTULATÓRIO’

<i>2.1. Conceito de ato postulatório.....</i>	<i>23</i>
<i>2.2. Requerimentos simples vs. atos postulatórios argumentativos.....</i>	<i>26</i>
<i>2.3. Sentidos abstrato e concreto da expressão ‘ato postulatório’.....</i>	<i>28</i>
<i>2.4. Estrutura lógica.....</i>	<i>30</i>
<i>2.5. Espécies.....</i>	<i>33</i>
<i>2.6. Forma vs. conteúdo.....</i>	<i>35</i>
<i>2.7. (Continuação) Análise da ação de postular.....</i>	<i>38</i>
<i>2.8. (Continuação) Forma, procedimento e formalidades: esclarecimentos terminológicos.....</i>	<i>41</i>
<i>2.9. O nomen juris.....</i>	<i>42</i>
<i>2.10. Síntese do capítulo.....</i>	<i>43</i>

Capítulo III: A IDENTIFICAÇÃO DOS ATOS POSTULATÓRIOS: NOME, FORMA OU CONTEÚDO?

<i>3.1. Identificação, admissibilidade e mérito: três juízos sucessivos.....</i>	<i>45</i>
<i>3.2. “As palavras e as coisas”.....</i>	<i>47</i>
<i>3.3. O ato jurídico e seu nomen juris.....</i>	<i>49</i>
<i>3.4. O conteúdo e a identificação dos atos postulatórios.....</i>	<i>53</i>
<i>3.5. A identificação dos atos recursais.....</i>	<i>57</i>
<i>3.6. (Continuação) A fungibilidade entre recursos no Código de Processo Civil de 1939.....</i>	<i>58</i>
<i>3.7. (Continuação) O nomen juris e a identificação dos recursos na doutrina.....</i>	<i>63</i>

3.8. <i>(Continuação) O nomen juris e a identificação dos recursos na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal</i>	69
3.9. <i>Identificação dos atos postulatorios a partir da pretensão deduzida</i>	78
3.10. <i>A situação de gravame combatida e a identificação da espécie postulatoria</i>	83
3.11. <i>Do juízo de identificação ao juízo de admissibilidade</i>	85
3.12. <i>Subsunção do ato a mais de uma espécie jurídica (i.e.: subsunção a mais de um conseqüente normativo): uma exceção</i>	87
3.13. <i>Síntese do capítulo</i>	87

Capítulo IV: A MANIFESTAÇÃO DE VONTADE NA ESCOLHA DAS ESPÉCIES POSTULATORIAS

4.1. <i>A postulação como ato jurídico stricto sensu</i>	89
4.2. <i>A relação biunívoca entre fins e meios e a interpretação do ato postulatorio</i>	95
4.3. <i>Desconexão entre o nomen juris ou a forma e o conteúdo do ato</i>	98
4.4. <i>(Continuação) O princípio de não presunção dos atos dispositivos</i>	99
4.5. <i>(Continuação) Manifestações do princípio no ordenamento jurídico brasileiro</i>	101
4.6. <i>(Continuação) Manifestações do princípio no direito comparado</i>	105
4.7. <i>(Continuação) “Quem quer o fim, quer o meio”</i>	109
4.8. <i>Identificação da espécie postulatoria e contraditório: proteção às expectativas processuais das partes</i>	115
4.9. <i>Escolha de meio inadequado (falta de cabimento-adequação)</i>	117
4.10. <i>Pluralidade de meios conducentes a um mesmo fim (inexistência de relação biunívoca entre os meios e o fim)</i>	120
4.11. <i>(Continuação) Incerteza no sistema, liberdade negativa e pluralidade de meios conducentes ao mesmo fim</i>	123
4.12. <i>(Continuação) Espaços de liberdade postulatoria – positiva e negativa – e a chamada “fungibilidade de meios”</i>	127
4.13. <i>Síntese do capítulo</i>	129

Capítulo V: FALSAS HIPÓTESES DE INADEQUAÇÃO DO ATO POSTULATORIO: ERRORES IN NOMINE

5.1. <i>Introdução</i>	131
5.2. <i>ADI vs. ADPF, Mandado de Segurança vs. Habeas Corpus</i>	132
5.3. <i>Embargos à execução, impugnação ao cumprimento de sentença e ações autônomas de impugnação à execução</i>	137

<i>5.4. Embargos à execução / Impugnação vs. “Exceção de pré-executividade”</i>	142
<i>5.5. “Exceção de pré-executividade” e defesas substanciais</i>	145
<i>5.6. Embargos à execução / Impugnação vs. Embargos de terceiro</i>	149
<i>5.7. Defesa do executado no cumprimento de sentenças condenatórias a obrigação de fazer, não-fazer ou entregar coisa</i>	154
<i>5.8. Mandado de segurança contra ato judicial vs. agravo de instrumento</i>	157
<i>5.9. Meios para atribuição de efeito suspensivo a apelação que não o possua: agravo de instrumento vs. ação / medida cautelar</i>	162
<i>5.10. Apelação vs. agravo de instrumento</i>	168
<i>5.11 Agravo de instrumento vs. apelação</i>	172
<i>5.12. (Continuação) Agravo de instrumento: preclusão para o juiz quanto à questão decidida?</i>	174
<i>5.13. (Continuação) Agravos de instrumento intempestivos: hipóteses de conhecimento</i>	177
<i>5.14. Síntese do capítulo</i>	184
CONCLUSÕES	186
REFERÊNCIAS	191
RESUMO	225
RIASSUNTO	226
ABSTRACT	227

Capítulo I

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

1.1. O escopo da obra. 1.2. Um erro de interpretação muito comum. 1.3. A necessidade de critérios seguros para se identificar, no caso concreto, a espécie ou natureza jurídica da postulação. 1.4. Por que falamos de demandas e de recursos?. 1.5. Razões axiológicas para o regime jurídico proposto. 1.6. Plano da obra.

1.1. O escopo da obra

Na ciência processual brasileira, não há um estudo que se dedique à análise dos *atos postulatorios* em geral. Aliás, tampouco na doutrina estrangeira o encontramos (*i.e.*: ainda não se cumpriu, onde quer que seja, a tarefa ingente de uma *completa teoria dos atos postulatorios*).¹

Consideramos “completa” uma teoria que se ocupe destes três sucessivos problemas: (I) diante de uma postulação – a petição de uma demanda ou de um recurso – como deve o juiz identificar-lhe a espécie ou natureza jurídica? (*juízo de identificação*); (II) uma vez identificada a natureza jurídica da postulação, quais os requisitos de admissibilidade ao julgamento de seu mérito (e, principalmente, quais as conseqüências do não cumprimento desses requisitos)? (*juízo de admissibilidade*); por fim, (III) o que exatamente se deve entender por *mérito* da postulação e quais devem ser o conteúdo e os efeitos da decisão judicial sobre ele? (*juízo de mérito*).

A inexistência de um trabalho de fôlego, que cuide de investigar todas essas dimensões do ato postulatorio, não chega a surpreender. O fardo assumiria mesmo proporções hercúleas, consistiria em desafio dos mais complexos e extenuantes, difícilimo de ser empreendido.

¹ Atos cuja importância não carece de demonstração. Afinal, bem o observa Cleanto Guimarães Siqueira, “[...] a missão reservada às partes em um processo judicial parece ser pedir, pedir sempre e insistentemente”, pelo que se pode medir sem dificuldade a grandeza – tanto teórica quanto prática – das *postulações* no método estatal de resolução de conflitos. (Cf. Cleanto Guimarães Siqueira, *As novíssimas alterações no código de processo civil: comentários à lei n. 10.444/2002*, p. 35).

Há, porém, com relação às demandas, obras preocupadas ora com o *conteúdo* desses atos (“o quê se pede?”, *juízo de mérito*)² ora com os *requisitos que lhes condicionam o julgamento* (“como se pede?”, *juízo de admissibilidade*)³.

Em torno desses grandes temas, invariavelmente, gravitam os trabalhos já escritos sobre pretensões no processo civil. *Admissibilidade e mérito* – compreendidos com largueza, tomados em si e em seus inúmeros desdobramentos – formam assim um binômio que exaure a produção científica dedicada ao assunto.⁴

O cenário não muda no tocante aos recursos. Em relação a eles, escreve-se para: (I) determinar os limites de seu mérito, a extensão e a profundidade do respectivo julgamento e (II) sistematizar os requisitos que, satisfeitos pelo ato recursal, autorizam o julgador a proferir aquele tipo de decisão. Também aqui, o binômio ‘admissibilidade/mérito’ concentra as atenções da doutrina, sem espaço para sobras.⁵⁻⁶

² Referimo-nos a obras que exploram a vastíssima temática do objeto do processo, tomada em qualquer de seus consectários. Em nossa literatura, vejam-se: Alfredo Buzaid, Da lide: estudo sobre o objeto litigioso, In *Estudos e pareceres de direito processual civil*, p. 73-132; Cândido Rangel Dinamarco, O conceito de mérito em processo civil, In *Fundamentos do processo civil moderno*, 3. ed., p. 232-276; _____. Os institutos fundamentais do direito processual, In *Fundamentos... cit.*, p. 71-92; Kazuo Watanabe, *Da cognição no processo civil*, 2. ed., p. 71-110; José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi no processo civil*, 212 p.; Antônio Junqueira de Azevedo, *Conceito, identificação e conexão de causas no direito processual civil*, 133 p.; Antonio Scarance Fernandes, *Prejudicialidade*, 103 p.; José Carlos Barbosa Moreira, *A conexão de causas como pressuposto da reconvenção*, 213 p.; Milton Paulo de Carvalho, *Do pedido no processo civil*, 183 p.; Olavo de Oliveira Neto, *Conexão por prejudicialidade*, 119 p.. E, mais recentemente: Ricardo de Barros Leonel, *Causa de pedir e pedido: o direito superveniente*, 313 p.; Clarisse Frechiani Lara Leite, *Prejudicialidade no processo civil*, 360 p.; Edward Carlyle Silva, *Conexão de causas*, 240 p.. Por fim, tomamos a liberdade de referir o nosso *Conexidade e efetividade processual*, 400 p..

³ Vejam-se, entre nós: José Carlos Barbosa Moreira, Sobre pressupostos processuais, In *Temas de direito processual – quarta série*, p. 83-93; Adroaldo Furtado Fabrício, “Extinção do processo” e mérito da causa, In *Ensaios de direito processual*, p. 363-397; José Roberto dos Santos Bedaque, *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 180 *et. seq.*; Fredie Didier Jr., *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*, 386 p.

⁴ O binômio *admissibilidade/mérito* das demandas (ou *admissibilidade/mérito* do “processo”) é, também no direito comparado, amplamente estabelecido. Da doutrina alemã, consta com nitidez ao menos desde a obra paradigmática de Oskar von Büllow (*La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, p. 1-17); passando por James Goldschmidt (*Teoría general del proceso*, p. 102-105, *passim*), Leo Rosenberg (*Tratado de derecho procesal civil*, p. 45, t. II) e chegando a Othmar Jauernig (*Direito processual civil*, p. 182 *et. seq.*). Já na doutrina italiana, encontramos-lo bem demarcado nas lições de Enrico Tullio Liebman (*L’azione nella teoria del processo civile*, In *Problemi del processo civile*, p. 22-53; _____. *Manuale di diritto processuale civile.*, p. 40, v. I) e, mais recentemente, em Crisanto Mandrioli (*Corso di diritto processuale civile*, 12. ed., p. 40, v. I), Francesco Paolo Luiso (*Diritto processuale civile: principi generali*, p. 47-48, v. I) e Giampiero Balena (*Elementi di diritto processuale civile: i principi*, 4. ed., p. 53-54, v. I). Da Argentina, tomamos as obras de Hugo Alsina (*Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, p. 248 *et. seq.*, t. I) e, contemporaneamente, Osvaldo A. Gozaíni (*Elementos de derecho procesal civil*, p. 161) como bons exemplos. Em Portugal, basta referir o trabalho de Miguel Teixeira de Souza (*Sobre o sentido e a função dos pressupostos processuais: algumas reflexões sobre o dogma da apreciação prévia dos pressupostos processuais na ação declarativa*), In *RePro* n. 63, p. 68-71.

⁵ Entre nós, vejam-se ilustrativamente estas obras, sempre referentes à admissibilidade (José Carlos Barbosa Moreira, *O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos cíveis*, 158 p.; Flávio Cheim Jorge, *Apelação cível: teoria geral e juízo de admissibilidade*, 2. ed., p. 81 *et. seq.*; José Miguel Garcia Medina, *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial [e outras questões relativas à sua admissibilidade e ao seu processamento]*, 3. ed., p. 124 *et. seq.*); ou ao mérito recursal (Luiz Machado Guimarães, *Limites objetivos do recurso de apelação*, p. 27-91; _____. Efeito devolutivo da apelação, In *Estudos de direito processual civil*, p. 216-226; Antonio Carlos de Araújo

Justamente por se ocupar de aspectos relacionados ora ao *mérito*, ora à *admissibilidade* das postulações, a bibliografia especializada deixa à míngua de mais detida reflexão outras questões, igualmente relevantes, para as quais voltamos agora a atenção.

Cintra, *Sobre os limites objetivos da apelação civil*, p. 1-72; Cândido Rangel Dinamarco, Os efeitos dos recursos, In *Nova era do processo civil*, 2. ed., p. 114-162; _____. O efeito devolutivo da apelação e de outros recursos, In *Nova era... cit.*, p. 163-186; Marcela Regina Pereira Câmara, *O efeito devolutivo da apelação*, p. 97 *et. seq.*; quando não a ambos (Pedro Batista Martins, *Recursos e processos da competência originária dos tribunais*, p. 143 *et. seq.*; Miguel Seabra Fagundes, *Dos recursos ordinários em matéria civil*, 515 p.; Luiz Antonio da Costa Carvalho, *Dos recursos em geral*, 3. ed., p. 32-33; João Claudino de Oliveira e Cruz, *Dos recursos no código de processo civil*, p. 13-84; _____. *Do recurso de apelação (cível)*, 277 p.; Alcides de Mendonça Lima, *Sistema de normas gerais dos recursos cíveis*, p. 215-319; José Roberto dos Santos Bedaque, Apelação: questões sobre admissibilidade e efeitos, In Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.), *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*, p. 437-473, v. 7; Flávio Cheim Jorge, *Teoria geral dos recursos cíveis*, 3. ed., p. 53 *et. seq.*; Ricardo de Carvalho Aprigliano, *A apelação e seus efeitos*, 2. ed., p. 15-30 e 91 *et. seq.*).

⁶ Na doutrina estrangeira, o binômio admissibilidade/mérito também monopoliza os debates. Em Portugal, fala-se de uma “disciplina geral dos recursos ordinários” (Fernando Amâncio Ferreira, *Manual dos recursos em processo civil*, 8. ed., p. 107-184) ou de “princípios gerais dos recursos” (J. O. Cardona Ferreira, *Guia de recursos em processo civil*, 4. ed., p. 73-129), em meio aos quais vêm tratados os requisitos de admissibilidade ao julgamento do mérito recursal. Em França, Vincent e Guinchard distinguem nitidamente o mérito da apelação das chamadas *conditions de l’appel*, que lhe compõem o juízo de admissibilidade e se referem tanto ao “fundo” do recurso (*i.e.*: a seu conteúdo, como os requisitos do interesse, da legitimidade e do cabimento) quanto à sua forma (como os requisitos da regularidade na confecção da peça de interposição e da tempestividade na juntada das razões recursais). Cf. Jean Vincent e Serge Guinchard, *Procédure civile*, 25. ed., p. 926-961. Na Argentina, Ibañez Frocham (*Tratado de los recursos en el proceso civil*, 3. ed., p. 95-104) e Víctor de Santo (*Tratado de los recursos*, p. 100-102, t. I) alistam sob a categoria *requisitos de los recursos* as questões componentes do juízo de admissibilidade (passam, porém, ao largo daquela distinção francesa entre requisitos de *forma* e de *fundo*); tudo mais que estudam – no âmbito da “teoria geral dos recursos” – é de algum modo relacionado ao mérito recursal. Na Itália, por fim, em razão de peculiaridades de seu sistema processual, apresenta-se bem estratificada a distinção entre *ammissibilità* e *procedibilità*, categorias compostas por questões que reunimos, indiferentemente, sob o âmbito do *juízo de admissibilidade*. Lá, examina-se primeiramente a admissibilidade (*ammissibilità*) da petição recursal, exame que se volta para os requisitos de higidez formal (tempestividade, preparo, etc.) e substancial do ato (os chamados *requisiti extraformali*, correspondentes às *conditions de fond* dos recursos no sistema francês: legitimidade, interesse, cabimento, etc.). Uma vez admitida a peça, seu processamento, no entanto, fica condicionado à prática de atos de impulso pelo recorrente. O não cumprimento de um desses atos determina a *improcedibilità* da impugnação. Falam, assim, de *ammissibilità*, *procedibilità* e *fondatezza delle impugnazioni* como três juízos sucessivos, o último dos quais consiste – como é intuitivo – no juízo do mérito recursal. A propósito, vejam-se: Renzo Provinciali, *Delle impugnazioni in generale*, p. 157-188; Nicola Giudiceandrea, *Le impugnazioni civili*, p. 109-186, v. I; Enrico Tullio Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, 3. ed., p. 43, v. III; Mario Vellani, Appello (diritto processuale civile), In *Enciclopedia del diritto*, p. 741-743, v. II; Francesco Paolo Luiso, Appello nel diritto processuale civile, In *Digesto delle discipline privatistiche (sezione civile)*, p. 381-383, v. I; _____. *Diritto processuale civile*, p. 332-342, v. II; Angelo Bonsignori, Impugnazioni civili in generale, In *Digesto delle discipline privatistiche (sezione civile)*, p. 353-355, v. IX; Claudio Consolo, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, p. 50-51. Curiosamente, porém, Eduardo Grasso registra que as causas de *improcedibilità* dos recursos principais não determinam – ao contrário de quanto sucede com a *inammissibilità* destes – a extinção dos recursos adesivos (*impugnazioni incidentali*) sem julgamento de mérito. Cf. Eduardo Grasso, *Le impugnazioni incidentali*, p. 121-131.

Nosso objetivo central, neste trabalho, é abordar problema logicamente anterior aos juízos de admissibilidade e mérito. Trata-se de definir critérios que – antes de se proceder àqueles exames – devem ser levados em conta para uma correta identificação da espécie ou natureza jurídica da postulação praticada.

Evidentemente, só podemos falar em demanda “adequada ou inadequada”, em recurso “tempestivo ou intempestivo”, “regular ou irregular”, etc., se antes soubermos do quê, exatamente, estamos falando (de uma apelação, de um mandado de segurança, de uma denúncia da lide, de um agravo, etc. ?).

Esse é o sentido que conferimos à expressão “juízo de identificação da espécie ou natureza jurídica da postulação praticada”. Queremos por ele saber, afinal, que faz de determinada peça uma apelação e não um agravo, ou a torna uma ação direta de inconstitucionalidade e não uma argüição de descumprimento de preceito fundamental, para ficarmos apenas nestes exemplos.

Tais questões apontam todas para o mesmo problema, que não é outro senão o de se saber precisar a natureza jurídica de cada petição, à luz das circunstâncias do caso concreto. Poderíamos formulá-lo nestes termos: que traço(s) distingue(m), na peça produzida, a espécie postulatória a que ela pertence? A resposta (e a intuição pode nos sugerir várias) está longe de ser simples ou óbvia.

Óbvia, de qualquer modo, é a anterioridade lógica do juízo de identificação aos juízos de admissibilidade e mérito. Afinal, por ocasião dos últimos, predicamos à postulação um entre estes adjetivos: admissível/inadmissível e, caso admissível, procedente/improcedente. Mas adjetivos – isto também é óbvio – só podem ser predicados a substantivos, exatamente como “qualidades” se predicam a “coisas”. Precisamos então de uma “coisa”, isto é, de algo que qualifiquemos como admissível/inadmissível, procedente/improcedente. Eis o objeto do juízo de identificação.

Como os requisitos de admissibilidade de demandas e de recursos variam segundo as diversas espécies desses atos (e.g.: a apelação tem suas próprias condições de admissibilidade, o agravo outras tantas, o recurso ordinário em mandado de segurança *idem*), então esse “algo” que

buscamos – que substantiva todo nosso raciocínio e a que predicamos a qualidade de admissível/inadmissível – é e só pode ser encontrado na pertinência da postulação a determinada “natureza” ou categoria jurídica.

Nesse sentido, dizemos antes de tudo que a petição praticada é, por exemplo, uma *apelação*, para depois avaliarmos – segundo as regras que compõem o regime jurídico das apelações – se ela é uma *apelação admissível* ou *inadmissível*. Em síntese: a definição da espécie a que pertença uma petição vem antes de qualquer predicação sobre ela.

Definir a espécie de determinada petição é definir-lhe a “valência” jurídica, estabelecendo sua correspondência a algum *tipo abstrato* previsto no ordenamento. Essa operação lógica, conhecida em direito por *subsunção*, consiste em remeter o dado fático (*indivíduo*) à respectiva categoria normativa (*conjunto*) e – como foi dito – é etapa logicamente anterior e necessária a qualquer consideração que se queira lançar sobre a admissibilidade/inadmissibilidade da peça.

O resultado do juízo de admissibilidade, portanto, *depende* logicamente do resultado do juízo de identificação, pois para sabermos se algo é admissível precisamos antes conhecer as regras que regerão esse exame, o que pressupõe haveremos definido a natureza jurídica da petição como sendo tal (*e.g.*: *apelação*) ou qual (*e.g.*: *agravo*).

1.2. Um erro de interpretação muito comum

Como veremos, a praxe forense frequentemente avança conclusões sobre o juízo de admissibilidade (quase sempre, para dar-lhe resposta negativa) sem antes haver *identificado corretamente* a natureza jurídica da peça que tem em mãos. Urge, assim, distinguir as coisas, demarcar com clareza os domínios de cada operação; apartar o objeto do exame de identificação daquele pertencente ao de admissibilidade, dissipando confusões comumente praticadas.

Isso reduzirá à justa medida (veremos, *infra*, caps. III e IV) a importância que nossos tribunais conferem – com boa dose de exagero – a caracteres *nominais* e *formais* das petições, quando se põem a subsumi-las a esta ou àquela categoria jurídica.

A casuística – demonstrá-lo-emos (*infra*, cap. V) – está plena de situações que evidenciam a exacerbação, ou mesmo a *criação*, por nossas cortes de justiça, de hipóteses de inadmissibilidade das postulações fundadas no argumento de “*inadequação da via eleita*”. A quase totalidade desses casos, porém, não tem respaldo normativo.

No afã de reduzirem a massa torrencial de processos que aflui a seus gabinetes, nossos tribunais tendem a subsumir as petições que lhes são dirigidas a espécies inadequadas para a posição da parte no caso concreto, livrando-se com isso do dever de julgarem o mérito de demandas e de recursos francamente admissíveis.⁷

Essa prática – *contraproducente no combate ao volume de processos*⁸ – parte de um erro de interpretação relativamente comum em nossa jurisprudência (que é o de se ater ao *nomen juris* e à forma da petição, antes que ao verdadeiro sentido da manifestação de vontade do postulante)⁹, terminando, assim, por violar o direito da parte ao julgamento do mérito de suas postulações e submetendo-a a injustificável sonegação de tutela jurisdicional.¹⁰⁻¹¹

Ninguém ignora a sobrecarga de trabalho que aflige o Judiciário brasileiro em todos os seus níveis (máxime nos *tribunais de superposição*: o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça), mas – em que pese a gravidade dessa crônica e corrosiva mazela – nada justifica que se

⁷ Yarshell constata, no sistema vigente, inúmeros casos de “imprecisão técnica” quanto à definição dos “canais de acesso” à tutela jurisdicional e à sua adequada utilização no caso concreto. Adverte para o risco que “há sempre [...] nessa imprecisão, dado que a adequação da ‘via eleita’ [...] integra a condição da ação interesse de agir, não sendo raros os casos em que, até mesmo de uma forma perversa para o jurisdicionado, a tutela é aprioristicamente negada (em juízo de admissibilidade) a pretexto do ‘remédio inadequado’, quando a própria jurisprudência é imprecisa a respeito da matéria. É preciso, portanto, uma dose dobrada de cautela, antes de se por fim a um dado processo, a pretexto de que a ‘via’ eleita não foi a adequada”. (Flávio Luiz Yarshell, *Tutela jurisdicional*, p. 121).

⁸ Pois, ao se desgarrarem do direito positivo para não conhecerem de demandas e de recursos, nossos tribunais dão azo à proliferação de novos recursos, interpostos apenas para combaterem o não conhecimento dos anteriores. Têm, então, de julgar no mínimo duas peças ao invés de uma só, traindo os motivos que os levaram a não admitir a primeira da série.

⁹ Bedaque diagnostica o problema com precisão. Suas palavras: “Estamos tão contaminados pela forma, que acabamos achando natural argüições de nulidades muitas vezes por questões puramente terminológicas”. (José Roberto dos Santos Bedaque, *Efetividade... cit.*, p. 99).

¹⁰ Subverte também a orientação do Prof. José Carlos Barbosa Moreira, que há muito incitou os intérpretes/aplicadores da lei – com uma das mais notórias entre suas elegantes metáforas – a promoverem releituras do texto legislado, logrando “[...] extrair da antiga partitura sonoridades modernas” (José Carlos Barbosa Moreira, *Notas sobre o problema da efetividade do processo*, In *Temas de direito processual – terceira série*, p. 32). Vem-se geralmente fazendo o oposto: nossos músicos extraem das atuais partituras timbragens surpreendentemente atávicas, quando não passam a executar movimentos que de nenhum modo se encontram na pauta musical...

¹¹ Trata-se de mais uma manifestação da tendência de algumas cortes à censurável *jurisprudência defensiva*, fenômeno que provoca indignação tanto aos jurisdicionados quanto aos “operadores do direito”, havendo recebido inúmeras (e contundentes) críticas em sede doutrinária. Ilustrativamente, vejamos: Cândido Rangel Dinamarco, *Tempestividade dos recursos* (inédito); José Carlos Barbosa Moreira, *Restrições ilegítimas ao conhecimento dos recursos*, In *Temas de direito processual (nona série)*, p. 267-282; José Rogério Cruz e Tucci, *Lineamentos da nova reforma do CPC*, 2. ed., p. 127; Flávio Cheim Jorge *et. alii.*, *A nova reforma processual*, 2. ed., p. 192-193; Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier, *Breves comentários à 2ª fase da reforma do código de processo civil*, 2. ed., p. 190-191; Clito Fornaciari Jr., *Agravo de instrumento e protocolo ilegível: e Kafka tornou-se infantil*, In *Revista Dialética de Direito Processual* n. 6, p. 9-11; Fernando Fontoura da Silva Cais, *Em torno do formalismo processual: a criação de requisitos para a prática de atos processuais pelos tribunais*, In *Revista Dialética de Direito Processual* n. 57, p. 26-47; Heitor Vitor Mendonça Sica, *Recurso intempestivo por prematuridade?*, In Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.), *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*, p. 134-144, v. 11; Diogo Ciuffo Carneiro, *Os requisitos de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário e a sua ilegítima utilização como filtros recursais*, In *RePro* n. 160, p. 219-232; André Gustavo Salvador Kauffman, *A procuração outorgada ao advogado subscritor das contra-razões dos recursos extraordinário e especial como peça obrigatória para a formação do agravo do art. 544 do CPC*, In *RePro* n. 160, p. 233-272; Márcio Carvalho Faria, *A jurisprudência defensiva dos tribunais superiores e a ratificação necessária (?) de alguns recursos excepcionais*, In *RePro* n. 167, p. 250-269.

consolidem práticas daquele feitio, incompatíveis com o direito posto e abertamente contrárias à natureza instrumental do processo (esta, aliás, premissa evidente por si mesma, fundante das balizas mais primárias de qualquer discurso sério sobre direito processual).¹²

1.3. A necessidade de critérios seguros para se identificar, no caso concreto, a espécie ou natureza jurídica da postulação

Para combatermos esse equívoco (definido como a tendência, presente em diversos julgados, de se reputar *inadequado* o ato praticado pela parte para não se ter de lhe apreciar o mérito), trataremos de perquirir quais sinais ou caracteres concorrem, em nosso sistema processual¹³, para a *identificação* da natureza jurídica de uma postulação.

O que exatamente faz de determinada peça processual um *recurso de apelação*, uma *petição inicial*, uma *contestação*, um *recurso especial*, etc.? Seria o *nomen juris*, gravado em sua folha de rosto? Ou aspectos inerentes à sua forma? Seria seu conteúdo, ou algum tipo de combinação entre esses elementos todos (nome, forma e conteúdo)?

Nossos magistrados saberiam identificar – com relativa segurança, consciência e

¹² Ao insitirem em práticas daquela estirpe, nossos tribunais violam a dimensão do princípio da *instrumentalidade do processo* que o Prof. Cândido Rangel Dinamarco intitulou “aspecto negativo da instrumentalidade”. Suas palavras: “O lado negativo do princípio da instrumentalidade corresponde ao refluxo da escalada processualística que sucedeu às grandes descobertas dos processualistas na segunda metade do século passado, escalada que no Brasil chegou a um nível de quase euforia com a vigência do Código de Processo Civil. Trata-se, assim, da instrumentalidade realçada e invocada como fator de contenção de exageros e distorções. A excessiva preocupação com os temas processuais constitui condição favorável a essas posturas inadequadas, com o esquecimento da condição instrumental do processo. Favorece, inclusive, o *formalismo* no modo de empregar a técnica processual, o que tem também o significado de menosprezar a advertência de que as formas são apenas meios preordenados aos objetivos específicos em cada momento processual.” (Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, 12. ed., p. 327).

¹³ Por ‘sistema processual’ compreendemos algo que vai além do mero texto legal, compilado e cada vez menos organizado (mercê das sucessivas reformas parciais) em nosso Código de Processo Civil e na legislação extravagante. O conceito de *sistema* – ensina Claus-Wilhelm Canaris – pressupõe a *unidade* do todo e a *adequação* entre seus elementos, notas que em alguma medida devem existir no direito de um povo para que o possamos tomar como um *ordenamento* (e não como um *amontoado*) de normas (cf. Claus-Wilhelm Canaris, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, Trad. A. Menezes Cordeiro, 3. ed., p. 18-76, *passim*). Assim, *unitário* em seu conjunto e harmonioso em seu núcleo, o plexo de normas processuais civis que radica na Constituição e de lá descende para os dispositivos legais e para a interpretação que a jurisprudência dá a isso tudo é um *sistema* (a despeito de todas as transformações recentes do CPC). Eis o que chamamos de ‘sistema processual’. É esse “direito processual vivo”, “orgânico”, existente desde o plano abstrato (na Constituição e nas normas infraconstitucionais) até o concreto (na interpretação feita por nossos tribunais, máxime pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça) que possui feições sistêmicas. Existe, em meio a esse universo de normas, um tecido unitário, um fio que entretece todos os seus níveis, por mais que as recentes e pontuais reformas de nosso Código pareçam sugerir (e por vezes pareçam *querer sugerir*) o contrário. Mesmo que não houvesse (isto é, ainda que inexistisse nexo entre a Constituição, o Código de Processo Civil e a respectiva jurisprudência), deveríamos pressupor – qual um axioma – os lastros de *unidade* e de *adequação* no objeto de nosso estudo, essenciais a uma abordagem que se pretenda científica acerca de qualquer coisa, não constituindo exceção o direito tampouco o processo. A ciência não cuida do caos, cuida sempre de realidades ordenáveis. Se a ciência do processo é possível, então o processo é – ao menos hipoteticamente – ordenável (e, nessa medida, concebido como um *sistema* de normas cognoscível).

objetividade de critérios – aquilo que insere determinada petição na espécie *x*, *y* ou *z*? Saberiam – por exemplo – distinguir na peça “P” a marca que a torne um *agravo*, em vez de uma *apelação*? Conviriam todos quanto a ser essa marca o *nomen juris* ‘agravo’ ou ele seria irrelevante? A peça consistiria em agravo por vir acompanhada de um instrumento (ou seja, mercê de sua forma) ou também as apelações podem ser processadas dessa maneira (não se podendo, então, inferir coisa alguma dessa nota formal)? Por fim, tratar-se-ia de agravo (não de apelação) em razão de a peça combater decisão interlocutória, não sentença (*i.e.*: seria o conteúdo do ato postulatório o espelho de sua natureza jurídica)?

Enquanto não houver resposta firme e sobretudo razoável à nossa pergunta (“que é que identifica a natureza jurídica de uma petição?”), será tudo menos evidente a distinção entre petições quaisquer, que permita remeter cada qual à respectiva espécie, entre os diversos tipos previstos na lei processual.

No limite, a incerteza faria simplesmente impossível avaliar a adequação de uma peça: não se podendo precisar sua natureza jurídica, tampouco se poderia dizer de sua justeza à posição processual do postulante. O cenário, desolador, tornaria *arbitrária* qualquer decisão a respeito.

Eis, por todas essas razões, problema de repercussões importantíssimas, relegado no entanto ao claustro das falsas obviedades, daquelas que só existem no solo erodido das coisas não perguntadas, prestes a esmoronar sob uma interrogação qualquer.

A que lançamos – apesar de evidentes sua pertinência teórica e sua serventia prática – passa ao largo dos hábitos autômatos do dia-a-dia: simplesmente não é formulada pelo intérprete/aplicador da lei, que dela não se apercebe em momento algum de sua praxe, não chegando a se perguntar *por que* processa determinada peça como tal ou qual recurso/demanda.

Dissemos há pouco que, com alguma assiduidade, nossas cortes de justiça negam conhecimento a uma petição apenas em razão do nome que ela estampa ou por caracteres formais que apresenta. Paradoxalmente, noutros casos (em tudo análogos aos primeiros!), essas mesmas cortes ignoram por completo o *error in nomine*, passando a identificar a peça por seu conteúdo, não pelo batismo ou pela forma que lhe haja sido dada.

Seja qual for a solução correta (e a despeito disso), o tratamento jurídico de situações idênticas reclama absoluta uniformidade. A inconstância é de todo incompatível com a idéia de justiça, que impõe *coerência* na aplicação da norma (qualquer que seja!) aos casos por ela

regulados.¹⁴

É, de fato, imperioso que haja adstrição à premissa: ou bem o *nomen juris* importa para a identificação da natureza jurídica de uma postulação, ou é de todo irrelevante para esse fim, *alterum non datur*. Já aqui – nessa denúncia à vacilação de nossa jurisprudência quanto ao papel do *nomen juris* no juízo de identificação das postulações – evidencia-se a tentativa deste trabalho de contribuir para a formação de um processo mais justo, mais simples e racional.

Encontraremos no conteúdo de demandas e de recursos (como fazem ver os capítulos III e IV, infra) o único critério sólido, fundado em bases razoáveis, para a identificação da natureza jurídica daqueles atos no caso concreto.

Com isso, obteremos enorme simplificação da técnica processual, reduzindo drasticamente as hipóteses de inadmissibilidade de um ato ao pretexto de ser ele *inadequado* para a tutela da posição processual da parte.

Velhas disputas teóricas, recentemente reativadas (como o cabimento de agravos ou de apelações contra atos decisórios do juiz de primeiro grau), tenderão a arrefecer a partir da identificação dos recursos (como das demandas) por seus *conteúdos*.

1.4. Por que falamos de demandas e de recursos?

Significativa e prestigiosa parcela da doutrina, ao se referir aos atos postulatórios no processo civil, inclui sob essa classe as demandas (típicas do procedimento em primeiro grau de jurisdição, *e.g.*: a inicial, a contestação, a reconvenção, etc.) e os recursos.¹⁵ Decerto, porque tanto

¹⁴ A aplicação de qualquer norma jurídica só pode ser *justa* na medida em que for *uniforme* em relação a seus destinatários, compreendidos nas mesmas circunstâncias de tempo e de espaço. Isso somente acontecerá se a consequência prescrita pela norma for imposta a todos os indivíduos que se enquadrarem no modelo de conduta por ela descrito e, cumulativamente, se não for imposta àqueles que não se subsumirem ao modelo. Trata-se da idéia de justiça *formal*, exigência que congrua as mais diferentes concepções sobre a justiça *substancial* (*i.e.*: sobre o conteúdo da idéia de justiça). A propósito da justiça formal, cf. Richard Posner, *Problemas de filosofia do direito*, p. 445; Dennis Lloyd, *A idéia de lei*, p. 141-142; Chaïm Perelman, *Ética e direito*, p. 66-67; Agnes Heller, *Além da justiça*, p. 20; Karl Larenz, *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*, p. 138; Alf Ross, *Direito e justiça*, p. 315. Em sentido análogo, cf. John Rawls, *Uma teoria da justiça*, p. 145.

¹⁵ Cf. José Frederico Marques, *Instituições de direito processual civil*, 2. ed., p. 312, v. II; Ada Pellegrini Grinover, Antonio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco, *Teoria geral do processo*, 22. ed., p. 358; José Carlos

aquelas quanto estes – se bem que possuam funções específicas – consistem em *pleitos de tutela jurisdicional*.¹⁶

Nessa linha, respeitadas as evidentes peculiaridades de cada categoria, *podemos afirmar que demandas e recursos visam a um mesmo objetivo final*: propiciar ao postulante, por meio do processo, a obtenção de determinado bem da vida.¹⁷

Barbosa Moreira, O sistema de recursos, In *Estudos sobre o novo código de processo civil*, p. 219-220, *passim*; Sergio Bermudes, *Introdução ao processo civil*, 4. ed., p. 125-127; Ovídio Araújo Baptista da Silva, *Curso de processo civil*, 4. ed., p. 198, v. 1; Leonardo Greco, *Instituições de processo civil*, p. 288, v. I. Outros autores, embora não o digam textualmente, parecem encampar esse posicionamento. A propósito, cf. Humberto Theodoro Júnior, Teoria geral dos recursos civis, In *O processo civil no limiar do novo século*, p. 169; Galeno Lacerda, *Teoria geral do processo*, p. 162; Fredie Didier Jr., O juízo de admissibilidade na teoria geral do direito, In Fredie Didier Jr. e Eduardo Ferreira Jordão (coords.), *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*, p. 308. Simetricamente, há na processualística espanhola quem classifique demandas e recursos como *actos de petición* (Cf. Francisco Ramos Mendez, *Derecho procesal civil*, 3. ed., p. 383, t. I). Na experiência jurídica italiana, é a própria lei que, em sentido amplo, trata como *domande* (“demandas”, *i.e.*: postulações) tanto a *citazione* (petição inicial), quanto o *ricorso* (recurso), a *comparsa di risposta* (contestação), o *controricorso* (contra-razões a recurso) e o *precetto* (ato inicial e constitutivo do processo de execução). Na visão do legislador peninsular, todos esses atos figuram – claramente – como espécies da mesma classe. (Cf. *Codice di Procedura Civile*, art. 125). Não por acaso, Emilio Betti, em proposta doutrinária de classificação dos atos das partes, refletiu os traços da legislação de seu país. Tratou genericamente como *domande* os pedidos de provimentos ao juiz. Nessa classe, incluiu “[...] as demandas concernentes ao mérito da causa: demanda autoral ou reconvenicional, demanda de rejeição [do pedido do autor, *i.e.*: contestação], demanda de admissão dos meios instrutórios, memoriais e impugnações à sentença”. Bem como as demandas “[...] atinentes ao rito e, de um modo geral, ao desenvolvimento do processo”. No original, transcrito na íntegra, lemos: “*Domande*: ossia richieste di provvedimenti al giudice o di atti del loro ufficio ad altri organi ausiliari. Sono, esse, dichiarazioni di volontà, con cui le parti esprimono un dover essere e ne esigono l’adempimento. Affacciano, cioè, l’esigenza di una determinata attività del destinatario, in base al suo ufficio di organo giurisdizionale; e mirano a sollecitarne la volontà nel senso desiderato. Così soprattutto, le domande al giudice – congegno motore del processo di cognizione. Tali, le domande concernenti il merito della causa: domanda giudiziale attrice o riconvenzionale, domanda di rigetto, domanda di ammissione di mezzi istruttori, conclusioni di comparsa conclusionale, impugnativa di sentenza. Tali, parimenti, le domande attinenti al rito e, in genere, allo svolgimento del processo [...]”. (Emilio Betti, Per una classificazione degli atti processuali di parte, In *Rivista di diritto processuale civile*, 1928, v. V, p. 108-109).

¹⁶ “Assim como a instauração do processo tem por fim levar o pedido à apreciação do órgão judicial, a interposição do recurso visa a suscitar, do mesmo ou de outro órgão, novo pronunciamento. Aqui, como ali, existe algo a cujo respeito se espera uma decisão. A analogia é patente, e não a turva a circunstância de que, no primeiro caso, a provocação se fundamenta em fato exterior e anterior ao processo, ao passo que no segundo ela tem origem *já processual*, encontrando sua *ratio essendi* no próprio ato recorrido. [...] é inegável o fundamental paralelismo”. (José Carlos Barbosa Moreira, *O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis*, p. 30-31).

¹⁷ Noutras palavras: considerados os recursos e as demandas sob o prisma da tutela jurisdicional – a cuja obtenção visam – aqueles gêneros se revelam muito mais assemelhados do que díspares. Condizente, portanto, com a atual postura metodológica da ciência processual a abordagem daqueles institutos *sub specie jurisdictionis*. Sob essa ótica, afinal, alinha-se a grande maioria dos estudos hodiernos. Ilustrativamente, vejamos: Luigi Paolo Comoglio, Note riepilogative su azione e forme di tutela nell’ótica della domanda giudiziale, In *Rivista di diritto processuale* 2/1993, p. 472-473; Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade...* cit., p. 92-98; José Roberto dos Santos Bedaque, *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*, 4. ed., p. 29; Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Efetividade e tutela jurisdicional, In *Revista de Direito Processual Civil* n. 34, p. 679; _____. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*, p. 72-78.

Eis, destacadas, as notas mais claramente comuns àqueles gêneros: (i) consistem ambos em pleitos, em postulações de tutela jurisdicional e, por isso mesmo, (ii) visam à obtenção de uma vantagem que a parte, por algum motivo, não consegue obter extrajudicialmente.

Assim, dado que pertençam à mesma classe (ambos são atos postulatorios) e um só seja o objetivo final daqueles (propiciar à parte situação de vantagem), temos que a ambos se deve aplicar – para a consecução de seu desiderato – o mesmo critério de *identificação pelo conteúdo*. Ele é responsável, como veremos (*infra*, caps. IV e V), por diminuir significativamente o número das hipóteses de inadequação das petições, amainando rigores excessivos da técnica processual e abrindo caminho, assim, para o julgamento do mérito.

Não se trata, fique claro, de negar o inegável: a cada um daqueles gêneros, afinal, toca e sempre tocará uma *função própria*, inconfundivelmente sua, no curso do procedimento. Demandas instauram processos e, quando não, concorrem para a delimitação de seu objeto (seja o *cognitivo*, seja o *litigioso*)¹⁸. Recursos, à sua vez, além de terem por escopo reformar ou anular decisões desfavoráveis ao recorrente, prolongam a tramitação de um processo sem ampliar – via de regra¹⁹ – qualquer daqueles objetos (litigioso e cognitivo). A começar por essa nada sutil diferença, outras

¹⁸ O *objeto litigioso do processo* delimita-se pelo *pedido* do autor, acerca do qual deverá o juiz decidir na parte dispositiva de sua sentença, acolhendo-o ou rejeitando-o (na doutrina alemã, desponta nesse sentido a opinião de Karl Heinz Schwab, *El objeto litigioso en el proceso civil*, Trad. Tomas A. Banzhaf, *passim*). Sobre o pedido autoral, tal como julgado no *decisum*, recairá a coisa julgada material (nesse sentido: Enrico Tullio Liebman, Limites objetivos da coisa julgada, In *Estudos sobre o processo civil brasileiro*, p. 162-164; Cândido Rangel Dinamarco, *Capítulos de sentença*, p. 60; José Manoel de Arruda Alvim Netto, *Manual de direito procesual civil*, 6. ed., p. 410; Sydney Sanches, Objeto do processo e objeto litigioso do processo, In *Ajuris* n. 16, p. 146-156). Toda e qualquer dedução *autoral* de pedidos acaba por integrar o *objeto litigioso do processo*, projetando os limites do julgado que haverá de se formar (como fazem, por exemplo, uma petição inicial, uma ação declaratória incidental, uma reconvenção, uma oposição, etc.). No entanto, para chegar a decidir sobre a procedência ou improcedência dos pedidos formulados, deve o juiz conhecer e resolver inúmeras outras questões, logicamente anteriores àquelas e concernentes quer à admissibilidade daquele julgamento, quer a seu sentido. Ao conjunto dessas questões costuma-se denominar *objeto da cognição judicial* ou, abreviadamente, *objeto cognitivo* (nesse sentido, cf. Cândido Rangel Dinamarco, O conceito de mérito em processo civil, In *Fundamentos do processo civil moderno*, 3. ed., p. 255-259; Ricardo de Barros Leonel, *Causa de pedir e pedido...* cit., p. 99-103; Fredie Didier Jr., Objeto da cognição judicial, In *Revista Dialética de Direito Processual* n. 6, p. 12-23). Trata-se de um objeto meramente *cognitivo* porque, embora o juiz deva apreciar e resolver todas as questões que o compõem, não é instado (e, portanto, não está autorizado) a proferir um comando sobre elas, um julgamento *principaliter tantum*, capaz de formar coisa julgada material. Assim, quando o réu, em sua principal demanda defensiva que é a *contestação*, aduz fatos *impeditivos*, *modificativos* ou *extintivos* do direito do autor, amplia o *objeto cognitivo* do juiz, sem, contudo, alterar o *objeto litigioso* do processo, pois não deduz novo pedido de tutela jurisdicional, limitando-se a pugnar pela rejeição do pedido do autor. Podemos (e devemos), assim, distinguir entre demandas que ampliem o *objeto litigioso do processo* e outras que concorram apenas para formar o *objeto cognitivo*.

¹⁹ Excepcionalmente, porém, podem ampliar ambos. Isso acontece normalmente nos casos de recurso de terceiro (CPC, art. 499, §1º) e na hipótese em que o sistema admite o chamado *jus novorum* na apelação (CPC, art. 517).

poderiam ser alistadas logo que descêssemos às minúcias daqueles atos. Por isso, é evidente que não propomos, aqui, algum tipo de indistinção – seja teórica, seja prática – entre demandas e recursos. Consistiria em rematado absurdo sustentar a utilização indiscriminada de umas por outros, ou que os órgãos judiciais passassem a tratá-los indiferentemente, conferindo-lhes os mesmos efeitos *tout court*.

O que temos em mente – ratifiquemo-lo – é coisa bastante mais simples: consiste apenas em mirar aqueles gêneros pelo que têm de semelhante (não por suas óbvias e insuperáveis diferenças), *dispensando-lhes o mesmo tratamento no tocante a seu juízo de identificação e às conseqüências práticas dele decorrentes*.²⁰

²⁰ Parcela significativa da doutrina nacional já defende – no que tange ao *juízo de admissibilidade* de demandas e de recursos – a aplicação de um mesmo tratamento ou regime jurídico, fundado na premissa instrumentalista de se dever aproveitar o ato a despeito de suas imperfeições formais, quando ele houver alcançado o escopo da formalidade omitida. Na hipótese contrária (isto é, em não se havendo atingido todos os escopos colimados pela imposição de formalidades), deve-se permitir à parte que emende ou repita seu ato – seja ele uma demanda ou um recurso – desde que ainda esteja pendente o prazo para sua propositura/interposição. Nesse sentido, cf. Miguel Seabra Fagundes, *Dos recursos ordinários em matéria civil*, p. 159; Alfredo de Araújo Lopes da Costa, *Direito processual civil brasileiro*, p. 196, v. III; José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários ao código de processo civil*. 12. ed. p. 425-429; _____. Restrições ilegítimas... cit., p. 267-282; José Roberto dos Santos Bedaque, *Apelação: questões sobre admissibilidade e efeitos*, In Nelson Nery Jr e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.), *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*, p. 438-473; _____. Nulidades processuais e apelação, In Adroaldo Furtado Fabrício (coord.), *Meios de impugnação ao julgado civil: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*, p. 404; Cassio Scarpinella Bueno, *A nova etapa da reforma do Código de processo civil*, 2. ed., p. 25-26, v. 2; Leonardo José Carneiro da Cunha, *Sanação de defeitos processuais no âmbito recursal (o §4º do art. 515 do CPC)*, In José Miguel Garcia Medina *et. alii.* (coords.), *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*, p. 764-768; Rodrigo da Cunha Lima Freire; Ausência de preparo e o novo §4º do art. 515 do CPC: “técnica a serviço da efetividade”, In *RePro* n. 137, p. 87-95; _____. *et. alii.*, *Reforma do CPC*, p. 348-349; Bruno Silveira de Oliveira, *O formalismo do sistema recursal à luz da instrumentalidade do processo*, In *RePro* n. 160, p. 32-60. No sistema italiano, a propósito, há dispositivo legal que estabelece expressa e categoricamente essa comunhão entre o regime do procedimento em primeiro grau (inclusas, naturalmente, suas regras sobre sanação e desconsideração de *errores in procedendo*) e aquele aplicável aos recursos. Trata-se do art. 359 do *Codice di procedura civile, in verbis*: “Nos procedimentos de apelação diante da corte ou do tribunal se observam, desde que aplicáveis, as normas ditadas para o procedimento de primeiro grau diante do tribunal, se não forem incompatíveis com as disposições do presente capítulo” (no original: “Nei procedimenti d’appello davanti alla corte o al tribunale si osservano, in quanto applicabili, le norme dettate per il procedimento di primo grado davanti al tribunale, se non sono incompatibili con le disposizioni del presente capo” [art. 132 disp. att.]). Em seus comentários ao *Codice*, Carpi, Colesanti e Taruffo registram que a remissão por ele feita implica que – além da disciplina formal do *atto di appello* – também as conseqüências de seus vícios sejam retificadas pelo conjunto de normas aplicável ao *atto di citazione* (petição inicial). Suas palavras, por nós livremente traduzidas: “A referência ao art. 163 [feita pelo art. 342 do CPC italiano, observação nossa] e o reenvio geral do art. 359 comportam que, além do conteúdo do ato de apelação, também as conseqüências dos seus vícios sejam regidas pelas normas aplicáveis à petição inicial, introdutória do processo em primeiro grau (art. 164). [...] Em doutrina, entende-se que tanto a nulidade quanto a sanatória do ato de apelação são reguladas pelo novo art. 164 [referente à petição inicial, observação nossa]”. No original: “Il richiamo all’art. 163 ed il rinvio generale dell’art. 359 comportano che, oltre al contenuto dell’atto d’appello, anche le conseguenze dei suoi vizi siano retti dalla normativa dell’atto di citazione introduttivo del processo di primo grado (art. 164). [...] In dottrina si ritiene che tanto la nullità quanto la sanatoria dell’atto di appello siano regolate dal nuovo art. 164”. (Cf. Federico Carpi, Vittorio Colesanti e Michele Taruffo, *Commentario breve al codice di procedura civile*, 4. ed., p. 1025 e 1095, *passim*). Além disso, a doutrina peninsular infere, do art. 358 do *Codice*, a possibilidade de a parte repetir ou renovar seu recurso defeituoso, se ainda estiver pendente o prazo e o ato não houver sido declarado inadmissível pelo órgão competente. Nesse sentido, cf. Federico Carpi, Vittorio Colesanti e Michele Taruffo, *Op. cit.*, p. 1094; Sergio Chiarloni, *Appello (diritto processuale civile)*, In *Enciclopedia Giuridica Treccani*, p. 10, t. II; Mario Vellani, *Appello (diritto processuale civile)*, In *Enciclopedia del diritto*, p. 743, t. II; Roberto Poli, *Sulla sanabilità dei vizi degli atti processuali*, In *Rivista di diritto processuale* n.

1.5. Razões axiológicas para o regime jurídico proposto

No plano *axiológico* (por certo é esse o aspecto mais relevante de toda a discussão), a aplicação do regime proposto também se recomenda. Contribuirá decisivamente para a ampliação do acesso à justiça, desmitificando sanções normalmente imputadas a recursos e a demandas.

Otimizaremos o aproveitamento destas e daqueles, a partir de reflexões sobre o juízo de identificação. Tais reflexões se ocuparão de derrubar – como de passagem afirmamos – inúmeras hipóteses de “inadmissibilidade por inadequação da via eleita”, a que nossa jurisprudência costuma vez por outra se apegar.

Poder-se-ia objetar que uma desmitificação de causas de inadmissibilidade agravará a tão decantada crise de celeridade, que assola a prestação da tutela jurisdicional no Brasil e alhures. Ao que desde logo contra-argumentamos, porém, com a constatação de que sanções infundadas (ou, diríamos, “inadequações-fantasma”) não podem consistir em óbice ao exercício de legítimos poderes processuais – como os poderes constitucionais de ação e de exceção, ou o poder de interposição dos recursos previstos na lei e na própria Constituição da República – observação que, de resto, assoma trivial.²¹

2/1995, p. 475; Emanuele Ruggeri, Il principio di consumazione dell’impugnazione: origine ed applicazioni, In *Rivista di diritto processuale* n. 4/2008, p. 1022. Diante de tão autorizadas premissas e de referências normativas colhidas no direito comparado, propomos neste trabalho apenas mais um passo rumo à aproximação entre demandas e recursos: queremos submetê-los aos mesmos critérios, agora no que tange ao *juízo de identificação*.

²¹ Não nos parece que o número de recursos figure entre as mais relevantes causas da morosidade de nossa Justiça. Como noutra ocasião registramos, o quadro de lentidão do Judiciário brasileiro “deriva, em substância, de problemas infra-estruturais (como, por exemplo, o baixo número de juízes por habitantes, para ficarmos apenas nesse). Por isso a solução para a crise de celeridade passa antes pelo enfrentamento desses problemas [...]”. (Bruno Silveira de Oliveira, Duplo grau de jurisdição: princípio constitucional?, In *RePro* n. 162, p. 377). Todavia, ainda que (por hipótese) comungássemos da freqüente imputação de culpa ao sistema recursal, jamais defenderíamos – como solução para a crônica morosidade de nossa Justiça – o aumento e o endurecimento dos rigores que condicionam a admissibilidade dos recursos. Preferível que o legislador, à solução kafkiana de complicar cada vez mais a técnica processual, opte simplesmente por eliminar as espécies recursais que lhe parecerem desnecessárias. Em primeiro lugar, porque os óbices criados com o intuito de não se admitir determinado recurso levam fatalmente a recursos novos, interpostos com o objetivo único de se defender a admissão do primeiro. O tiro – ao que a experiência repetidamente revela – costuma sair pela culatra, sempre que se adotam “soluções” (legislativas ou jurisprudenciais) desse jaez. Assim, ao invés de se colecionarem dificuldades preclusivas ao processamento de recursos, talvez convenha – como pretende autorizada parcela de nossa doutrina – erradicar por completo algumas espécies do sistema, notadamente aquelas de duvidosa utilidade, como os embargos infringentes (a propósito, cf. Carlos Alberto Carmona, O sistema recursal brasileiro: breve análise crítica, In Eduardo Pellegrini de Arruda Alvim, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier [coords.], *Apectos polêmicos e atuais dos recusos*, p. 34-40). Sem dúvida, entre criarem-se óbices (muitos deles ilegítimos) ao processamento de determinada espécie recursal e acabar-se de uma vez com ela, preferível – por mais eficiente e racional – a última das soluções. Ela evita que a decisão do recurso (que pode representar, dependendo da hipótese, a derradeira solução da causa) repouse na inobservância de mera liturgia. O processo não é e não pode ser tratado como gincana de armadilhas, pronta a sagrar vencedor aquele que – por conhecer o terreno

Eis, nessa censura às falsas hipóteses de inadequação das postulações (fantasmagóricas, em todas as acepções da palavra) a proposta central deste trabalho. Trata-se, afinal, de dar o devido alcance à idéia magna de que o processo – compreendido em todas as suas normas – deve ser interpretado e atuado como aquilo que verdadeiramente é: instrumento de tutela dos direitos materiais violados ou ameaçados de violação, nada além disso.

Não podemos tolerar certas práticas, obscurantistas, concertadas para tornar o processo em emaranhado pantanoso de nomes, fórmulas e rituais sagrados: verdadeiro processo-armadilha, prestes a arruinar terminantemente, ao primeiro vacilo dos litigantes, seu direito ao julgamento de uma pretensão.

Se determinado ato postulatório, tal como praticado pela parte, comportar duas interpretações possíveis – uma pela qual se afigure *admissível*, outra que lhe impeça a admissão – é rigorosamente *imperioso* o tomarmos na primeira destas, ou faríamos troça do lema da instrumentalidade, traindo-o demagogicamente com a desventura de nossa escolha.

Aliás, a premissa subjacente a esse discurso – instrumentalista, prescritivo de um máximo aproveitamento dos atos processuais – há de se alçar do primeiro grau de jurisdição às mais altas esferas recursais. Do contrário, todo o esforço para depurar a praxe de seus vícios tecnicistas valerá de muito pouco. Quantas, afinal, não são as lides apenas decididas em segundo grau, ou pelos tribunais de superposição?

A redução da técnica processual a simples instrumento é, portanto, idéia que deve perpassar *todo o procedimento*, sem preponderar neste ou naquele momento ou grau de jurisdição. É notório o aumento da resistência ao princípio da instrumentalidade à medida que o procedimento avança por suas fases recursais. Essa postura – injustificável – descreve uma praxe tanto mais formalista quanto mais nos aproximamos das últimas e verdadeiramente decisórias instâncias. Uma viva contradição.

Defendemos, pois, considerável diminuição da importância que normalmente se defere a alguns aspectos da técnica recursal. Isso – fique desde já muito claro – sem negociarmos a segurança do método estatal de resolução de conflitos, ou qualquer de seus valores fundamentais (como o contraditório e a ampla defesa, a imparcialidade do juiz, a duração razoável dos feitos, etc.).

O melhor dos mundos – e esse, sem dúvida, é o ideal que perseguimos – está em se

conseguir simplificar a técnica sem prejuízo à segurança de seus valores. Quanto mais próximos disso chegarmos, tanto melhor.

1.6. Plano da obra

Tudo que foi dito até aqui enuncia o propósito da tese e firma as premissas fundamentais de que ela parte. Se, porém, desejamos comprovar a hipótese levantada (o *erro de interpretação* que queremos combater), o primeiro passo é fixar conceitos elementares ao discurso, a começar pelo objeto central de nossa investigação: *ato postulatório*. Afinal, significa isso o quê? Necessário compreender tal conceito e os que lhe são correlatos; decompondo-o em seus elementos básicos, a saber: o *nomen juris*, a *forma* e o *conteúdo*.

Reservamos o capítulo II a essa análise conceitual, para que então possamos – nos capítulos III e IV – confirmar seja realmente o *conteúdo* das postulações o elemento que, entre os demais, identifica-lhes corretamente a natureza jurídica.

Seguros quanto à maneira de se identificar a natureza jurídica de uma petição, estaremos, enfim, aptos a distinguir com clareza entre verdadeiras e falsas hipóteses de *inadequação* da postulação praticada. Dedicaremos o capítulo V a esse tipo de reflexão, partindo do exame de uma vasta casuística, digna, em diversos pontos, de revisão crítica.

Sigamos pois, com rigor de método, o itinerário traçado.

Rumo à análise conceitual de ‘ato postulatório’.

Capítulo II

ANÁLISE CONCEITUAL DE ‘ATO POSTULATÓRIO’

2.1. Conceito de ato postulatório. 2.2. Requerimentos simples vs. atos postulatórios argumentativos. 2.3. Sentidos abstrato e concreto da expressão ‘ato postulatório’. 2.4. Estrutura lógica. 2.5. Espécies. 2.6. Forma vs. conteúdo. 2.7. (Continuação) Análise da ação de postular. 2.8. (Continuação) Forma, procedimento e formalidades: esclarecimentos terminológicos. 2.9. O nomen juris. 2.10. Síntese do capítulo.

2.1. Conceito de ato postulatório

Segundo a definição lexical, ‘postular’ significa “pedir com insistência”²². Entram nessa vastíssima acepção quaisquer súplicas, pedidos ou solicitações que alguém faça reiteradamente a outrem. O vocábulo, assim compreendido, remete a um universo de atos os mais heterogêneos, a custo redutíveis a algum tipo de classificação ou sistematização útil.

Há todavia, no dicionário, definição especificamente *jurídica* do verbete. Nesta, mais estreita, ‘postular’ significa “requerer por direito, documentando a alegação”²³. Mesmo aqui – para o que interessa a nosso trabalho – é preciso demarcar novos limites. Afinal, “requerer por direito, documentando a alegação” é ato que, por um lado, pode se dirigir a qualquer autoridade ou órgão do Estado (quando não a particulares); por outro, pode visar a qualquer tipo de providência.²⁴ O

²² Academia Brasileira de Letras, *Dicionário escolar da língua portuguesa*, 2 ed., p. 1011.

²³ *Idem, ibidem*, p. 1011.

²⁴ Assim concebidos, os atos postulatórios não passariam de manifestação do “direito constitucional de petição”. Nas palavras de Couture: “O direito constitucional de petição não é outra coisa que o direito de comparecer ante a autoridade. Sua origem, essencialmente privada, o configura apenas como uma prerrogativa individual (“Private bill”). Só ao adquirir maior transcendência passa a ser encarado como um benefício de interesse comum (“Right of petition”). Durante largas etapas históricas o direito de petição abarcou, de maneira quase inseparável, as pretensões deduzidas ante o Poder Legislativo, ante o Executivo e ante o Judicial. É mister não perder de vista que até o século XVIII os diversos poderes do Estado se encontravam confundidos. [...] Um direito assim concebido, por sua origem, pela época em que recebeu proclamação, pelo conceito da justiça durante o largo período de seu desenvolvimento, abarca, indistintamente, os diversos ramos do poder público; e quando ele é exercido ante o Poder Judicial compreende não somente a matéria penal, senão também a matéria civil”. No original, por nós livremente traduzido:

objeto de nossa pesquisa – embora aí esteja contido – é ainda mais específico.

Goldschmidt o definiu pioneiramente, concebendo aquilo que denominamos atos postulatorios a partir de seu escopo²⁵. Ensinou que são atos “[...] que têm por finalidade uma *resolução judicial* de determinado conteúdo, mediante influências psíquicas exercidas sobre o juiz”.²⁶

Liebman, na esteira desse ensinamento, levou em conta a eficácia do ato para classificar as postulações como *atos indutivos*, porque não *causam* diretamente o resultado a que aspiram, mas apenas *induzem* o órgão judicial a provê-lo.²⁷⁻²⁸

“El derecho constitucional de petición no es otra cosa que el derecho de comparecer ante la autoridad. Su origen, esencialmente privado, lo configura, apenas, como una prerrogativa individual (“Private bill”). Sólo al adquirir mayor trascendencia va a ser encarado como un beneficio de interés común (“Right of petition”). Durante largas etapas históricas el derecho de petición abarcó, de manera casi inseparable, las pretensiones deducidas ante el Poder Legislativo, ante el Ejecutivo y ante el Judicial. Es menester no perder de vista que hasta el siglo XVIII los diversos poderes del Estado se encontraban confundidos. [...] Un derecho así concebido, por su origen, por la época en que recibió proclamación, por el concepto de la justicia durante el largo período de su desenvolvimiento, abarca, indistintamente, las diversas ramas del poder público; y cuando él es ejercido ante el Poder Judicial, comprende no solamente la materia penal, sino también la materia civil”. (Eduardo J. Couture, *Las garantías constitucionales del proceso civil*, In *Estudios de derecho procesal civil*, 3. ed. p. 28-29, t. I).

²⁵ “A identificação de uma categoria de actos processuais das partes, que viriam a ser, desde então, conhecidos pela designação de actos postulatorios, deve-se a Goldschmidt. Na obra *Der Prozeß als Rechtslage*, o autor distingue os comportamentos processuais das partes em actos postulatorios e actos constitutivos. [...] Dentro dos actos processuais das partes, Goldschmidt contrapõe as *Erwirkungshandlungen* às *Bewirkungshandlungen*, distinção que encontrou aceitação generalizada na doutrina. *Erwirken* significa obter alguma coisa através de esforço ou empenho. O que é que se visa a obter através desse esforço? De acordo com Goldschmidt, uma decisão com um concreto conteúdo. As *Erwirkungshandlungen* são aquelas em que, através do exercício de influência psicológica sobre o juiz, a parte visa [a] obter uma dada decisão. Os actos postulatorios são os actos das partes que se dirigem imediatamente a uma *Evidenzmachung* (provocar evidência ou tornar evidente)”. Paula Costa e Silva, *Acto e processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulatorio*, p. 193-196, *passim*.

²⁶ Na versão em castelhano de sua obra se lê que “os atos de obtenção podem ser definidos como aqueles atos das partes que se encaminham a impetrar uma resolução de determinado conteúdo mediante influências psíquicas exercidas sobre o juiz”. Traduzido livremente de: “Los actos de obtención pueden definirse como aquellos actos de las partes que se encaminan a impetrar una resolución de contenido determinado mediante influjos psíquicos ejercidos sobre el juez”. James Goldschmidt, *Teoría general del proceso*, p. 102. No mesmo sentido, cf. Leo Rosenberg, *Tratado de derecho procesal civil*, p. 364-367, t. I; Eduardo J. Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, 4. ed., p. 169-170; J. Ramiro Podetti, *Teoría y técnica del proceso civil*, p. 225.

²⁷ “Com relação a seus efeitos, os atos processuais de parte podem distinguir-se em *causativos* e *indutivos*. Os primeiros operam seu efeito na situação processual de imediato e por si próprios; já os segundos são destinados a obter do juiz um provimento favorável e, pois, a influir sobre sua convicção a respeito da procedência das razões da parte que realiza o ato. São atos da primeira categoria, p. ex., a constituição da parte no processo, a desistência da ação, a transação processual e, em geral, todos os que não pertencem à segunda categoria. Atos indutivos são os pedidos, as afirmações e a proposição e produção de provas (exceto das provas legais, que, justamente em razão da natureza destas, são atos causativos)”. Enrico Tullio Liebman, *Manual de direito processual civil*, 3. ed., Trad. Cândido Rangel Dinamarco, p. 324, v. I. No original: “Con relazione ai loro effetti, gli atti processuali di parte si possono distinguere in atti *causativi* ed *induttivi*: i primi sono immediatamente e per se stessi operativi del loro effetto sulla situazione processuale; i secondi sono invece diretti ad ottenere dal giudice un provvedimento favorevole e quindi ad influire sulla sua convinzione intorno alla fondatezza delle ragioni della parte che compie l’atto. Atti della prima categoria sono ad es. la costituzione in giudizio, la rinuncia agli atti, il componimento processuale e in genere tutti quelli che non appartengono alla seconda categoria. Atti induttivi sono le domande, le affermazioni e le proposizioni e produzioni di prove (tranne le prove legali che, appunto perchè tali, sono atti causativi)”. Enrico Tullio Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, p. 210. No mesmo sentido, cf. Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, p. 485, v. II.

²⁸ O conceito liebmaniano de “ato indutivo” retém – das noções de “expectativa” e de “perspectiva”, caras a Goldschmidt – a incerteza que aflige as partes quanto ao sentido do julgamento por vir. Para Goldschmidt, “os nexos jurídicos dos indivíduos que se constituem correlativamente são *expectativas* de uma sentença favorável ou *perspectivas* de uma sentença desfavorável. Mas à sentença precede o processo, e como [este] é uma luta pelo direito, as expectativas de uma sentença favorável dependem *regularmente* de um ato processual anterior da parte interessada, que se vê coroado pelo êxito. [...] Ao contrário, as perspectivas de uma sentença desfavorável dependem *sempre* da omissão de um tal ato processual da parte interessada”. Na versão em castelhano, aqui livremente traduzida, lê-se: “Los nexos jurídicos de los individuos que se constituyen correlativamente son *expectativas* de una sentencia favorable o *perspectivas* de una sentencia desfavorable. Pero a la sentencia precede el proceso, y como es una lucha por el derecho, las expectativas de una sentencia favorable dependen *regularmente* de un acto procesal anterior de la parte interesada, que se ve coronado por el éxito. [...] Al contrario, las perspectivas de una sentencia desfavorable dependen *siempre* de la omisión de un tal acto procesal de la parte interesada”. (James Goldschmidt, *Op. cit.*, p. 57-58). Como se pode ver, Liebman e Goldschmidt não divergem quanto à existência de atos por meio dos quais autor e réu manifestam *expectativas* e, assim, tentam *induzir* o órgão judicial a lhes prover um julgamento favorável (tais são, precisamente, os atos *postulatórios*). Divergem apenas quanto à maneira de se relacionar esse estado de incerteza (inerente à pendência de qualquer postulação) aos direitos materiais que as partes possuam. Para Goldschmidt (por sua original concepção de um “Direito Justicial Material”), o simples fato de se haver controvertido em juízo a existência de um direito basta para reduzi-lo a mera *chance* ou “expectativa”. Nesse diapasão, expressões como “ato jurídico perfeito” ou “direito adquirido” tornam-se pouco mais que demagógicas, pois nada exprimem senão um dever judicial de julgar a postulação em certo sentido. E como o cumprimento desse dever é, a rigor, completamente incerto no início do processo, o direito a que se predicou a qualidade de “adquirido” não passa – como qualquer outro submetido a julgamento – de uma *expectativa de direito*. Suas palavras: “Como já resulta das explicações anteriores, as categorias processuais que acabamos de estabelecer não caem sob o conceito da relação jurídica no sentido tradicional, é dizer, não são submissões a imperativos tampouco poderes sobre eles. Ao serem expectativas ou perspectivas de um pronunciamento judicial futuro, baseadas nas normas legais, representam antes situações jurídicas, o que quer dizer estado de uma pessoa desde o ponto de vista da sentença judicial que se espera de acordo com as normas jurídicas. [...] Segundo minha teoria os vínculos processuais não são abstratos, mas têm um conteúdo que se determina pela aplicação do Direito processual ao Direito material que forma o objeto do processo. [...] Para esta aplicação o direito subjetivo privado tem de sofrer uma dupla metamorfose: em primeiro lugar, a transposição em uma exigência de proteção jurídica; em segundo lugar, a redução desta exigência a uma mera expectativa ou possibilidade processual”. Traduzido livremente de: “Como ya resulta de las explicaciones anteriores, las categorías procesales que acabamos de establecer no caen bajo el concepto de la relación jurídica en el sentido tradicional, es decir, no son ni sometimientos bajo imperativos ni poderes sobre tales. Al ser expectativas o perspectivas de un fallo judicial futuro, basadas en las normas legales, representan, más bien, situaciones jurídicas, lo que quiere decir estado de una persona desde el punto de vista de la sentencia judicial que se espera con arreglo a las normas jurídicas. [...] Según mi teoría los ligámenes procesales no son abstractos, sino que tienen un contenido que se determina por la aplicación del Derecho procesal al Derecho material que forma el objeto del proceso. [...] Para esta aplicación el derecho subjetivo privado ha de sufrir una doble metamorfosis: en primer lugar, la transposición en una exigencia de protección jurídica; en segundo lugar, la reducción de esta exigencia a una mera expectativa o posibilidad procesal”. (James Goldschmidt, *Teoría... cit.*, p. 62-63. A propósito, vejam-se: _____, *Derecho justicial material, passim*; Roberto Goldschmidt, *Derecho justicial material civil*, p. 170-175). Como é notório, Liebman rejeita essa visão, que ao pretexto de harmonizar ou sincronizar direito e processo acaba por fundi-los num só ente, “criatura” que em termos práticos é nada mais que a redução do primeiro (mera “chance” ou “expectativa” de êxito) ao segundo. Esta, em apertada síntese, a crítica de Liebman: “O ponto essencial, em que se revela toda a originalidade da construção de Goldschmidt, não está no modo por que ele delineou os direitos e os ônus processuais das partes, mas em havê-los referido ao *conteúdo* da futura sentença. A verdadeira e única razão por que eles constituem uma situação e não uma relação [jurídica processual] é de fato esta: ele [Goldschmidt] os considerou como um modo de ser da própria relação substancial controvertida que, em seguida à sua dedução em juízo, torna-se objeto de valorações e de apreciações pelo juiz (que deve pronunciar a sua sentença) e que justamente por isso se tornaria a essência do próprio processo. [...] A situação jurídica não é, portanto, como a relação processual, um continente abstrato ou formal, em que venha introduzida – como seu conteúdo – a controvérsia material, mas a fusão de uma e da outra em uma só figura, densa de significado substancial. [...] O modo comum de pensar distingue nitidamente, em verdade, o *iudicium* da *res* que nela venha deduzida; Büllow aceita o resultado desta intuição e lhe dá precisão e explicitação no plano teórico, na medida em que qualifica o *iudicium* como uma relação jurídica em si mesma. Goldschmidt, ao invés, destrói a distinção, e depois de haver transformado a *res* de relação controvertida em situação jurídica, faz dela e do *iudicium* uma só e a mesma coisa. [...] Foi inútil o esforço por ele realizado para superar o dualismo entre o processo e o seu objeto; esforço que pode também possuir os seus lados sugestivos, mas que parece consagrado a um fatal insucesso, porque a controvérsia e o processo são entidades inconfundíveis pela diversidade de suas dimensões. A controvérsia existe, de fato, entre as partes, quanto a ela o juiz é necessariamente estranho; vice-versa, não existe processo sem um órgão jurisdicional [...]”. Traduzido livremente do original: “Il punto essenziale, in cui si palesa tutta l’originalità della costruzione del Goldschmidt, non sta nel modo con cui egli ha delineato i diritti e gli oneri processuali delle parti, ma nell’averli riferiti al *contenuto* della futura sentenza. La vera e la sola ragione per

Entre nós, na mesma linha, diz-se que os atos postulatorios “[...] são aqueles mediante os quais a parte pleiteia determinado provimento jurisdicional”.²⁹

Adotaremos essa definição, por ser didática e completa.

Dela, extraímos os elementos essenciais de todo e qualquer ato postulatorio: (i) uma manifestação de vontade da parte; (ii) no sentido de obter certo provimento jurisdicional.

Tais são as notas que levamos em conta, ao considerarmos postulatorio determinado ato.

A circunstância de a manifestação de vontade não observar, em concreto, as formalidades prescritas em lei não desnatura o ato como tal. Basta detectarmos *a intenção da parte de obter um provimento judicial* e nisso já haveremos identificado a existência de uma *postulação* (ainda que não consigamos, vez por outra, precisar em toda sua amplitude o alcance da vontade manifestada, dados os vícios de forma que a inquinam).

2.2. *Requerimentos simples vs. atos postulatorios argumentativos*

Também resulta claro, do conceito adotado, o eixo que liga a idéia de ato postulatorio a seu

cui essi costituiscono una situazione e non un rapporto è infatti questa: che egli li ha considerati come un modo di essere dello stesso rapporto sostanziale controverso che, in seguito alla sua deduzione in giudizio, diventa oggetto di valutazioni ed apprezzamenti del giudice (che deve pronunciare la sua sentenza) e che appunto perciò diventerebbe l'essenza dello stesso processo. [...] La situazione giuridica non è quindi, come il rapporto processuale, un contenente astratto o formale, in cui viene introdotta, come suo contenuto, la controversia materiale, ma la fusione dell'uno e dell'altra in una sole figura, densa di significato sostanziale. [...] Il comune modo di pensare distingue infatti nettamente il *iudicium* dalla *res* che in esso viene dedotta; Büllow accetta il risultato di questa intuizione e gli dà precisione e consapevolezza sul piano teorico, in quanto qualifica il *iudicium* come un rapporto giuridico per sé stante. Goldschmidt distrugge invece la distinzione e, dopo aver trasformato la *res* da rapporto controverso in situazione giuridica, fa della *res* e del *iudicium* una sola e la medesima cosa. [...] È stato inutile lo sforzo da lui compiuto per superare il dualismo tra il processo e il suo oggetto; sforzo che può anche avere i suoi lati suggestivi, ma che sembra votato a un fatale insuccesso, perché la controversia e il processo sono entità inconfondibili per la diversità delle loro dimensioni. La controversia è infatti tra le parti, e ad essa il giudice è necessariamente estraneo; viceversa non vi è processo senza un organo giurisdizionale [...]”. (Enrico Tullio Liebman, L'opera scientifica di James Goldschmidt e la teoria del rapporto processuale, In *Problemi del processo civile*, p. 138-140, *passim*). Do contraste entre os pensamentos acima, resulta claro não ser necessário adotar as idéias *goldschmidtianas* de “situação jurídica” e de “direito justicial material”, para que se possa fazer bom uso de seu conceito de *ato postulatorio*. Tanto assim é que o próprio Liebman, ao falar de *atos indutivos*, reproduz na essência aquela idéia, inserindo-a, contudo, no contexto maior da concepção de processo como relação jurídica. Tudo se passa de modo análogo com o emprego que damos, no texto, à categoria “ato postulatorio”.

²⁹ Ada Pellegrini Grinover, Antonio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco, *Teoria geral...* cit., p. 358.

escopo: um provimento judicial.³⁰

Dele intuímos que, assim como os provimentos se dividem entre os que têm conteúdo decisório (*decisões interlocutórias, sentenças, decisões monocráticas de segundo grau e acórdãos*) e os que não o têm (*despachos*), também os atos postulatórios, simetricamente, classificam-se em *atos postulatórios argumentativos* (tais os que visam à consecução de provimentos com conteúdo decisório) e *requerimentos simples* (aqueles que se voltam à obtenção de um mero despacho).

Veremos adiante que a *estrutura lógica*³¹ do ato postulatório difere significativamente de uma para outra dessas classes. Os atos argumentativos necessitam de *razões*, motivos que subsidiem a vontade externada (exatamente por isso, os chamamos de *argumentativos*, porque têm a função de persuadir³² racionalmente o órgão judicial a proferir determinada decisão)³³. Já os requerimentos simples não chegam a tanto, pretendem apenas veicular uma informação, requerendo em seguida que o magistrado a chancela (por exemplo: uma petição de juntada de documento exigido por lei, como uma procuração ou um substabelecimento, cuja necessidade é por si mesma evidente e não carece da explicitação de razões como justificação).³⁴

³⁰ Eixo que se reflete, inclusive, na estrutura das postulações e das decisões judiciais. Fala-se, em doutrina, na existência de um verdadeiro paralelismo entre a demanda (principal ato postulatório) e a sentença de mérito (principal ato decisório). Aquela é como que o projeto desta, em razão da chamada regra de congruência entre a demanda e a sentença. A propósito, cf. Giuseppe Chiovenda, *Identificazione delle azioni (Sulla regola 'ne eat iudex ultra petita partium')*, In *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, p. 157, v. I. Entre nós, cf. Cândido Rangel Dinamarco, *Capítulos de sentença*, p. 61; Ricardo de Barros Leonel, *Causa de pedir e pedido: o direito superveniente*, p. 100.

³¹ Explicaremos adiante (cf., *infra*, n 2.4.) o conceito de estrutura lógica do ato postulatório. Por ora, compreenda-se *estrutura lógica* como um arquétipo, um modelo ideal e universal, a que todo ato postulatório pode ser subsumido e ao qual se chega por abstração das nuances que diferenciam, umas das outras, as diversas espécies daqueles atos. Trata-se, noutras palavras, da forma lógica ou ideal de algo. Cf., a propósito, Lourival Vilanova, *Lógica jurídica*, p. 20-23; _____. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*, p. 42-53; Vilém Flusser, *Forma e material*, In *O mundo codificado: por uma filosofia do design e da comunicação*, p. 23-26.

³² Desnecessário adotar, para os fins deste trabalho, a distinção que Perelman e Olbrechts-Tyteca estabelecem entre argumentos capazes de *persuadir* um auditório particular e aptos a *convencer* todo e qualquer auditório racional (o chamado “auditório universal”). Cf. Chaïm Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca, *Tratado da argumentação: a nova retórica*, p. 31 *et. seq.* Usamos os verbos *persuadir* e *convencer* em sentido coloquial (e, portanto, indiferentemente). Com Allaôr Caffé Alves, tomamos *persuasão* ou *convencimento* por “[...] um modo de apresentar conhecimentos prováveis com um teor de verossimilhança que tende a inclinar a vontade do interlocutor em favor daquele que argumenta” (Allaôr Caffé Aves, *Lógica: pensamento formal e argumentação*, 2. ed., p. 361).

³³ Afinal, como ensina Samuel Meira Brasil Jr.: “A motivação da decisão não é senão a indicação do argumento que justifica o acolhimento ou a rejeição do pedido. Exige-se a declaração do argumento considerado vitorioso, para se permitir o controle da atuação do juiz. Essa é a função da argumentação na ciência processual”. (Samuel Meira Brasil Jr., *Justiça, direito e processo: a argumentação e o direito processual de resultados justos*, p. 47). Em sentido análogo, tomemos a lição de Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci, *in verbis*: “[...] a exposição dos motivos do *decisum* assume expressiva conotação racionalizadora na valoração dos elementos de convicção, na medida em que a liberdade de tal exame não exclua, mas, na verdade, até imponha que este seja adequadamente justificado. É comum, aliás, a esse propósito, a afirmação de que a exteriorização das razões de decidir deve revelar o prisma pelo qual o órgão do Poder Judiciário interpretou a lei e apreendeu os fatos da causa [...]”. (Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci, *Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo*, p. 74). Na mesma linha, cf. José Rogério Cruz e Tucci, *A motivação da sentença no processo civil*, p. 107.

³⁴ Toulmin parece abonar essa distinção. Fala em “direitos que podem ser concedidos sem nenhum argumento” e – de outro lado – direitos cuja tutela depende “dos méritos do argumento que se possa apresentar para apoiá-lo”. Cf. Stephen Toulmin, *Os usos do argumento*, p. 16). Dante Barrios de Angelis também parece acenar para a distinção

Nosso trabalho (ao longo do capítulo introdutório fizemos ver) se ocupa apenas dos chamados *atos postulatorios argumentativos*, ordem em que distinguimos as ‘demandas’ e os ‘recursos’. Assim, sempre que empregarmos a dicção ‘ato postulatorio’, fique subentendida a referência àquela ordem, objeto de nosso estudo (ao invés, quando desejarmos aludir aos chamados “requerimentos simples”, faremos menção nominal a eles).

Mas, ao definirmos o ato postulatorio como aquele mediante o qual a parte pleiteia um provimento judicial, ainda não erradicamos certa ambigüidade, contida em tal definição como em qualquer outra.

Livremo-nos dela.

2.3. *Sentidos abstrato e concreto da expressão ‘ato postulatorio’*

Quando discorremos sobre um objeto qualquer (por exemplo, uma *petição inicial*, um *livro*, um *automóvel*, uma *mesa* etc.), sempre podemos tomá-lo em dois diferentes sentidos, que aqui chamaremos – à falta de melhor terminologia – de sentidos *ideal* (ou *abstrato*) e *concreto*.

Se elegemos o sentido ideal, falamos de um objeto que não se encontra em parte alguma; afinal, uma “petição ideal” não consta de quaisquer autos, simplesmente não existe *de fato*, mas apenas como um conceito: o conceito de ‘petição’, que – como toda abstração – se limita a existir no platônico “mundo das idéias”.

Por outro lado, ao mirarmos uma petição “de fato” (*i.e.*: uma que exista concretamente), logo percebemos que ela apresenta inúmeros caracteres transbordantes de nossa imagem ideal ou conceitual sobre o objeto.

Para ilustrá-lo, fiquemos com o caractere ‘texto’, que se contém em uma petição “de fato”. Laudas e mais laudas diante de nossos olhos, amontoados de signos em que o peticionário expressa seus argumentos (descreve-os em minúcias, não raro excessivas e irrelevantes) e toda essa resma enfim desaparece, como num passe de mágica, ao ignorarmos o que os sentidos captam e voltarmos à nossa imagem *ideal* de ‘petição’.

estabelecida. Chega a afirmar que os atos postulatorios (actos de obtención) se subdividem em *peticiones simples* e *exigencias*. No entanto, não explicita o que entende por cada um desses termos, sequer insinua o critério discreto entre eles (deixando ao leitor, infelizmente, apenas uma sugestão). Cf. Dante Barrios de Angelis, *Teoria del proceso*, 2. ed., p. 145.

Nela cabe nada daquilo. Entra-lhe apenas a quantidade exata de palavras; quando já não as substituímos por conceitos, como *causa petendi*, *causa excipiendi* e *petitum*, a tornarem ainda mais precisa e apurada a imagem que fazemos.

Nessa oposição, entre os sentidos abstrato e concreto de um objeto, se descortina a ambigüidade que denunciáramos, inerente às definições em geral e, para o que nos interessa mais de perto, presente também na definição de ato postulatório.³⁵

Afinal, ao dizermos *postulatório* o ato que *visa a obter um provimento judicial*, não deixamos claro – por essa singular expressão – se denotamos (i) um modelo universal, a que subsumível toda e qualquer espécie postulativa [seja ela uma apelação, um agravo, uma contestação ou o que for]; (ii) e ainda no plano abstrato, mas em termos mais restritos, uma determinada *espécie* de postulação [por exemplo, o tipo “apelação”, previsto no art. 513 do CPC]; ou, finalmente, e já agora no plano concreto (iii) um ato efetivamente realizado, existente “de fato” [*e.g.*: a apelação *x*, constante do processo *y*, autuado sob o número de ordem *z*, às fls. 241-256, etc.].

O conceito adotado – perceba-se – deixa que todos esses elementos se aninhem sob sua ampla e generosa conotação. Tanto *uma determinada e concreta apelação*, quanto *o tipo legal ‘apelação’* e aquele *modelo universal* a que reconduzíveis as postulações em geral *visam a obter um provimento judicial*. Ganha-se assim, na extensão do conceito, o mesmo bocado que se perde em sua compreensão.

Semelhante grau de ambigüidade subsiste ainda quando, referindo-nos a *atos concretos*, denotamos (por metonímia) apenas um seu determinado aspecto, como: (i) a *pretensão* neles contida – o querer e as respectivas razões externados pela parte³⁶; (ii.a) seu *modo de ser* – o meio físico por que foram veiculados [escritural {papel ou mídia eletrônica} ou oral], a língua empregada em sua comunicação, etc.; ou, por fim, (ii.b) *as circunstâncias de tempo e de lugar em que foram*

³⁵ Este excerto, colhido da obra de Vilém Flusser, ilustra bem a ambigüidade de que falamos: “A idéia básica é esta: se vejo alguma coisa, uma mesa, por exemplo, o que vejo é a madeira em forma de mesa. É verdade que essa madeira é dura (eu tropeço nela), mas sei que perecerá (será queimada e decomposta em cinzas amorfas). Apesar disso, a forma ‘mesa’ é eterna, pois posso imaginá-la quando e onde eu estiver (posso colocá-la ante minha visada teórica). [...] Isso mostra, na verdade, o que os carpinteiros fazem: pegam uma forma de mesa (a ‘idéia’ de uma mesa) e a impõem em uma peça amorfa de madeira. Há uma fatalidade nesse ato: os carpinteiros não apenas informam a madeira (quando impõem a forma de mesa), mas também deformam a idéia de mesa (quando a distorcem na madeira). A fatalidade consiste também na impossibilidade de se fazer uma mesa ideal”. (Vilém Flusser, *Forma e material...* cit., p. 26). A definição de mesa, qualquer que seja, será ambígua se não discernir os sentidos abstrato (forma de mesa) e concreto (mesa *x*) atribuídos ao vocábulo (‘mesa’).

³⁶ A pretensão consiste em uma *exigência*, fundada em determinadas *razões* (argumentos) e endereçada ao Estado-Juiz, para que subordine o interesse da parte contrária ao interesse do postulante, atribuindo a este determinado bem da vida. A propósito, cf. Francesco Carnelutti, *Instituciones del proceso civil*, p. 28-31, *passim*, v. 1; Jaime Guasp, *La pretensión procesal*, 2. ed., p. 84; Carlos Ramírez Arcila, *La pretensión procesal: convergencias con la acción y la demanda*, p. 127-129.

praticados – quando e onde se realizaram aqueles atos.

Logo, para evitarmos a polissemia³⁷, convém que distingamos com a maior clareza possível todas essas nuances, presentes na definição de *ato postulatório* ou a ela relacionadas.

Nisso empenhados, utilizaremos:

(i) *Estrutura lógica*: em alusão ao modelo ideal, a que se reconduzem todas as espécies de postulações existentes;

(ii) *Espécies de postulações*: para nos referimos aos tipos legais e abstratos, contidos sob cada um dos gêneros ‘demandas’ e ‘recursos’.

E, quanto às postulações praticadas, existentes em concreto, falaremos de:

(iii) *Forma*: para denotar [iii.a] seu *modo de ser* + [iii.b] suas *circunstâncias de tempo e de lugar* {quando e onde foram praticadas} e, finalmente;

(iv) *Conteúdo*: para denotar a *pretensão* por elas veiculada [o pedido e as respectivas causas, manifestados pela parte ao praticá-las].

Vejam os então, com mais vagar, cada um desses conceitos.

2.4. *Estrutura lógica*

Retomemos, neste ponto, a diferença estabelecida entre atos postulatórios que visam a uma decisão (*atos postulatórios argumentativos*) e postulações por um mero despacho (*requerimentos simples*). É substancialmente distinta a estrutura dos primeiros para a das últimas, na medida em

³⁷ Afinal, como ensina José Carlos Barbosa Moreira – com a elegância habitual –, “a equivocidade [...] é um mal, e tudo aconselha a que evitemos contribuir para perpetuá-la – ou, pior, para agravá-la. Incumbe à doutrina, ao contrário, esforçar-se por ‘purificar’, na medida do possível, a terminologia, até para incentivar o legislador a corrigir, em eventuais reformas dos textos, ambigüidades em que haja ocorrido”. (José Carlos Barbosa Moreira, *Exceção de pré-executividade: uma denominação infeliz*, In *Temas de direito processual – sétima série*, p. 120). Vejam também, a propósito, a lição de Hohfeld: “[...] Ainda que a dificuldade [na compreensão de determinadas relações e categorias jurídicas] derivasse apenas da inadequação e da ambigüidade da terminologia, sua seriedade mereceria, não obstante, definitivo reconhecimento e persistente esforço por melhoramentos, pois em qualquer problema atentamente analisado, seja ele jurídico ou não, palavras camaleônicas são um perigo tanto para o pensamento claro quanto para a expressão lúcida”. Traduzido livremente do original: “Even if the difficulty related merely to inadequacy and ambiguity of terminology, its seriousness would nevertheless be worthy of definite recognition and persistent effort toward improvement; for in any closely reasoned problem, whether legal or non-legal, chameleon-hued words are a peril both to clear thought and to lucid expression”. (Wesley N. Hohfeld, *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning*, p. 35).

que aqueles precisam veicular *argumentos* (para persuadir o magistrado a proferir a decisão almejada) e estas não, bastando-lhes relatar algo e pedir o despacho em consequência (como, por exemplo, uma petição de juntada de substabelecimento, que informa ao juízo a apresentação do documento e requer em seguida sua autuação).³⁸

Tanto as demandas quanto os recursos – objetos de nossa investigação – visam à obtenção de *pronunciamentos decisórios* (e, por essa razão, apresentam estrutura argumentativa, isto é, contêm argumentos por meio dos quais se tentará convencer o magistrado a proferir a decisão almejada).

Dentro dessa ordem – a dos atos postulatorios argumentativos – todas as espécies remontam à mesma estrutura lógica. Reduzem-se no plano lógico a um único *arquétipo*, um *modelo universal*, formado pelas notas comuns a todas elas. A estrutura lógica é, assim, o “denominador comum” às espécies postulativas que estudamos.

Chegamos a esse arquétipo por meio de sucessivas generalizações, que abstraem nas mais variadas espécies³⁹ suas características distintivas e sobejantes (sem as quais, portanto, elas ainda conservam a “natureza” de *postulação argumentativa*), retendo-lhes apenas o que é invariável em si e em suas semelhantes.⁴⁰

Concluimos pois, por indução, que seu denominador comum (*i.e.*: sua estrutura lógica) remete aos clássicos *tria eadem*: ‘sujeitos’, ‘causa’ e ‘pedido’. Qualquer espécie postulatoria, cujo êxito dependa de argumentação, deve necessariamente apresentar esses três elementos (sem

³⁸ Afinal, em se tratando de postular situações ou estados de coisas *necessários* ao desenvolvimento regular do processo (como, por exemplo, a juntada da procuração pelo autor), não há sentido algum – *prima facie* – em argumentar para convencer o juiz da conveniência ou da necessidade de providência assim crucial. Seria mesmo absurdo – por transgredir os *limites pragmáticos* da linguagem – que um demandante gastasse linhas e mais linhas de argumentos destinados a incutir no espírito do juiz a percepção da necessidade de uma medida de que o próprio juiz lhe incumbira. O absurdo se completaria caso o juiz se dignasse a responder, motivadamente, ao pedido de juntada da procuração (no pior dos mundos, indeferindo-o...). Processo que se desenvolvesse diante de tão caótico cenário seria uma comédia (ou um drama?) de erros. A propósito, cf. Genaro R. Carrió, *Sobre los límites del lenguaje normativo*, p. 24-27.

³⁹ Exemplificativamente: inicial, contestação, embargos à execução, impugnação ao cumprimento de sentença, apelação, agravo, embargos infringentes, recurso especial, recurso extraordinário, etc.

⁴⁰ Por exemplo, podemos pensar em atos argumentativos *orais* ou *escritos*, quanto a estes, concebemos que o sejam em *papel* ou em *meio eletrônico*, que o idioma empregado para comunicá-lo seja o *português* ou *outra língua* e que o discurso venha em *prosa* ou em *verso* (embora devamos reconhecer, com Dinamarco [cf. *Instituições...* cit. p. 535. v. II], que um argumento em versos é no mínimo incomum, pitoresco). Tudo isso é acidental, pode ou não constar do ato sem lhe alterar a natureza. Não é, obviamente, pela circunstância de se externar em papel ou num arquivo de computador que determinado ato passará a ser ou deixará de ser *postulatório argumentativo*. Por igual, não interferirá em sua natureza a circunstância de ser bem ou mal redigido, persuasivo ou inconcludente, etc. Todas essas nuances concernem quer à *forma*, quer ao *conteúdo* do ato, jamais lhe tocam, porém, a estrutura lógica, que permanece inalterada em qualquer hipótese.

prejuízo de outros, específicos, que a lei exija ao disciplinar sua forma).⁴¹⁻⁴²

Tal estrutura pode ser cindida, para fins expositivos, em duas dimensões: uma subjetiva, outra objetiva. Na primeira figuram pelo menos três sujeitos⁴³: o requerente, ou *sujeito ativo*, que, o nome já está a dizer, é aquele que pede o provimento judicial; o requerido, ou *sujeito passivo* – aquele em face de quem tal provimento é pedido – e, por derradeiro; o órgão judicial ou *sujeito imparcial*, aquele a quem o pedido é endereçado.⁴⁴ Não há como conceber uma postulação argumentativa que não se esgalhe nesses três vértices subjetivos.

Sob o ângulo objetivo, deve apresentar pelo menos uma *causa* (elemento intelectual, fundamento, razão, motivo, porquê, etc.) e, *como consequência dela*, ao menos um *pedido* (elemento volitivo, pleito, requerimento, querer, etc.). O nexa entre ambos (elementos intelectual e volitivo) também integra a estrutura lógica; afinal, a *causa* lá está, exatamente, para induzir o magistrado a acolher o *pedido*.⁴⁵

⁴¹ Cf. CPC, arts. 282, 297, 514, 524, 541, etc.

⁴² Nesse sentido, por todos, cf. Jaime Guasp, *La pretensión...* cit., p. 68 *et. seq.*; Paula Costa e Silva, *Op. cit.*, p. 214-216.

⁴³ Dissemos *pelo menos* em razão das hipóteses de cúmulo subjetivo de demandas. De qualquer modo, ainda nesses casos são três os vértices: um pólo ativo, um pólo passivo e um sujeito imparcial; ou seja, permanece igual a estrutura lógica do ato, compreendida em sua dimensão subjetiva.

⁴⁴ Cf. Giuseppe Chiovenda, *Instituições...* cit., p. 278, v. II.

⁴⁵ “Se fizermos uma ponte para a teoria geral do negócio jurídico, diremos que, no acto postulativo, a parte começa por expor os motivos, que são a fundamentação, para deles extrair um efeito, que é o pedido. A diferença estrutural que o acto postulativo apresenta relativamente ao negócio é que, naquele, os motivos devem ser explicitados no próprio acto. Exactamente porque a possibilidade de produção do efeito desejado depende do juízo feito por terceiro (o julgador) sobre a pertinência dos motivos ou fundamentos invocados. Sintetizando, podemos dizer que o acto postulativo integra tipicamente comunicações com conteúdos distintos. Em primeiro lugar, a comunicação de uma representação da realidade [causa]. Em segundo lugar, a comunicação de uma vontade de produção de um efeito [pedido]. As duas (ou mais) declarações que integram o acto postulativo apresentam relações entre si [...] A vontade comunicada deve encontrar fundamento nos factos comunicados. Existe um vínculo funcional entre os dois actos de comunicação [ou seja, existe um nexa argumentativo entre a causa e o pedido]”. (Paula Costa e Silva, *Op. cit.*, p. 214-215. As observações, em colchetes, são nossas). Existem, portanto, dois elementos objetivos em todo e qualquer ato postulatorio, um intelectual (a causa), outro volitivo (o pedido). Tais elementos se refletem, simetricamente, na estrutura da sentença de mérito, que apresenta – no dizer de Menestrina – um *elemento logico* (a motivação) e um *elemento imperativo* (o *decisum*). A propósito, cf. Francesco Menestrina, *La pregiudiziale nel processo civile*, p. 33-51, *passim*. Em França, embora não se negue a natureza argumentativa das postulações, autorizada doutrina – com espeque na terminologia do *Nouveau code de procédure civile* – tenta estabelecer distinção entre o *moyen* (meio) e o *argument* (argumento). Croze e Morel ensinam que “o *meio* tem natureza em tudo diversa da dos fatos e da pretensão: ele constitui um modelo de raciocínio proposto ao juiz; sugere o estabelecimento de uma relação entre dois elementos dos debates (notadamente entre um fato e uma regra jurídica) a fim de obter um resultado concreto. Significa dizer que os *meios* são os elementos dinâmicos do processo, em oposição aos elementos estáticos [as proposições que informam somente a existência de um fato ou de uma regra jurídica]. A dificuldade está em que eles partilham dessa qualidade com outro elemento do debate processual, que é o *argumento*. Do mesmo modo que o *meio* não é uma simples divisão da causa, o *argumento* não é um diminutivo do *meio*. Ambos têm em comum a circunstância de serem modelos de raciocínio, mas ao passo que o primeiro demonstra, o segundo não pode pretender senão persuadir”. No original, por nós livremente traduzido: “Le *moyen* est bien d’une autre nature que les faits et la prétention: il constitue un modèle de raisonnement proposé au juge; il suggere l’établissement d’une relation entre deux éléments des débats (notamment entre un fait et une règle de droit) afin d’obtenir un résultat concret. C’est dire que les *moyens* sont des éléments dynamiques du procès, par opposition aux éléments statiques. La difficulté est qu’ils partagent cette qualité avec un autre élément du débat processuel qui est l’argument. De même que le *moyen*

Em verdade, na composição da estrutura lógica do ato postulatório argumentativo, todos aqueles elementos (sujeitos [ativo, passivo e imparcial], causa e pedido) se exigem reciprocamente. Isso significa que não é possível concebermos espécie alguma cuja estrutura deixe de apresentar algum deles.⁴⁶⁻⁴⁷

E já que, em mais de uma ocasião (como no parágrafo acima), falamos em *espécies* postulatórias, convém então que precisemos o respectivo conceito, inserindo-o adequadamente em uma taxonomia das postulações.

Afinal, quer ele dizer o quê?

2.5. *Espécies*

Quando aludimos a *espécies* de postulações, pressupomos uma *classe* (a dos atos postulatórios, *in totum*); dividida em duas *ordens* (a dos requerimentos simples e a dos atos argumentativos). Nessa última, divisamos dois *gêneros* (o das demandas e o dos recursos).

n'est pas une simple division de la cause, l'argument n'est pas un diminutif du moyen. Tous deux ont en commun d'être des modèles de raisonnement mais, tandis que le premier démontre, le second ne peut prétendre que persuader". (Hervé Croze e Christian Morel, *Procédure civile*, p. 151-152). Posta nestes moldes a distinção, os autores fazem crer, à primeira vista, que *moyens* e *arguments* refletiriam, no sistema processual francês, dois modos de inferência distintos, um pautado exclusivamente na lógica formal ou pura dedução (*os meios*), outro na chamada lógica material, retórica ou argumentação (*os argumentos*). Tal interpretação, porém, logo se dissipa por esta passagem, que faz ver muito claramente que ambos – *moyens* e *arguments* – consistem na verdade em “argumentos” (utilizada a expressão, aqui, em seu sentido tradicional e mais amplo), distinguindo-se apenas em razão do conteúdo de sua premissa maior. Vejamos: “Em outros termos, se ambos tratam de sugerir um silogismo ao juiz, no caso do *meio* a [premissa] maior é uma regra jurídica, enquanto que no *argumento* ela não passa de uma afirmação de fato, que não funda sua autoridade senão em sua lógica ou em sua equidade. Por consequência, se o *meio* é fundado o juiz não o pode rejeitar, ao passo que ele pode sempre afastar um *argumento*. A rejeição de um *meio* fundado é uma violação à lei; aquela de um argumento indica somente que o juiz tem uma opinião diferente sobre a oportunidade de sua decisão”. No original, pos nós livremente traduzido: “En d'autres termes, s'il s'agit toujours de suggérer un syllogisme au juge, dans le cas du moyen la majeure est une règle de droit, tandis que, dans le cas de l'argument, elle n'est qu'une affirmation de fait qui ne fonde son autorité que sur sa logique ou son équité. Par conséquent si le moyen est fondé, le juge ne peut le rejeter, alors qu'il peut toujours écarter un argument, Le rejet d'un moyen fondé est une violation de la loi; celui d'un argument indique seulement que le juge a une opinion différent sur l'opportunité de sa décision”. (Hervé Croze e Christian Morel, *Op. cit.*, p. 152).

⁴⁶ Não se deve – frisemos – confundir a estrutura lógica do ato (que não passa de seu modelo ideal) com os diversos atos detectados na casuística. Essa sim pode apresentar, e não raro o faz, exemplos de atos postulatórios mal formados, que não contenham pedido, ou causa, ou omitam o nome de algum dos sujeitos, etc. Não por isso deixarão de consistir em postulações argumentativas, desde que consigamos inferir, de seu conjunto, que os autores *visaram a obter um provimento judicial de cunho decisório*.

⁴⁷ O art. 125 do *Codice di procedura civile* italiano ilustra bem os elementos essenciais a qualquer espécie postulatória argumentativa. Vejamos seu teor: “Salvo que a lei disponha diversamente, a petição inicial, o recurso, a contestação, as contra-razões a recurso e o preceito [ato inicial do processo de execução italiano] devem indicar o ofício judiciário, as partes, o objeto, as razões da postulação e as conclusões ou o pedido, e – tanto o original quanto a contra-fé – devem ser subscritos pela parte, se esta age em causa própria, ou por seu defensor”. No original, por nós livremente traduzido: “Salvo che la legge disponga altrimenti, la citazione, il ricorso, la comparsa [di risposta], il controricorso, il precetto debbono indicare l'ufficio giudiziario, le parti, l'oggetto, le ragioni della domanda, e le conclusioni o la istanza, e, tanto nell'originale quanto nella copia da notificare, debbono essere sottoscritti dalla parte, se essa sta in giudizio personalmente, oppure dal difensore”.

Dentro de cada um deles, proliferam as mais variadas *espécies* de postulação (e.g.: a demanda inicial, a contestação, a reconvenção, a declaratória incidental, a denunciação da lide, a oposição; o recurso de apelação, o de agravo, o especial, o extraordinário, etc.). É a análise do conceito de *espécie postulatória* que ora nos interessa. Que são tais espécies; o que as define e as difere uma da outra?

Trata-se essencialmente, a nosso ver, de meios de participação processual, qualificados segundo as diferentes funções que desempenham no método estatal de resolução de conflitos.

Nas palavras de Jaeger: existe uma “função específica tocante a cada ato na série ou sucessão de atividades em que consiste precisamente o processo”. Há, assim, *funções procedimentais específicas*; ou, simplesmente, *funções típicas*, que distinguem uma espécie postulativa de outra.⁴⁸

Por exemplo: uma *inicial* tem por função instaurar o processo e fixar-lhe o objeto litigioso; a *contestação* serve para contraditar a pretensão formulada na inicial⁴⁹; a *reconvenção* visa a introduzir pretensão contrária, do réu ao autor, no mesmo processo em que aquele é demandado (ampliando, dessarte, o objeto litigioso)⁵⁰; a *declaratória incidental* também expande o objeto litigioso, pois serve para incluir nele relação jurídica prejudicial à referida no pedido originário (ampliando, simetricamente, os limites da coisa julgada a se formar)⁵¹; a *denunciação da lide*, por sua vez, concede a qualquer das partes – no mesmo processo em que demanda ou é demandada – que exerça direito de regresso contra terceiro⁵²; ao passo que a *oposição* [interventiva] propicia a

⁴⁸ No original, por nós livremente traduzido: “[c’è una] *funzione specifica* spettante a ciascun atto nella serie o successione di attività in cui consiste precisamente il processo”. (Nicola Jaeger, *Diritto processuale civile*, p. 389).

⁴⁹ Quanto à contestação, especificamente, moderna doutrina italiana já a vem concebendo como simples *função*, inerente à estrutura dialética do processo e consistente em contraditar os fatos e fundamentos jurídicos sobre os quais se fixa o objeto litigioso (o que normalmente é feito na *comparsa di risposta*). Cf. Bona Ciaccia Cavallari, *La contestazione nel processo civile*, v. 1, p. XV-XVII, *passim*.

⁵⁰ Como noutra oportunidade registramos: “Duas são as notas que – segundo pensamos – distinguem as reconvenções de outras demandas, a saber: (a) o fato de serem sempre propostas pelo réu, no mesmo processo em que é demandado e como um contra-ataque à demanda proposta contra si (contra-ataque à inicial); e (b) o fato de deverem as reconvenções ser conexas por contrariedade à demanda inicial, a despeito da redação um tanto obscura do art. 315 do CPC, que sugere duas espécies de vínculos (I – conexão entre a reconvenção e a “ação principal” [*rectius*: demanda inicial]; e II – conexão entre a reconvenção e o fundamento da defesa)”. (Bruno Silveira de Oliveira, *Conexidade...* cit., p. 340).

⁵¹ Quanto à função da declaratória incidental, cf. Alfredo Buzaid, *A ação declaratória no direito brasileiro*, p. 374. No mesmo sentido, Ada Pellegrini Grinover, *A ação declaratória incidental*, p. 53; Adroaldo Furtado Fabrício, *A ação declaratória incidental*, 3. ed., p. 71-73; Celso Agrícola Barbi, *Ação declaratória principal e incidente*, p. 207.

⁵² “Sempre que, por imposição legal ou em decorrência de relação contratual, alguém tiver a obrigação de ressarcir

terceiro deduzir “pretensão incompatível com os interesses conflitantes de autor e réu” sobre o bem em disputa⁵³, etc.

Voltaremos ao tema com mais profundidade no capítulo seguinte, ao desenvolvermos a noção de *função típica* como critério identificador das várias espécies postulatórias (incluídas aí, é claro, espécies de demandas e de recursos).

Por ora, é chegado o momento de descermos do plano abstrato (da estrutura lógica e das espécies postulativas, tipificadas no ordenamento) para o concreto, das postulações efetivamente praticadas, existentes “de fato”.

Ocupemo-nos primeiramente de sua *forma* – conceito que, sem dúvida, é dos mais imprecisos de toda a terminologia processual⁵⁴ – para depois analisarmos seu *conteúdo*, cujo conceito se relaciona visceralmente com aquele primeiro.

Avancemos.

2.6. *Forma vs. conteúdo*

A maior parte da doutrina convém em inserir, no conceito de forma do ato⁵⁵, as condições de *tempo* e de *lugar* em que ele seja praticado (aspectos extrínsecos) e seu *modo de ser* (aspectos intrínsecos).⁵⁶⁻⁵⁷ Há, no entanto, definição mais restrita, que liga o conceito de *forma* apenas a esse

prejuízo de outrem, pode o titular do suposto direito de regresso deduzi-lo no próprio processo em que figura como autor ou réu, pela via da denunciação da lide (inc. III). Nesse ponto, divergem doutrina e jurisprudência. A posição majoritária é restritiva, só admitindo a denunciação da lide em caso de direito de regresso decorrente de obrigação de garantia, sem que a intervenção do terceiro implique introdução de fundamento novo no processo. Tenho adotado a orientação minoritária, por considerá-la mais adequada à visão instrumentalista do processo e ao princípio da economia processual. Não se pode subordinar o interesse público, representado pela solução de mais de um litígio no mesmo processo, ao do autor, consistente em impedir suposto retardamento na entrega da tutela jurisdicional pleiteada”. (José Roberto dos Santos Bedaque, In Antônio Carlos Marcato [coord.] et al., *Código de processo civil interpretado*, p. 184-185).

⁵³ Cândido Rangel Dinamarco, *Intervenção de terceiros*, 3. ed., p. 37. No mesmo sentido, cf. Cassio Scarpinella Bueno, *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*, 2. ed., p. 207.

⁵⁴ Segundo Carnelutti, “a palavra *forma*, na linguagem científica e jurídica, é uma daquelas que apresentam maior variedade de significado e, por isso, maior dificuldade para a definição do conceito que serve para denotar”. Na versão em castelhano das *Istituzioni*: “[...] la palabra *forma*, en el lenguaje científico y jurídico, es una de aquellas que presentan mayor variedad de significado y, por eso, mayor dificultad para la definición del concepto que sirve para denotar”. (Francesco Carnelutti, *Instituciones del proceso civil*, Trad. Santiago Sentís Melendo, p. 471, v. I). No mesmo sentido, cf. Fabio Marelli, *La conservazione degli atti invalidi nel processo civile*, p. 45-46.

⁵⁵ Referem-se à forma dos atos processuais em geral, não apenas aos atos *postulatórios*, a que todavia se aplicam integralmente (porque de gênero a espécie) as noções em questão.

⁵⁶ Cf. Giuseppe Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, Trad. Paolo Capitanio, p. 5-6. v. III; Marco Tullio Zanzucchi, *Diritto processuale civile*, 6. ed., p. 426-434, v. I; Enrico Tullio Liebman, *Manual...* cit., p. 289-290; Salvatore Satta e Carmine Punzi, *Diritto processuale civile*, 13. ed., p. 200; Crisanto Mandrioli, *Corso di diritto*

último dado (o *modo de ser* da postulação).⁵⁸

Fala-se comumente, naquele primeiro sentido (modo de ser + tempo e lugar do ato), de *forma em sentido amplo*; já a segunda acepção (referente apenas ao modo de ser) costuma-se denominar *forma em sentido estrito*.⁵⁹ Tais expressões são tecnicamente adequadas e, na verdade, não chegam a se contrapor, a conflitar, havendo apenas uma relação de continência entre elas (a acepção estrita – passe o truísmo – está contida na ampla).

Assim, é útil que nos valhamos de ambas, para que possamos denotar, por vezes, todas as circunstâncias *formais* da prática de determinado ato, incluídos aí o momento e o local em que ele foi realizado (*forma em sentido amplo*), por outras somente o modo de ser desse ato (*sua forma em sentido estrito*).

Ocorre que isso a que se costuma referir, pura e simplesmente, como “o *modo de ser* do ato” (como fosse um elemento único, unitário) é, no entanto, algo plurívoco, abrangente de pelo menos três noções bastante distintas uma da outra, a saber: (i) o *meio físico* de expressão do ato (se apresentado por escritura [papel ou meio eletrônico] ou oralmente); (ii) o *idioma* e os vários aspectos lingüísticos utilizados em sua comunicação e, por fim; (iii) os elementos de que se compõe a estrutura de um ato postulatório (causa, pedido e sujeitos).⁶⁰⁻⁶¹

processuale civile, 12. ed., p. 379-396, *passim*. Entre nós: José Frederico Marques, *Instituições...* cit., p. 320, v. II; Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições...* cit., p. 529, v. II; Roque Komatsu, *Da invalidade no processo civil*, p. 130; Samuel Meira Brasil Jr., *Op. cit.*, p. 7; Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do formalismo...* cit., p. 5; Heitor Vitor Mendonça Sica, *Preclusão processual civil*, p. 111; Guilherme Freire de Barros Teixeira, *Teoria do princípio da fungibilidade*, p. 53; Antonio Dall’Agnol, *Comentários ao código de processo civil*, p. 224, v. II; Ovídio Araújo Baptista da Silva, *Op. cit.*, p. 212; José Maria Rosa Tesheiner e Lucas Pereira Baggio, *Nulidades no processo civil brasileiro*, p. 43-51.

⁵⁷ Para a distinção entre os aspectos formas intrínsecos e extrínsecos ao ato, cf. Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições...* cit., p. 534, v. II; Enrico Allorio, *Il giuramento della parte*, p. 249-253.

⁵⁸ Jaeger exclui claramente, do conceito de forma, aquilo que denomina “circunstâncias genéricas” [*circostanze generiche*] dos atos processuais, referindo-se, por esse segundo conceito, às circunstâncias de tempo e de lugar em que um ato é praticado. Cf. Nicola Jaeger, *Op. cit.*, p. 378. No mesmo sentido, na doutrina argentina: Hugo Alsina, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, p. 712, t. I. Entre nós: Daniel Francisco Mitidiero, O problema da invalidade dos atos processuais no direito processual civil brasileiro contemporâneo, In Guilherme Rizzo Amaral e Márcio Louzada Carpena (coords.), *Visões críticas do processo civil brasileiro*, p. 60-61. Há diversos autores que, embora não as excluam textualmente da disciplina da forma dos atos processuais, ao menos omitem as circunstâncias de tempo e de lugar, quando se põem a tratar daquele assunto. Ilustrativamente, vejam-se: Leo Rosenberg, *Tratado...* cit., p. 394 *et. seq.*; Enrique Vescovi, *Derecho procesal civil*, p. 37 *et. seq.*, t. III; Jaime Guasp e Pedro Aragoneses, *Derecho procesal civil*, 6 ed., p. 309, t. I; Giampiero Balena, *Elementi di diritto processuale civile: i princípi*, 4. ed., p. 237-239, v. I; Giovanni Verde, *Profili del processo civile*, 5. ed., p. 288-290, *passim*.

⁵⁹ Assim, cf. Salvatore Satta e Carmine Punzi, *Op. cit.*, p. 200; Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do formalismo...* cit., p. 5; Antônio Dall’Agnol, *Op. cit.*, p. 224; José Maria Rosa Tesheiner e Lucas Pereira Baggio, *Op. cit.*, p. 45-46; Heitor Vitor Mendonça Sica, *Preclusão...* cit., p. 111.

⁶⁰ Na doutrina italiana usa-se muito – para denotar aquilo que chamamos de elementos componentes da *estrutura* do ato – falar de sua “*forma-contenuto*”: Ilustrativamente, cf. Enrico Tullio Liebman, *Manual...* cit., p. 290, v. I; Crisanto Mandrioli, *Corso di diritto processuale civile*, 12. ed., p. 381, v. I; Luigi Montesano e Giovanni Arieta, *Diritto processuale civile: le disposizione generale*, 2. ed., p. 273, v. I; Giampiero Balena, *Elementi di diritto processuale civile: i princípi*, 4. ed., p. 238, v. I; Giovanni Verde, *Profili del processo civile*, 5. ed., p. 288-289, v. I; Fabio Marelli,

Ao que obtemos, então, que a enunciação de tal conceito se distenderia em vastíssima gama de notas. Algo do tipo: “[a forma do ato é] seu *tempo*, seu *lugar*, seu *meio físico de expressão*, seus *aspectos lingüísticos* e seus *aspectos estruturais* [...]”, para ficarmos apenas nestas propriedades. Evidencia-se, de imediato, quão prolixa (e assim problemática) seria uma formulação nesses termos.

Mesmo que reduzíssemos o conceito de forma a “apenas” este elemento, que é o *modo de ser* do ato, a conotação seguiria demasiado difusa para comunicar – com um mínimo de precisão e clareza – seu referente (*i.e.*: aquilo a que o conceito aponta). Afinal, convenhamos: *meio físico de expressão*, *aspectos lingüísticos* e *aspectos estruturais* são coisas razoavelmente distintas entre si.

Necessário, então, que encontremos o fio de Ariadne em meio àquele emaranhado de notas aparentemente desconexas. Possuiriam elas, afinal, algo em comum? Como reduzir o conceito de ‘forma’ a um *definiens* mais preciso e ao mesmo tempo completo (se é que isso é possível)?

Parece aconselhável, antes de tudo, dizer aquilo que a forma do ato postulatório seguramente *não é*. Impende excluir do conceito elementos que lhe são estranhos (e que, assim, fazem apenas turvar as coisas). Com Mandrioli, deixamos fora do campo conceitual “tudo aquilo que, por um lado, *precede* a realização do ato (ou seja: seu advento na vontade do sujeito que o pratica e os fatores que o determinam) e, por outro lado, aquilo que o *sucede* (ou seja: a produção de seus efeitos jurídicos)”⁶².

Ao isolarmos a postulação no tempo e no espaço (desgarrando-a, pois, de tudo quanto a precede e a sucede), obtemos a primeira componente de sua *forma*. Trata-se exatamente daquilo que se costuma denominar *forma em sentido amplo*: suas coordenadas “espacial-temporais”, ou *onde* e *quando* a postulação é. Resta, porém, a problemática noção de *modo de ser* e o desafio de reduzi-la a uma única definição.

Quanto a isso, parece-nos que haja, sim, um fator de comunhão entre o *meio físico de expressão*, os *aspectos lingüísticos* e os *aspectos estruturais* do ato. Trata-se da circunstância de todos esses elementos servirem apenas de *meios* à comunicação do *conteúdo* da postulação (*i.e.*: são meios necessários à compreensão da pretensão, do *significado* das condutas individuais e concretas,

La conservazione... cit., p. 34-35; Giuseppe Tarzia, *Profili della sentenza civile impugnabile: l'individuazione della sentenza*, p. 13-24, *passim*.

⁶¹ Nesse sentido, cf. Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições...* cit, p. 534, v. II.

⁶² Tradução livre deste excerto: “[Al di fuori della disciplina formale, rimane invece] tutto ciò che, da un lato, *precede* la formazione dell’atto (ossia il suo formarsi nella volontà del soggetto che lo compie ed i fattori che lo determinano); e, dall’altro lato, ciò que *segue* l’atto, ossia la produzione degli effetti giuridici.”. (Crisanto Mandrioli, *Corso...* cit., p. 381, v. I). Em sentido análogo, cf. Andrea Proto Pisani, *Op. cit.*, *loc. cit.*

nela alegadas [*causæ petendi*] e pedidas [*petita*]).

A relação entre aqueles elementos é, portanto, teleológica: todos se exigem recíproca e cumulativamente para que possam comunicar – ao juiz e à parte contrária – o *que* exatamente se pede e *por que isso seria devido* (isto é: o pedido e seus motivos, que dotados de sentido concreto já integram a pretensão e, pois, o *conteúdo* do ato).

Explicuemos isso um pouco melhor, por meio de uma decomposição analítica da *ação de postular* (i.e.: analisemos *aquilo que se faz*, ao se praticar um ato postulatório qualquer). Ao fim, assomará clara a linha divisória entre a forma (modo de ser) do ato e seu conteúdo.

2.7. (Continuação) Análise da ação de postular

Quem postula pratica, em primeiro lugar, um *ato de fala*. Evidentemente, para se pedir deve-se *falar* algo. Pedir é, simplesmente, dizer “eu peço...”.⁶³⁻⁶⁴

Falar – ensina Jakobson – consiste em “[...] selecionar certas *entidades lingüísticas* e combiná-las em outras de mais elevado grau de complexidade”⁶⁵. Assim, quem fala seleciona primeiramente *letras* e as combina em *morfemas*, depois os articula – às letras e aos morfemas – em

⁶³ John Langshaw Austin denomina as postulações “atos de fala exercitivos” (*exercitive speech acts*, ou, simplesmente, *exercitive acts*). Suas palavras: “Um [ato de fala] exercitivo é o proferimento de uma decisão em favor ou contra certa linha de ação, ou a *defesa desta*. [...] *É a defesa de que algo deve ser de determinada maneira* [...]” [destacamos]. Advogar uma linha de ação ou dizer que algo deve se dar de determinada maneira não é outra coisa senão *postular* esse algo. No original, por nós livremente traduzido, lê-se: “An exercitive [speech act] is the giving of a decision in favour of or against a certain course of action, or advocacy of it. [...] It is advocacy that it should be so [...]” (John Langshaw Austin, *How to do things with words*, 2. ed. p. 155). John R. Searle, discípulo de Austin, aprimora sua taxonomia para incluir as postulações na categoria que denomina *atos* [de fala] *diretivos*. Explica-a: “Seu propósito ilocucionário consiste no fato de que são tentativas [...] do falante de levar o ouvinte a fazer algo. Podem ser tentativas muito tímidas, como quando o convidado a fazer algo ou sugiro que faça algo, ou podem ser tentativas muito veementes, como quando insisto em que faça algo”. (John R. Searle, *Expressão e significado: estudos da teoria dos atos de fala*, Trad. Ana Cecília G. A. de Camargo e Ana Luiza Marcondes Garcia, p. 21). Dos excertos colhidos, queremos apenas chamar atenção para o óbvio ululante: não é possível *postular* algo senão por meio de linguagem (i.e.: por meio de um ato de fala). Como dissemos no corpo do texto, pedir é *dizer* “eu peço...”. Plenamente justificável, pois, o interesse dos lingüistas por isto que denominamos *atos postulativos* (em sua taxonomia: *exercitivos, diretivos*), nos quais vislumbraram características que os apartam de meras asserções (ou constatações de fatos).

⁶⁴ Bem elucidativa, a propósito, a lição de Tárek Moysés Moussallem: “A linguagem não possui apenas função descritiva. É *usada* para *realizar ações*, ou, como deseja J. L. Austin, ‘fazer coisas’. [...] Ao dizer ‘aceito esta mulher como minha legítima esposa’ no casamento diante do juiz (jurídico) ou padre (religioso) o noivo não descreve situação alguma. Realiza um ato: casa-se. O enunciado ‘Aposto cem reais que amanhã choverá’ também nada descreve, simplesmente efetua o ato de apostar. Em alguns casos, como os acima transcritos, não há como praticar o ato sem expedir algumas palavras. Há situações em que *realizar uma ação é proferir algumas palavras*. Para casar, apostar, prometer, desculpar-se, ofender, legislar, ordenar, basta emitir palavras”. (Tárek Moysés Moussallem, *Revogação em matéria tributária*, p. 11-12). O ato de postular (pedir) poderia ser acrescentado à lista elaborada por Tárek M. Moussallem. É desses que só se cumprem mediante um ato de fala.

⁶⁵ Roman Jakobson, *Lingüística e comunicação*, Trad. Izidoro Blikstein e José Paulo Paes, 22. ed., p. 37.

palavras (para tanto, é claro, deve conhecer e aplicar suficientemente bem as regras morfológicas). Compete-lhe, em seguida, dispor as palavras em sucessão e ordená-las em estruturas mais complexas, as *frases* e as *orações* (para o que deverá seguir, a um grau mínimo que seja, as regras sintáticas do idioma).⁶⁶⁻⁶⁷

Não basta, porém, que se formem eficientemente *palavras* e *frases*. Para que um ato de fala exista – *i.e.*: para que ele chegue a se realizar – é necessário, enfim, que aquele arranjo lingüístico venha ao mundo exterior.

Nessa dimensão, como praticamente tudo mais, o ato de fala se insere na cadeia causal. Consiste em *efeito* do exercício de uma nossa capacidade (*e.g.*: a capacidade de fazer vibrarem no ar determinadas freqüências sonoras [emissão de ruído]) e em *causa* de um outro evento (como, por exemplo, a oitiva e a compreensão, pelo destinatário, do som emitido).

Isso quer dizer que o ato existe (e só pode existir) por algum *meio* ou *suporte* físico, que sirva à veiculação das palavras e frases componentes da mensagem. Esse suporte pode ser – como no exemplo dado – uma conjunção de ondas sonoras (quando emitimos linguagem oral), uma superfície opaca grafada com símbolos sobre a qual se projete luz (na hipótese de linguagem escrita, pictórica, etc.) ou mesmo ranhuras e saliências sensíveis ao tato (no caso da anagliptografia⁶⁸). De toda sorte, qualquer que seja o veículo ou suporte físico da mensagem, algum deve haver, sempre e inexoravelmente. Não há como *pedir* – o que quer que seja – sem esse veículo.

Todos esses elementos – tanto o *lingüístico* quanto o *físico* – são componentes que se justapõem com o fito único de informar *algo* (aquilo que se fala) a alguém (o destinatário da mensagem).

⁶⁶ Morris fala em *regras de formação* (para a construção de frases a partir de palavras) e em *regras de transformação* (para a construção de frases a partir de frases). Cf. Charles W. Morris, *Fundamentos da teoria dos signos*, p. 28.

⁶⁷ Wittgenstein concebe o uso da linguagem – qualquer que seja sua função – como uma espécie de *jogo*, que como tal só possa ser bem praticado (*i.e.*: bem jogado) se os participantes conhecerem-lhe minimamente bem as regras morfológicas, sintáticas e semânticas. A observância mínima das regras do jogo é, portanto, a condição que permite aos “jogadores” comunicarem entre si asserções, ordens, proibições, pedidos, questionamentos, exclamações, etc. (Cf. Ludwig Wittgenstein, *Investigações filosóficas*, 2. ed., p. 177 *et. seq.*). É claro que – com um domínio médio de determinado idioma – todas essas operações resultam intuitivas e, na prática, são realizadas quase que instantânea e automaticamente pelos usuários da linguagem. Para que a comunicação seja bem sucedida, basta que o falante observe um *mínimo* (suficiente) das regras morfológicas, sintáticas e semânticas de sua língua. Ou seja: ele pode se fazer entender, razoavelmente bem, mesmo que descumpra uma ou outra das referidas regras. Pode mesmo, a despeito de descumpri-las, comunicar-se bem a ponto de, por exemplo, chegar à Presidência da República em seu país. Veja-se o caso – para não falarmos de outro bem mais próximo – do ex-presidente estadunidense, George W. Bush (favor desconsiderarem, a bem do exemplo, erros cometidos na contagem dos votos...). A boa comunicação supera erros pontuais na articulação das regras idiomáticas. Só não é capaz de conviver com uma violação *extrema* destas. Leônidas Hegenberg a denomina “*absurdo sintático*”. Poderíamos incluir, a par deste, os absurdos *morfológico* e *semântico*, igualmente danosos. Cf. Leônidas Hegenberg, *Significado e conhecimento*, p. 28.

⁶⁸ O método de Louis Braille.

Não é difícil perceber que essas nuances – mais afetas ao campo de atuação dos lingüistas e dos físicos – assemelham-se àquelas que os processualistas – sob outro ângulo, naturalmente – intuíram na noção de forma (*modo de ser*) do ato processual. Referimo-nos ao *meio físico de expressão do ato* (oralidade vs. escritura [ou, dito de outro modo, ondas sonoras vs. superfícies opacas]) e aos *aspectos lingüísticos* utilizados na composição da mensagem (o idioma ou, mais detalhadamente, suas estruturas morfológicas, sintáticas e semânticas).

Uma *fala*, porém, pode significar muitas coisas. Pode ser uma pergunta, uma constatação, a exclamação de um lamento, etc. Para que signifique, especificamente, uma *postulação precedida de argumento* (ou, como vimos dizendo, uma *postulação argumentativa*), carece que apresente determinados elementos estruturantes: palavras e verbos-chave, que sirvam para indicar o início ou o fim de uma enunciação de motivos (*e.g.*: as conjunções ‘porque’, ‘portanto’, ‘logo’ e equivalentes, ou a locução conjuntiva ‘por isso’, etc.) e para enunciar pedidos (*e.g.*: as conjugações verbais “pede-se”, “espera-se”, “pleiteia-se”, “quer”, “requer”, etc). Presentes na fala algumas dessas fórmulas – e pressuposta a observância mínima das regras morfológicas, sintáticas e semânticas – poderemos afirmar que ela consiste em uma *postulação argumentativa*.

Aqui termina a *forma* (modo de ser), do objeto de que nos ocupamos. Todas aquelas notas (meio físico, meio lingüístico e, nele, a presença de fórmulas especificamente enunciativas de uma postulação precedida de argumento) podem ser incluídas no conceito de *modo de ser* do ato postulatório argumentativo, porque se prestam apenas a comunicar seu *conteúdo*: aquilo exatamente que se pede (*i.e.*: a conduta que se quer ordenada ou realizada judicialmente) e aquilo, exatamente, em razão do quê se pede (*i.e.*: os fatos constitutivos [i] do direito a ser tutelado e [ii] da necessidade de tutela jurisdicional desse direito).

O *modo de ser* do ato postulatório é, portanto, o *conjunto dos meios necessários a exprimir seu conteúdo*. Trata-se de meios *físicos* (oralidade vs. escritura) e *lingüísticos* (uso correto do idioma e presença da estrutura postulatório-argumentativa), mas, sempre e em todo caso, de meros *meios*. Por essa razão, sugerimos substituir a conotação “modo de ser” pela fórmula – que nos parece um pouco mais loquaz – “meios de expressão”.

O conceito de *conteúdo* passa, assim, a ser compreendido por exclusão do conceito de *forma*: descartadas as variáveis *tempo*, *lugar* e *meios de expressão*, é conteúdo do ato a *pretensão* nele contida (ou, dito de outro modo, seus porquês e seus querereres). Se acorrermos à estrutura lógica dos atos postulatórios, o conteúdo estará no *significado* com que se preenche, em concreto, aquele modelo invariável de *sujeitos*, *causa* e *pedido* (indicando-se, pois, sujeitos, fatos e pedidos

concretos e individualizados).⁶⁹⁻⁷⁰

Extraímos das considerações acima que os conceitos de ‘forma’ e de ‘conteúdo’ de um ato se contrapõem. Ou seja: a forma consiste em tudo o que, no ato, não é seu conteúdo, e vice-versa.⁷¹

2.8. (Continuação) Forma, procedimento e formalidades: esclarecimentos terminológicos

Façamos outros esclarecimentos: em doutrina, também é comum se falar de ‘forma’, “em acepção mais ampla e menos própria”⁷², para designar “as atividades necessárias no processo, na medida em que, sendo coordenadas à atuação de um direito *substancial*, apresentem caráter de forma com respeito à substância”⁷³.

⁶⁹ Em sentido análogo, tomemos a lição de Dinamarco, *in verbis*: “O conteúdo do ato processual é configurado em cada caso concreto pelo sujeito que o realiza, em vista do objetivo que deseja atingir. Assim, cada autor descreve na petição inicial os fatos que pretende levar ao conhecimento do juiz e a pretensão que quer ver acolhida [...]”. (Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições...* cit., p. 529. v. II).

⁷⁰ “Conteúdo do ato jurídico *lato sensu* é o que o enche, dando-lhe significado de manifestação de querer, de representação ou de sentimento [...]”. (Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, 4. ed., p. 319, t. III). O conteúdo, nessa acepção, figura como a “matéria” do ato postulatório, em oposição à sua forma (*meios de expressão, circunstâncias de tempo e de lugar*). No contraste entre a forma e o conteúdo do ato postulatório repristina-se, pois, a oposição fundamental entre ‘matéria’ e ‘forma’. Vejamos, a propósito, a lição de Vilém Flusser, *in verbis*: “A palavra *materia* resulta da tentativa dos romanos de traduzir para o latim o termo grego *hylé*. Originalmente, *hylé* significa ‘madeira’, e a palavra *materia* deve ter designado algo similar, o que nos sugere a palavra espanhola *madera*. No entanto, quando os gregos passaram a empregar a palavra *hylé*, não pensavam em madeira no sentido genérico do termo, mas referiam-se à madeira estocada nas oficinas dos carpinteiros. Tratava-se, para eles, de encontrar uma palavra que pudesse expressar oposição em relação ao conceito de ‘forma’ (a *morphé* grega). *Hylé*, portanto, significa algo amorfo. [...] Essa oposição *hylé-morphé*, ou ‘matéria-forma’, fica ainda mais evidente se traduzirmos [na língua alemã] a palavra ‘matéria’ (*Materie*) por ‘estofa’ (*Stoff*). A palavra ‘estofa’ é o substantivo do verbo ‘estofar’ (*stopfen*). O mundo material (*materielle Welt*) é aquilo que garante as formas com estofa, é o recheio (*Füllsel*) das formas. Essa imagem é muito mais esclarecedora do que a da madeira entalhada que gera formas, porque mostra que o mundo ‘do estofa’ (*stoffliche Welt*) só se realiza ao se tornar o preenchimento de algo”. (Vilém Flusser, *Forma e material...* cit., p. 23-24, *passim*).

⁷¹ Nesse sentido, tomemos a lição de Mandrioli: “Quando se fala de *forma* do ato jurídico em geral, entende-se a manifestação do ato, o seu manifestar-se em um comportamento exterior objetivamente individualizável e estimável. A essa noção de forma se sói, pois, contrapor aquela do conteúdo, como o que constitui objeto da manifestação, o intrínseco, a sua matéria”. No original: “Quando si parla di *forma* dell’atto giuridico in generale, si intende l’estrinsecazione dell’atto, il suo manifestarsi in un comportamento esteriore oggettivamente individuabile ed apprezzabile. A questa nozione della forma si suole poi contraporre quella del *contenuto*, come ciò che costituisce oggetto dell’estrinsecazione, l’intrinseco dell’atto, la sua materia.” (Crisanto Mandrioli, *Corso di diritto processuale civile*, 12. ed., p. 381, v. I). Não é outra, a propósito, a lição de Montesano e Arieta. Vejamos: “Em geral, a forma do ato jurídico identifica os meios e as modalidades de expressão do ato, isto é, o seu ‘exteriorizar-se’ na realidade (que, no caso do ato processual, é aquela do processo) e se distingue do conteúdo, que descreve o objeto (o intrínseco) do ato”. No original, livremente traduzido: “In generale, la forma dell’atto giuridico identifica i mezzi e le modalità di espressione dell’atto, cioè il suo ‘esteriorizzarsi’ nella realtà, che, nel caso dell’atto processuale, è quella del processo, e si distingue dal contenuto, che descrive l’oggetto (l’intrinseco) dell’atto”. (Luigi Montesano e Giovanni Arieta, *Diritto...* cit., p. 272, v. I).

⁷² Giuseppe Chiovenda, *Instituições...* cit., p. 6, v. III.

⁷³ *Idem. Ibidem.* p. 6. v. III. Vejamos, em sentido análogo, o escólio de Alsina: “[...] a forma pode também relacionar-se com a colocação do ato dentro da relação processual, e neste caso a forma se refere à ordenação do procedimento mesmo”. No original: “[...] la forma puede también relacionarse con la colocación del acto dentro de la relación procesal, y en este caso la forma se refiere a la ordenación del procedimiento mismo”. (Hugo Alsina, *Tratado...* cit. p.

Essa acepção, no entanto, é muitíssimo vaga e por isso deve ser evitada.

Se tomarmos as “*atividades necessárias [...] e coordenadas à atuação de um direito substancial*” como o conjunto dos atos (concretos) de que se compõe um processo, recaímos na tradicional e esbatida noção de ‘procedimento’, que, segundo a clássica lição de Liebman, consiste justamente na relação de sucessão ordenada entre os atos do processo.⁷⁴ Desnecessário, portanto, empregar aquele vocábulo (forma) para designar o que este (procedimento) há muito denota e perfeitamente bem.

Já agora, se compreendermos as tais “*atividades necessárias [...]*” em abstrato (*i.e.* como atividades *previstas em lei* e coordenadas à tutela de um direito substancial) as tomamos simplesmente por *regras processuais* (*i.e.* como o conjunto de condutas *prescritas*, componentes da técnica processual e cuja observância, em princípio, é necessária ao julgamento do mérito de uma postulação).⁷⁵ Samuel Meira Brasil Jr., com a precisão de estilo, denominou o fenômeno *formalidades*, para apartar este conceito daquele de forma (do ato)⁷⁶. Adotamos sua distinção *in totum*.

Assim, de nenhum modo incorremos na polissemia a que se darão todos quantos enxertarem, sob o mesmo significante (‘forma’), tantos significados distintos, como: (i) ‘os meios de expressão e as circunstâncias de tempo e de lugar do ato’ [aquilo que, com exclusão de qualquer outra coisa, denominamos ‘forma’ do ato processual]; (ii) o procedimento e, por fim; (iii) as formalidades ou regras componentes da técnica processual.

2.9. O nomen juris

Destacada a ‘forma’ do ‘conteúdo’, do ‘procedimento’ e das ‘formalidades’, dediquemos algumas linhas ao famigerado *nomen juris*, elemento presente em 99,9% das petições que encontramos na praxe forense. Nenhuma necessidade há de defini-lo ou de lhe aclarar o conceito.

Trata-se – todos sabem – daquele teimoso rótulo que apomos a nossas peças, como quem

713. t. I).

⁷⁴ Cf. Enrico Tullio Liebman, *Manuale...* cit., p. 189-191.

⁷⁵ Nesse sentido, cf. Mario Dondina, *Atti Processuali (civili e penali)*, In *Novissimo digesto italiano*. p. 1518. v. I. t. II. Em sentido análogo, veja-se: “[...] as formas podem referir-se também ao conjunto de atos que se requerem para a validade de outro ato processual”. No original: “[...] las formas pueden referirse también al conjunto de actos que se requieren para la validez de otro acto procesal”. (Hugo Alsina, *Tratado...* cit., p. 713. t. I).

⁷⁶ “Em resumo, forma diz respeito à existência do ato, enquanto formalidade refere-se ao modo disposto em lei e às circunstâncias de tempo, lugar e, inclusive, sujeito pertinente e qualificado”. (Samuel Meira Brasil Jr., *Op. cit.*, p. 9).

pretendesse comunicar ao julgador e à parte contrária, em brevíssima síntese, a natureza jurídica da postulação que lhes dirige.

Lêem-se, então, coisas do tipo: “ação declaratória de inexistência de relação jurídica”; “ação anulatória”; “ação pauliana”; “ação possessória”; “apelação”; “agravo”; “embargos de declaração”; além de outras denominações, bem mais pitorescas, que só fazem brilhar a criatividade e (por que não?) a prolixidade de nossos advogados e membros do Ministério Público.

Bem poderíamos, *commoditatis causa*, embrenhar a noção de *nomen juris* sob aquela, há pouco fixada, de ‘forma em sentido estrito’ (modo de ser) do ato. Afinal, ele – o nome dado à peça – não deixa de ser, como foi dito, um dos meios pelos quais a parte visa a transmitir o sentido de sua pretensão. Lá está o *nomen juris*, sempre, apenas e precisamente para isso.

Não obstante, impõe-se apartá-lo da noção de ‘forma’ por uma razão muito simples: nosso sistema processual trata o nome e a forma das postulações de maneiras distintas; confere a esta importância que não dá àquela, na medida em que a ausência de algum caractere formal implica normalmente a inadmissibilidade do ato praticado (ou, antes, a necessidade de se adequar sua formatação), ao passo que em nenhum momento se exige, sob pena alguma, a imputação de um *nomen* à peça produzida, tampouco a retificação de erros em sua denominação. Logo, a rigor, o *nome* do ato é uma coisa, sua *forma* é outra, seu *conteúdo* outra ainda.⁷⁷

2.10. Síntese do capítulo

Ficamos, enfim, com este breve glossário, apto a evitar confusões na comunicação das diversas nuances que se descortinam durante o estudo dos atos postulatorios:

(i) Estrutura lógica – *modelo ideal a que se subsume qualquer espécie postulatoria, composto de sujeitos, causa e pedido;*

(ii) Espécies postulatorias – *diversos meios de postulação existentes no sistema, criados sob algum dos gêneros (demandas ou recursos) e qualificados pelo cumprimento de uma função*

⁷⁷ Gajardoni destaca bem o simples *error in nomine* dos vícios de forma que uma petição possa apresentar. Afirma que “[...] nos casos em que se nomina equivocadamente um ato praticado, embora seu conteúdo seja apto para o fim pretendido” não há que se falar em aplicação do princípio da adequação formal (consagrado no art. 265-A do novel CPC português), “[...] pois que o ato praticado sob a errada rotulação atingirá, de qualquer forma, a finalidade predisposta” (Fernando da Fonseca Gajardoni, O princípio da adequação formal do direito processual civil português. In *RePro* n. 164, p. 128).

procedimental específica (e.g.: inicial, contestação, agravo, apelação, etc.);

(iii) Forma – conjunto dos meios de expressão da pretensão (elementos intrínsecos: meio físico e meio lingüístico [e, neste, estrutura postulatório-argumentativa]) e das circunstâncias de tempo e lugar em que o ato foi praticado (elementos extrínsecos);

(iv) Formalidade – exigência formal contida na lei processual; regra cuja observância é – em princípio – necessária ao julgamento do mérito de uma postulação;

(v) Procedimento – seqüência de atos processuais iniciada, de ordinário, pela prática de um ato postulatório;

(vi) Conteúdo – pretensão que reveste de significado individual e concreto a estrutura lógica do ato, e, por fim;

(vii) *Nomen juris* – rótulo impingido à folha de rosto de uma petição, a pretexto de comunicar sua natureza jurídica.

Feita a análise do conceito de ato postulatório (decomposto em todas as suas nuances, separadas umas das outras o mais rigorosamente possível), estamos, finalmente, aptos a estudar e a comparar os critérios que podem ser levados em conta, pelo intérprete, no momento de *identificar* a espécie a que uma postulação pertença.

Que caracteres devem preponderar ao – por exemplo – identificarmos determinado ato como uma apelação, não um agravo? Sua forma, seu conteúdo ou o *nomen juris* da petição? Havíamos dito, na introdução deste trabalho, que apenas o *conteúdo* nos parece um critério seguro para essa finalidade.

Vejamos por quê.

Capítulo III

A IDENTIFICAÇÃO DOS ATOS POSTULATÓRIOS: NOME, FORMA OU CONTEÚDO?

3.1. *Identificação, admissibilidade e mérito: três juízos sucessivos.* 3.2. *“As palavras e as coisas”.* 3.3. *O ato jurídico e seu nomen juris.* 3.4. *O conteúdo e a identificação dos atos postulatórios.* 3.5. *A identificação dos atos recursais.* 3.6. *(Continuação) A fungibilidade no Código de Processo Civil de 1939.* 3.7. *(Continuação) O nomen juris e a identificação dos recursos na doutrina.* 3.8. *(Continuação) O nomen juris e a identificação dos recursos na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.* 3.9. *Identificação dos atos postulatórios a partir do conteúdo da manifestação de vontade da parte.* 3.10. *A situação de gravame combatida e a identificação da espécie postulatória.* 3.11. *Do juízo de identificação ao juízo de admissibilidade.* 3.12. *Subsunção do ato a mais de uma espécie jurídica (i.e.: subsunção a mais de um conseqüente normativo).* 3.13. *Síntese do capítulo.*

3.1. Identificação, admissibilidade e mérito: três juízos sucessivos

É sedimentada, na teoria do processo, a existência de dois juízos sucessivos sobre os atos postulatórios.⁷⁸ Fala-se, nessa linha, dos juízos de *admissibilidade* e de *mérito*. Aquele, normalmente, precede e condiciona o exame deste.⁷⁹

Noutras palavras: para que se julgue o mérito de uma postulação – a procedência ou

⁷⁸ Cf., *supra*, notas de rodapé ns. 2 *usque* 4.

⁷⁹ Isso é o que de ordinário sucede. Pode acontecer, no entanto, que a ausência de algum dos requisitos de admissibilidade passe despercebida pelo magistrado no caso concreto. Nessa hipótese, estando o processo em condições de receber imediato julgamento do mérito, deve-se avaliar se o sentido de tal julgamento prejudicará a parte em favor da qual a lei instituía o requisito de admissibilidade não observado. Se o julgamento do mérito lhe for benéfico, deve-se desconsiderar o erro de procedimento para privilegiar-se o resultado mais útil e efetivo aos escopos da jurisdição (que, no confronto com uma sentença terminativa, sempre será o desfecho *de meritis*). Aliás, é nosso Código de Processo Civil, antes de qualquer outra fonte, que determina essa “inversão” na ordem dos juízos. Em seu art. 249, §2º, prescreve: “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”. Nesses casos, parte-se do exame do mérito – estando já mais próximo o fim do procedimento – para aferir-se *em retrospectiva* a admissibilidade da demanda. Sobre o assunto, cf., por todos: José Roberto dos Santos Bedaque, *Efetividade...* cit., p. 163-168.

improcedência de seu pedido⁸⁰ – deve-se antes realizar um juízo fundado em *questões preliminares*, logicamente antecedentes ao exame do pedido e baseadas, quase sempre, em aspectos do procedimento e da forma da postulação que se julga⁸¹. O resultado desse exame prévio autorizará ou vedará a realização do exame *de meritis*.⁸² Eis o juízo de admissibilidade.

Sem lançar dúvida sobre a existência do binômio *admissibilidade/mérito* (longe disso!), queremos apenas alertar para a existência de um terceiro juízo, que na verdade – do ponto de vista lógico – antecede e condiciona ambos: é a *identificação*, em concreto, da espécie de postulação praticada.

Afinal, resultam dela inúmeras conseqüências importantes, a começar pela definição do órgão competente para os juízos de admissibilidade e de mérito do ato praticado, passando também pela determinação das normas que regem esses juízos e todo o procedimento subsequente.

Existe algum critério seguro para identificarmos as espécies postulatórias, ou essa tarefa está entregue ao jugo (caótico) da casualidade? Em havendo mais de um critério, seria possível estabelecer algum tipo de relação entre eles?

Quanto às demandas, parece, sim, haver certa margem de precisão doutrinária e jurisprudencial, no que tange aos critérios utilizados para sua identificação. Já quanto aos recursos, porém, a homogeneidade de opiniões (se é que existe alguma) afigura-se bastante mais tênue.

Ponhamo-nos, pois, a refletir sobre essa questão fundamental. Isto é: como, diante de cada caso, sabermos que a demanda a julgar é uma *contestação*, não uma *reconvenção*; ou que o recurso interposto é de fato uma *apelação*, não um *agravo*, etc.

A identificação de um ato postulatório, afinal, repousa em quê? Em seu conteúdo? Em sua forma? Ou – para introduzirmos outra variável no problema – em seu *nomen juris*? Resultaria de

⁸⁰ “*Julgar o mérito* significa julgar o pedido deduzido na inicial, acolhendo-o ou rejeitando-o”. (José Roberto dos Santos Bedaque, *Efetividade...* p. 242).

⁸¹ As chamadas “condições da ação” – embora sejam objeto do juízo de admissibilidade – têm origem na própria relação substancial deduzida em juízo. Não consistem, portanto, em questões relacionadas à forma do ato ou ao processo, constituindo exceção ao que dissemos no corpo do texto. Nesse sentido, cf. José Roberto dos Santos Bedaque, *Efetividade...* cit., p. 229 *et. seq.*

⁸² “[...] o recurso – como aliás todo ato postulatório – pode ser objeto de apreciação judicial por dois ângulos perfeitamente distintos: o da *admissibilidade* e o do *mérito*. Ao primeiro deles, trata-se de saber *se é possível* dar atenção ao que o recorrente pleiteia, seja para acolher, seja para rejeitar a impugnação feita à decisão contra a qual se recorre. Ao outro, cuida-se justamente de averiguar se tal impugnação merece ser acolhida, porque o recorrente tem razão, ou rejeitada, porque não a tem. É intuitivo que à segunda etapa só se passa *se e depois* que, na primeira, se concluiu ser *admissível* o recurso; sendo ele *inadmissível*, com a declaração da inadmissibilidade encerra-se o respectivo julgamento, sem nada acrescentar-se a respeito da substância da impugnação. Semelhante relação entre os dois juízos nos permite caracterizar o primeiro como *preliminar* ao segundo”. (José Carlos Barbosa Moreira, *Que significa “não conhecer” de um recurso?*, In *Temas de direito processual – sexta série*, p. 125).

algum tipo de combinação entre esses elementos?

Este capítulo é dedicado a reflexões dessa ordem. Passemos já a elas, iniciando por uma análise da relação entre o *nomen* de algo e sua identidade.

3.2. “As palavras e as coisas”

Partamos da seguinte questão: como distinguir, em concreto, a identidade de um ato postulatório de seu *nomen juris*? A pergunta – logo se vê – pressupõe que haja diferença entre a palavra (*nomen juris*) e a coisa a que ela dá nome (ato postulatório).

Nessa linha, seria mais adequado dizermos, na epígrafe, “palavras *versus* coisas”, para assim destacarmos a oposição que existe entre os signos e os objetos a que se referem (como entidades pertencentes – aqueles e estes – a universos autônomos e incomunicáveis entre si).⁸³

De fato, existe um fosso entre as palavras e as coisas, distância que apenas a Idade Moderna – em sua incessante busca por cientificidade – logrou perceber e demarcar com clareza. O pensamento primitivo, fundado que era em mitos e em preconceitos perpetuados pela tradição, não conhecia aquele fosso. Ao invés, acreditava em que as palavras, intrinsecamente, portassem os valores e as características dos entes que representavam (confundindo-se, assim, com os próprios).⁸⁴

Nada mais rudimentar (a rosa, por exemplo, jamais deixará de recender seu perfume se – ao invés de “rosa” – passarmos a chamá-la de “cravo” ou de “jasmim”).⁸⁵

Essa constatação, singela e óbvia, é todavia uma conquista recente da inteligência humana; revela a maneira como concebemos – moderna e contemporaneamente apenas – as relações entre os

⁸³ A propósito, cf. Michel Foucault, *As palavras e as coisas*, 8. ed., p. 47-49.

⁸⁴ O relato seguinte – colhido de Montaigne – ilustra bem a força que os símbolos continham na Idade Média. Eis o que nos conta: “[...] dizem que a fundação da Igreja Notre Dame La Grande, em Poitiers, teve origem em que um jovem devasso, residente naquele local, ao arranjar uma prostituta e logo de início perguntar seu nome, que era Maria, sentiu-se tão vivamente tomado de escrúpulo e de respeito por esse nome sacrossanto da Virgem, mãe de nosso Salvador, que não apenas mandou embora prontamente a prostituta como se emendou para todo o restante de sua vida; e que em consideração desse milagre foi construída, no lugar onde ficava a casa do jovem, uma capela com o nome de Notre Dame e depois a igreja que ali vemos”. (Michel de Montaigne, *Dos nomes*, In *Os ensaios - livro I* [Trad. Rosemary Costhek Abílio], p. 410).

⁸⁵ O exemplo vem de Shakespeare. Com o poder e a genialidade de sua obra, o Bardo – séculos à frente de seu tempo – é a exceção que confirma a regra: em *Romeu e Julieta*, conferiu grau de abismo ao fosso de que falamos (e que apenas na Idade Moderna se abriria). Por Julieta, sua mais conhecida heroína, desafiou a força das palavras com a seguinte fala: “Que há em um nome? Aquilo que denominamos rosa, por qualquer outro nome, recenderia igualmente doce”. Traduzido livremente de: “What’s in a name? That which we call a rose by any other name would smell as sweet (*Romeo and Juliet*, 2º ato, cena II). *Apud* José Carlos Barbosa Moreira, “Questões prejudiciais e questões preliminares”, In *Direito processual civil: ensaios e pareceres*, p. 73.

signos e os entes por eles denotados. Antes de nosso tempo, como foi dito, reinava o mais absoluto sincretismo entre nomes e coisas, a ponto de se considerar ofendida a própria coisa, em sua constituição física, quando malversado ou conspurcado seu nome.⁸⁶ Em pleno século XXI, no entanto, não mais se admitem confusões do tipo, de sabor indisfarçavelmente medieval. Seu despropósito fica muito claro a partir de alguns exemplos, de correção por si própria evidente.

Vejamos então, ilustrativamente, que os nomes *chuva*; *rain*; *Regen*; *pioggia* e *pluie* são – nessa ordem – as palavras portuguesa, inglesa, alemã, italiana e francesa para a designação de um mesmo acontecimento, conhecido de todos, único e igual em todo o mundo: a chuva. É óbvio que ela não se torna outra coisa na Inglaterra apenas por se chamar *rain* naquelas plagas.⁸⁷ E assim como pode uma só coisa receber vários nomes (acabamos de ver)⁸⁸, pode também uma única palavra representar várias coisas, que não por isso haverão de ser confundidas entre si (exemplo: *manga* [palavra] difere de *manga* [fruta], e ambas se distinguem de *manga* [da camisa]).⁸⁹⁻⁹⁰

⁸⁶ “A distinção clara entre as palavras e as coisas é um produto tardio do espírito humano. Durante muitos anos acreditou-se que as palavras emergiam da essência do objeto. Segundo Thomas Moro Simpson, os índios norte-americanos consideravam o próprio nome como uma parte definida da personalidade e acreditavam que a má manipulação de seu nome poderia causar dano, como uma ferida a qualquer parte do corpo. Ogden & Richards denominaram, sugestivamente, essa relação mágica entre as palavras e a realidade de ‘superstição verbal’. Seria equivalente ao nosso ‘utilizar o Santo Nome em vão provoca a ira de Deus’. Supunha-se que havia uma intrínseca relação entre linguagem e realidade. Esta condicionava aquela. Era o tempo da filosofia do ser”. (Tárek Moysés Moussallem, *Fontes do direito tributário*, p. 25). Que os nomes guardem algum tipo de “relação intrínseca” com o ente denominado é o que supõe *Humpty Dumpty*, personagem das fantasias de Lewis Carroll, que possui forma oval e cujo nome significa – por uma tradução livre do inglês – algo como “baixinho e gordinho” (qual um ovo). A relação, estabelecida pelo personagem entre sua forma e seu nome, retrata bem a lógica do absurdo, o *nonsense* que rege todas as coisas no País das Maravilhas (ou naquele mundo às avessas, concebido por Carroll a partir do “interior” de um espelho). Vejamos o excerto em que *Humpty Dumpty*, convictamente, liga seu nome a seu formato. Trata-se de um diálogo com a famosa heroína daqueles contos: “_Não fique aí falando sozinha desse jeito, melhor me dizer seu nome e atividade.” Alice responde: “Meu nome é Alice, mas...”. “_Um nome bobo!” (*Humpty Dumpty* a interrompe impacientemente) “O que significa?”. “_Um nome deve significar alguma coisa?” (Alice retruca). “_Claro que deve!” (sentencia *Humpty Dumpty* com uma risada curta) “_Meu nome significa meu formato... aliás um belo formato. Com um nome como o seu (conclui), *you could have practically any shape*”. [destacamos] Cf. Lewis Carroll, *Através do espelho*, Trad. Maria Luiza X. de A. Borges, p. 200.

⁸⁷ Embora, na Inglaterra, a chuva possa ser definida como aquilo que acontece, ininterruptamente, entre o céu e a terra...

⁸⁸ A desconexão entre palavras e coisas é tal que, por vezes, expressões aparentemente opostas cuidam de designar o mesmo fenômeno. Steven Pinker cita, a propósito, as expressões *estrela da tarde* e *estrela da manhã*, “[...] que no fim das contas são dois nomes para o planeta Vênus”. (Steven Pinker, *Do que é feito o pensamento: a língua como janela para a natureza humana*, p. 323). Fromkin e Rodman evocam uma canção de John Lennon e Paul McCartney, que ilustra a desvinculação entre o nome e o ente denominado. Diz a letra: “Her name was Magill and she called herself Lil, but everyone knew her as Nancy”. (tradução livre: “Seu nome era Maggil e ela se intitulava Lil, mas todos a conheciam como Nancy”). Cf. Victoria Fromkin e Robert Rodman, *An introduction to language*, 2. ed., p. 174.

⁸⁹ Também as palavras sintaticamente articuladas (*orações* ou *sentenças*) não se confundem com o estado de coisas por elas comunicado (*proposição*). Ensina Copi: “Duas sentenças (ou orações declarativas) que constituem claramente duas orações distintas, porque consistem de diferentes palavras, dispostas de modo diferente, podem ter o mesmo significado, no mesmo contexto, e expressar a mesma proposição. Por exemplo: ‘João ama Inês’ / ‘Inês é amada por João’. São duas sentenças diferentes, pois a primeira contém três palavras, ao passo que a segunda contém cinco, a primeira começa com a palavra ‘João’, enquanto a segunda começa com a palavra ‘Inês’, etc. Contudo, as duas sentenças têm exatamente o mesmo significado. Costuma-se usar a palavra ‘proposição’ para designar o significado de uma sentença ou oração declarativa. A diferença entre orações e proposições é evidenciada ao observar-se que uma oração declarativa faz sempre parte de uma linguagem determinada, a linguagem em que ela é enunciada. Ao passo que as proposições não são peculiares a nenhuma das linguagens em que podem ser expressas. As quatro sentenças: ‘Chove’; ‘It’s raining’; ‘Il pleut’; ‘Es regnet’; são certamente diferentes, visto que a primeira está em

Moral da história: os nomes são meras *convenções*⁹¹, “etiquetas” que em tudo se distinguem das coisas a que denominam. Alterados; trocados uns pelos outros ou mesmo extintos aqueles, estas – as coisas denominadas – permanecem incólumes. Por esse prisma, nega-se – ou, quando menos, reduz-se – o papel que o nome desempenha no processo de identificação dos objetos. Aqueles, efetivamente, nada dizem quanto à essência destes.

Com os atos jurídicos em geral (e os processuais, no particular, não constituem exceção) tudo sucede de modo muito semelhante, isto é: o nome que se dê ao ato praticado, em regra, não lhe determina a identidade, sequer lhe arranha a essência.

Vejamos.

3.3. *O ato jurídico e seu nomen juris*

Confirma-se – nos mais variados setores da dogmática jurídica – a premissa acima pronunciada, segundo a qual o *nomen juris* que se dê a um ato é de todo irrelevante para a determinação de sua identidade. Noutros termos: a rubrica aposta ao “corpo”⁹² do ato – embora tencione, justamente, indicar-lhe a “natureza jurídica” – via de regra nada diz quanto a isso (ou seja: não se presta a informar a espécie a que o ato efetivamente se subsume).⁹³

português, a segunda em inglês, a terceira em francês e a quarta em alemão. Contudo, têm todas um único significado e, em contextos apropriados, podem ser usadas para declarar a proposição de que cada uma delas é uma formulação diferente. Em diferentes contextos, uma única sentença pode ser usada para fazer declarações muito diferentes. Por exemplo: ‘O atual presidente dos Estados Unidos é um democrata’. Seria proferida, em 1962, para fazer uma declaração sobre J. F. Kennedy, mas em 1964 seria proferida para fazer uma declaração sobre L. B. Johnson. Nesses diferentes contextos temporais, a sentença em questão seria usada para enunciar diferentes proposições ou fazer diferentes declarações”. Irving M. Copi, *Introdução à lógica*, 2. ed., p. 22.

⁹⁰ Em resumo, tomemos a lição de Frege: “A conexão regular entre um signo, seu sentido e seu referente é de modo tal que ao signo corresponde um sentido definido, e a este – por sua vez – um referente definido, ao passo que a um determinado referente (um objeto) não pertence somente um signo. O mesmo sentido tem diferentes expressões em diferentes línguas ou mesmo em uma única língua”. Traduzimos livremente de: “The regular connection between a sign, its sense, and its referent is of such a kind that to the sign there corresponds a definite sense and to that in turn a definite referent, while to a given referent (an object) there does not belong only a single sign. The same sense has different expressions in different languages or even in the same language. (Gottlob Frege, *Sense and reference*, In *The philosophical review*, v. 57, n. 3, p. 211).

⁹¹ A propósito, cf. Ferdinand de Saussure, *Curso de lingüística geral* (Trad. Antônio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blikstein), 27. ed., p. 81-82. Bem por isso, John Wilson afirma que as palavras “[...] em certo sentido, têm absolutamente nenhum significado intrínseco; só significam na medida em que as pessoas as usam de vários modos”. John Wilson, *Pensar com conceitos* (Trad. Waldéa Barcellos), p. 10.

⁹² Por *corpo* do ato entenda-se o meio por que ele se exterioriza, como, por exemplo, um pedaço de papel ou um arquivo de computador.

⁹³ Exceção feita aos títulos de crédito, cuja constituição e natureza jurídica dependem da correta denominação da cártula. Assim, o art. 1º do Decreto nº 2.044/1908 dispõe: “A letra de câmbio deve conter a denominação ‘letra de câmbio’ ou denominação equivalente na língua em que for emitida”. Sobre o alcance dessa regra, Waldirio Bulgarelli é enfático: “Não se admitem expressões elípticas nem palavras equípolentes, tais como ‘título cambiário’, ‘cambial’,

Em lugar do *nomen juris*, costuma-se buscar no “conteúdo do ato” (algo a que normalmente se ocorre sem maiores preocupações analíticas) as informações necessárias à sua identificação. A partir dessas informações, realiza-se o juízo de subsunção, por meio do qual se liga o ato praticado a uma (ou, eventualmente, a nenhuma) das diversas espécies existentes no ordenamento (preestabelecidas em suas regras abstratas).

É o que – em sua teoria do fato jurídico – ensina Marcos Bernardes de Mello, ao afirmar incisivamente que “[...] o fato jurídico se caracteriza por seu suporte fático, não importando: (a) o nome que lhe seja dado pelos interessados nem (b) a configuração que se pretenda dar aos fatos concretizados”.⁹⁴

Assim, em direito privado, se duas pessoas convêm que uma prestará à outra um preço, ao que esta entregará à primeira a propriedade de um bem, tal negócio será – em nosso ordenamento jurídico – um contrato de *compra e venda*, pouco importando que os contraentes hajam reduzido a termo aquela avença e lhe impingido o título ‘locação’ (circunstância que não afetará, sequer minimamente, a natureza jurídica do negócio entabulado).⁹⁵

No plano do direito processual, a solução não é diferente.⁹⁶

etc. A inserção da expressão visa a tornar identificável, sem possibilidade de erro ou confusão, a natureza do título de que se trata”. (Waldirio Bulgarelli, *Títulos de crédito*, 18. ed., p. 149). No mesmo sentido, cf. Amador Paes de Almeida, *Teoria e prática dos títulos de crédito*, 20 ed., p. 26; Wille Duarte Costa, *Títulos de crédito*, 4. ed., p. 329-331. Quanto à nota promissória, à duplicata e ao cheque, exigem-lhes o *nomen juris*, respectivamente, o art. 54 do Decreto n° 2.044/1908; o art. 2°, §1°, da Lei n° 5.474/1968 e o art. 1° da Lei n° 7.357/1985.

⁹⁴ Marcos Bernardes de Mello, *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, 12. ed., p. 120. Veja-se, em sentido análogo, a lição de Pietro Perlingieri: “A qualificação do fato jurídico é o procedimento que da identificação da função chega à identificação da disciplina: trata-se de construir a resposta, em termos de disciplina, que o ordenamento globalmente considerado dá à exigência de tutela que o fato manifesta [...]. Definiu-se, antes, a função do fato como a ‘síntese dos efeitos essenciais’. A definição é particularmente indicativa, uma vez que é mediante esta síntese que se qualifica o fato: é pela síntese dos efeitos essenciais – e, portanto, pela função concreta – que se compreende se o fato jurídico é, por exemplo, uma compra e venda, uma doação ou uma outra figura negocial”. (Pietro Perlingieri, *O direito civil na legalidade constitucional*, Trad. Maria Cristina de Cicco, p. 652-659, *passim*).

⁹⁵ É o que Betti denomina *error in nomine*, figura absolutamente irrelevante à identificação do ato jurídico e de seus efeitos. Veja-se: Emilio Betti, *Teoria geral do negócio jurídico* (Trad. Fernando de Miranda), p. 456, t. II. Em sentido análogo, Clovis Bevilacqua ensina que o *erro*, capaz de inquinar um ato jurídico, há de ser real e “não recair sobre meras qualificações (*nihil enim facit error nominis, cum de corpore constat*)”. (Clovis Bevilacqua, *Código civil dos Estados Unidos do Brasil*, p. 356, v. I). Orlando Gomes endossa tal conclusão, ao distinguir entre as figuras da *conversão do negócio jurídico* e da simples *desconsideração de seu nomen juris*. Cf. Orlando Gomes, *Contratos*, p. 195-196.

⁹⁶ Dinamarco ensina que “[...] é regra surrada em direito processual que o juiz não está vinculado às qualificações jurídicas propostas pelo autor mas somente aos fatos narrados e ao pedido feito. Nenhum juiz deixa de anular um contrato por *dolo*, só pela circunstância de o autor, equivocadamente, haver qualificado como *coação* os fatos narrados. O que importa é que os fatos narrados sejam capazes, segundo a ordem jurídica, de conduzir ao resultado que se postula. Tal é o significado e a medida de aplicação da regra *da mihi factum dabo tibi jus* [...]”. (Cândido Rangel Dinamarco, *A reforma da reforma*, 5. ed., p. 93). Nessa linha, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira não hesita em afirmar que “[...] o que importa é o conteúdo não o nome do ato processual”. Afirma, ademais, que essa conclusão é verdadeiro princípio fundamental do direito processual: “[...] o nome atribuído à parte ao ato processual, embora equivocado, nenhuma influência haverá de ter, importando apenas o seu conteúdo. De outro lado, o seu invólucro exterior, a maneira como se exterioriza, também perdeu terreno para o teor interno”. (Carlos Alberto Alvaro de

Um ato judicial será sentença somente se a tal definição legal se subsumir. Logo, ainda que o legislador chame de ‘sentença’ um pronunciamento judicial específico, fazendo-o sem observância da definição que ele próprio instituiu, não por isso o ato assumirá aquela natureza (pois não se ajusta à categoria *sentença*). A doutrina, nesses casos, entende que o legislador cometeu um erro de técnica, a ser desconsiderado pelo intérprete no momento em que ele houver de aplicar, ao ato assim batizado, o regime jurídico que lhe é correspondente.⁹⁷ *A fortiori*, não será sentença o ato do juiz que – irredutível, embora, à categoria respectiva – trouxe por engano em sua epígrafe aquela denominação.⁹⁸⁻⁹⁹

Para as demandas vale o mesmo critério. O *nomen juris* que se atribua à petição não determina sua espécie ou natureza jurídica. Assim, não passará por *constitutiva* uma demanda que em verdade pleiteie declaração, ainda que o advogado subscritor, confundindo-se, aponha à peça aquele adjetivo. Essa, aliás, é uma convenção ancestral (remonta ao processo canônico)¹⁰⁰ que prevalece, ainda hoje, cristalizada em pacífica e torrencial jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça^{101 102}.

Oliveira, O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo, In *RePro* n. 137, p. 24).

⁹⁷ Nesse sentido, cf. José Carlos Barbosa Moreira, *O novo processo civil brasileiro*, 23. ed., p. 132. Manoel Caetano Ferreira Filho, *Comentários ao código de processo civil*, p. 89-90.

⁹⁸ A propósito, vejam-se: José Carlos Barbosa Moreira, *O novo processo...* cit., p. 132; Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery, *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*, 4. ed., p. 998; Bruno Silveira de Oliveira, Um novo conceito de sentença? In *RePro* n. 149, p. 128. Em sentido análogo, cf. Rodrigo Klippel, *A coisa julgada e sua impugnação: relativização da coisa julgada*, p. 122-123. Eduardo de Avelar Lamy é incisivo: “É necessário que se dê mais importância à essência, ao conteúdo das decisões – e à sua conseqüente natureza intrínseca – do que à sua denominação extrínseca e formal” (Eduardo de Avelar Lamy, *Princípio da fungibilidade no processo civil*, p. 148). Na doutrina italiana, categoricamente, vejam-se: Alfredo Rocco, *La sentenza civile*, p. 65; Nicola Giudiceandrea, *Le impugnazioni civili*, p. 139; Renzo Provinciali, *Delle impugnazioni in generale*, p. 176; Giuseppe Tarzia, *Profili...* cit., p. 34-35.

⁹⁹ A jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça abona esse raciocínio, ao tomar por sentença de *mérito* aquela que efetivamente apresenta esse *conteúdo*, a despeito da denominação que lhe haja dado o juiz, ou da linguagem por ele utilizada ao expressar o *decisum*. Veja-se: “Para a qualificação das decisões como meritórias e, portanto, suscetíveis de rescisão, a análise apenas da linguagem concretamente utilizada mostra-se insuficiente, *sendo imperioso perquirir acerca do verdadeiro conteúdo do ato decisório*. Deveras, não obstante conclua o órgão julgador pela extinção do processo sem exame de mérito, sob indicação expressa de uma das hipóteses do art. 267 do CPC, pode, de fato, ter incursionado no direito material, passando o *decisum* a projetar efeitos externamente ao processo, inviabilizando-se a rediscussão da matéria e legitimando o ajuizamento de Rescisória. Precedentes. (REsp. 666.637/RN, Rel. Ministro Jorge Scartezini, Quarta Turma, DJ 26.06.2006. p. 151) [destacamos em itálico].

¹⁰⁰ “[...] o Direito Canônico, por uma Decretal de Alexandre III, de 1160 (Livro II, tit. I, *de iudicis*, cap. IV), determinou que as partes não são obrigadas a exprimir no libelo o nome da ação, mas devem propor claramente o fato do qual se conclua o direito de agir”. (João Mendes de Almeida Jr., *Direito judiciário brasileiro*, 3. ed., p. 133). Em sentido análogo, vejamos a lição de José Rogério Cruz e Tucci: “[...] Foi, contudo, no âmbito do processo canônico, após apontarem a irrelevância do *nomen iuris* da ação, que os canonistas pronunciaram-se contra tal exigência, porquanto entendiam que o juiz deveria valorar o fato deduzido e não a denominação da demanda, permitindo ao autor, se fosse caso, modificá-la no curso do processo. [Guilherme] Durante, conselheiro do Papa Nicolau III, em minudente e profunda exposição, após asseverar que *actionis nomen non est, secundum canones, specificandum, sendo sufficit factum simpliciter proponere*, realça a importância que se devia dar ao aludido *factum* como razão justificadora da demanda, ou seja, como *causa petendi*”. (José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi...* cit., p. 43).

¹⁰¹ Cf. AgRg no Ag 146.352/RJ, Rel. Ministro Ari Pargendler, Segunda Turma, julgado em 26.06.1997, DJ 18.08.1997 p. 37859; AgRg no Ag 147.677/MG, Rel. Ministro Nilson Naves, Terceira Turma, julgado em 19.03.1998, DJ 03.08.1998 p. 227; REsp 92.372/RS, Rel. Ministro Nilson Naves, Terceira Turma, julgado em 19.11.1998, DJ

Nada justifica, outrossim, que limitemos esse entendimento às demandas. Também aos recursos o raciocínio há de ser aplicado¹⁰³ (*ubi eadem ratio, ibi eadem juris dispositio*). Afinal, não se compreenderiam – quaisquer que fossem – os motivos de um hipotético confinamento dos recursos àquele vezo medieval, que é o de se confundirem as coisas com os nomes que lhes sejam dados. Logo, não se haverá de tomar por agravo um recurso de apelação, apenas por sua peça conter aquele nome, e vice-versa.¹⁰⁴⁻¹⁰⁵

Rematamos o argumento com a lição de Dinamarco, *in verbis*: “[...] os erros referentes ao nome adequado não devem conduzir a resultados absurdos ou contrários ao direito, porque mais

08.03.1999 p. 216; REsp 392.599/CE, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 06.04.2004, DJ 10.05.2004 p. 287; REsp 509.300/SC, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, julgado em 28.06.2005, DJ 05.09.2005 p. 397; AgRg no Ag 637.794/BA, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 01.03.2007, DJ 19.03.2007 p. 319; REsp 650.677/MT, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 28.03.2006, DJ 10.04.2006 p. 131. Paradoxalmente, porém, o mesmo Superior Tribunal de Justiça acaba por traír essa premissa (de que o *nomen juris* é irrelevante para a identificação da espécie ou natureza jurídica do ato) em alguns outros julgados. Cf., *infra*, cap. V, *passim*.

¹⁰² André de Freitas Iglesias é incisivo: “A tutela a ser prestada dependerá do que o autor efetivamente alegar na demanda, independentemente da denominação que ele venha a dar à ‘ação’”. (André de Freitas Iglesias, *Da sentença que ‘reconhece a existência de obrigação’ como título executivo [CPC, art. 475-N, I]*, p. 29). Junior Alexandre Moreira Pinto, também enfaticamente, toma por “questão pacífica na doutrina [...] a possibilidade de modificação do *nomen juris* [...] porventura invocado pelo autor em sua inicial”. (Junior Alexandre Moreira Pinto, *A causa petendi e o contraditório*, p. 79). Concordamos com os autores citados quanto a ser esse o melhor entendimento. Também estamos de acordo quanto a ser ele dominante; muito embora, vez por outra, expressivas parcelas de nossa doutrina e de nossa jurisprudência (mesmo do Colendo STJ), cometam o lapso de identificar demandas por seu *nomen juris* (cf., *infra*, cap. V, *passim*).

¹⁰³ No direito estadunidense, a propósito, há regra expressa mandando ignorar o nome do ato por que se manifesta a intenção de recorrer (*notice of appeal*), quando equivocado. Segundo a *rule of appellate procedure* n. 3 (c) (4): “An appeal must not be dismissed for informality of form *or title of the notice of appeal*, or for failure to name a party whose intent to appeal is otherwise clear from the notice” (destacamos em itálico). Por tradução livre, obtemos: “Um recurso não deve ser indeferido por informalidade da forma *ou do título de seu ato de comunicação*, ou por falha na identificação de uma parte cuja intenção de recorrer – apesar disso – resulta clara”. Dispositivo semelhante é encontrado na parte final do §84, (2), da ZPO austríaca: “Die unrichtige Benennung eines Rechtsmittels, eines Rechtsbehelfs oder von Gründen ist unerheblich, wenn das Begehren deutlich erkennbar ist”. Por nós livremente traduzido: “A incorreta denominação de um recurso, de um meio de impugnação (contra decisões do pretor) ou das razões (da impugnação) é irrelevante, quando a intenção (do postulante) é nítida e evidente”. Na doutrina italiana, Laura Salvaneschi sugere que não se deva tomar por *principale* um *ricorso incidentale* (adesivo), apenas pela circunstância de o ato haver recebido aquela denominação. Suas palavras: “[...] se o recurso principal proposto sucessivamente a outro principal for – a pedido da parte ou de ofício, por força do art. 355 – reunido ao precedentemente proposto, fundindo-se em um único processo; e se for proposto nos prazos prescritos para o recurso adesivo, a diferença de forma (sendo certamente idêntico o conteúdo) entre um assim interposto *recurso principal sucessivo* e o *recurso adesivo propriamente dito* acabará por reduzir-se a simples diversidade de denominação, à medida que se tenha qualificado como recurso principal aquilo que deveria se chamar contra-razões com recurso adesivo”. No original, por nós livremente traduzido, lê-se: “[...] se il ricorso principale proposto sucessivamente ad altro ricorso principale, venga, per richiesta della parte o d’ufficio, a norma dell’art. 355, riunito a quello precedentemente proposto, fondendosi in un unico processo, e se il ricorso viene proposto entro i termini prescritti per il ricorso incidentale, la differenza di forma (essendo certamente identico il contenuto) tra un siffatto ricorso principale successivo e il ricorso incidentale vero e proprio viene a ridursi ad una semplice diversità di denominazione, in quanto viene qualificato per ricorso principale quello che dovrebbe chiamarsi controricorso con ricorso incidentale”. (Laura Salvaneschi, *Riflessioni sulla conversione degli atti processuali di parte*, In *Rivista di diritto processuale* n. 1/1984, p. 144).

¹⁰⁴ Máxime se a irrelevância do *nomen juris* for, de fato, como sustenta Alvaro de Oliveira, um “princípio fundamental de direito processual”. Cf. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *O formalismo-valorativo...* cit., p. 24. No sentido do exposto, cf. Heitor Vitor Mendonça Sica, *Direito de defesa e tutela jurisdicional (estudo sobre a posição do réu no processo civil brasileiro)*, p. 68.

¹⁰⁵ Também veremos (cf., *infra*, n. 3.6 *usque* 3.8 e cap. V, *passim*), que – lamentavelmente – parte da doutrina e da jurisprudência identifica os atos recursais pelo nome dado às respectivas peças.

vale a essência do que a denominação dada pelo juiz ou pela parte”.¹⁰⁶

Se não o nome da peça, então qual o critério posto pelo sistema para a identificação de um ato postulatório (seja ele uma demanda, seja um recurso)?

Eis a questão a que reservamos os tópicos seguintes.

3.4. O conteúdo e a identificação dos atos postulatórios

Segundo o art. 301, §2º, do código de processo civil (“*uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido*”) é o conteúdo das demandas que lhes confere identidade, distinguindo-as umas das outras.

Isso significa, antes de tudo, que a “individualidade” de uma demanda se encontra no preenchimento concreto de seus três elementos estruturais: *partes, causa e pedido*. Ali onde variar algum deles (um que seja), haverá mudado, *ipso facto*, a própria demanda. Devemos, então, concebê-los como um código identificador (metaforicamente, consistiriam em uma espécie de “DNA”) das demandas.¹⁰⁷

¹⁰⁶ Cândido Rangel Dinamarco, *Vocabulário do processo civil*, p. 371-372.

¹⁰⁷ Há muito reverberam críticas e resistências aos *tria eadem* como critérios de identificação das demandas (muito embora – é de se lastimar – não se ofereçam, na mesma proporção das críticas, alternativas àqueles, circunstância reconhecida até por um dos mais tradicionais e acerbos opositores). Suas palavras, por nós livremente traduzidas: “A antiga regra [...] é um preceito empírico, nem sempre verdadeiro e não científico. Que a regra, diremos assim, dos três *eadem* não seja sempre verdadeira resulta de explícitos textos romanos e de simples considerações. A regra dos três *eadem* não consta dos textos romanos, não se podendo, de algumas frases singulares, induzir um conceito geral; ela é filha dos escritores do tempo intermédio como tantas outras regras particulares, unilaterais, inexatas; ela é verdadeira onde não serve, é falsa onde poderia ser útil; não há portanto nem valor prático, nem precisão científica. [...] Combater essa regra antiga é certamente mais fácil que encontrar uma que verdadeiramente abrace todos os casos; tanto mais que a identidade entre um direito deduzido em juízo e um já julgado pode ser sentida, mas nem sempre formulada. A pesquisa versa sobre conceitos assim elementares e primitivos que, como os corpos simples na química, não podem ter definições e determinações completas”. No original: “L’antica regola [...] è un precetto empirico, non sempre vero e non scientifico. Che la regola, diremo così, dei tre *eadem* non sia sempre vera, risulta da espliciti testi romani e da semplici considerazioni. La regola dei tre *eadem* non è nei testi romani, da alcune frasi *singolari* non potendosi indurre un concetto *generale*; essa è figlia degli scrittori del tempo intermedio come tante altre regole particolari, unilaterali, inesatte; essa è vera dove non serve, è falsa dove potrebbe essere utile; non ha perciò nè valore pratico, nè precisione scientifica. [...] Combattere questa regola antica è certamente più facile che trovarne una, la quale veramente abbracci tutti i casi; tanto più che l’identità tra un diritto presentato in giudizio ed uno già giudicato può essere *sentita*, ma non sempre *formulata*. La ricerca si versa sopra concetti così elementari e primitivi che, come i corpi semplici nella chimica, non possono avere definizioni e determinazioni complete”. (Pietro Cogliolo, *Trattato teorico e pratico della eccezione di cosa giudicata secondo il diritto romano e il codice civile italiano con accenni al diritto intermedio*, p. 205-210, *passim*). A crítica, contudo, não teve força suficiente para estiolar a grande aceitação da regra, tampouco logrou evitar sua adoção por inúmeros diplomas processuais nacionais. Ainda hoje, porém, reconhece-se para algumas situações (excepcionais, como as hipóteses de “ações concorrentes”) a insuficiência dos *tria eadem* como critérios de identificação das demandas. A propósito, vejamos: Tomás Pará Filho, *Conexão de causas (verbete)* in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, p. 481, v. 17; José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi...* cit., p. 169. Bom ou mau, aquele critério é, todavia, a regra geral em nosso sistema (CPC, art. 301, §2º). Tirantes as

É notório, a propósito, que aqueles três elementos acabam por reproduzir, no âmbito do processo, os caracteres subjetivos e objetivos que definem a relação de direito material nele deduzida. Noutras palavras: o *pedido* e a *causa de pedir*, compreendidos também em seus limites subjetivos, “transportam para o processo” as informações sobre a lesão ou ameaça a direito, supostamente existente no plano material do ordenamento.¹⁰⁸

Nessa linha de raciocínio, afirmar que a identificação da demanda ocorre em razão de seus *tria eadem* equivale, em certo sentido, a dizer que é a própria *situação jurídica*, a cuja tutela ela se volta, aquilo que lhe confere *individualidade*.¹⁰⁹

Por simples leitura do *petitum* e da *causa petendi*, identificamos também – além da situação jurídica a partir da qual individualizamos a demanda – a *espécie* postulatória a que ela pertence: se consiste em demanda *cognitiva*, *cautelar* ou *executória*; se é uma *inicial* (por instaurar um processo) ou tem caráter *incidental* (por incidir sobre o objeto de um processo já instaurado [e.g.: uma *contestação*, uma *impugnação ao valor da causa*, uma *impugnação ao cumprimento de sentença*, uma *reconvenção*]); etc.

Isso porque, daqueles mesmíssimos elementos (pedido e causa de pedir) conseguimos inferir a *função procedimental específica* (ou, simplesmente, *função típica*), a cujo desempenho se destina o ato praticado. Há neles – no *petitum* e na *causa petendi* – não apenas informações sobre a situação jurídica levada a juízo, mas, igualmente, dados sobre a *fattispecie* processual que autoriza – e, no caso dos *ônus*, estimula – a prática da espécie postulatória em questão.

Tomemos por exemplo uma *contestação*, cujo pedido pleiteia a *rejeição dos pedidos autorais*, ou uma *impugnação ao cumprimento de sentença*, proposta por réu que tenha acabado de sofrer a penhora, ato em que postula (e.g.) seja *declarada quitada a obrigação consubstanciada no título executivo judicial* e, *a fortiori*, seja extinto o processo “sincrético”; etc.¹¹⁰ Restam claras, nos

reconhecidas exceções, o que há para além dele “[...] são tergiversações – tomadas, na melhor hipótese, como discussões *praeter legem* – nada mais” (Bruno Silveira de Oliveira, *Conexidade...* cit., p. 353).

¹⁰⁸ Nesse sentido, cf. Mario Bellavitis, *L'identificazione delle azioni*, p. 125-126; Crisanto Mandrioli, *Riflessione in tema di “petitum” e di “causa petendi”*, In *Rivista di diritto processuale*, n. 3/1984, p. 474; Elio Fazzalari, *Note in tema di diritto e processo*, p. 122. Entre nós: José Roberto dos Santos Bedaque, Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório, In José Roberto dos Santos Bedaque, José Rogério Cruz e Tucci (coords.), *Causa de pedir e pedido (questões polêmicas)*, p. 29-30; _____. *Direito e processo*, 4. ed., p. 103 *et. seq.*; José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi...* cit., p. 108; Bruno Silveira de Oliveira, *Conexidade...* cit., p. 85-88. Em sentido análogo, cf. Edward Carlyle Silva, *Conexão...* cit., p. 32.

¹⁰⁹ Em sentido análogo, cf. Elio Fazzalari, *Note...* cit., p. 138.

¹¹⁰ A *função* de cada espécie postulatória decorre da *posição jurídica* em que a parte se encontra no processo. Toda norma reguladora de um procedimento prevê em sua hipótese determinado ato, ao qual coliga, como uma sua consequência, a prática de um ato posterior (que pode coordenar-se àquele, subordinar-se ou mesmo contrapor-se a ele). Desse liame, que se estabelece entre os vários atos disciplinados pela lei, compõe-se a cadeia procedimental. Com a realização prévia de um deles pelo juiz ou pela parte contrária, vê-se a outra parte diante do *poder*, do *dever*,

dois casos, as funções a serem desempenhadas por cada uma das peças, subsumíveis – respectivamente – às hipóteses dos arts. 300 e 475-J, §1º c/c 475-L, VI, todos do CPC.¹¹¹

Que dizer, porém, dos recursos? Seriam suas *individualidades e espécies* identificadas a partir do quê? Poderíamos cogitar de *funções procedimentais próprias*, que estivessem para a identificação das espécies recursais assim como há *funções típicas* para cada espécie de demanda? Afinal, recursos versam – sempre – algum tipo de gravame imposto por decisão desfavorável ao recorrente. Essa é, em linhas gerais, a função genérica, comum a todo e qualquer ato recursal.¹¹²

da *faculdade* ou do *ônus* de praticar o subsequente. Essa é, no momento em questão, sua posição processual, da qual podemos inferir a *função* e a *espécie* do ato que se lhe afigura adequado. Fazzalari, bem a propósito, fala de *posizioni soggettive*. Suas palavras, por nós livremente traduzidas: “[...] a estrutura do procedimento se colhe quando se depara com uma série de normas (até aquela reguladora de um ato final: normalmente um provimento, mas pode se tratar também de um mero ato), em que cada uma delas regula uma determinada conduta (qualificando-a como permitida ou como devida) e enuncia como pressuposto de sua própria aplicação o cumprimento de uma atividade regulada por outra norma da série. O procedimento se apresenta, pois, como uma seqüência de *atos*, os quais são previstos e valorados por normas. O procedimento é, enfim, concebido como uma série de *faculdades, poderes, deveres*: quantos e quais são as *posições subjetivas* que se pode derivar das normas sob comento; e que resultam também, necessariamente, coligadas de modo tal que – por exemplo – um poder toque a um sujeito quando um dever houver sido cumprido, por ele ou por outro, e, por sua vez, o exercício daquele poder constitua o pressuposto para o surgimento de um outro poder (ou faculdade, ou dever)”. No original: “[...] la struttura del procedimento si coglie quando ci si trovi di fronte ad una serie di *norme* (fino a quella regolatrice di un atto finale: di solito un provvedimento, ma può trattarsi anche di un atto mero), ciascuna delle quali regola una determinata condotta (qualificandola come lecita o come doverosa), ma enuncia come presupposto del proprio operare il compimento di una attività regolata da altra norma della serie. Il procedimento si presenta, poi, come una sequenza di *atti*, quali previsti e valutati dalle norme. Il procedimento va, infine, riguardato come una serie di *facoltà, poteri, doveri*: quante e quali sono le *posizioni soggettive* che è dato trarre dalle norme in discorso; e che risultano anch’esse, e necessariamente, collegate in modo che, ad esempio, un potere spetti ad un soggetto quando un dovere sia stato compiuto, da lui o da altri, e, a sua volta, l’esercizio di quel potere costituisca il presupposto per l’insorgere di un altro potere (o facoltà o dovere)”. Elio Fazzalari, *Istituzioni di diritto processuale*, 8. ed., p. 77-78. Em sentido análogo, vejamos a lição de Renzo Provinciali, por nossa tradução livre: “[...] o processo é uma seqüência de atos, um ao outro coordenado, cada um dos quais determina uma nova situação jurídica (processual). Decorre da finalidade específica e imanente do processo – de composição do conflito mediante uma sentença justa – que a relação processual constitui um *quid* unitário, que se compõe de uma progressão de atos convergentes àquele fim, que vai desde o ato inicial à sentença definitiva irrevogável. Cada ato, como se disse, dá lugar a uma situação processual diversa; mas a variação das situações permanece organicamente coligada por um único fio condutor. Graficamente, fundindo esses dois conceitos de dinamismo e de continuidade, poder-se-ia dizer que a relação processual é uma linha formada por uma seqüência de pontos: as várias situações processuais”. No original: “[...] il processo è una sequela di atti, l’uno all’altro coordinati, ciascuno dei quali determina una nuova situazione giuridica (processuale). Discende dalla finalità specifica ed immanente del processo, di composizione del conflitto mediante una sentenza giusta, che il rapporto processuale costituisce un *quid* unitario, che si compone di una progressione di atti convergenti a quel fine, che va dall’atto iniziale alla sentenza definitiva irrevocabile. Ogni atto, come s’è detto, dà luogo a una situazione processuale diversa: ma il variare delle situazioni rimane organicamente collegato da un unico filo conduttore. Graficamente, fondendo questi due concetti di dinamismo e di continuità, potrebbe dirsi che il rapporto processuale è una linea formata da una consecuzioni di punti: le varie situazioni processuali”. (Renzo Provinciali, *Op. cit.*, p. 98).

¹¹¹ CPC, art. 300: “Compete ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito, com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir”. CPC, art. 475-J, §1º: “Do auto de penhora e avaliação será de imediato intimado o executado, na pessoa de seu advogado (arts. 236 e 237), ou, na falta deste, o seu representante legal, ou pessoalmente, por mandado ou pelo correio, podendo oferecer impugnação, querendo, no prazo de quinze dias”. CPC, art. 475-L: “A impugnação somente poderá versar sobre: [...] VI – qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença”.

¹¹² A função genérica, comum a todos eles é, portanto, a de combaterem a “sucumbência”, conceito de algum modo relacionado à noção de prejuízo decorrente da decisão judicial. Quais, porém, o sentido e a extensão desse prejuízo, capazes de satisfazerem o requisito do *interesse* no uso das vias recursais? Trata-se de questões que, ao menos em parte, ainda peramencem abertas na doutrina. Para Attardi, a sucumbência “denota a posição de uma parte em relação à sentença, daquela parte [...] cuja pretensão é desatendida pela sentença e à qual esta é nociva”. No original, aqui

Seria possível, no entanto, cogitar de uma função *própria* para cada tipo de recurso, que lograsse identificar, assim, a respectiva espécie?

A despeito de não haver regra expressa no Código de Processo Civil, pensamos que o critério deve ser exatamente igual àquele que aplicamos às demandas: a pretensão contida no recurso fornece a chave para a identificação de sua *individualidade* e de sua *espécie*.

O *pedido* e a *causa* recursais reportam-se sempre a uma determinada *situação jurídica*, que – assim como sucede nas demandas – confere individualidade à pretensão recursal, delimitando objetiva e subjetivamente o alcance do julgamento de seu mérito. Além dela, a situação jurídica individualizante, a pretensão contida no recurso também indica – a exemplo do que ocorre com as demandas incidentais – um *ônus processual específico* (e.g.: reformar uma sentença; anular uma decisão interlocutória; etc.). O tipo de ônus apontado é o que determina a função própria de cada ato recursal e, assim, a espécie a que ele pertence (e.g.: o escopo de reformar uma sentença indica que o ato praticado é uma *apelação*¹¹³; *agravo* seria se a decisão impugnada fosse, ao revés, uma interlocutória¹¹⁴, etc.).¹¹⁵

Assim, não vemos razão suficiente para, no particular, tratar diferentemente as demandas e os recursos.¹¹⁶

livremente traduzido: “[...] la *soccombenza* contrassegna la posizione di una parte rispetto alla sentenza, di quella parte [...] la cui pretesa è disconosciuta dalla sentenza e alla quale questa nuoce”. (Aldo Attardi, *L’interesse ad agire*, p. 292-293). Franco Lancellotti opta por concepção mais “formal” – ou, segundo ele próprio diria – mais atinente à técnica processual que a aspectos dos interesses substanciais preexistentes ao processo. Para esse autor, “[...] compreende-se [...] no âmbito da técnica processual a comparação entre o quanto a vontade da parte – formalizada através dos atos de um procedimento – pediu e o tanto que a mesma obteve. É essa comparação técnica que poderá evidenciar o requisito subjetivo necessário a que o ordenamento jurídico coloque à disposição daquela parte eventuais ulteriores estruturas do processo”. No original, ora livremente traduzido, lê-se: “[...] rientra [...] nell’ambito della tecnica processuale la comparazione fra quanto la volontà della parte, formalizzata attraverso gli atti di un procedimento, ha chiesto e quanto la stessa ha ottenuto. È tale comparazione tecnica che potrà porre in evidenza il requisito soggettivo necessario perché l’ordinamento giuridico metta a disposizione della parte stessa eventuali ulteriori strutturazioni del processo”. (Franco Lancellotti, *La soccombenza requisito di legittimazione alle impugnazioni*, p. 54).

¹¹³ CPC, art. 513: “Da sentença caberá apelação (arts. 267 e 269)”

¹¹⁴ CPC, art. 522: “Das decisões interlocutórias caberá agravo [...]”.

¹¹⁵ Espelhamo-nos em Fazzalari, que identifica a *cassazione* italiana a partir de sua *situazione legittimante*, isto é, a partir da “[...] situação que habilita a Corte e as partes ao cumprimento dos atos processuais, ao longo de todo o arco do *processo di cassazione*, até a sentença”. Tal situação – diz – compõe-se “(a) de uma sentença de *giudice ordinario* (proferida em grau de apelação ou em grau único); (b) da afirmação, *in limine*, de uma determinada causa de invalidade”. Eis, no original, o excerto por nós traduzido: “[...] la situazione legittimante, cioè la situazione che abilita la Corte e le parti al compimento degli atti processuali, lungo tutto l’arco del processo di cassazione, fino alla sentenza, si compone: (a) di una sentenza di giudice ordinario (pronunciata in grado d’appello o in unico grado); (b) dell’affermazione, *in limine*, di una determinata causa d’invalidità”. (Elio Fazzalari, *Il giudizio civile di cassazione*, p. 37).

¹¹⁶ Nas palavras de Lopes da Costa: “Natural que se aproxime do ato introdutivo da apelação o ato introdutivo da demanda. Tal como ao dirigir-se ao juiz da primeira instância, ao falar ao juiz da segunda a parte há de formular um pedido e dar as razões do mesmo”. (Alfredo de Araújo Lopes da Costa, *Direito processual civil brasileiro*, p. 198, v. III). O *pedido* e as *razões* do mesmo, segundo pensamos, deveriam bastar para identificar tanto as individualidades

Ocorre, porém, justamente por não existir dispositivo legal que cuide da questão, que a identificação das espécies recursais acaba, na prática, entregue a uma variedade de critérios, nem sempre empregados consciente e consistentemente pelos intérpretes/aplicadores das normas processuais e pelos operadores do direito em geral.

Vejam, pois, como doutrina e jurisprudência costumam lidar com esse problema, indevidamente desprezado.

3.5. *A identificação dos atos recursais*

A rigor, há pouquíssimas referências, na doutrina brasileira, àquilo que chamamos de *juízo de identificação* dos recursos.

As que existem, por sua vez, não passam de alusões indiretas ao problema e, entre elas, são ainda mais raras as que tratam abertamente do valor do *nomen juris* na formação daquele juízo, em contraste com o elemento ‘conteúdo’ e sua importância.

Nossa pesquisa, portanto, cuidará de inferir a *opinio doctorum* por meio de reflexões de ordem vária (todas elas, naturalmente, relacionadas de algum modo à questão que passamos a enfrentar).

É fundamental, neste ponto, fazer ligeira reconstrução histórica do problema. A nosso ver, muito do que atualmente se escreve sobre ele tem origem próxima no Código de Processo Civil de 1939.

Propomos, então, uma análise da regra de *fungibilidade* entre os recursos, tal como disciplinada naquele Código. Seus ecos se fazem ouvir na maneira como, até hoje, parcela significativa de nossa doutrina compreende o requisito de admissibilidade denominado “cabimento-adequação”¹¹⁷, assim como a regra que ele impõe (para alguns, “princípio”) de correlação entre a

quanto as espécies de demandas e de recursos. Em sentido análogo, destaquemos a clássica obra de Mattiolo, que – refletindo a tradição italiana quanto ao tema – decreta: “à petição de apelação se devem aplicar os mesmos princípios que governam a petição inicial em primeiro grau”. No original: “alla citazione in appello si devono applicare gli stessi principii, che governano la citazione in primo grado” (Luigi Mattiolo, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, 5. ed., p. 514, v. IV). No mesmo sentido, a lição de Renzo Provinciali, por nós livremente traduzida: “A postulação no procedimento recursal é, em regra, sujeita aos mesmos princípios que regulam a postulação no procedimento cognitivo em primeiro grau”. No original: “La domanda nel procedimento di impugnazione è, di regola, soggetta agli stessi principii che la regolano nel procedimento di prima cognizione”. (Renzo Provinciali, *Op. cit.*, p. 101).

¹¹⁷ Vejam – sobre o requisito de admissibilidade denominado “cabimento” – a lição de Barbosa Moreira: “Neste tópico, importa distinguir dois aspectos complementares: o da *recorribilidade* da decisão e o da *propriedade* do

espécie do recurso interposto e a espécie da decisão atacada (regra cuja aplicação pressupõe, obviamente, a *identificação* da espécie recursal praticada).

Vejamos, pois, aquilo que o CPC/1939 dispunha sobre a fungibilidade recursal.

3.6. (Continuação) A fungibilidade entre recursos no Código de Processo Civil de 1939

Como é notório, o Código anterior continha regra que autorizava a parte a interpor um *recurso inadequado* no lugar do que seria devido.

O art. 810 daquele diploma prescrevia: “Salvo a hipótese de má-fé ou erro grosseiro, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro, devendo os autos ser enviados à Câmara, ou turma, a que competir o julgamento”.

Antes de qualquer indagação – e eram várias as indagações da doutrina na interpretação daquela regra – cumpria discernir a natureza do recurso interposto, a espécie a que pertencesse o ato praticado, para então verificar se ela era *adequada* ou *inadequada* ao caso, em vista da decisão proferida.

As principais dúvidas giravam em torno do uso da *apelação* ou do (extinto) *agravo de petição*, contra decisões que pusessem fim ao procedimento em primeiro grau de jurisdição.¹¹⁸

O sistema recursal do CPC/1939, em seu art. 820, consagrava a *apelação* como recurso cabível contra as sentenças de mérito (“decisões definitivas de primeira instância”, dizia)¹¹⁹, reservando – por sua vez – o *agravo de petição* às sentenças terminativas (ou, mais exatamente, nos termos do art. 846 daquele Código, às decisões que implicassem a “[...] terminação do processo

recurso interposto. Para ensejar o juízo positivo de admissibilidade, além de ser obviamente necessário que a decisão comporte *algum* recurso, cumpre que o recurso interposto coincida com aquele que a lei aponta como o *adequado* ao caso”. (José Carlos Barbosa Moreira, *O juízo de admissibilidade...* cit., p. 47). Humberto Theodoro Jr., no mesmo sentido, fala de um requisito de “adequação do recurso”. Explica-o: “Há um recurso próprio para cada espécie de decisão. Diz-se, por isso, que o recurso é cabível, próprio ou adequado quando corresponda à previsão legal para a espécie de decisão impugnada. Quem quiser recorrer, há de usar a figura recursal apontada pela lei para o caso; não pode substituí-la por figura diversa”. (Humberto Theodoro Jr., *Curso de direito processual civil*, p. 621, v. II). Na mesma linha, cf. Nelson Nery Jr., *Teoria geral dos recursos*, 6. ed., p. 275 *et. seq.*; Araken de Assis, *Manual dos recursos*, p. 133 *et. seq.*; Flávio Cheim Jorge, *Teoria geral dos recursos cíveis*, 2. ed., p. 79-81; Marcelo Abelha Rodrigues, *Manual de direito processual civil*, 4. ed., p. 518; Cassio Scarpinella Bueno, *Curso sistematizado de direito processual civil*, p. 22 *et. seq.*, v. 5; Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha, *Curso de direito processual civil*, 5. ed., p. 45-46, v. III; Bernardo Pimentel Souza, *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*, 3. ed., p. 31.

¹¹⁸ Cf., a propósito, Pedro Batista Martins, *Recursos e processos da competência originária dos tribunais*, p. 164-165.

¹¹⁹ CPC/1939, art. 820: “Salvo disposição em contrário, caberá *apelação* das decisões definitivas de primeira instância”.

principal, sem lhe resolverem o mérito”).¹²⁰

Como o conceito de ‘mérito’ – já àquela época! – era objeto de vivas polêmicas doutrinárias e jurisprudenciais, na prática a distinção entre sentenças definitivas e terminativas acabava turvada, insegura, dificultando conseqüentemente a escolha da espécie recursal cabível em cada caso: apelação (para as sentenças definitivas) ou agravo de petição (para as terminativas).¹²¹

Eis por que convinha tanto (a bem da verdade quase se impunha, como uma necessidade) àquele Código possuir regra permissiva do conhecimento de um recurso, de espécie inadequada, no lugar do outro, da espécie correta, desde que ausentes o *erro grosseiro* e a *má-fé* na escolha feita pelo recorrente.

Além da enorme dificuldade de se precisar o conceito de *mérito* (essencial, como vimos, à determinação da espécie recursal cabível), havia ainda o problema de se distinguir, *no recurso interposto*, se ele consistia em uma ‘apelação’ ou de um ‘agravo de petição’. Porque, como observou Pedro Batista Martins, os recursos de apelação e de agravo de petição continham várias características comuns.¹²²

De fato, as semelhanças entre eles eram abundantes. Do ponto de vista formal – excetuados seus diferentes prazos – nenhuma peculiaridade permitia distinguir aquelas espécies. Interpunham-se ambas por escrito, devendo suas peças ser dirigidas ao juízo *a quo*, para que as remetesse ao órgão *ad quem* caso satisfeitos os requisitos de admissibilidade. Entre estes, as exigências de regularidade formal nada impunham de particular a alguma das petições; exigiam-lhes apenas que exibissem estrutura lógica de postulações argumentativas (ou seja: tanto uma apelação quanto um agravo de petição deveriam informar os *nomes das partes*, as *razões do pedido de reforma* e, finalmente, o *pedido de nova decisão*), nada além disso.¹²³

¹²⁰ CPC/1939, art. 846: “Salvo os casos expressos de agravo de instrumento, admitir-se-á agravo de petição, que se processará nos próprios autos, das decisões que impliquem a terminação do processo principal, sem lhe resolverem o mérito”.

¹²¹ “Não sendo fácil fixar, com rigor, o conceito do *mérito*, há casos em que a jurisprudência tem hesitado sobre qual dos dois [apelação ou agravo de petição] o recurso cabível. [...] A jurisprudência dos Tribunais não se firmou, ainda, quanto ao recurso das decisões que estatuem sobre certas questões, que se podem considerar, senão como de mérito, pelo menos como preliminares do mérito. Entre elas, a prescrição, a novação, a compensação, a de coisa julgada [...]”. (Pedro Batista Martins, *Op. cit.*, p. 297 e 197, *passim*). Em sentido análogo (escrevendo, é claro, em retrospectiva), cf. Teresa Arruda Alvim Wambier, *Os agravos no cpc brasileiro*, 4. ed., p. 57-70, *passim*.

¹²² Pedro Batista Martins, *Op. cit.*, p. 297.

¹²³ Quanto à estrutura da peça e à maneira de se interpor o agravo de petição, vejamos a lição de Alfredo Buzaid: “O agravo de petição deve ser interposto perante o juiz que proferiu a decisão terminativa, dentro do prazo de cinco dias, mediante requerimento que conterà: a) a exposição do fato e do direito; b) as razões do pedido de reforma da decisão (*Cód. de Processo [Civil de 1939]*, arts. 847 e 844, I e II). (Alfredo Buzaid, *Do agravo de petição no sistema do código de processo civil*, 2. ed., p. 149-150). No mesmo sentido, cf. João Claudino de Oliveira e Cruz, *Dos recursos...* cit., p. 292-296, *passim*.”

A única diferença de forma entre a apelação e o agravo de petição, insistamos, residia no prazo, que para a primeira (tal como acontece hoje) era de quinze dias, ao passo que no segundo era de cinco apenas.

E sendo esse o único ponto formal de desate, *quid juris* se um “recurso” – assim mesmo, inominado – fosse interposto em cinco dias contra uma sentença definitiva? Seria possível, à luz do CPC/1939, identificá-lo como *apelação*, levando-se em conta apenas o fato de ele se insurgir contra *sentença de mérito*? Ou, ao invés, sua identificação quedaria impossibilitada por faltar à peça algum “batismo”, um nome que – anunciado em seu frontispício – indicasse ao órgão *a quo* o propósito do recorrente na consumação daquele ato?

Se, por hipótese, ficarmos com a primeira das alternativas, forçoso será reconhecer que a ausência do *nomen juris* não nos impediria, no caso do exemplo, de detectar a espécie do ato praticado. Ela seria encontrada no *conteúdo* dele, na *pretensão* nele contida, que – por se voltar contra uma sentença de mérito – indicaria *ipso facto* tratar-se de apelação, não de agravo de petição.

Mas, fosse o nome da peça recursal de todo irrelevante no sistema de 1939, então um recurso intitulado “agravo de petição” e dirigido no prazo de cinco dias ao juízo *a quo* haveria de ser admitido sempre – sem vacilações ou titubeios de ordem alguma – contanto que atacasse a sentença... *efetivamente proferida*.¹²⁴ Terminativa ou definitiva esta, qualquer denominação que se desse à peça recursal não toldaria o sentido da pretensão nela contida, dirigida claramente contra o teor do julgado. No melhor dos mundos, o recurso viria interposto exatamente com a alcunha que dele esperássemos (“agravo de petição” para o ataque a sentenças terminativas, “apelação” contra sentenças definitivas). O cenário pior, no entanto, ofereceria dificuldade nenhuma: bastaria desconsiderar a má nomenclatura eleita pelo recorrente e apurar que seu recurso efetivamente combatera a sentença prolatada. Assim, verificado o nexos entre a pretensão do recurso e a decisão censurada, a natureza daquele inferir-se-ia, automaticamente, da natureza desta.

Levado a rigor, o raciocínio tornaria *desnecessária* a aplicação da fungibilidade entre uma apelação interposta em até cinco dias e um agravo de petição, porque – descartada a especificação pelo *nomen juris* – jamais poderíamos, nessa hipótese, concluir pela inadmissibilidade do recurso

¹²⁴ E desde que, é claro, cumprisse os demais requisitos de admissibilidade (já que o cabimento-adequação seria sempre obedecido nessa hipótese).

praticado. Quando muito – longe de *inadequado* ou *incabível* – o recurso seria apenas mal batizado, hipótese em que o juiz deveria, tão-somente, desconsiderar a escolha terminológica feita pelo recorrente, identificando e processando o ato de acordo com a pretensão nele contida.

Ocorre, porém, que a hipótese acima – em que, descartado o *nomen juris* na identificação do recurso interposto, nada mais permitiria cogitar de sua inadmissibilidade – era justamente aquela a que doutrina e jurisprudência majoritárias apregoavam a aplicação do célebre art. 810 do CPC/1939¹²⁵ (regra que pressupunha a *inadequação* da espécie recursal praticada, já que falava em “erro” e em “interposição de um recurso *por outro*” ...).

Se, portanto, na práxis do sistema de 1939, a *inadequação* do recurso – a tornar necessária a aplicação da regra de fungibilidade – consistia no *error in nomine*, então é forçoso concluir que o *nomen juris*, àquele tempo, era tratado como critério de identificação das espécies recursais.

Tal conclusão se confirma, integralmente, pela crítica que Jorge Americano lançou à amplitude da hipótese contida no art. 810 do CPC/1939 (tachando-a, em suma, de tacanha). Suas palavras:

“[...] A nulidade não é fim processual e não se pronuncia quando o suprimento for possível nem quando a intenção tenha-se objetivado, ainda que por forma inadequada. Por outro lado, a denominação imprópria dada à ação e também a impropriedade de forma dada à ação não importam em nulidade processual. Completam-se as deficiências da ação imprópria e aproveita-se a parte útil de modo a realizar-se a intenção manifestada pela parte proponente. As normas publicísticas do processo, com os efeitos acima referidos e os mais que em vários pontos do Código se manifestam, poderiam produzir, no caso da interposição do recurso, a consequência legal, que deveria vir expressa em artigo do Código, de admitir-se sempre o recurso, *ainda que interposto com erro de denominação, ou ainda que revelado por simples intenção sob o termo genérico de ‘recurso’*. A orientação publicística que neste sentido fosse tomada protegeria o Poder Judiciário da increpação de bizantinismo, ou de procurar furtar-se a conhecer os recursos [...]. O Código não quis avançar

¹²⁵ Majoritariamente, e apesar de muitíssimo censurável o entendimento, não se consentia aplicar a fungibilidade para receber-se recurso “impróprio de maior prazo, por ter [a parte] perdido o prazo do recurso cabível” (Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Comentários ao código de processo civil*, 2. ed., p. 51, t. XI). Noutras palavras: se a parte – ao interpor um recurso entre dois que suscitasse “dúvida objetiva” – optasse por aquele de maior prazo, não teria sua postulação admitida caso: (i) o órgão julgador considerasse adequada a outra espécie recursal e (ii) já houvesse transcorrido integralmente o prazo para a interposição desta. Por tal raciocínio, não se poderia jamais invocar a fungibilidade para se receber apelação interposta em mais de cinco dias, no lugar de agravo de petição (supondo que esse fosse o recurso adequado, na visão do órgão judicial). Essa opinião prevaleceu na jurisprudência e a ela aderiu a maior parte dos processualistas. É o que nos reporta Odilon de Andrade (*Comentários ao código de processo civil*, p. 130, v. IX). Na mesma linha, escrevendo em retrospectiva: Guilherme Freire de Barros Teixeira, *Teoria... cit.*, p. 142; Sidnei Amendoeira Jr., *Fungibilidade de meios*, p. 111.

tanto. Pareceu ao legislador que, de vez que se exige habilitação profissional para a advocacia, o erro grosseiro será indesculpável. É, portanto, sob este prisma que se encarou a questão, estabelecendo a consequência de que o advogado escusa-se alegando erro não grosseiro da lei processual”.¹²⁶

Do excerto transcrito, vê-se claramente que a crítica do Professor das Arcadas dirige-se ao fato de a regra da fungibilidade não haver tolerado todo e qualquer erro de forma ou *quanto à denominação* do recurso interposto, mas apenas os não grosseiros. Conclui-se, pois, mais uma vez e inexoravelmente, que o *error in nomine* era – durante vigência do CPC/1939 – sinal de inadequação e de ausência de cabimento do recurso interposto.

Nessa linha, precisamente, Ataliba Viana afirmava – à guisa de explicação do art. 810 daquele diploma – que “a *errônea capitulação* do recurso não prejudicará que dele conheça o Tribunal *ad quem*, a não ser que constitua erro grosseiro ou que denuncie má-fé do recorrente”.¹²⁷ [destacamos]

Por derradeiro, embora dita em outro contexto (referia-se à tormentosa questão do recurso de prazo maior, interposto após o decurso do prazo para a espécie considerada adequada pelo órgão julgador), esta passagem de Pontes de Miranda é no mínimo eloqüente (e, pois, digna de registro): “O art. 810 não disse que não importa o nome do recurso; o art. 810 lançou [o] princípio da fungibilidade dos recursos, isto é, o princípio de que se pode interpor o recurso *b* em vez do recurso *a*, salvo se houve erro grosseiro ou má fé [...]. Reduzir-se o art. 810 a regra jurídica que estabelecesse, e.g., ‘não importa o nome do recurso’, seria desatender-se a princípios mezinhos de método de interpretação das leis”.¹²⁸ [destacamos]

Indisfarçável, pois, o vezo “formular” de se apegar ao *nomen juris*, como sinal identificador das espécies recursais, durante a vigência do Código de Processo Civil de 1939.¹²⁹

¹²⁶ Jorge Americano, *Comentários ao código de processo civil do Brasil*, 2. ed., p. 7-8, v. 4. Na esteira da crítica formulada pelo Catedrático das Arcadas, vale contrastar o art. 810 do CPC/1939 com o longínquo art. 1523 da Consolidação das Leis do Processo Civil (“Consolidação Ribas”). Eis o que dispunha essa última regra: “Pode-se apelar com o protesto de se conhecer do recurso por agravo, não sendo o caso de apelação”. Deveras, a singeleza e a amplitude do comando tornam-no muito mais funcional e progressista (atual, até!) do que a tacanha e intrincada regra de fungibilidade, cheia de requisitos e condicionantes, tal como expressa no célebre art. 810 do diploma processual civil de 1939.

¹²⁷ Ataliba Viana, *Inovações e obscuridades do código de processo civil brasileiro*, p. 167. *Apud* João Claudino de Oliveira e Cruz, *Dos recursos no código de processo civil*, p. 26.

¹²⁸ Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Comentários ao código de processo civil*, 2. ed., p. 62, t. XI.

¹²⁹ Herança do direito luso-brasileiro, que remonta ao formalismo reinol. Gregorio Martins Caminha, em seu ancestral Tratado da forma dos libellos – escrito sob a égide das Ordenações do Reino e das Leis de Castella – ensina a fórmula do recurso de “appellação”, que começa justamente pela enunciação desse epíteto e se faz acompanhar do seguinte: “Diz o Reo, que elle fe fente muito agravado, e o he defeito em fentença da contenda, e em o condemnar por as

3.7. (Continuação) *O nomen juris e a identificação dos recursos na doutrina*

O costume de se identificar um recurso a partir do nome gravado em sua petição – bem retratado nas lições de Jorge Americano, Ataliba Viana e Pontes de Miranda, professadas há cerca de meio século – repercute ainda hoje em ilustre e significativa parcela de nossa doutrina.

O valor do nome dado à peça recursal encontra abrigo, atualmente, nos ensinamentos de conceituados processualistas. Entre eles, destacamos o Professor Araken de Assis, cuja pena confere importância decisiva às escolhas terminológicas do recorrente. Seus ditos:

“Evidentes casos de erro grosseiro se localizam na interposição: (a) de apelação em lugar de recurso ordinário [...]. O fundamento para rejeitar a fungibilidade, nessas hipóteses, é bem claro: de fato, o recurso próprio exhibe pressupostos específicos [...], *subentendendo-se a negligência na simples troca do nome da peça recursal* ou, investigando mais a fundo, a inépcia da petição recursal, em virtude do descumprimento daqueles pressupostos”¹³⁰ [destacamos].

Sem prejuízo da autoridade, incontestada, do Professor Araken de Assis, temos que não há como simplesmente “presumir-se” ou “subentender-se”, do fato de a peça interposta exibir *nomen juris* de outra espécie recursal, a circunstância de ela não haver observado os requisitos de admissibilidade da espécie cabível.

Máxime quando contrastamos, qual fizera o Professor, a *apelação* com o *recurso ordinário*.

Em primeiro lugar, porque tais espécies diferem em nada sob o ângulo da regularidade formal de suas petições: tanto a peça de apelação quanto a de recurso ordinário devem meramente informar as *partes*, a *causa* e o *pedido* da impugnação que formulam. Também porque os prazos para a interposição de ambas são iguais: quinze dias.¹³¹ E se eventualmente houver diferenças entre os preparos de cada, bastará que o recorrente – nos termos do art. 511, §2º, do CPC – recolha o

razoens seguintes. A primeira por a tal fentença ser dada *ex abrupto: praetermissa*, e não guardada a ordem de júizo. A segunda, he por tal, e tal, &c. Pelas quaes caufas, e por outras muitas, que do proceffo defta caufa conftaõ, que aqui ha por expreffas, e declaradas, e por outras muitas, que em feu tempo, e lugar fe dirão; salvo o direito de nullidade, elle Reo appella da ditta Sentença perante quem com direito deve, e protefta ser provido com juftiça, e custas”. (Gregorio Martins Caminha, *Tratado da forma dos libellos, das allegações judiciaes*, p. 100).

¹³⁰ Araken de Assis, *Manual...* cit., p. 92-93. Em sentido análogo, veja-se: “[...] não há que se invocar o princípio da fungibilidade recursal quando, ao invés de interpor recurso ordinário, o inconformado interpõe apelação contra acórdão denegatório de mandado de segurança da competência de tribunal regional ou local”. (Bernardo Pimentel Souza, *Introdução...* cit., p. 235-239).

¹³¹ CPC, art. 508: “Na apelação, nos embargos infringentes, no recurso ordinário, no recurso especial, no recurso extraordinário e nos embargos de divergência, o prazo para interpor e para responder é de 15 (quinze) dias”.

valor que faltar.¹³²

Por tudo isso, é plenamente possível que uma peça mal intitulada “apelação” satisfaça – integralmente – os requisitos de admissibilidade exigidos de uma petição de recurso ordinário (em mandado de segurança, por exemplo). Bastará, para tanto, que se volte contra acórdão denegatório de um *writ of mandamus* de competência originária de tribunal (e, evidentemente, que satisfaça os demais requisitos de admissibilidade que, como vimos acima, são idênticos na apelação e no recurso ordinário).¹³³

Por conseguinte – e registrando mais uma vez, sem demagogia ou favor algum, nosso respeito pela opinião contrária – discordamos da lição do emérito processualista gaúcho. Pode haver má opção terminológica, erro no “batismo” da peça recursal produzida (chamada de “apelação”, quando seria de se esperar “recurso ordinário em mandado de segurança”), sem que isso a impeça, como vimos, de satisfazer todas as normas regentes da admissibilidade do recurso adequado. O “acerto quanto ao nome” da peça não é, ele próprio, um requisito de admissibilidade do recurso, tampouco o *error in nomine* faz subentender, ao julgador, o desatendimento dos pressupostos à admissão da espécie recursal cabível.

Justamente porque o nome não importa, para fins de identificação da espécie recursal, também não interfere em sua admissibilidade. Não pode esse elemento, pois, ser levado em conta para o fim de não se admitir uma peça impropriamente denominada “recurso ordinário”, quando se esperava ler – em sua folha de rosto – o epíteto “apelação” (e vice-versa).

¹³² CPC, art. 511, 2º: “A insuficiência no valor do preparo implicará deserção, se o recorrente, intimado, não vier a supri-lo no prazo de 5 (cinco) dias”.

¹³³ Há – é óbvio – diferenças *procedimentais* entre uma e outra daquelas espécies. Desponta, em primeiro lugar, diferença quanto ao cabimento: a apelação desafia toda e qualquer sentença (CPC, art. 513), ao passo que o recurso ordinário em mandado de segurança volta-se apenas contra acórdão denegatório de mandado de segurança de competência originária dos tribunais (CRFB, arts. 102, II, *a*; 105, II, *b*; c/c CPC, art. 539, I e II, *a*). Por acórdão “denegatório” deve-se tomar todo e qualquer aresto que não acolha a pretensão do impetrante, quer a rejeite, quer extinga o processo sem resolução do mérito (nesse sentido, veja-se: José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários ao código de processo civil*, 12. ed., p. 573; Cassio Scarpinella Bueno, *Mandado de segurança*, p. 103; Bernardo Pimentel Souza, *Introdução...* cit., p. 578-580). Ademais, não se tem admitido agravo de instrumento contra decisão que, na origem, não conhece do recurso ordinário em mandado de segurança. A propósito, veja-se: AgRg no Ag 814500/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 12.12.2006, DJ 05.03.2007 p. 315; AgRg no Ag 924.373/BA, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, julgado em 20.11.2007, DJ 19.12.2007 p. 1254; EDcl no AgRg no Ag 777.560/RN, Rel. Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG), Sexta Turma, julgado em 29.04.2008, DJ 19.05.2008. Outras diferenças de procedimento poderiam ser aqui arroladas. Todavia, nenhuma delas entra em cena quando da identificação, em concreto, da natureza do recurso interposto (sucede exatamente o inverso: para que trilhemos um dos procedimentos, com suas peculiaridades e diferenças em relação ao outro, é mister que, antes, tenhamos identificado a natureza do ato praticado [o procedimento, afinal, é determinado pela natureza da postulação]). Para tanto, como veremos, o *nomen juris* dado à petição do recurso – regra geral – não importa. E quanto à admissibilidade – como vimos no corpo do texto – todos os requisitos daqueles recursos, com exceção de suas hipóteses de cabimento, são rigorosamente iguais.

Para fins de admissibilidade (cf, infra, cap. V), impõe-se apenas que a petição produzida (qualquer que seja seu nome!) observe os requisitos exigidos para a espécie recursal cabível.

Detectamos o apego ao *nomen juris*, qual critério identificador das espécies recursais, também quando parcela da doutrina advoga a aplicação da fungibilidade recursal aos casos de dúvida entre o cabimento de *agravo interno* ou de *agravo regimental*.¹³⁴

Esse raciocínio – posto que imbuído dos melhores propósitos – se funda em duas premissas que, com a devida vênia, estão equivocadas.

Em primeiro lugar, ele supõe que haja alguma diferença essencial entre o agravo chamado “interno” e o dito “regimental”. Não há.

Como ensina Eduardo Talamini, “o nome que se dê à medida – ‘agravo interno’, ‘regimental’, ‘agravinho’ – é irrelevante, pois a essência do ‘agravo’ interposto no âmbito interno do tribunal é *sempre a mesma*: trata-se de *mecanismo destinado a levar ao colegiado a decisão individualmente adotada*. A diferença de nomes (‘interno’ e ‘regimental’) toma em conta um aspecto secundário: qualifica-se como ‘regimental’ o agravo que está expressamente previsto no regimento do tribunal, e como ‘interno’ aquele que se ampara em explícita previsão de lei [...]”.¹³⁵

De resto, como observa também o insigne processualista paranaense, “[...] o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que tem *aplicação extensiva a todos os tribunais* a regra do art. 39 da Lei 8.038/90 (sobre processos no STF e STJ), que prevê agravo, no prazo de cinco dias, das decisões isoladas de relator ou presidente do tribunal ou de órgão do tribunal (AgRMS 9.395-BA, rel. Min. Sálvio Teixeira, v. u, j. 14.12.1998, *RSTJ* 116/247)”¹³⁶.

Com isso, quaisquer previsões “regimentais” quedam desnecessárias, resultam em mera superfetação, porque contra a generalidade das decisões monocráticas proferidas em segundo grau

¹³⁴ Pela aplicação da fungibilidade recursal à hipótese em comento, vide: Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos, *Princípio da fungibilidade: hipóteses de incidência no processo civil brasileiro contemporâneo*, p. 119-140; Eduardo de Avelar Lamy, *Op. cit.*, p. 154-156.

¹³⁵ Eduardo Talamini, *Decisões individualmente proferidas por integrantes dos tribunais: legitimidade e controle (agravo interno)*, In Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.), *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*, p. 185, v. 5.

¹³⁶ *Idem, Ibidem*, p. 182.

de jurisdição passa a caber agravo, *ex vi* do art. 39 da lei 8.038/90, interpretado extensivamente pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça.¹³⁷

Pelos argumentos expostos, já podemos infirmar a premissa da tese combatida: não há dois recursos diferentes, fundados em hipóteses de cabimento distintas. Ali onde lemos ora “agravo interno”, ora “agravo regimental”, vemos expressões sinônimas (que, como tais, possam ser usadas indiferentemente), jamais algum tipo de distinção. O recurso, na verdade, é um só: agravo contra as decisões monocráticas de segundo grau.

Mas, por um exercício de imaginação, suponhamos (na esteira da tese aqui combatida) que realmente haja regras distintas, instituidoras de espécies recursais autônomas: uma chamada “regimental”, outra “interna”. Esqueçamos, para isso, a aplicação da regra de encerramento contida na lei 8.038/90 e imaginemos existentes algumas hipóteses de sucumbência, infligidas por decisão monocrática de segundo grau e *apenas combatíveis por recurso previsto em regimentos de tribunais*. Nesses casos – diria alguém – cabe apenas o agravo “regimental” (por ausência de previsão *legal* para recorrer).

Imaginemos então que um indivíduo – afligido por aquela decisão que desafia apenas agravo “regimental” – interponha contra ela recurso no prazo do regimento, recolhendo o preparo que eventualmente houver e declinando os nomes das partes, a causa de seu inconformismo e o respectivo pedido. Ou seja: o recorrente faz tudo como lhe manda o figurino, mas – e este é o detalhe que nos interessa – no momento de dar nome à sua petição intitula-a... agravo *interno*.

Muito bem. Descortinam-se nesse momento, para o intérprete/aplicador da norma, dois caminhos opostos e incomunicáveis. O primeiro parte da assunção de que haja algum tipo de óbice à admissibilidade daquela peça, o segundo nega empecilhos quanto a isso.

Afirmar a necessidade de aplicação da fungibilidade, em casos como aquele, é tomar o primeiro dos caminhos (já que a regra da fungibilidade recursal, tal como prescrita no CPC/1939, pressupõe *inadequação* aos olhos do julgador do recurso interposto), saindo-se porém, em meio a ele, por uma espécie de desvio, um “retorno” que assegure obliquamente a admissão da peça (seu recebimento, a despeito de inadequada na opinião do julgador, graças à existência de dúvida razoável ou incerteza objetiva na doutrina e na jurisprudência).

Embora louvável seu propósito (com o qual, aliás, estamos plenamente de acordo), o

¹³⁷ Excetuadas, apenas, aquelas decisões que a própria lei ou o regimento interno do tribunal declara insuscetíveis de agravo regimental (e.g.: CPC, art. 527, parágrafo único; STF, súmula n. 622).

argumento da fungibilidade se afigura inteiramente desnecessário naqueles casos. É desnecessário porque parte da falsa premissa de que o nome “interno”, aposto à petição do agravo, haja sido capaz de transmutar-lhe a natureza (que – à mais luzidia evidência – é e continua a ser “regimental”, uma vez que o recurso interposto se subsumiu a hipótese prevista em regimento de tribunal).

Noutras palavras: invocar a fungibilidade, no caso acima conjeturado, é pressupor que o nome dado à peça haja “contaminado” a própria substância do ato. Afinal, não custa frisar, a aplicação daquela regra visa justamente a permitir a admissão *excepcional* de espécie recursal tida por *inadequada* pelo magistrado. E a inadmissão – a pretexto de ser inadequada – de peça intitulada “agravo interno” (quando o recurso estivesse previsto em regimento), apenas se justificaria se presumíssemos que o epíteto “interno”, gravado à folha de rosto da petição, houvesse tornado realmente em “interno” aquilo que é indiscutivelmente “regimental” (pela razão singela de se subsumir a uma norma de regimento, não de lei).

Na linha daquele raciocínio (com o qual, *data venia*, não concordamos), o *nomen*, destacado na peça como manchete de jornal, teria o poder de comunicar ao julgador a natureza do recurso interposto, com exclusão de todas as demais informações que dele constassem... (como aquelas fornecidas pela pretensão, subsumível a hipótese... *regimental*). Parece-nos que isso – com o devido respeito – seja conferir desmedida importância aos rótulos; ater-se a eles antes que à essência mesma das coisas, como vivêssemos a plenitude da Idade Média ou, pior, o simbolismo místico da Antigüidade e de seu processo, calcado em liturgias e em fórmulas sagradas.¹³⁸

¹³⁸ Antonio do Passo Cabral reverbera a crítica. O processualista fluminense repudia a idéia de que “a incorreta nomenclatura ou rotulagem aposta pelo sujeito processual ao ato do processo” gere “sua inadmissibilidade ou rejeição, o que beiraria o formalismo romano”. (Antonio do Passo Cabral, *Nulidades do processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*, p. 68). O valor da palavra, do gesto, da estética em geral, era de tal modo acentuado no processo da Antigüidade, que Chiovenda adverte: “É sabido que a omissão não só de uma palavra mas de uma sílaba nas fórmulas, assim como o emprego de uma palavra por outra, um movimento involuntário, um levantar a mão mais alto do que o prescrito e semelhantes inobservâncias acarretavam naqueles processos primitivos a nulidade dos atos e a perda irreparável da causa”. No original, por nós traduzido livremente: “È noto che l’omissione non solo d’una parola ma d’una sillaba nelle formule, e più l’impiego di una parola per un’altra; un movimento involontario; un levar della mano più alto del prescrito e simili inosservanze portavano in quei processi primitivi la nullità degli atti e la perdita irreparabile della causa”. (Giuseppe Chiovenda, *Le forme nella difesa giudiziale del diritto*, In *Saggi di diritto processuale civile [1894 – 1937]*, p. 359, v. I). Os nomes possuíam, portanto, uma importância descomunal no processo arcaico. O melhor e talvez mais conhecido exemplo disso é aquele fornecido por Gaio, segundo o qual “[...] perdia a ação quem, agindo por causa de *videiras cortadas*, empregava o termo *videiras* (*vites*); pois a Lei das XII Tábuas, na qual se fundamentava a ação por *videiras cortadas*, empregava a expressão *árvores cortadas* (*arboribus succisis*) em geral”. (Institutas do Jurisconsulto Gaio, Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella, p. 183). Todas essas meticulosas solenidades explicam-se, antes de tudo, em razão do elevado e inseparável coeficiente de religiosidade, que perpassou os Direitos Romano e Germânico (nesse sentido, cf. José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo, *Lições de história do processo civil romano*, p. 41 e 53; Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do formalismo...* cit., p. 12; José Roberto dos Santos Bedaque, *Efetividade...* cit., p. 94). Em verdade, a religiosidade e o misticismo não eram peculiaridades da experiência jurídica daqueles povos apenas. Antes, eram características das próprias sociedades antigas, arraigadas no modo como se via o mundo e se procurava explicá-lo. Por isto aquele apego aos símbolos: porque em vez de meras convenções, enxergava-se neles a expressão do sagrado, do divino, do justo. A racionalidade moderna e

Em nossa opinião, longe de se concentrar a identificação do ato em seu *nomen juris*, basta que a peça deixe claro – *por seu conteúdo* – que visa a combater a decisão monocrática de segundo grau. Nisso já haverá cumprido o requisito do cabimento. Se a impugnação possível contra aquela decisão está prevista em norma de regimento interno (sendo, pois, “regimental”) ou consta de lei (sendo, nesse caso, “interna”) essa é uma questão que compete antes ao juiz que à parte resolver (afinal, *iura novit curia; da mihi factum dabo tibi ius*).¹³⁹⁻¹⁴⁰

contemporânea – e, portanto, o direito por ela produzido – há muito se desgarrou desse misticismo, passando a repudiar o apego irracional e incondicional a gestos ou palavras.

¹³⁹ A propósito, tomemos a lição de José Rogério Cruz e Tucci: “Assentados os fatos, devem ser eles submetidos ao regime jurídico adequado, ou seja, à norma aplicável ao caso concreto. Nesse ponto não está o juiz adstrito ao princípio dispositivo, posto que seu labor se desenvolve segundo a regra *iura novit curia*. Com efeito, o magistrado poderá aplicar à questão controvertida normas de direito diferentes ou, ainda, ‘melhores’ do que aquelas invocadas pelas partes, bem como fundar-se em argumentação jurídica até mesmo nem cogitada nos autos: ‘*da mihi factum, dabo tibi ius*’. Daí porque o julgamento, nessas hipóteses, não será, à evidência, considerado *extra* ou *ultra petita*, mesmo lastreado em razões de direito diversas das discutidas pelos litigantes”. (José Rogério Cruz e Tucci, *A motivação...* cit., p. 104-105). Na mesma linha, a doutrina de Alessandro Pizzorusso: “O brocardo *iura novit curia* exprime a regra em razão da qual, também nos processos calcados no princípio dispositivo (em virtude do qual a pronúncia jurisdicional encontra limites correspondentes aos pedidos formulados pelas partes e às provas por elas produzidas ou requeridas), o juiz tem o poder-dever de individualizar (mesmo por iniciativa própria) e de aplicar aos fatos deduzidos e reconhecidos as normas jurídicas que, segundo o direito vigente e à base das regras sobre eficácia da lei no espaço e no tempo, devam disciplinar aqueles fatos mesmos. Em contrário não se pode aduzir a circunstância de que as normas procedimentais comumente incluem – entre os elementos que devem concorrer a formar o ato introdutivo do processo – a indicação dos dispositivos legais cuja aplicação se invoca ou cuja violação se denuncia. [...] Por efeito, justamente, do princípio em exame, a falta de tais indicações não produz inconvenientes práticos, a menos que indiretamente concorra a determinar a absoluta incerteza quanto ao real alcance do ato. Em qualquer caso, é *ius receptum* que a previsão de tais indicações não impede o juiz – justamente em virtude do princípio *iura novit curia*, de aplicar outras disposições ou normas sempre que o considere correto ou devido para cumprir seu dever fundamental de observância da lei”. Tradução livre do original, *in verbis*: “Il brocardo *iura novit curia* esprime la regola in base alla quale, anche nei processi ispirati al principio dispositivo (in virtù del quale la pronuncia giurisdizionale incontra limiti corrispondenti alle richieste avanzate dalle parti ed alle prove da esse prodotte o richieste), il giudice ha il potere-dovere di individuare, anche di sua iniziativa, e di applicare ai fatti dedotti ed accertati le norme giuridiche che, secondo il diritto vigente ed in base alle regole sull’efficacia della legge nello spazio e nel tempo, debbano disciplinare i fatti stessi. In contrario non può addursi la circostanza che le norme procedurali comunemente includono l’indicazione delle disposizioni legislative delle quali si invoca l’applicazione o si denuncia la violazione fra gli elementi che debbono concorrere a formare l’atto introduttivo del giudizio [...] Proprio per effetto del principio in esame, la mancanza di tali indicazioni non produce inconvenienti pratici, a meno che indirettamente concorra a determinare l’assoluta incertezza della reale portata dell’atto. In ogni caso è *ius receptum* che la previsione di tali indicazioni non impedisce al giudice, proprio in virtù del principio *iura novit curia*, di applicare altre disposizioni o norme qualora egli lo ritenga corretto o doveroso per adempiere il suo fondamentale dovere di osservanza della legge”. (Alessandro Pizzorusso, *Iura novit curia: ordinamento italiano*, In *Enciclopedia Giuridica Treccani*, p. 1, vol. XVIII). Acompanham-no, na doutrina italiana: Luigi Paolo Comoglio, *Discrezionalità ed imparzialità del giudice civile nell’ottica del “giusto processo”*, In *Etica e tecnica del “giusto processo”*, p. 362; _____. Corrado Ferri e Michelle Taruffo, *Lezioni sul processo civile*, 2. ed., p. 238. No mesmo sentido, na doutrina espanhola, veja-se: Juan Montero Aroca *et. alii.*, *Derecho jurisdiccional*, 10. ed., p. 337, v. I. Convém registrar que o juiz – apesar de livre para “encontrar” a norma ou tese jurídica que considera aplicável ao caso – só pode efetivamente aplicá-la (assim decidindo-o) se antes a houver submetido ao contraditório entre as partes. É-lhe vedado surpreender os litigantes com a aplicação de norma cuja justeza ou pertinência ao caso não haja sido objeto de debate. Nesse sentido, relatando o amplo desenvolvimento do tema na jurisprudência da Corte Constitucional alemã, cf. Nicolò Trocker, *Processo civile e costituzione (problemi di diritto tedesco e italiano)*, p. 640-647. Ainda na doutrina italiana, vejamos: Luigi Paolo Comoglio, *Contraddittorio*, In *Digesto delle discipline privatistiche (sezione civile)*, p. 26-27, t. IV; _____. *Contraddittorio (principio del)*, In *Enciclopedia Giuridica Treccani*, p. 9, v. VIII; _____. *Commentario della Costituzione (a cura di G. Branca)*, p. 59; Giuseppe Tarzia, *Parità delle armi tra le parti e poteri del giudice nel processo civile*, In *Problemi del processo civile di cognizione*, p. 317-320; _____. *Le istruzioni del giudice alle parti nel processo civile*, In *Problemi...* cit., p. 321-351, *passim*; Maria Giuliana Civinini, *Poteri del giudice e poteri delle parti nel processo ordinario di cognizione. Rilievo ufficioso delle questioni e contraddittorio*, In *Foro italiano (Parte Quinta)*, p. 1-10, *passim*, v. CXXII. Entre nós, nesse exato sentido, são pioneiros os escritos dos

O recurso da parte – qualquer que seja o nome nele estampado – é adequado desde que sua pretensão se subsuma a norma que preveja recurso contra o tipo de decisão impugnada.

Não pode o juiz, nesse cenário, deixar de operar a subsunção a pretexto algum (subtraindo do recorrente seu direito à correta aplicação da lei). Em outras palavras: pouco importa que o recorrente haja se equivocado no momento de “dar nome aos bois”; seu direito a um juízo positivo de adequação repousa no conteúdo do ato e na circunstância de ele haver se subsumido à espécie recursal prevista contra o tipo de decisão atacada.

Vistoriada a doutrina, vejamos como a jurisprudência se posiciona acerca dessa questão. Mais especificamente, vejamos qual o critério (se é que há algum) utilizado por nossos tribunais de superposição para a identificação dos atos recursais.

3.8. (Continuação) O nomen juris e a identificação dos recursos na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal

Julgados iterativos do Colendo STJ, proferidos no fim da última década, dão-nos forte indício de que essa corte identificava os atos recursais pelo nome que se atribísse às respectivas peças. Os casos que sugerem isso são, justamente, aqueles de inadmissão de “apelações” interpostas contra acórdãos denegatórios, em mandados de segurança de competência originária dos

Professores José Carlos Barbosa Moreira (Les principes fondamentaux de la procédure civile dans la nouvelle Constitution brésilienne, In *Temas de direito processual – quinta série*, p. 42-43) e Cândido Rangel Dinamarco (O princípio do contraditório e sua dupla destinação, In *Fundamentos... cit.*, p. 135, t. I). Na mesma linha: José Roberto dos Santos Bedaque, Os elementos objetivos... cit., p. 38-42; Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, A garantia do contraditório, In *Do formalismo... cit.* (apêndice), p. 233-238; _____. O juiz e o princípio do contraditório, In *RePro* n. 71, p. 32-33; Junior Alexandre Moreira Pinto, *Op. cit.*, p. 79-93. Mais recentemente, alguns autores voltaram ao tema, procurando impingir-lhe ares de “novidade”. Com o devido respeito, não fizeram mais que repetir a lição, ensinada desde (pelo menos) as obras de Barbosa Moreira e Dinamarco, acima referidas. Como lembra Edoardo Ricci, a festejada tese – de que o contraditório impõe ao juiz deveres de diálogo com as partes e de esclarecimento dos pontos e das questões nodais da controvérsia – “nada tem de novo nem de revolucionário” (Edoardo F. Ricci, Princípio do contraditório e questões que o juiz pode propor de ofício, In Luiz Fux *et. alii.* [coords.], *Processo e constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*, p. 497). Alardeia-se, pois, uma velha “novidade”...

¹⁴⁰ Paradoxalmente (porque, em sua opinião, seria caso de se aplicar a fungibilidade recursal), é este também o entendimento de Eduardo de Avelar Lamy: “A idéia de que os meios incorretamente denominados apenas servem aos fins, e portanto devem ser corrigidos e relevados pelo magistrado, está contida na lógica de que ‘o juiz conhece o direito’, precisando apenas que as partes e o processo lhe esclareçam e comprovem os fatos, consoante o tradicional brocardo *iura novit curia*”. (Eduardo de Avelar Lamy, *Op. cit.*, p. 121).

tribunais.¹⁴¹

Valem, aqui, as mesmas razões que expusemos *supra* (em oposição à respeitabilíssima opinião do Professor Araken de Assis).

Felizmente, poucos anos depois de consagrar tal entendimento, a corte veio a alterá-lo, passando a receber as “apelações” como autênticos recursos ordinários em mandado de segurança.¹⁴² É esse, atualmente, o sentido da jurisprudência dominante no Superior Tribunal¹⁴³⁻¹⁴⁴

¹⁴¹ Nesse sentido, veja-se:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO DENEGATÓRIA DE MANDADO DE SEGURANÇA - ERRO GROSSEIRO.

- Ocorrendo erro grosseiro na interposição de recurso de apelação contra decisão de tribunal em mandado de segurança, quando a CF determina a interposição de recurso ordinário (art. 105, ii, "b"), descabe conhecê-lo.
- Inaplicabilidade do princípio da fungibilidade.
- Jurisprudência iterativa da Corte.
- Recurso não conhecido.

(RMS 5600/RS, Rel. Ministro Cid Flaquer Scartezzini, Quinta Turma, julgado em 04.03.1997, DJ 07.04.1997 p. 11134).

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ERRO GROSSEIRO NA INTERPOSIÇÃO DO RECURSO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. INAPLICABILIDADE.

- A interposição de apelação contra decisão proferida pelo tribunal *a quo* em mandado de segurança caracteriza erro grosseiro.
- Inaplicabilidade do princípio da fungibilidade.
- Recurso não conhecido.

(RMS 8038/ES, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 03.06.1997, DJ 30.06.1997 p. 31047).

PROCESSO CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. FUNGIBILIDADE RECURSAL. ERRO GROSSEIRO. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

1. Se o recurso previsto na Constituição é o ordinário e a parte interpõe apelação, o princípio da fungibilidade não favorece flagrante erro grosseiro.

[...].

3. Recurso não conhecido.

(RMS 6754/RS, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Sexta Turma, julgado em 10.03.1997, DJ 07.04.1997 p. 11170).

¹⁴² PROCESSUAL - RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA - PETIÇÃO QUE O DENOMINA APELAÇÃO - APROVEITAMENTO - FUNGIBILIDADE - TRIBUTÁRIO - IOF - DEPÓSITO JUDICIAL - NÃO INCIDÊNCIA.

- I - A circunstância de se denominar apelação o recurso constitucional ordinário em mandado de segurança não constitui erro, capaz de impedir o conhecimento do apelo.

[...].

(RMS 1.634/MS, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Primeira Turma, julgado em 22.08.1996, DJ 16.03.1998 p. 35).

PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO.

1. Não é afastado o conhecimento do recurso ordinário em mandado de segurança, na hipótese dos autos, mesmo tendo sido ele denominado impropriamente de apelação, porque, em verdade, a disciplina do recurso constitucional das decisões denegatórias de mandado de segurança tem disciplina regimental pelas regras da apelação (art. 247, I /STJ).

[...]

(RMS 12.550/RJ, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 15.03.2001, DJ 12.08.2002 p. 183).

¹⁴³ RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO DENOMINADO DE APELAÇÃO.

Nesse câmbio de orientações, diagnosticamos uma importante e louvável tendência daquele órgão, no sentido de identificar os atos recursais a partir de seu conteúdo, tal como já faz – em algumas situações – com relação às demandas.¹⁴⁵

FUNGIBILIDADE. AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO EM PROCESSO PENAL – INCOMUNICABILIDADE DAS INSTÂNCIAS. POLICIAL MILITAR. ENVOLVIMENTO EM FATOS CRIMINOSOS. EXCLUSÃO DA CORPORACÃO. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO.

I - "Não é afastado o conhecimento do recurso ordinário em mandado de segurança, na hipótese dos autos, mesmo tendo sido ele denominado impropriamente de apelação, porque, em verdade, a disciplina do recurso constitucional das decisões denegatórias de mandado de segurança tem disciplina regimental pelas regras da apelação (art. 247, RI/STJ)" (Precedente).

[...]

(RMS 20.615/GO, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 07.02.2006, DJ 20.03.2006 p. 311).

PROCESSUAL CIVIL – CONSTRICÃO – TERCEIRO PREJUDICADO – NÃO-INTERPOSIÇÃO DE RECURSO – SÚMULA 202/STJ – MANDADO DE SEGURANÇA – POSSIBILIDADE.

1. O recurso de apelação interposto contra acórdão denegatório da segurança em Segunda Instância pode ser recebido como recurso ordinário diante do princípio da fungibilidade recursal, uma vez que sua denominação errônea em nada prejudica a análise da matéria controvertida. Nesse sentido: RMS 20615/GO; Rel. Min. Felix Fischer, DJ 20.3.2006.

[...]

(RMS 23.173/AM, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 10.04.2007, DJ 23.04.2007 p. 243).

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR ESTADUAL. APELAÇÃO. FUNGIBILIDADE RECURSAL. RECEBIMENTO COMO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. PROGRESSÃO VERTICAL. INTERSTÍCIO. NÃO-CUMPRIMENTO. RECURSO IMPROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça tem entendido ser cabível, em observância ao princípio da fungibilidade recursal, o recebimento como recurso ordinário de apelação interposta contra acórdão que denega segurança em única instância, ao fundamento de que, na hipótese, se aplicam as regras processuais da apelação ao recurso constitucional, nos termos do art. 247 do RISTJ. Precedentes.

[...]

(RMS 20.652/MT, Rel. Ministro Arnaldo Esteves de Lima, Quinta Turma, julgado em 03.04.2007, DJ 07.05.2007 p. 336).

¹⁴⁴ Embora haja, ainda hoje, posicionamento isolado em sentido contrário. Veja-se:

AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSO CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA ORIGINÁRIO. DENEGAÇÃO. APELAÇÃO. ERRO GROSSEIRO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. IMPOSSIBILIDADE.

1 - O Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão no sentido de que a interposição do recurso de apelação contra acórdão denegatório de mandado de segurança originário de Tribunal Regional Federal ou Estadual configura erro grosseiro, não se aplicando o princípio da fungibilidade recursal.

2 - Precedentes.

3 - Agravo improvido.

(AgRg no RMS 22034/RJ, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Sext Turma, julgado em 06.03.2007, DJ 04.06.2007 p. 427).

¹⁴⁵ Cf. REsp 7591/SP, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 26/11/1991, DJ 03/02/1992 p. 468; REsp 198144/MT, Rel. Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, julgado em 19/05/2005, DJ 27/06/2005 p. 393; AgRg no Ag 146.352/RJ, Rel. Ministro Ari Pargendler, Segunda Turma, julgado em 26.06.1997, DJ 18.08.1997 p. 37859; AgRg no Ag 147.677/MG, Rel. Ministro Nilson Naves, Terceira Turma, julgado em 19.03.1998, DJ 03.08.1998 p. 227; REsp 92.372/RS, Rel. Ministro Nilson Naves, Terceira Turma, julgado em 19.11.1998, DJ 08.03.1999 p. 216; REsp 392.599/CE, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 06.04.2004, DJ 10.05.2004 p. 287; REsp 509.300/SC, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, julgado em 28.06.2005, DJ 05.09.2005 p. 397; AgRg no Ag 637.794/BA, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 01.03.2007, DJ 19.03.2007 p. 319; REsp 650.677/MT, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 28.03.2006, DJ 10.04.2006 p. 131. Frisemos uma vez mais, no entanto, que mesmo em relação às demandas há julgados do Superior Tribunal de Justiça reveladores de um inexplicável apego ao *nomen juris*. Como dissemos no início deste trabalho, a inconstância de nossos tribunais quanto ao ponto é a mais constante das notas que se pode observar. Para ilustrá-lo, veja-se o capítulo V, *infra, passim*.

A mesma *ratio decidendi* se reflete na maneira por que o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal vêm, sistematicamente, recebendo como agravo interno (ou regimental, tanto faz) os embargos de declaração – com pretensão de efeitos *infringentes* – opostos contra decisões de relatores a que não se imputem omissões, obscuridades ou contradições.

Embora digam, nesses julgados, estar aplicando o princípio da fungibilidade recursal, nada há – verdade seja dita – de fungibilidade ali. Afinal, não há o menor traço de dúvida (menos ainda de dúvida “objetiva”!) entre as hipóteses de cabimento dos embargos de declaração e do agravo interno. São recursos de cabimentos tão diferentes que chegaria a ser teratológico que alguém os confundisse.¹⁴⁶

A despeito disso, justifica-se o recebimento dos falsos embargos porque, em substância, agravos internos eles são. Noutras palavras: quando o recorrente não alega obscuridades, omissões ou contradições, mas combate na decisão do relator algum tipo de erro *in judicando* ou *in procedendo*, então a corte se vê perante autêntico agravo interno, mal intitulado, embora, “embargos de declaração”.

Disso inferimos que, em tais hipóteses, antes que uma admissão excepcional de um recurso por outro, o que se tem é simples desconsideração do *nomen juris* dado à peça, conferindo-lhe processamento e julgamento conformes seu conteúdo.

Por isso – exatamente por se aterem à substância em detrimento da alcunha – nossos tribunais sequer enfrentam, naqueles casos, o requisito da dúvida ou incerteza objetiva (necessário à aplicação da excepcional regra de fungibilidade recursal, tal como talhada no CPC/1939).¹⁴⁷⁻¹⁴⁸

¹⁴⁶ Nessa linha, precisamente, o entendimento de Marcelo Pacheco Machado: “Ora, a confusão entre os recursos de embargos de declaração e de agravo regimental configura um dos mais grosseiros erros que se pode conceber no sistema recursal vigente. Trata-se de recursos com propósitos absolutamente distintos [...]. Não se afirma, aqui, que seria insustentável a possibilidade de se receber um recurso de embargos de declaração como se agravo regimental fosse. O que, efetivamente, não é possível é justificar essa possibilidade a partir da técnica da *fungibilidade recursal*, pois, na hipótese, os requisitos classicamente exigidos para sua aplicação jamais estariam presentes”. (Marcelo Pacheco Machado, *Incerteza e processo*, p. 143). O mesmo se diga quanto ao contraste entre apelação e recurso ordinário em mandado de segurança.

¹⁴⁷

RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. FUNGIBILIDADE RECURSAL. AFRONTA AO ART. 535 DO CPC. INEXISTENTE. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS N.ºS. 05 E 07 DO STJ. PROVIMENTO NEGADO.

1. Os embargos de declaração interpostos pretendem impugnar e rediscutir o mérito do *decisum* monocrático, hipótese que refoge ao cabimento do apelo de esclarecimento. Logo, diante dos princípios da instrumentalidade das formas e da fungibilidade dos recursos, deve o petitório ser recebido e processado como agravo regimental. Precedentes.

[...]

3. Embargos declaratórios recebidos como agravo regimental, sendo este improvido.

Entretanto, parcela da doutrina – na esteira do que dizem os próprios STJ e STF – segue tratando aquela técnica como uma espécie de “fungibilidade”. Reconhecem ser algo diferente da tradicional fungibilidade entre recursos (aliás, inteiramente diferente, porque sua aplicação dispensa, como se vê dos arestos colacionados, a demonstração de incerteza ou “dúvida objetiva”), mas continuam apelidando-a “fungibilidade”. Tratar-se-ia, então, de uma fungibilidade *sui generis*, de aplicação mais ampla.¹⁴⁹

‘Aplicação ampla da fungibilidade’ é, a propósito, a dicção de Sidnei Amendoeira Jr., que observa: “[...] não é incomum, no âmbito do E. STJ, admitir-se [sic] embargos declaratórios como agravo regimental por estarem ausentes a omissão, a obscuridade, a contradição ou, ainda, erros materiais. Em que medida isso seria possível, se no caso não há dúvida objetiva na doutrina e, em princípio, o caso é de erro grosseiro, ou seja, a parte valeu-se de um recurso incabível na espécie, em prejuízo de outro que era adequado?”¹⁵⁰

O autor responde à própria indagação sustentando uma compreensão mais ampla da regra de

(EDcl no REsp 600.968/GO, Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Quarta Turma, julgado em 28.11.2006, DJ 05.02.2007 p. 241).

PROCESSUAL CIVIL – PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL – AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO – SÚMULA 284/STF – AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO – PRESCRIÇÃO QUINQUÊNAL FIRMADA NA SENTENÇA – AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO NO RECURSO DE APELAÇÃO – PRINCÍPIO DO *NON REFORMATIO IN PEJUS*.

Em nome da fungibilidade recursal e tendo em vista o teor das razões tecidas pela empresa agravante, considero os aclaratórios como agravo regimental.

[...]

(EDcl no REsp 847.265/AL, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 06.09.2007, DJ 19.09.2007 p. 254).

E, do Supremo Tribunal Federal, veja-se:

AI-ED 666804/PR – PARANÁ. EMB.DECL. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. Relator(a): Min. Cezar Peluso. Julgamento: 12/08/2008; AI-ED 654858/RJ – RIO DE JANEIRO. EMB. DECL. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. Relator(a): Min. Cezar Peluso. Julgamento: 05/08/2008; SS-AgR-ED 3039/SP – SÃO PAULO. EMB. DECL. NO AG. REG. NA SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. Relator(a): Min. Ellen Gracie. Julgamento: 11/10/2007.

¹⁴⁸ A regra da fungibilidade recursal, a despeito de não constar expressamente do atual CPC – como figurava naquele de 1939 – é por todos reputada implícita neste, derivada do princípio da instrumentalidade das formas. Nesse sentido, cf. José Roberto dos Santos Bedaque, *Efetividade...* cit., p. 118; José Carlos Barbosa Moreira, *O sistema de recursos...* cit., p. 220; Cassio Scarpinella Bueno, *Curso...* cit., p. 26; Milton Sanseverino, *Fungibilidade dos recursos*. In *RePro* n. 25, p. 181-183.

¹⁴⁹ Tratam a hipótese como aplicação da fungibilidade recursal: Araken de Assis, *Op. cit.*, p. 90; Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos, *Op. cit.*, p. 141-148; Luís Otávio Sequeira de Cerqueira, *O princípio da fungibilidade e os embargos de declaração no STJ e no STF*, In *RePro* n. 143, p. 183; _____. *O princípio da fungibilidade e os poderes do juiz*, In Luís Otávio Sequeira de Cerqueira *et alii* (coords.), *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*, p. 314-315 (embora, nesse último ensaio, o autor manifeste sua discordância quanto à utilização da “fungibilidade” naqueles casos, ao argumento de que “[...] não se justifica a aplicação da fungibilidade apenas para diminuição do *iter* recursal e apenação [sic] mais rigorosa do recorrente, por maior que seja a carga de infringência contida no recurso ou o intuito protelatório”).

¹⁵⁰ Sidnei Amendoeira Jr., *Op. cit.*, p. 127.

fungibilidade (que denomina – na esteira de conhecida doutrina – *fungibilidade de meios*¹⁵¹). A amplitude que pretende conferir ao instituto é estampada, com clareza, nesta passagem: “[...] perfeitamente possível concluir que o princípio da fungibilidade recursal permitiria uma utilização ampliada, ou seja, sem que fosse necessária a imposição de qualquer requisito, seja com relação à existência de dúvida objetiva, seja com relação ao prazo recursal utilizado. Bastaria, para sua aplicação, que o recurso se prestasse a deixar clara a insurgência da parte com relação ao provimento atacável, para sua admissão”¹⁵²

Com todo respeito, não comungamos desse entendimento. Parece-nos – reiteremos – não ocorrer verdadeira fungibilidade em casos tais qual o do recebimento de peça intitulada “embargos de declaração” como agravo regimental. Fungibilidade pressupõe *alternativa* e *escolha*: consiste em se poder tomar um ou outro caminho, entre dois ou mais predispostos ao mesmo resultado¹⁵³⁻¹⁵⁴. A

¹⁵¹ A expressão é de Teresa Arruda Alvim Wambier. Cf. Fungibilidade de ‘meios’: uma outra dimensão ao princípio da fungibilidade, In Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.), *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*, p. 1090-1091, v. 4; _____. O princípio da fungibilidade sob a ótica da função instrumental do processo, In Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.), *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*, p. 739 et. seq., v. 8.

¹⁵² Sidnei Amendoeira Jr., *Op. cit.*, p. 131.

¹⁵³ Nas palavras de Dinamarco: “Não há fungibilidade em uma só mão de direção. Em direito, se os bens são fungíveis isso significa que *tanto se pode substituir um por outro, como outro por um*”. (Cândido Rangel Dinamarco, *A reforma da reforma*, 5. ed., p. 92). E prossegue: “[...] é inerente a toda fungibilidade a possibilidade de intercâmbio recíproco, em todos os sentidos imagináveis” (Cândido Rangel Dinamarco, *O regime jurídico das medidas urgentes*, In *Nova era do processo civil*, 2. ed., p. 70-71). Na mesma linha, Yarshell afirma que o termo ‘fungibilidade’, “até sob o ângulo lógico, pressupõe uma diversidade de elementos” (Flávio Luiz Yarshell, *Tutela jurisdicional*, p. 117). Sobre a definição de *fungível*, vejamos também os dizeres de Luiz Gustavo Tardin, amparado pela lição de Jean Carlos Dias: “Trata-se de algo que pode ser substituído por outro sem que com isso haja prejuízo. A fungibilidade tratada na seara do direito privado põe em relevo a idéia de substitutividade e de inespecificação. Ao revelar esses aspectos, a norma traduz de forma bastante clara a inexistência de caracteres especiais distintivos, conforme assevera Jean Carlos Dias. [...] Daí a idéia de fungibilidade no âmbito do direito processual civil. Em suma: justificar uma cambiabilidade de formas e procedimentos em que não houvesse, em tese, prejuízo substancial à finalidade a elas estipulada [...]”. (Luiz Gustavo Tardin, *Fungibilidade das tutelas de urgência*, p. 148). Em sentido análogo: Guilherme Freire de Barros Teixeira, *Teoria... cit.*, p. 91. O próprio Sidnei Amendoeira Jr. afirma que há “verdadeira fungibilidade de meios” quando existe a “possibilidade de utilização de mais de um meio (fungíveis entre si) para atingir determinado fim”. Cf. Sidnei Amendoeira Jr., *Op. cit.*, p. 11.

¹⁵⁴ Luigi Paolo Comoglio fala de fungibilidade como *conversão* de um ato (de espécie inadequada) em outro (da espécie correta para tutelar a posição processual da parte). Afirma que se deve proceder a essa conversão sempre que ela não comprometer a atuação efetiva do contraditório entre as partes. Suas palavras: “Em verdade, se os atos a serem convertidos (especialmente aqueles de impulso inicial) forem analisados em sua idoneidade técnica a promoverem validamente a fase ou o grau do procedimento, a fungibilidade das formas prevalece sobre divergências de estrutura, somente quando não comprometer a atuação efetiva do contraditório entre as partes”. No original, por nós livremente traduzido: “Invero, se gli atti da convertire (specialmente, quelli d’impulso iniziale) vengono analizzati nella loro idoneità tecnica a promuovere validamente la fase o il grado di giudizio, la fungibilità delle forme prevale sulle divergenze di struttura, solo quando non compromette l’attuazione effettiva del contraddittorio fra le parti” (Luigi Paolo Comoglio, *Il principio di economia processuale*, p. 172-173, t. I). Em sentido análogo, Gajardoni: “Por fungibilidade entende-se a operação de se receber um ato processual praticado por outro [...]. A adaptação judicial com base na fungibilidade pode ser operada de duas maneiras distintas: (a) pelo recebimento e processamento do ato inadequado como sendo o adequado; e (b) pelo recebimento do ato processual menos útil como sendo o mais útil”. (Fernando da Fonseca Gajardoni, *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC*, p. 190-191). Embora não reputemos esse o melhor caso de uso da palavra (afinal, se ele pressupõe a *conversão* de um ato em outro, a rigor as espécies não são *fungíveis* entre si, mas – diversamente – uma delas é *adequada* e *inadequada* a outra), devemos reconhecer que a acepção já se disseminou há muito. Entre nós, por exemplo, consagrou-se nesse sentido a idéia de uma “fungibilidade” entre as

hipótese, aqui, é outra e bem mais sutil.

Nela, não há dois ou mais meios concorrentes a um único fim. Bem ao contrário – e como, de resto, reconhece-o o próprio Sidnei Amendoeira Jr. – embargos de declaração não se confundem com agravos regimentais, tampouco estes passam por aqueles. Não se trata, é claro, de meios *fungíveis*. Embargos de declaração – passe o truísmo – *são* embargos de declaração (*i.e.*: visam a erradicar *obscuridades*, *omissões* ou *contradições* em um julgado, eis sua função e – nela – sua natureza jurídica); ao passo que agravos regimentais *são* – outra vez, perdoem-nos a obviedade – *apenas* agravos regimentais (*i.e.*: prestam-se a sindicat *errores in iudicando* ou *in procedendo* nas decisões monocráticas de integrante de tribunal).

Muito diversos os fins, inconfundíveis os meios, nenhuma alternativa à escolha da parte. O que, então, permite receber uma peça intitulada “embargos de declaração” como verdadeiro agravo regimental (agravo regimental que ela efetivamente é!)?

Trata-se, em nosso sentir, de técnica muitíssimo mais singela que a fungibilidade. Em verdade, beira o simplório. É a desconsideração do *nomen juris* da petição recursal (que, no caso em apreço, nada tem dos declaratórios, tirante o nome).

Ele, o recurso interposto – desde que impugne efetivamente a decisão proferida –, comunica ao intérprete/aplicador sua espécie ou natureza jurídica, uma vez que é a pretensão nele contida o critério para sua identificação. Assim, quando não se levantam *obscuridades*, *omissões* ou *contradições* no julgado, quando aquilo que o recurso efetivamente combate é um suposto erro de julgamento ou de procedimento na decisão monocrática do relator, sua pretensão e sua finalidade – verdade seja dita – subsumem-se àquelas típicas do agravo regimental (eis, nesses dados, sua natureza jurídica).

Assim, qualquer que seja o nome atribuído à peça (“embargos de declaração”, “contrato de

medidas urgentes, que em verdade não passa de conversão da medida inadequada (pleiteada pela parte) naquela que se mostre correta (embora não pedida) à tutela do direito aparente. Sobre o tema, vejamos – por todas – a lição de Bedaque: “Adotou-se, em relação às tutelas de urgência, cautelares ou antecipatórias, o princípio da fungibilidade, segundo o qual, pode o juiz conceder a medida mais adequada à situação dos autos, sendo irrelevante eventual equívoco do requerente ao formular o pedido. [...] Também é preciso deixar claro que a fungibilidade não está limitada apenas a problemas terminológicos. A adequação a ser feita pelo juiz é da própria medida, deferindo aquela mais apta a afastar risco de inutilidade da tutela final”. (José Roberto dos Santos Bedaque, *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência [tentativa de sistematização]*, 3. ed., p. 381-382). Em sentido análogo, fala-se de fungibilidade (conversão) entre demandas possessórias. Nesse sentido, por todos, cf. José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi...* cit., p. 145-146. Marcelo Pacheco Machado – com razão – critica o uso da expressão fungibilidade nessas hipóteses. Suas palavras: “Com efeito, se tomarmos a comparação com o conceito de fungibilidade no direito material ou, mesmo, com a própria construção semântica da palavra ‘fungibilidade’, vemos que as hipóteses narradas (de possessórias, de tutelas de urgências ou de cautelares) não tratam, verdadeiramente, de meios fungíveis, mas da possibilidade de conversão oficiosa de meios”. (Marcelo Pacheco Machado, *Incerteza...* cit., p. 59).

arrendamento mercantil”, “quadrilátero”, “ornitorrinco”, “*Musée du Louvre*”, etc.), desde que ela impugne efetivamente uma decisão monocrática de relator, agravo regimental (ou interno, tanto faz) será.

Porém, é imperioso ressaltar que a identificação da natureza jurídica do recurso não basta à sua admissão. Uma vez identificada a espécie postulativa (recursal ou não), há que se proceder ao juízo de admissibilidade do ato praticado, aplicando-lhe as regras e os critérios pertinentes.

Para que ele vença os rigores da admissibilidade, deverá – em síntese – observar as formalidades cominadas por lei para *sua* espécie postulativa; requisitos vários que, pois, vão muito além de simplesmente “[...] deixar clara a insurgência da parte com relação ao provimento atacável” (como sugere Amendoeira Jr.)¹⁵⁵.

Data maxima venia, ainda que o inconformismo da parte em relação à decisão proferida seja de clareza solar, ele, por si só, não garante a admissão do recurso interposto. Em princípio, não de ser cumpridas uma por uma as formalidades que condicionam a admissibilidade daquele (prazo, regularidade formal, preparo, etc.).

Voltemos ao caso da peça mal intitulada “embargos de declaração”, identificada como verdadeiro agravo regimental. É preciso que ela satisfaça os requisitos de admissibilidade próprios de sua verdadeira espécie (agravo regimental). Na hipótese *sub examen*, uma vez que coincidem os prazos e as exigências de regularidade formal dos declaratórios e do regimental, queda geralmente possível receber-se petição que, mal batizada, embora, com um daqueles nomes, vise na verdade a desempenhar a função típica do outro.¹⁵⁶

A nosso ver, devemos utilizar terminologia mais rente à natureza desse fenômeno. Ele, afinal, consiste noutra coisa que não a tradicional *fungibilidade* entre recursos. Trata-se, como dissemos, de simples “desconsideração do *nomen juris*”, e muito embora sua consequência seja a mesma da “fungibilidade recursal” (*i.e.*: consiste em se dever receber o recurso tal como interposto); as hipóteses de uma e de outra dessas técnicas diferem inteiramente entre si.

Realcemos as agudas diferenças entre elas.

¹⁵⁵ Sidnei Amendoeira Jr., *Op. cit.*, p. 127-131.

¹⁵⁶ No mesmo sentido, vejamos o entendimento de Marcelo Pacheco Machado, *in verbis*: “Os exemplos citados, na verdade, muito longe de se tratarem de hipótese de fungibilidade recursal, se aproximam da idéia [...] viabilizada [...] pela interpretação dos requisitos de forma efetivamente preenchidos pelo ato, desconsiderando-se o nome a ele atribuído. Chamá-las de fungibilidade recursal, além de gerar problemas metodológicos, pode dificultar o uso dos instrumentos, causando confusões quanto à identificação dos verdadeiros requisitos legais para a aplicação destas técnicas”. (Marcelo Pacheco Machado, *Incerteza... cit.*, p. 58-59).

Na desconsideração do *nomen juris*, prescinde-se de incerteza ou dúvida objetiva, pois há interposição do *recurso correto* (ignorando-se, porém, o nome que a parte lhe haja dado e processando-o de acordo com seu conteúdo – eis a hipótese dessa regra). A técnica é comezinha (como dissemos, beira o simplório): deve-se apenas desprezar a escolha terminológica feita pela parte e submeter o recurso às regras de admissibilidade próprias de sua espécie (espécie que, tal como nas demandas ou em qualquer postulação, é definida pela *pretensão* contida no ato).

Já na hipótese de fungibilidade, supõe-se que: (i) haja uma situação de incerteza ou “dúvida objetiva” quanto à adequação de uma entre pelo menos duas espécies recursais e (ii) a parte haja praticado uma das espécies envoltas na incerteza. Em casos tais, ainda que o tipo de recurso eleito pela parte se afigure inadequado à vista do órgão julgador (que, na posição hipotética de postulante, optaria pelo outro), deverá este recebê-lo e processá-lo *tal como foi interposto* (i.e., sem submetê-lo a conversão alguma, mas às regras de admissibilidade próprias da espécie optada).¹⁵⁷

Assim, tão distintas são as regras em contraste que sequer é preciso ser dos mais zelosos

¹⁵⁷ Nesse sentido, Cassio Scarpinella Bueno ensina que “[...] a aplicação do princípio da fungibilidade é significativa de que qualquer dos recursos que, em tese, poderia ser tido como apto para o caso concreto deve ser aceito e julgado sem quaisquer ressalvas ou reparos. A existência de fundada *dúvida* sobre o recurso cabível conduz a uma necessária flexibilização do sistema recursal, para admitir, dentre as alternativas que dão ensejo à formação da dúvida, o uso de quaisquer dos recursos abrangidos pela dúvida”. (Cassio Scarpinella Bueno, *Curso...* cit., p. 26-27, v. 5). Na mesma linha, a lição de Teresa Arruda Alvim Wambier: “[...] o princípio da fungibilidade não deve gerar a necessidade de ‘conversão’ de um meio no outro. Como consequência inexorável e inafastável da incidência do princípio, tem-se o exame do pedido da parte e a aceitação do meio eleito por ela, desde que se esteja diante de uma zona cinzenta. A necessidade de ‘conversão’ não é inerente à idéia que está por detrás do princípio da fungibilidade [...]” (Teresa Arruda Alvim Wambier, O óbvio que não se vê: a nova forma do princípio da fungibilidade, In *RePro* n. 137, p. 135). Esse, também, é o entendimento de Eduardo de Avelar Lamy, *Op. cit.*, p. 109. Em sentido contrário: “A verdade é que nem sempre se mostra perfeita a redação das leis, nesse e em tantos outros pontos. Pode acontecer que a falta de clareza justifique dúvida na escolha do recurso adequado, gerando incertezas que se refletem na doutrina e na jurisprudência. [...] Em semelhantes hipóteses, não se afigura razoável prejudicar o recorrente que opta por uma ou por outra das vias excogitáveis. Daí o bem conhecido expediente de admitir, sob certas condições, que se processe e se julgue o recurso efetivamente interposto, ainda que ao ver do órgão julgador outro devesse ter sido utilizado. Costuma-se aludir a isso empregando a expressão ‘fungibilidade’ dos recursos. [...] A hipótese mais comum, na matéria, sempre foi a da escolha entre apelação e agravo. A reforma da disciplina deste, operada pela Lei n° 9.139, gerou um problema prático, relacionado com a circunstância de que agora os dois recursos se interpõem perante órgãos diferentes: a apelação, perante o juízo *a quo* (art. 514), o agravo (de instrumento), perante o juízo *ad quem* (art. 524). Pode suceder que o órgão da interposição receba a apelação como agravo, por enxergar nele o recurso cabível, ou vice-versa. E mais: também é concebível que o órgão julgador divirja desse entendimento e repute cabível o recurso originariamente interposto. Nenhuma dessas vicissitudes deve acarretar prejuízo ao recorrente: admitido o aproveitamento, não de tirar-se dele todas as consequências lógicas, até o fim. Como agir na prática? Se o recorrente apelou, e o juízo *a quo* pensa que o caso é de agravo, toca-lhe mandar que a petição seja desentranhada dos autos e remetida ao órgão *ad quem*, para o devido processamento como agravo, asseguradas naturalmente às partes todas as oportunidades previstas na lei para esse recurso. Vindo o tribunal a considerar que a hipótese era mesmo de decisão apelável, determinará a remessa do instrumento ao órgão inferior, para que o recurso seja processado como apelação. Tal providência pode ser tomada pelo próprio relator do recurso, por aplicação analógica do disposto no art. 527, n° II, quanto à conversão do agravo de instrumento em agravo retido. Vejamos o caso inverso: a parte interpôs agravo de instrumento, e o tribunal entendeu que a decisão era apelável. A solução é igualmente a remessa ao órgão *a quo*, para que faça processar o recurso como apelação. Nos mesmos termos acima expostos, pode o relator determinar a providência”. (José Carlos Barbosa Moreira, Restrições ilegítimas ao conhecimento dos recursos, In *Temas de direito processual – nona série*, p. 272-274). Na mesma linha: Nelson Nery Jr., *Teoria...* cit., 6. ed., p. 170-171; Flávio Luiz Yarshell, A fungibilidade recursal e a nova disciplina do agravo. In *Revista do Advogado* n. 48, p. 60-64; Flávio Cheim Jorge, *Teoria...* cit., 2. ed., p. 240-241.

com a terminologia para se aperceber da grande utilidade (quase um imperativo de boa comunicação) que há em se distinguirem os nomes por que denotamos cada uma.

Por essa razão, só falaremos de “fungibilidade recursal” em seu sentido tradicional (tal o da regra por último decomposta, inspirada no art. 810 do CPC/1939 e fundada no requisito da incerteza ou “dúvida objetiva”). Reservaremos, pois, a expressão “desconsideração do *nomen juris*” para aquela regra primeira, de aplicação mais simples, explicada anteriormente.¹⁵⁸

De qualquer modo, queremos neste momento apenas destacar que nossas mais altas cortes de justiça – em muito boa hora, aliás – parecem vir recebendo e processando alguns recursos por aquilo que eles efetivamente são. Ao menos em casos como o dos “pseudo-embargos de declaração” (recebidos como autênticos agravos regimentais) e das “pseudo-apelações” (verdadeiros recursos ordinários), nossos tribunais têm processado o ato por seu *conteúdo*, pela *pretensão* nele contida, não pelas escolhas terminológicas – não raro equivocadas – feitas pelos recorrentes.

3.9. *Identificação dos atos postulatórios a partir da pretensão deduzida*

Confirmamos, por esse cotejo entre a doutrina e a jurisprudência, que o critério identificador dos recursos está longe de ser algo sedimentado, consolidado em nossa experiência jurídica.

O fato de ser relativamente recente a mudança no entendimento do STJ (quanto à admissão de petições intituladas “apelação”, quais verdadeiros recursos ordinários em mandado de segurança) revela quão apegados ainda somos (e paulatinamente deixamos de ser) ao *nomen juris* das petições recursais.

O critério de identificação das espécies postulatórias – demandas ou recursos – não passa, enfim, pelos nomes que lhes hajam sido dados no caso concreto. Assim é e assim deve ser. Recapitulemos as razões para tanto.

¹⁵⁸ Fazemos nossas, aqui, as contundentes palavras do Professor José Carlos Barbosa Moreira, *in verbis*: “Está claro que o ponto não interessará a quem não dê importância à terminologia – a quem suponha, digamos, que em geometria tanto faz chamar triângulo ou pentágono ao polígono de três lados, e que em anatomia dá na mesma atribuir ao fígado a denominação própria ou a de cérebro... Mas – digamos com franqueza – tampouco interessará muito o que esses pensem ou deixem de pensar”. (José Carlos Barbosa Moreira, *Exceção... cit.*, p. 121). Poderíamos, de igual modo, invocar a veemência de Pontes de Miranda: “Em ciências, só se pode desejar a ascensão à precisão matemática. [...] A linguagem vulgar pode chamar ‘manga’ à fruta, ao vidro do candelabro ou do candeeiro, ao braço do paletó; e dizer que B, no seu passo lento, manga, ou que dele manga A, que é zombeteiro. Em ciência, não”. (Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Parecer n. 221, In Dez anos de pareceres*, p. 171, v. 8).

Inicialmente, porque nos domínios da filosofia há muito se desligaram os *nomes* das *coisas* a que se referem. O conhecimento científico – e falamos, agora, de qualquer ramo dele – não convive com este sincretismo pobríssimo, medievalista no pior sentido da expressão, que é confundirem-se as coisas com os nomes que lhes sejam dados.

Depois, porque em todos os quadrantes da ciência do direito se despreza o “batismo” do ato jurídico. Noutras palavras: nenhum ato jurídico tem sua identidade reduzida ao *nomen juris* nele gravado.¹⁵⁹

Last, but not least, porque não se explica (e, pois, não se justifica) empregar critérios distintos para a identificação de dois gêneros da mesma classe: as demandas e os recursos. Quanto àquelas, desde pelo menos o alvorecer do processo canônico já se tomava por indiferente o *nomen juris* que lhes fosse apostado; quanto a estes, porém, vimos que é da tradição de nossa praxe (tradição que remonta, pelo menos, ao sistema recursal do CPC/1939) identificá-los segundo o epíteto de suas petições. *Data maxima venia*, a diversidade de critérios não tem razão alguma de ser.

Em nossa opinião – já exposta *en passant* ao longo do texto – é e só pode ser o *conteúdo* do ato aquilo que descortina sua natureza. O conteúdo e só. Não a encontramos nos nomes, tampouco – e a isto passamos a nos dedicar – nas variações *formais* percebidas entre um ato e outro.

De fato, a forma não pode servir de critério seguro para a identificação da natureza ou espécie de postulação praticada. Senão por outros motivos, apenas pela circunstância de a lei poder regular a forma de um ato por diferentes maneiras, sem com isso desfigurar a espécie postulatória disciplinada.

Assim é que, por vezes, a lei: (i) estabelece a mesma forma para a prática de espécies distintas (ou seja: postulações de conteúdos e de funções distintas podem revestir-se de uma mesma forma); por outras (ii) prescreve formas alternativas para a prática de um mesmo ato (ou seja: uma única espécie postulatória pode assumir mais de uma das formas previstas em lei).

Temos exemplo da primeira situação na forma dos recursos especial e extraordinário. Dos pontos de vista da *tempestividade*¹⁶⁰ e da *regularidade formal*¹⁶¹, é simplesmente impossível

¹⁵⁹ Exceção feita, mais uma vez, aos títulos de crédito (cf., *supra*, nota de rodapé n. 93).

¹⁶⁰ CPC, art. 508: “Na apelação, nos embargos infringentes, no recurso ordinário, no recurso especial, no recurso extraordinário e nos embargos de divergência, o prazo para responder é de 15 (quinze) dias”.

¹⁶¹ CPC, art. 541: “O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas, que conterão: I – a exposição do fato e do direito; II – a demonstração do cabimento do recurso interposto; III – as razões do pedido de reforma da decisão recorrida”.

diferenciar esses recursos. A distinção entre eles, sabidamente, pauta-se nas hipóteses de cabimento de cada um: ao passo que o recurso especial se presta ao controle da aplicação da lei federal, o extraordinário visa à correta aplicação das normas constitucionais sobre questões de repercussão geral. Desses cabimentos – *de sentidos e funções diversas* – decorrem simétricas diferenças quanto às fundamentações a que um e outro daqueles recursos estão vinculados (lei federal, no especial; questões constitucionais de repercussão geral, no extraordinário). Pelo que se pode afirmar, *a fortiori*, que é o conteúdo de cada um (suas diferentes fundamentações) aquilo que os distingue.

Exemplo da segunda situação (*i.e.*: a possibilidade de haver formas distintas para a prática de um mesmo ato) é dado pelas Leis 11.280/2006 e 11.419/2006, que vieram permitir – nos termos de regulamentação regimental e legal, respectivamente – a prática de todos os atos do processo civil em *meio eletrônico*.¹⁶²

A lei 11.280/2006 inseriu um parágrafo único sob o art. 154 do CPC, conferindo-lhe a

¹⁶² Essa, aliás, a tônica de uma tendência irreversível do direito e do processo contemporâneos: deixarem-se atualizar e regularem cada vez mais a prática de atos em mídias eletrônicas (sobretudo aquelas que têm como plataforma a rede mundial de computadores). A propósito, Janet Walker e Garry D. Watson reportam a gradual implantação, no processo dos países de *common law*, das novas tecnologias da informação. Afirmam que a “autuação” eletrônica de documentos e dos atos de comunicação processual revela o alcance da utilização daquelas novas tecnologias, nos países por eles pesquisados: “[...] de Cingapura – onde é universalmente disponível e obrigatória – a Israel e às cortes federais dos Estados Unidos – onde é universalmente disponível, porém facultativa –; até a Inglaterra e o Canadá – onde estão disponíveis apenas em algumas cortes – e por fim à Austrália, onde ela parece ser ainda um desenvolvimento emergente”. Traduzido livremente de: “[...] from Singapore, where it is universally available, to Israel and the US federal courts, where it is universally available but voluntary, to England and Canada, where it is available only in some courts and Australia, where it appears still to be an emerging development”. Janet Walker e Garry D. Watson, *New technologies and the civil litigation process: common law general report*, In Ada Pellegrini Grinover e Petrônio Calmon (orgs.), *XIII Congresso mundial de direito processual*, p. 123. Nos países de *civil law* também se nota – embora em estágio um pouco menos avançado – o emprego daquelas tecnologias no processo. É o que atesta o relatório de Emmanuel Jeuland, em que lemos: “De um modo geral os países europeus e a União Européia utilizam atualmente as novas tecnologias nos procedimentos. Países grandes como a Rússia, o Brasil ou o México estão a ponto de fazê-lo, particularmente para reduzirem as distâncias (Rússia, Brasil) e para darem conta da densidade populacional em suas cidades (México). Certos países da Ásia como o Japão ou a Coreia também aplicam, igualmente, as novas tecnologias [...] utilizadas por juízes e advogados com prudência. No norte da África, a Tunísia e o Marrocos utilizam as novas tecnologias em matéria judicial, para permitir um melhor acesso à justiça e para criar um clima favorável aos investidores (no Marrocos em particular). Por outro lado, não parece que os países de *civil law* da África negra se valham do processo eletrônico, apesar da utilidade que ele poderia ter, particularmente em razão das dificuldades de transporte e da distância da corte de justiça e de arbitragem de Ohada”. No original, livremente traduzido: “Globalement les pays européens et l’Union européenne mettent en place actuellement les nouvelles technologies dans le procédures. De grands pays comme la Russie, le Brésil ou le Mexique sont en passe de le faire notamment pour réduire les distances (Russie, Brésil) et pour tenir compte de la densité de population dans le villes (Mexique). Certains pays d’Asie comme le Japon ou la Corée prennent en compte également les nouvelles technologies [...] utilisées par les justiciables et les avocats mais avec prudence. En Afrique du Nord, la Tunisie et le Maroc mettent en place les nouvelles technologies en matière de justice pour permettre un meilleur accès à la justice et pour créer un climat favorable aux investisseurs (au Maroc en particulier). En revanche, il ne semble pas que les pays de droit civil d’Afrique noire mettent en œuvre de tels procédés alors pourtant que ce pourrait être utile notamment en raison des difficultés de transport et de l’éloignement de la cour de justice et d’arbitrage de l’Ohada”. (Emmanuel Jeuland, *Nouvelles technologies et procès civil: rapport général pour le pays de droit civil*, In Ada Pellegrini Grinover e Petrônio Calmon (orgs.), *XIII Congresso... cit.*, p. 152. Vale registrar, também, recentes inovações no processo civil alemão, que descrevem uma tímida e gradativa abertura daquele sistema para a formatação eletrônica de atos processuais. Nesse sentido, cf. Peter Giles, *Electronic civil procedure (some remarks to general aspects in concern of civil court proceedings, teletechnology and e-procedural law)*, In *RePro* n. 158, p. 199-214, *passim*.

seguinte redação: “os tribunais, no âmbito da respectiva jurisdição, poderão disciplinar a prática e a comunicação oficial dos atos processuais por meios eletrônicos, atendidos os requisitos de autenticidade, integridade, validade jurídica e interoperabilidade da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil”.

Já a lei 11.419/2006, de conteúdo mais abrangente, criou um parágrafo segundo àquele mesmo artigo 154. Curiosamente, não alterou a denominação do parágrafo anterior (criado pela lei 11.280/2006) que assim continua chamado de “único”, embora não seja, desde então, o único ali existente! De qualquer modo, o parágrafo segundo do art. 154 preceitua: “todos os atos e termos do processo podem ser produzidos, transmitidos, armazenados e assinados por meio eletrônico, na forma da lei”.

O art. 18 da lei por último citada outorgou ainda aos órgãos do Poder Judiciário, no âmbito de suas respectivas competências, poderes para regulamentar as formalidades e a tramitação dos atos processuais em meio eletrônico. Investido dessa outorga, o Supremo Tribunal Federal baixou a resolução 344/2007, por meio da qual instituiu o chamado *e-STF*, que nada mais é do que o meio eletrônico de tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais no Pretório Excelso.

Nos termos dessa resolução, é possível interpor recursos extraordinários nas formas eletrônica¹⁶³ e – digamos – “convencional”. Claro está, porém, que as diferenças entre esses meios de expressão (*eletrônico* e *em papel*), acompanhadas das diferentes formalidades de cada um, não são capazes de tornar em espécies recursais distintas aquela que é (e continua sendo) uma só: o recurso extraordinário.

Sua identidade, portanto, não foi (tampouco poderia haver sido) afetada pelas variações formais com que a impugnação pode se apresentar em concreto. Mais uma mostra – claríssima – de que é o *conteúdo* do ato postulatório (mesmo nos atos recursais) a variável que pode, com maior coeficiente de segurança, comunicar sua identidade.

Nada aconselha, portanto, a que pautemos a identificação de um ato por elemento tão inconsistente, variável e circunstancial quanto sua forma. A forma só há de ser decisiva para o juízo de admissibilidade. Afinal, da perfeição formal de um ato poderemos presumir que ele haja atingido seu escopo (derivando, dessa circunstância, sua eficácia).¹⁶⁴

¹⁶³ O recurso extraordinário em forma eletrônica está disciplinado nos arts. 13 *usque* 16 da resolução n. 344/2007.

¹⁶⁴ A perfeição formal de um ato faz presumir, ao juiz (intérprete/aplicador das normas processuais) que aquele haja

Porém, como já afirmamos em mais de uma ocasião (e voltaremos ao ponto, com mais profundidade, *infra*, n. 3.11), o juízo de admissibilidade é sempre uma etapa logicamente posterior à *identificação* da espécie postulatória, que consiste no primeiro de todos os exames a que se submete uma postulação. Nesse momento inicial – isto é, quando de sua identificação – os caracteres formais quedam normalmente irrelevantes, pois em geral não determinam a natureza ou espécie do ato postulativo praticado (há, todavia, uma exceção a essa regra [cf., *infra*, n. 3.12]).

Confirmamos, assim, que é o conteúdo (não o *nomen juris*, tampouco a forma) de um ato postulatório aquilo que deve lhe identificar a espécie.¹⁶⁵ No capítulo anterior, vimos que o *conteúdo* da postulação é a pretensão nela contida. Nessa linha, afirmar que o conteúdo do ato revela a espécie postulatória equivale a dizer que a *causa* e o *pedido* nele veiculados indicam ao intérprete a natureza jurídica (espécie) da postulação praticada.

Vejamos agora, mais detida e analiticamente, como isso sucede.

atingido o escopo para o qual sua forma fora “talhada” (*i.e.*: projetada pelo legislador). Assim, um ato postulatório que se apresente formalmente perfeito é plenamente capaz de comunicar a pretensão de seu autor (permitindo, com isso, que a parte contrária exerça com segurança o contraditório e a ampla defesa) e respeita, ao mesmo tempo, outros valores fundamentais do sistema (como a celeridade, por exemplo, ao apresentar-se tempestivamente). É, em última análise, para o atendimento desses valores fundamentais (e para nada mais) que se exige o cumprimento de determinada formalidade. Por isso dissemos, no corpo do texto, que a observância da forma prescrita em lei faz presumir a eficácia do ato (*i.e.*: faz presumir sua idoneidade para alcançar o escopo ou a função específica que a lei lhe comina, sem danificar valores nucleares do devido processo). Ocorre, porém, que não se pode fazer a presunção inversa; é dizer: da circunstância de o ato não haver cumprido as formalidades exigidas pela lei nem sempre resulta sua inaptidão para alcançar o correspondente escopo, tampouco se pode inferir – automática e inelutavelmente – que haja afligido algum dos princípios e valores componentes do devido processo constitucional. Essa a lição central de Bedaque, quanto ao valor da forma processual, exposta com a clareza habitual em sua tese de cátedra. Cf. José Roberto dos Santos Bedaque, *Efetividade...* cit., p. 410-453, *passim*. Na mesma linha, Remo Caponi e Andrea Proto Pisani acrescem que o escopo de um ato é atingido “[...] quando a contraparte ou o juiz se vêem em condição de exercer o poder que a lei lhes reserva ao disciplinar o procedimento subsequente ao ato de que se trata”. No original, aqui traduzido livremente, lê-se: “Lo scopo dell’atto processuale è raggiunto quando la controparte o il giudice sono messi in condizione di esercitare il potere che la legge riserva loro nel tratto di procedimento successivo all’atto di cui si tratta”. (Remo Caponi; Andrea Proto Pisani, *Lineamenti di diritto processuale civile*, p. 166).

¹⁶⁵ Fazzalari, nesse sentido, reporta-se ao *contenuto* do ato processual como “aquilo em que o ato consiste”. No original, por nós livremente traduzido, lê-se: “[...] il contenuto [dell’atto processuale], [va] inteso come ciò in cui l’atto consiste”. (Elio Fazzalari, *Il giudizio...* cit., p. 101). Na mesma linha, Pajardi ensina que – quando se fala de *identificazione* ou *individuazione* dos atos de parte – “[...] não se põe tanto um problema formal de indicação do documento ou de seu preenchimento como tal, em modo formal ou superficial”. Ao contrário, prossegue, a identificação dos atos de parte é “*sostanzialistiche*”. No original: “Quando si parla di identificazione o individuazione degli atti di parte come dei provvedimenti del giudice, non ci si pone tanto un problema formale di indicazione del documento o dell’adempimento come tali in modo formale o superficiale, [...] nel che identificazione o individuazione sostanzialistiche finiscono per tradursi”. (Piero Pajardi *Procedura civile: istituzioni e lineamenti generali*, p. 122). Simetricamente, quanto à identificação dos atos judiciais, é clássico o escólio de Alfredo Rocco, segundo o qual “[...] nenhuma condição extrínseca caracteriza a sentença; mas a caracteriza e diferencia das outras espécies de atos do juiz o seu conteúdo”. No original, por nós livremente traduzido: “[...] nessuna condizione *estrinseca* caratterizza la sentenza; ma la caratterizza e differenzia dalle altre specie di atti del giudice il suo *contenuto* (Alfredo Rocco, *Op. cit.*, p. 65). Entre nós, esse entendimento é reverberado por Teresa Arruda Alvim Wambier, em várias de suas obras (ilustrativamente, cf. Teresa Arruda Alvim Wambier, O conteúdo das decisões judiciais como fator determinante para sua classificação e para a indicação dos recursos cabíveis, In *RePro* n. 162, p. 273-289). Por fim – e válida para os atos processuais em geral, tanto os das partes quanto os do juiz – tomemos a lição de Roque Komatsu. Suas palavras: “O ato processual oferece um dúplice perfil de exame: um perfil formal ou extrínseco, que diz respeito à forma, ao tempo, ao lugar em que o ato se exprime; um perfil intrínseco, que tem relação com o conteúdo do próprio ato, a sua natureza” [destacamos]. (Roque Komatsu, *Da invalidade no processo civil*, p. 130).

3.10. A situação de gravame combatida e a identificação da espécie postulatória

Identificar implica distinguir. Toda identificação “separa” algo do todo, isto é, distingue o objeto *identificado* de tudo mais que o circunda.

Com as diversas espécies de atos postulatorios não é diferente. Cada uma delas está prevista no conseqüente de determinada regra (constitucional ou infraconstitucional), que a institui e permite ao jurisdicionado praticá-la, acaso presente a situação descrita em sua hipótese (suporte fático, *fattispecie*, etc.).

Por isto se fala em “hipótese de cabimento” do ato: porque as diversas espécies de atos postulatorios se voltam contra situações de gravame descritas com maior ou menor detalhamento nos antecedentes (fattispecie, suportes fáticos) de normas que compõem nosso ordenamento.

Ilustrativamente, vejamos o que diz o art. 513 do CPC: “Da sentença caberá apelação (arts. 267 e 269)”. A estrutura desse enunciado – que facilita, e muito, o trabalho do intérprete – distingue com meridiana clareza a hipótese (*fattispecie*) da conseqüência (*sanctio juris*) nele contidas. Naquela, pressupõe-se a existência de uma sentença contrária à parte; nesta, autoriza-se tal parte a impugná-la (à sentença) mediante uma espécie recursal que o Código denomina *apelação*.

Assim, todo e qualquer ato de natureza recursal, voltado contra uma sentença no sistema do Código de Processo Civil, será *apelação*, pela razão pura e simples de seu conteúdo se subsumir ao conseqüente da norma prevista no art. 513 do CPC (ou, dito de outro modo, será *apelação* pelo fato de ter conteúdo de... *apelação*)¹⁶⁶.

Indagarmos se o ato praticado – que consiste em uma *apelação* (por se tratar de recurso que impugna sentença) – cumpre os demais requisitos de admissibilidade exigidos para esta espécie é um questionamento posterior, cujo enfrentamento supõe, antes, resposta afirmativa à primeira de

¹⁶⁶ Exceções feitas apenas às hipóteses em que o próprio Código prescreve outro recurso (o agravo) contra determinadas sentenças. É o que ocorre com algumas das “decisões” que – embora possuam, indubitavelmente, conteúdo típico sentença – não põem fim ao procedimento em primeiro grau de jurisdição. Servem de exemplo as sentenças que liquidam uma condenação (CPC, art. 475-H) e aquelas que rejeitam a impugnação do executado (CPC, art. 475-M, §3º), ambas agraváveis. Nesse sentido, cf. Teresa Arruda Alvim Wambier, Hipótese de cabimento dos embargos infringentes (a falta de clareza do sistema não pode prejudicar as partes), In *RePro* n. 171, p. 32.

todas as perguntas, a saber: o ato praticado é de que espécie, “apelação”?

Se não o for, por não ter *conteúdo de apelação* (i.e.: por não se subsumir à hipótese da norma insculpida no art. 513 do CPC), o juízo quanto à sua admissibilidade haverá de ser feito segundo as regras que disciplinam a admissibilidade da espécie a que o ato se subsumir. Imaginemos, então, que a decisão atacada seja uma interlocutória (não uma sentença). Assim, a despeito de a peça produzida conter o nome “apelação”, consistirá na verdade em um agravo¹⁶⁷, cuja admissão, por sua vez, reger-se-á pelas normas contidas entre os arts. 522 e 529 do CPC.

Pode ocorrer, vez por outra, de a redação de um determinado enunciado normativo não ser suficientemente clara ao distinguir a *fattispecie* (hipótese de cabimento) da conseqüente prescrição de uma espécie postulatória. Isso, porém, não constitui óbice à compreensão da norma nele contida, cuja estrutura sempre apresentará, em seu antecedente (hipótese de cabimento, *fattispecie*), uma situação de gravame a ser combatida e, em seu conseqüente (*sanctio juris*), a indicação da espécie postulatória adequada ao combate.

É o que ocorre, por exemplo, com a redação do art. 300 do CPC, que – com alguma prolixidade – veicula em verdade duas regras. Transcrevamos o dispositivo e, em seguida, decomponhamo-lo nas regras que contém. Eis sua redação: “compete ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito, com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir”.

Um dos significados obteníveis desse texto é a famosa regra da eventualidade da defesa (que por agora não nos interessa) segundo a qual o réu, em sua contestação, deve alegar “toda a matéria de defesa [possível], expondo as razões de fato e de direito, com que impugna o pedido do autor”.

Contudo, antes mesmo de impor ao réu o ônus de deduzir, numa só oportunidade, todas as alegações defensivas possíveis, o que aquele enunciado diz é que a função da espécie postulatória *contestação* é impugnar o *pedido do autor*. Aí estão, respectivamente, o conseqüente (C) e a hipótese (H) de uma norma assim estruturada: H [se o réu deseja impugnar o *pedido do autor*] → C [deve fazê-lo em *contestação*]. Isso não significa – reiteremo-lo, ainda que a essa altura pareça óbvio – que o réu deverá intitular “contestação” a peça em que postula a rejeição do pedido do autor. Quer a norma indicar, tão-somente, que a *espécie postulatória* com que o réu pleiteia a rejeição da pretensão autoral é, qualquer que seja o nome da peça produzida, uma *contestação*.

Outra vez, frisemos que a existência dessas regras – que indicam ao magistrado a espécie ou

¹⁶⁷ CPC, art. 522: Das decisões interlocutórias caberá agravo [...]”.

natureza de um determinado ato postulatório – justifica-se por elas serem necessárias à individuação do regime jurídico do ato (que contém, por sua vez, as normas regentes da admissibilidade do mesmo). É, afinal, a partir da identificação prévia da espécie postulatória que se vai identificar o regime (*i.e.*: as normas procedimentais subseqüentes) a adotar (cf., *infra*, n. 3.11).

Obtemos, portanto, à guisa de conclusão, que identificar espécies postulativas por seu conteúdo é, essencialmente, distinguir – em todo o ordenamento jurídico – sua *hipótese de cabimento*, isto é, a situação de gravame (processual ou substancial) que ela visa a debelar, a prevenir, a retificar, etc.

Assim, quando afirmamos que é o conteúdo do ato aquilo que identifica a respectiva espécie postulatória, estamos a dizer, por elipse, que seu conteúdo se subsume ao conseqüente de determinada regra, que, entre todas as que regulam atos postulatórios, tem em seu antecedente (fattispecie, hipótese normativa) a situação combatida por aquela pretensão.

3.11. Do juízo de identificação ao juízo de admissibilidade

Pelo que resulta de todo o exposto, uma vez identificada a espécie postulatória a partir de seu conteúdo (o que é feito – acabamos de ver – com olhos voltados para a situação combatida pelo ato), podemos finalmente passar ao exame de sua admissibilidade (pois só então haveremos identificado *o quê* – exatamente – se há de julgar admissível ou inadmissível e *por que regras*).

A propósito desse segundo exame, começamos por destacar a existência de questões que encerram um verdadeiro *conjunto geral de requisitos de admissibilidade* (*i.e.*: aplicam-se à generalidade dos atos postulatórios [demandas e recursos] indiferentemente).

Tais questões são conhecidas de todos e consistem em requisitos vários, ligados ora ao conteúdo da postulação (*legitimidade, interesse, adequação*) ora à sua forma (*lugar do ato: endereçamento da peça ao órgão competente; seu tempo: tempestividade; seu modo de ser: regularidade formal, recolhimento das taxas judiciárias, etc.*).

Qual, no entanto, a relevância de identificarmos a espécie postulatória praticada se à admissibilidade de toda e qualquer postulação se impõem as questões acima? Não dissemos, anteriormente, que para cada espécie postulatória corresponde um regime jurídico próprio (incluído, neste, um regime próprio de admissibilidade)? Estaríamos a nos contradizer?

Não, de modo nenhum.

É que todas aquelas questões, embora presentes no juízo de admissibilidade das postulações em geral, são reguladas de modo específico pela lei segundo a espécie postulatória de que se trate. Isso significa que, apesar de as postulações em geral deverem ser tempestivas, o prazo concedido à prática de umas pode ser (e não raro é) maior que o prazo reservado às outras (para outras tantas sequer há imposição de prazos); embora todas devam vir acompanhadas da guia de recolhimento das taxas judiciárias (custas, preparo), algumas dessas taxas afiguram-se mais onerosas que outras; e – igualmente – não obstante todas devam ser veiculadas por petições formalmente regulares, o modelo de regularidade formal de algumas pode pressupor o cumprimento de requisitos que outras não precisem observar; etc.

Nisso já se detecta a importância de uma correta e prévia identificação da espécie postulativa a ser julgada admissível/inadmissível.

Como isso não bastasse, há ainda algumas regras formais de admissibilidade que são exclusivas de determinada espécie (não compõem, pois, aquele regime geral, mas um regime *específico*, porque inerente à espécie postulativa *x*, *y* ou *z*), o que só vem a reforçar a necessidade apontada (de se identificar primeiramente a natureza ou espécie do ato postulatório praticado, para depois, e só então, passar-se ao exame de sua admissibilidade). É, por exemplo, o caso da ação rescisória, para cuja admissibilidade se exige o depósito do percentual regulado pelo art. 488, II, do CPC¹⁶⁸.

De tudo se confirma a antecedência lógica daquele juízo (de identificação) a este (de admissibilidade), condicionado necessariamente pelo resultado do primeiro.

¹⁶⁸ CPC, art. 488 – A petição inicial será elaborada com observância dos requisitos essenciais do art. 282, devendo o autor: [...] II – depositar a importância de 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa, a título de multa, caso a ação seja, por unanimidade de votos, declarada inadmissível ou improcedente.

3.12. *Subsunção do ato a mais de uma espécie jurídica (i.e.: subsunção a mais de um conseqüente normativo): uma exceção*

Tudo o que afirmamos até este momento parece pressupor que cada ato postulatório, em concreto, se subsuma com mecânica precisão a um (e apenas um) dos modelos (espécies) previstos nos conseqüentes das mais variadas normas processuais.

Essa suposição, se não chega a ser equivocada (longe disso), encontra em nosso ordenamento algumas exceções (incapazes, porém, de infirmá-la como regra). Há certos casos nos quais um ato postulatório – em razão da pretensão nele contida – logra subsumir-se a dois meios processuais distintos (ou, na linha da terminologia que vimos empregando, a duas *espécies postulatórias* distintas).

Veja-se, por exemplo, a pretensão de um particular, lastreada por prova documental das alegações nela contidas e destinada à anulação de um ato de autoridade pública, supostamente praticado em ilegalidade ou com abuso de poder. Em princípio, a situação narrada se ajusta perfeitamente à espécie “mandado de segurança” e, tanto quanto, ao molde de uma simples demanda desconstitutiva (de procedimento comum).

O que ocorre em situações como essa – frisemos – é que a pretensão deduzida, considerada em si mesma (isto é, analisados apenas seu pedido e sua causa de pedir) subsume-se a mais de uma espécie postulatória (mais de um meio previsto no sistema, capaz de veiculá-la), impossibilitando com isso que o intérprete/aplicador defina – apenas com base naqueles dados (componentes do conteúdo da postulação) – a espécie de que se trata e o procedimento a adotar dali em diante.

Nesses casos – que veremos com mais vagar e maior rigor de análise no capítulo seguinte (*infra*, cap. IV, ns. 4.10 *usque* 4.12) – inevitável levar em consideração outros dados (que não aqueles presentes no conteúdo do ato) para se identificar com precisão a espécie postulativa investigada. Imprescindível, pois, acorrer à forma apresentada pelo ato e – se tampouco ela servir de *discrímen* – até mesmo a seu *nomen juris*.

3.13. *Síntese do capítulo*

Por ora, sem prejuízo da exceção apontada e à guisa de conclusão do capítulo, reiteremos a *regra geral* de identificação das espécies postulatórias (afirmada e confirmada ao longo de nossas

reflexões): é o conteúdo do ato – ou seja: seu pedido conjugado com sua causa – aquilo que nos permite identificar a hipótese de cabimento da postulação e, nela, a espécie de que se trata.

No capítulo seguinte, cuidamos de reafirmar essa conclusão, fazendo-o a partir de um estudo da postulação como ato (e, pois, como manifestação) de vontade da parte.

Com a aplicação de um princípio hermenêutico – conducente à correta interpretação da vontade do postulante – confirmaremos por outro prisma a conclusão obtida neste capítulo: é o conteúdo do ato, a *pretensão* nele contida, o sinal mais fortemente indicativo da espécie postulatória que a parte quis praticar e praticou.

Avancemos, pois, às reflexões sobre o querer do postulante.

Capítulo IV

A MANIFESTAÇÃO DE VONTADE NA ESCOLHA DAS ESPÉCIES POSTULATÓRIAS

4.1. A postulação como ato jurídico *stricto sensu*. 4.2. A relação biunívoca entre fins e meios e a interpretação do ato postulatório. 4.3. Desconexão entre o *nomen juris* ou a forma e o conteúdo do ato. 4.4. (Continuação) O princípio de não presunção dos atos dispositivos. 4.5. (Continuação) Manifestações do princípio no ordenamento jurídico brasileiro. 4.6. (Continuação) Manifestações do princípio no direito comparado. 4.7. (Continuação) “Quem quer o fim, quer o meio”. 4.8. Identificação da espécie postulatória e contraditório: proteção às expectativas processuais das partes. 4.9. Escolha de meio inadequado (falta de cabimento-adequação). 4.10. Pluralidade de meios conducentes a um mesmo fim (inexistência de relação biunívoca entre os meios e o fim). 4.11. (Continuação) Incerteza no sistema, liberdade negativa e pluralidade de meios conducentes ao mesmo fim. 4.12. (Continuação) Espaços de liberdade postulatória – positiva e negativa – e a chamada “fungibilidade de meios”. 4.13. Síntese do capítulo.

4.1. A postulação como ato jurídico *stricto sensu*

É tradicional a lição de que as postulações – inseridas em uma classificação dos eventos jurídicos ou “*atos jurídicos lato sensu*” – pertencem à ordem dos “*atos jurídicos*”, que consistem em manifestações de vontade juridicamente relevantes (opondo-se, assim, à ordem dos “*atos jurídicos stricto sensu*”: acontecimentos involuntários – e, por isso, quase sempre “naturais” [*i.e.*: inumanos] – a que se imputam consequências jurídicas).¹⁶⁹₁₇₀

¹⁶⁹ Para a distinção entre fatos jurídicos *stricto sensu* e atos jurídicos, veja-se: “[...] os acontecimentos e as condutas são os fatos e atos da vida. Se relevantes para o Direito, qualificam-se como *jurídicos*. Temos, então, a categoria dos *fatos jurídicos* em sentido amplo. Podem ser naturais – fatos jurídicos em sentido estrito – ou dependentes da vontade – atos jurídicos [*lato sensu*]”. (José Roberto dos Santos Bedaque, *Efetividade...* cit., p. 407).

¹⁷⁰ Há quem erga entre os atos jurídicos e os fatos jurídicos *stricto sensu* uma terceira categoria, denominada “atos-fatos jurídicos”. Trata-se de corrente firmada por Pontes de Miranda, que contou com a adesão de Marcos Bernardes de Mello e, entre os processualistas, de Calmon de Passos e Eduardo Talamini (a propósito, cf. Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, p. 372 *et. seq.*, t. II; Marcos Bernardes de Mello, *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, 12. ed., p. 130 *et. seq.*; José Joaquim Calmon de Passos, *Esboço de uma teoria das*

Entre as manifestações de vontade juridicamente relevantes (*i.e.*: entre os *atos jurídicos*), opõem-se os “*atos jurídicos stricto sensu*” aos “*negócios jurídicos*”. Bedaque os distingue com clareza. Suas palavras: “se os efeitos produzidos pelos atos constituem resultado direto do querer, estamos diante dos *negócios jurídicos*. Se a vontade, embora essencial à existência do ato, é irrelevante para determinação das conseqüências, que são previamente estabelecidas pelo legislador, o fenômeno é denominado ‘ato jurídico *stricto sensu*’”.¹⁷¹⁻¹⁷²

As postulações pertencem a essa última categoria (*i.e.* qualificam-se como “*atos jurídicos stricto sensu*”). Não por outro motivo, aliás, falamos de *atos* postulatorios, não de *fatos* ou de *negócios jurídicos* postulatorios, etc..¹⁷³⁻¹⁷⁴

nulidades aplicada às nulidades processuais, p. 67-68; Eduardo Talamini, *Coisa julgada e sua revisão*, p. 286-289). Para além da coerência ou consistência interna dessa taxonomia, parece-nos questionável, outrossim, a utilidade de um terceiro conceito (o de “atos-fatos”) a par dos tradicionalmente opostos “atos jurídicos” e “fatos jurídicos *stricto sensu*”. Aqueles – o pretendido *tertium genus* – consistiriam em eventos humanos, voluntários ou não, *tratados pela lei como meros fatos*. Como hipóteses fáticas de normas (*fattispecie*), incidiriam desde que ocorresse a ação humana nelas descrita (pouco importando, para tanto, que a ação houvesse ocorrido de modo voluntário ou involuntário; sua simples exteriorização bastaria para deflagrar o efeito programado no conseqüente da norma). Logo se vê, pois, que os *atos-fatos* existem apenas como classe de *hipóteses normativas*, tais as que *descrevem um evento humano como condição suficiente e necessária à sua incidência, sem, contudo, levarem em conta o elemento ‘vontade’ na realização daquele*. Isso nos conduz a, pelo menos, duas conclusões: (i) o regime jurídico dos atos-fatos é, na essência, idêntico ao dos fatos jurídicos *stricto sensu* (em ambos, nenhuma manifestação de vontade é relevante para a produção e para a disciplina dos efeitos) e (ii) no mundo do ser (*das Sein*) importa – para fins de regulamentação jurídica – distinguir entre eventos voluntários e involuntários. Usem-se, para tanto, os conceitos tradicionais de *ato* (evento voluntário por definição) ou *fato* em sentido estrito (involuntário por definição; humano ou inumano, pouco importa). Se a hipótese de uma determinada norma previr como condição de incidência um evento humano voluntário, então este, uma vez realizado, consistirá em um *ato jurídico*. Já quando a hipótese limitar-se a denotar um evento involuntário (humano ou não, esse dado é irrelevante e acidental), a ocorrência deste será um *fato jurídico* em sentido estrito. Com isso, o conceito de ‘atos-fatos’ – embora lhe defiramos o devido respeito – parece-nos mera superfetação. Esse parece ser, também, o entendimento de Vicente Ráo, que trata como “eventos [jurídicos] que da vontade independem” os “[...] fatos naturais, ou fatos do mundo exterior, provocados por forças da natureza, ou acontecimentos humanos alheios à vontade dos sujeitos cuja esfera jurídica atingem”. Em ambas as hipóteses – diz – “[...] os termos originários da equação produtora de efeitos jurídicos são, apenas, os fatos e as normas, sem o concurso, pois, da vontade”. (Vicente Ráo, *Ato jurídico*, 3. ed., p. 21-22).

¹⁷¹ José Roberto dos Santos Bedaque, *Efetividade...* cit., p. 407-408. Elaborada, embora, sob outro prisma, chega a resultado análogo a distinção proposta por Eduardo Talamini. Para esse autor, a diferença entre o ato jurídico *stricto sensu* e o negócio jurídico: “[...] está em que, no negócio jurídico, a vontade (ou a ‘declaração’) é elemento relevante não só para a consecução das conseqüências jurídicas previstas na norma como também para a própria estruturação interna de significativa parcela dessas conseqüências” (Eduardo Talamini, *Coisa julgada e sua revisão*, p. 288).

¹⁷² Em sentido análogo, tomemos os escólios Marcos Bernardes de Mello e Pontes de Miranda: “[...] diz-se *ato jurídico lato sensu*” aquele em que a vontade consciente constitui o elemento cerne de seu suporte fático. Os atos jurídicos *lato sensu* são lícitos ou ilícitos. Os lícitos, por sua vez, se dividem em atos jurídicos *stricto sensu* e negócios jurídicos [...]. (Marcos Bernardes de Mello, *Teoria do fato jurídico: plano da validade*, 6. ed., p. 3). Do mesmo autor (inspirada em Pontes de Miranda) é a distinção entre os atos jurídicos *stricto sensu* e os negócios jurídicos. Suas palavras: “No ato jurídico *stricto sensu* [...] a vontade não tem escolha da categoria jurídica, razão pela qual a sua manifestação apenas produz os efeitos necessários, ou seja, preestabelecidos pelas normas jurídicas respectivas, e invariáveis. [...] A partir dessas observações, podemos formular um conceito de ato jurídico *stricto sensu*, como sendo o fato jurídico que tem por elemento nuclear do suporte fático manifestação ou declaração unilateral de vontade, cujos efeitos jurídicos são prefixados pelas normas jurídicas e invariáveis, não cabendo às pessoas qualquer poder de escolha da categoria jurídica ou de estruturação do conteúdo das relações jurídicas respectivas” (Marcos Bernardes de Mello, *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, 12. ed., p. 158-159, *passim*). No mesmo sentido, cf. Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Tratado...* cit., p. 183-447, t. II; *Idem, Ibidem*, p. 3 *et. seq.*, t. III.

¹⁷³ Nesse sentido: Enrico Tullio Liebman, *Manuale...* cit., p. 188-198, *passim*; Salvatore Satta e Carmine Punzi, *Diritto processuale civile*, 13. ed., p. 198; Carlo Furno, Nullità e rinnovazione degli atti processuali, In *Studi in onore di*

Próprios de *atos jurídicos* stricto sensu, os efeitos de uma postulação (qualquer que seja ela: uma demanda ou um recurso), encontram-se *preestabelecidos em lei*, nos conseqüentes de normas processuais, sendo de todo irrelevante – para a produção daqueles – perscrutar se a parte *realmente* os quis.¹⁷⁵

A vontade da parte – necessária e suficiente à deflagração dos efeitos típicos de um ato jurídico *stricto sensu* (e o postulatório, no particular, não constitui exceção) – esgota-se na simples *intenção de praticá-lo* (também chamada de *voluntariedade*); corresponde à consciência do ato e à

Enrico Redenti, p. 410, v. I; Maria Francesca Ghirga, *La meritevolezza della tutela richiesta*, p. 156-157. Na doutrina alemã: James Goldschmidt, *Teoria...* cit., p. 102-103; Othmar Jauernig, *Op. cit.*, p. 170 *et. seq.*. Entre nós, cf. Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições...* cit., p. 466-470, v. II; José Roberto dos Santos Bedaque, *Efetividade...* cit., p. 406-410; Rodrigo Klippel, *Teoria geral do processo civil*, p. 446-447.

¹⁷⁴ Paula Costa e Silva, no entanto, aproxima os atos postulatórios dos negócios jurídicos. Diz: “Quando nos perguntamos se o acto deve ou não ser aproximado do acto negocial, temos de o considerar enquanto acto juridicamente relevante em si. E temos de saber se ele é relevante, nos termos em que o é, porque é considerado um acto de auto-regulação. Ora, não obstante os efeitos que o acto desencadeia no procedimento não dependerem de a parte manifestar qualquer vontade no sentido dessa produção, o acto postulativo é claramente um acto de auto-regulação. Toda a actuação processual da parte será destinada a conseguir que o tribunal profira uma decisão, cujos efeitos se confundem com a solução que a parte, se pudesse impor a sua vontade directamente à parte contrária, ditaria para o caso concreto. E, nessa solução, está implicada, não apenas a parte contrária, mas também a parte autora do acto. *Os efeitos que ela escolhe vinculá-la-ão a ela e à parte contrária*” (Paula Costa e Silva, *Op. cit.*, p. 319). Com o devido respeito, entendemos que a vinculação do postulante aos limites de sua pretensão decorre pura e simplesmente do princípio da demanda (e da regra, dele derivada, de adstrição entre os objetos do pedido e da decisão *de meritis*). Nada há que ver, a rigor, com uma suposta (e *data venia* inexistente) natureza negocial do ato postulatório. Isso resulta claro se observarmos que os tais efeitos, “escolhidos pelo postulante”, a bem da verdade se produzem pelo ato estatal e imperativo que é a *sentença*, por sua vez ditada em conformidade com as regras de direito material aplicáveis ao caso, e que não necessariamente coincidem com “a solução que parte, se pudesse impor a sua vontade directamente à parte contrária, ditaria para o caso concreto”. Aliás, se a “solução” pretendida pelo postulante desviar-se daquela prevista no plano material do ordenamento, conseqüência disso será a rejeição de sua demanda, o que mostra que a vontade do postulante não é inteiramente livre, mas *deve* equivaler àquilo que poderíamos designar – utilizando expressão de corte chiovendiano – como “vontade abstrata da lei”. Não há, portanto, uma relação direta (própria dos negócios jurídicos) entre a vontade manifestada no ato postulatório e os efeitos então decorrentes (que advêm apenas *mediatamente* da postulação, derivando *imediatamente* da decisão judicial). Acresçamos, por fim, que não há outros efeitos (processuais) de um ato postulatório, que não aqueles produzidos – ou, como quer a autora, *desencadeados* – no procedimento. Quanto a estes – que, insistamos, são os únicos imputáveis a uma postulação – ela própria reconhece “[...] não dependerem de a parte manifestar qualquer vontade no sentido dessa produção”. Pelo que concluímos, inelutavelmente, serem as postulações verdadeiros *atos jurídicos em sentido estrito*, jamais *negócios jurídicos processuais*, figura no mínimo controvertida na ciência do processo, havendo quem negue categoricamente sua existência (cf. Enrico Tullio Liebman, *Manuale...* cit., p. 188-189; Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições...* cit., p. 466-470, v. II) e quem a defenda com ardor (cf., por todos, Francesco Carnelutti, A proposito di concetti infecondi nella scienza processuale, In *Studi di diritto processuale*, p. 197-199). Como quer que seja, tem razão Vittorio Denti, ao afirmar que “[...] a conotação essencial do ato processual é dada por sua inserção na série efetiva do procedimento [...]. Parece difícil, portanto, identificar na assim chamada “normatividade” do ato processual um fenômeno que opere sobre o mesmo plano da “normatividade” dos atos negociais. Referida àquela típica modalidade de formação sucessiva da *fattispecie* que é o procedimento, a atuação da “normatividade” se apresenta com características irredutíveis àquelas próprias dos negócios jurídicos substanciais”. No original, por nós livremente traduzido: “Il connotato essenziale dell’atto processuale è dato dal suo inserimento nella serie effettuale del procedimento [...]. Appare difficile, quindi, individuare nella cosiddetta normatività dell’atto processuale un fenomeno operante sullo stesso piano della normatività degli atti negoziali. Riferito a quella típica modalità di formazione sucessiva della *fattispecie* che è il procedimento, l’operare della normatività si presenta con caratteristiche irriducibili a quelle proprie dei negozi giuridici sostanziali” (Vittorio Denti, Procedimento civile (atti del), In *Digesto delle discipline privatistiche (sezione civile)*, p. 554, t. XIV).

¹⁷⁵ Nesse sentido, cf. Enrico Redenti, Atti processuali civili, In *Enciclopedia del diritto*, p. 114, t. IV; Elio Fazzalari, *Istituzioni...* cit., p. 356-358, *passim*; Luigi Paolo Comoglio, Corrado Ferri e Michele Taruffo, *Lezioni sul processo civile*, p. 416.

circunstância de, assim – conscientemente – realizá-lo.¹⁷⁶ É quanto se exige para que um ato postulatório seja praticado eficazmente. Basta, como dissemos, a *prática consciente* do mesmo.¹⁷⁷ Assim, o ato será eficaz mesmo quando o postulante não tenha a mais remota noção dos efeitos que, por seu gesto livre e consciente, acabou deflagrando.

Além disso, realizado o ato, é vedado ao intérprete (ao contrário do que ocorre nos negócios jurídicos) sindicarem a idoneidade da formação da vontade do postulante, ainda que este venha a argüir defeitos interferentes em sua decisão (referimo-nos às hipóteses de *erro*, *dolo*, *coação*, *lesão* e *estado de perigo*, causas de anulação do *negócio jurídico*, mas, regra geral, inaplicáveis aos atos *stricto sensu*).¹⁷⁸

A impossibilidade de se investigarem alegados vícios, na formação da vontade pressuposta a uma postulação, é justificada pela doutrina – na maioria das vezes – com razões de ordem prática. Acorrem à necessidade de se chegar, com o menor dispêndio possível de atos e em tempo razoável, à entrega de um provimento de mérito. Pioneiras, nesse sentido, as palavras de Redenti: “o regime normal dos atos processuais das partes [...] representa uma enorme simplificação do mecanismo do processo. Se para cada ato processual fosse permitida uma pesquisa sobre a correspondência dos efeitos ao intento e sobre a formação da vontade interior, o processo não caminhará mais”.¹⁷⁹

Costuma-se também acrescer, a essa explicação, a de que os atos processuais são eminentemente “formais”, razão pela qual, em sua disciplina, a observância dos requisitos de forma e de procedimento bastaria para que se pudesse conferir-lhes eficácia e validade, absorvendo e

¹⁷⁶ Nesse sentido, cf. Enrico Redenti, *Atti... cit.*, p. 114, t. IV; _____. *Profili pratici del diritto processuale civile*, p. 546-547; Enrico Tullio Liebman, *Manuale... cit.*, p. 188-189; Vittorio Denti, *Volontarietà e volontà nel trattamento degli atti processuali*, In *Dall'azione al giudicato: temi del processo civile*, p. 181 *et. seq.*; Maria Francesca Ghirga, *Op. cit.*, p. 157-163; Ferruccio Auletta, *Nullità e “inesistenza” degli atti processuali civili*, p. 131-132; Leo Rosenberg, *Tratado... cit.*, p. 357, t. I; José Roberto dos Santos Bedaque, *Efetividade... cit.*, p. 410; José Joaquim Calmon de Passos, *Esboço...cit.*, p. 58-59.

¹⁷⁷ Categóricas, a propósito, as palavras de Dondina, *in verbis*: “Considerada sob o perfil psicológico, a conduta em que se exterioriza o ato processual deve ser consciente e voluntária: isso independentemente do título subjetivo por que é realizada, e que pode derivar o exercício de um poder, de um direito subjetivo, de uma faculdade ou do adimplemento de um dever [...]”. No original, por nós livremente traduzido: “Considerata sotto il profilo psicologico, la condotta in cui si estrinseca l’atto processuale deve essere cosciente e volontaria: ciò independentemente dal titolo soggettivo per cui viene compiuta, e che può derivare dall’esercizio di una potestà o di un diritto soggettivo o di una facoltà, oppure dall’adempimento di un dovere [...]” (Mario Dondina, *Atti processuali... cit.*, p. 1517).

¹⁷⁸ Nesse sentido, cf. Enrico Redenti, *Atti... cit.*, p. 114-115; _____. *Profili... cit.*, p. 546-547; Enrico Tullio Liebman, *Manuale... cit.*, p. 89; Salvatore Satta e Carmine Punzi, *Diritto... cit.*, p. 198; Carlo Furno, *Op. cit.*, p. 410; Tito Carnacini, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, In *Studi in onore di Enrico Redenti*, p. 715, v. II; Ferruccio Auletta, *Op. cit.*, p. 131-132; Maria Francesca Ghirga, *Op. cit.*, p. 157 *et. seq.*; Andrea Giussani, *Le dichiarazioni di rinuncia nel giudizio di cognizione*, p. 52-53. Entre nós, cf. José Roberto dos Santos Bedaque, *Efetividade... cit.*, p. 410; José Joaquim Calmon de Passos, *Esboço... cit.*, p. 63.

¹⁷⁹ Traduzimos livremente o seguinte excerto: “[...] Il regime normale degli atti di procedura delle parti [...] rappresenta una enorme semplificazione del meccanismo del processo. Se per ogni atto di procedura fosse ammessa una indagine circa la rispondenza degli effetti all’intento e circa la formazione della volontà interiore, il processo non camminerebbe più”. (Enrico Redenti, *Profili... cit.*, p. 548). No mesmo sentido, cf. Andrea Giussani, *Op. cit.*, p. 31-32.

anulando qualquer argumento contrário.

Nessa linha, a lição de Monteleone:

“Nos atos processuais a forma prevalece sobre qualquer outro aspecto ou consideração, porque todo o direito processual é um direito formal, na medida em que é por meio do respeito às formas que o ordenamento jurídico assegura a observância da lei intrínseca do processo. [...] De fato, não existe outro modo de impor e de garantir *a priori* que se alcance a declaração do direito deduzido em juízo, em conformidade com o contraditório e com a dialética entre as partes e o juiz [...] senão agindo de acordo com as formas, que àquele fim são preordenadas. E uma vez que [...] o processo consiste em uma série de atos conexos entre si e voltados para um mesmo fim, todos eles devem obedecer a um regulamento formal, que absorve e anula em si qualquer outro fator ou elemento, seja ele subjetivo ou objetivo. Assim, não têm relevância no ato processual a vontade do agente, o fim ou o móvel subjetivo, a causa objetiva e assim por diante. O que importa é que o ato seja decalcado sobre o esquema a cada turno previsto pela lei. Se isso é respeitado, o processo avança independentemente de qualquer outra consideração; e se isso não for respeitado, sucederão conseqüências negativas, geralmente proporcionais à importância do elemento formal negligenciado”.¹⁸⁰

Em resumo: (i) à parte é dado escolher o tipo ou a espécie de ato jurídico que deseja praticar (não pode, contudo, interferir nos efeitos deflagrados por sua prática) e (ii) ela faz saber que escolheu esta ou aquela espécie de ato *praticando-o conscientemente* (é tanto o que basta para que reputemos idônea sua manifestação de vontade, sendo vedado anulá-la e a seus efeitos, ao pretexto de que foi coacta ou por qualquer modo viciada na origem).

É esse, precisamente, o estado da arte quanto ao papel da vontade na prática dos atos processuais. Para as pretensões de nosso trabalho, não interessa combater tais premissas ou tentar abrir-lhes exceções (vale o registro, porém, de ponderáveis argumentos contra este verdadeiro dogma, que é a impossibilidade de controle judicial dos defeitos volitivos na formação do ato

¹⁸⁰ No original, por nós livremente traduzido: “Negli atti processuali la forma prevale su ogni altro aspetto, o considerazione, poiché tutto il diritto processuale è un diritto formale, in quanto è attraverso il rispetto delle forme che l’ordinamento giuridico assicura l’osservanza della legge intrinseca del processo. [...] Infatti, non esiste altro modo di imporre e garantire *a priori* che si giunga all’accertamento del diritto, dedotto in giudizio, in conformità al contraddittorio ed alla dialettica tra parti e giudice [...] se non agendo secondo le forme, che a quel fine sono preordinate. E poiché [...] il processo consiste in una serie di atti tra loro connessi e cospiranti ad un medesimo fine, tutti questi devono obbedire ad un regolamento formale, che assorbe ed annulla in se ogni altro fattore o elemento, sia esso soggettivo che oggettivo. Così non rilevano nell’atto processuale la volontà dell’agente, il fine o il movente soggettivo, la causa oggettiva, e così via: ciò che importa è che l’atto sia ricalcato sullo schema di volta in volta previsto dalla legge. Se esso è rispettato, il processo va avanti, indipendentemente da ogni altra considerazione; se esso non è rispettato, si avranno delle conseguenze negative, generalmente proporzionate alla importanza dell’elemento formale negletto”. (Girolamo Monteleone, *Diritto processuale civile*, 3. ed., p. 280-281, *passim*).

processual)¹⁸¹.

Assim, aplicando as noções obtidas à disciplina dos atos postulatórios, temos que é pela prática consciente de determinada postulação que a parte comunica, em cada caso, a identidade do meio ou da espécie por ela escolhida.

Imperioso, diante disso, que respeitemos a autoridade de sua opção: ao tentarmos identificar – no caso concreto – o meio ou a espécie a que sua postulação se subsume, devemos colher no ato os sinais da vontade manifestada pela parte e interpretá-los. Noutras palavras: a espécie a que uma postulação pertença é sempre escolha da parte; trata-se da espécie por que ela, a parte, optou ao praticar seu ato.

É o que ensina Liebman, ressaltando a interpretação do ato *para descoberta de seu sentido* como único exame judicial possível acerca da vontade postulativa. Eis a lição do Mestre: “o

¹⁸¹ Para um estudo exauriente desses argumentos, cf. Vittorio Denti, *Volontarietà...* cit., p. 181-229; Paula Costa e Silva, *Op. cit.*, p. 306 *et. seq.*. Registremos também a célebre objeção de Enrico Allorio ao referido dogma (objeção que, a nosso ver, até hoje não encontrou refutação a altura). Eis seu teor: “Segundo os teóricos que negam ao tema dos vícios da vontade qualquer relevância no direito processual – ou seja, consideram a eficácia dos atos processuais indiferente à presença desses defeitos – a questão não deveria sequer colocar-se. Porém, embora não haja aqui modo de aprofundar o problema preliminar dos vícios da vontade no processo, convém observar que a insensibilidade dos referidos autores aos apelos persuasivos da analogia – sua repugnância a considerarem a possibilidade de se sujeitarem os atos processuais, imperfeitos no elemento subjetivo, a um regime correspondente àquele dos atos jurídicos privados igualmente defeituosos – parecem sintomas não muito confortantes de um ‘particularismo processual’ [...]. A verdade é que em um sistema jurídico com fortes matizes publicísticos, como é o direito processual em comparação com o direito privado, a proteção da verdadeira vontade das partes (qualquer que deva ser a valoração política desse critério) não há menor, mas maior razão de ser; e ao antitético princípio da auto-responsabilidade, apesar das aparências, toca uma mais modesta esfera de aplicação. Que, por hipótese, os indivíduos enganem uns aos outros em seus comércios particulares [é algo que] pode não preocupar muito a ordem jurídica; que eles enganem uns aos outros sob os olhos do juiz é circunstância diante da qual o direito não pode se eximir de intervir. Tampouco o formalismo, característico do processo, pode ser invocado a propósito contra a tese da relevância dos vícios da vontade nos atos processuais: a locução ‘formalismo processual’ exprime a indispensabilidade das formas no processo, não sua suficiência quando falte a substância. Com tais observações não se pretende assumir a defesa do dogma da vontade, mas apenas evidenciar que o terreno mais adequado para um ataque a esse dogma não é o do direito processual, do qual só se poderá pensar em excluí-lo quando haja sido deposto do direito privado”. No original, por nós livremente traduzido: “Secondo i teorici che negano al tema dei vizi della volontà qualsiasi rilevanza nel diritto processuale, ossia considerano l’efficacia degli atti processuali indifferente alla presenza di questi difetti, il quesito non si dovrebbe nemmeno porre. Però, sebbene qui non vi sia modo d’approfondire il problema preliminare dei vizi della volontà nel processo, conviene osservare che l’insensibilità dei ricordati autori al richiamo suadente dell’analogia, la repugnanza loro a considerare la possibilità d’assoggettare gli atti processuali imperfetti nell’elemento soggettivo, a un regime corrispondente a quello degli atti giuridici privati similmente difettosi, appaiono sintomi non molto confortanti di particolarismo processuale [...]. Il vero è che in un sistema giuridico dalla più forte tinta pubblicistica, qual’è il diritto processuale in confronto del diritto privato, la protezione della volontà vera delle parti (qualunque debba essere la valutazione politica di questo criterio) non ha minore, ma maggiore ragion d’essere; e all’antitetico principio dell’autoresponsabilità, nonostante le apparenze, spetta una più modesta sfera d’applicazione. Che, putacaso, i privati s’ingannino a vicenda nei loro commerci particolari, può anche non preoccupar molto l’ordine giuridico; ch’essi s’ingannino sotto gli occhi del giudice, è circostanza, dinanzi alla quale il diritto non può esimersi dall’intervenire. Neanche il formalismo, caratteristico del processo, è invocato a proposito contro la tesi della rilevanza dei vizi della volontà negli atti processuali: la locuzione ‘formalismo processuale’ esprime l’indispensabilità delle forme nel processo, non la loro sufficienza, quando manchi la sostanza. Con le quali osservazioni, non si vuole certo assumere la difesa del dogma della volontà: ma solo metter in evidenza che il terreno più adatto per un attacco a quel dogma non è quello del diritto processuale: dal quale si potrà pensare escluderlo solo quando lo si sia estromesso dal diritto privato” (Enrico Allorio, *Op. cit.*, p. 236-238).

cumprimento das prescrições formais (entendidas em sentido amplo) estabelecidas em lei confere ao ato, desde logo, condições para produzir os efeitos que lhe são próprios, sendo irrelevante a intenção íntima do sujeito que o realiza e ficando excluída qualquer investigação destinada a perquiri-la; *ressalva-se apenas a possibilidade de interpretar, caso por caso, o significado da declaração através da qual o ato recebeu existência concreta*".¹⁸² (destacamos em itálico)

Explicuemos isso um pouco melhor, por uma análise da manifestação de vontade inerente às postulações.

4.2. *A relação biunívoca entre fins e meios e a interpretação do ato postulatório*

Toda postulação não passa de um *meio*, utilizável para a consecução de determinado *fim*: a obtenção de uma situação de vantagem, na relação processual ou fora dela, proporcionada por uma decisão judicial.

Por “fim” de cada ato aludimos, aqui, a seu objeto específico, isto é, àquele específico provimento pleiteado (provimento *x*) e à situação de vantagem por ele proporcionada à parte (situação *x'*, que – como foi dito – pode ser *endo* ou *extraprocessual*).

Por uma perspectiva mais ampla, objetar-se-ia que todo ato postulatório visa, em última análise, à consecução do êxito de seu autor no processo.¹⁸³ Tal conclusão, embora acertada de seu ponto de vista, impossibilita divisar no ato *x* fins que lhe sejam próprios, exclusivos, pertencentes a nenhum outro ato do processo (*i.e.*: impossibilita vislumbrar na postulação *x* a finalidade de obter o provimento *x'*, que por sua vez proporcionará ao postulante a situação jurídica *x'*). E embora seja verdadeiro que, ao cabo de tudo, as postulações servem todas à vitória de seu autor no feito, não é menos verdadeiro que – para a obtenção desta – importa que cada uma daquelas tenha galgado seu êxito próprio e momentâneo, operando como verdadeira peça de engrenagem, no complexo mecanismo do procedimento e rumo ao provimento final.¹⁸⁴

¹⁸² Enrico Tullio Liebman, *Manual...* cit., p. 291.

¹⁸³ O êxito no processo seria, por assim dizer (adaptando-se a clássica categoria aristotélica), a *causa final* de todo e qualquer ato postulatório: na cadeia processual nada viria depois dele e tudo (*i.e.*: todas as postulações) ocorreriam *em função* dele. Precisamente nestes termos: “[...] a *causa final* de alguma coisa é um fim, sendo tal de modo a não ocorrer em função de alguma coisa mais, porém (ao contrário), de modo que todas as outras coisas ocorram em função dela. Por conseguinte, se deve haver um último termo desse tipo, as séries não serão infinitas; e se não houver tal termo, não haverá causa final. Aqueles que insistem na introdução da infinitude deixam de compreender que estão aniquilando a natureza do bem [...], porque o indivíduo inteligente age sempre visando a alguma coisa, o que constitui um limite, porque o fim é um limite”. (Aristóteles, *Metafísica*, Trad. Edson Bini, p. 80).

¹⁸⁴ Roberto Poli fere o ponto com destreza, distinguindo bem entre a função específica de cada ato processual e a função

Por isso, quando cogitamos de uma finalidade postulativa determinada – isolável e distinguível das demais – referimo-nos ao escopo *específico* e *imediato* de um determinado ato postulatório. Não nos interessa, aqui, realçar a obviedade de que todos se coordenam, *ultima ratio*, à consecução da vitória de seu autor no processo; queremos, ao invés disso, compreender o funcionamento próprio de cada ato, saber que função cada “peça da engrenagem” desempenha no “mecanismo” estatal de resolução de conflitos, que é o processo.

Ao isolarmos para cada ato sua finalidade específica e imediata, estamos identificando, pois, nada além de sua *função típica*. Eis, uma vez mais, o modelo desse tipo de raciocínio: obter o provimento x' , que proporcionará à parte a situação jurídica x' , é a *função típica* da espécie postulatória x . O provimento é seu *objeto imediato*, a situação jurídica que ele proporciona seu *objeto mediato*.

Como dissemos no capítulo anterior (cf., *supra*, ns. 3.9 e 3.10), a *função* de uma determinada espécie *postulativa* é, normalmente, o que a qualifica e a distingue das demais.¹⁸⁵ O *fim* qualifica e distingue o *meio* a ele conducente sempre que a relação entre esses termos for biunívoca, isto é, sempre que houver nexos recíprocos de correspondência e de exclusividade entre eles. É o que acontece quando, para um dado *fim* [x], existir um e apenas um *meio* [x'], que, por sua vez, conduzir única e exclusivamente àquele *fim* [x].

Na maioria das vezes, é desse tipo a relação entre uma espécie postulatória e determinado provimento judicial. Assim, no sistema do CPC, para *apenas rejeitar-se o pedido inicial* há a *contestação* (e somente ela), para se *inserir no objeto litigioso pedido de natureza declaratória sobre relação prejudicial* existe a *ação declaratória incidental* (e somente ela), para se *obter a*

geral ou final do procedimento. Suas palavras: “A nosso ver, afigura-se plenamente correta a referência ao conjunto dos atos e dos fatos dos quais o processo é composto, para compreender o escopo de cada ato do processo, já que, como se sublinhou corretamente, ‘o modelo de um ato, de cada ato singular, está em toda a disciplina do processo’. Ao mesmo tempo não se pode duvidar da possibilidade de identificação de uma função, de um escopo próprio do procedimento inteiramente considerado e do fato de que esse escopo seja a pronúncia sobre o mérito do direito controvertido. Mas esse escopo do processo, mais que uma entidade conceitualmente autônoma, efetivamente é nada mais que a resultante do escopo último de cada ato da série procedimental. Em outras palavras: em cada ato processual contemplado pelo legislador é possível identificar um escopo primeiro, peculiar e direto, e um escopo último, geral e indireto: a pronúncia sobre o mérito do direito controvertido”. No original, por nós livremente traduzido: “A nostro avviso, appare pienamente corretto il richiamo all’insieme degli atti e dei fatti da cui il processo è composto, per intendere lo scopo di ciascun atto del processo, giacchè, come è stato giustamente sottolineato, ‘il modello di un atto, di ogni singolo atto, è in tutta la disciplina del processo’; nello stesso tempo non si può dubitare dell’identificabilità di una funzione, di uno scopo proprio del procedimento interamente considerato, e del fatto che questo scopo sia la pronuncia sul merito del diritto controverso. Ma questo scopo del processo, più che un’entità concettuale autonoma, effettivamente, è null’altro che la risultante dello scopo ultimo di ciascun atto della serie procedimentale. In altre parole, in ciascun atto processuale contemplato dal legislatore, è possibile individuare uno scopo primo, peculiare e diretto, ed uno scopo ultimo, generale e indiretto: la pronuncia sul merito del diritto controverso” (Roberto Poli, Sulla sanabilità... cit., p. 486).

¹⁸⁵ Convém, a propósito, recitar a lição de Jaeger, para quem existe uma “função específica tocante a cada ato na série ou sucessão de atividades em que consiste precisamente o processo”. (Nicola Jaeger, *Op. cit.*, p. 389).

reforma/anulação de uma decisão interlocutória tem-se o *agravo* (e ele apenas), assim como há a *apelação* (e apenas ela) para se *pleitear a reforma/anulação de uma sentença*, etc.

Nesses casos, a interpretação do querer da parte quanto à espécie postulatória adotada (interpretação quanto ao meio) resta inteiramente absorvida e determinada pela indicação – no pedido – do resultado almejado (interpretação quanto ao fim).

É que o intérprete – ao se voltar para o fim perseguido pela parte (estampado no pedido do ato) – vislumbra nele a *função típica* a cujo desempenho o ato visa (e.g.: *reformatar a sentença de fls. x a y dos autos* → *função de apelação*; *reformatar o acórdão que, por maioria de votos, acolheu o pedido de uma rescisória* → *função de embargos infringentes*, etc.)¹⁸⁶. Em posse desses dados, ele, o intérprete, consegue identificar a espécie ou o meio postulatório praticado.

A operação de se interpretar a linguagem emitida pela parte e com ela identificar-se a espécie postulatória praticada parece assim, a um primeiro exame, algo muitíssimo simples, estreme de dúvida. Naquele cenário – de correspondência biunívoca entre fim e meio – a interpretação é simples, de fato.

Há, no entanto, dois tipos *excepcionais* de problemas, capazes de dificultar o trabalho de interpretação. O primeiro é a hipótese de haver no sistema mais de um meio conducente a um único fim. Nesses casos, a identificação do fim perseguido pelo ato nada dirá quanto ao meio eleito pela

¹⁸⁶ Assim, a *função típica* – a cujo desempenho cada espécie de postulação visa – vai indicada, sempre, naquilo que a generalidade da doutrina denomina “objeto imediato” de um pedido. “É maciçamente difundida a afirmação de que o pedido contém dois elementos, tradicionalmente adjetivados de ‘imediato’ e de ‘mediato’. O objeto mediato é o bem da vida a que o autor diz fazer jus e que pretende obter por meio do processo. O objeto imediato, por sua vez, é o provimento jurisdicional pleiteado, sem o qual não se consegue chegar ao objeto mediato. Tal estrutura deriva da natureza bifronte de toda e qualquer pretensão, que se volta imediatamente ao Estado-Juiz, pedindo-lhe determinado provimento, para que, mediada por este, atue sobre a esfera jurídica do réu, proporcionando ao autor (que tenha razão) o bem da vida”. (Bruno Silveira de Oliveira, *Conexidade...* cit., p. 81-82. Sobre o tema, por todos, cf. Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições...* cit., 3. ed., p. 108-109, v. 2). Essa conclusão resulta ainda mais clara quando acorremos a exemplos, como estes: ‘reformatar a decisão interlocutória de fls. x a y’ → *função de agravo*; ‘condenar o denunciado a indenizar as perdas e danos decorrentes da evicção’ → *função de denúncia da lide*; etc.. Em ambos os casos (como em quaisquer outros), é o objeto imediato do pedido aquilo que – por revelar a *função procedimental* ou *função típica* a cujo desempenho o ato visa – informa a natureza jurídica da postulação, ou, noutras palavras, a espécie postulativa de que se trate. Como se viu, pode-se identificar com perfeição a *função de agravo* desde que se saiba que a postulação praticada visa à reforma de uma decisão interlocutória. Não é necessário conhecer o objeto mediato do pedido para que se reconheça aquela função (assim, irrelevante saber qual é o bem da vida a que a parte quer chegar por meio de seu agravo. Pode ser uma tutela de urgência; a produção de uma determinada prova; a resolução de uma questão preliminar pendente; etc. Em todos os casos, a função de agravo restará plenamente identificada, pelo simples fato de se ler, no objeto imediato do pedido, a intenção da parte em obter a reforma de uma decisão interlocutória).

parte, entre aqueles que se equivalham. O segundo tipo de problema consiste em haver, na manifestação de vontade emitida pela parte, desconexão entre os significados de suas várias componentes (nome, forma e conteúdo). Isto é, consiste na circunstância de o *nomen juris* dado ao ato sugerir a escolha de determinado meio, ao passo que sua *forma* e seu *conteúdo* apontem para outras direções (sinalizando, a seus turnos, a escolha de meios distintos).

Vejam os esses problemas um a um, a começar pelo que indicamos por último: a desconexão entre o *nome* dado ao ato, sua *forma* e seu *conteúdo*. Em situações desse jaez, como poderíamos encontrar (se é que de fato podemos) a vontade “real” da parte – identificadora do meio postulatório por ela escolhido – perdida entre caracteres com significados agudamente conflituosos entre si?

4.3. *Desconexão entre o nomen juris, a forma e o conteúdo do ato*

É de se supor que, em incontáveis hipóteses (presumimos mesmo que sejam a maioria dos casos), a parte selecione criteriosamente a linguagem com que exprime seu ato postulatório. Assim, se em sua epígrafe denomina-o *apelação*, muito provavelmente enunciará – quando da formulação do pedido – seu desejo de obter a *reforma ou a anulação da sentença de fls. “x” a “y” dos autos*.

Também se espera que, em consonância com a linguagem emitida (“*apelação*”, no *nomen juris*; “*reforma da sentença*”, no pedido), a parte realize sua postulação segundo as prescrições de forma correlatas (*i.e.*: no prazo devido [até quinze dias], perante a autoridade competente [juízo prolator da sentença], etc.).

Isso é o que normalmente ocorre, ou, pelo menos, é o que deveríamos esperar de alguém que deduz em juízo uma pretensão: coerência no uso das palavras e dos gestos (*i.e.*: coerência entre as palavras mesmas, bem como entre o conjunto delas e a conduta daquele que as emprega).

Nesse cenário, nenhuma dificuldade se oferece ao intérprete no momento de identificar a espécie de postulação praticada. No exemplo acima, tratava-se indubitavelmente de uma *apelação*. Não havia ali – na interpretação do ato – espaço para vacilações ou titubeios de ordem alguma, já que todos os sinais emitidos pelo postulante confluíam para essa direção: a peça fora intitulada corretamente “*apelação*”, a forma (tempo, lugar e meio de expressão) foi adequada e a pretensão (conteúdo) pugnavia pela reforma de uma sentença. Tudo na mais harmoniosa convivência.

Que dizer, porém, de hipóteses em que a parte deduza pretensão em determinado sentido e –

no momento de *denominar* seu ato – batize-o com nome de outra espécie postulatória, destinada ao cumprimento de função diversa daquela estampada no pedido? Como, em outras palavras, solucionar as hipóteses de incongruência entre *nomen juris* e conteúdo do ato?

No capítulo anterior (cf., *supra*, ns. 3.2 e 3.3), sustentamos – arrimados em premissas lingüísticas e epistemológicas – que o *nomen juris* de um determinado ato não pode se prestar, regra geral, à sua identificação. Defendemos caber ao conteúdo do ato esse papel. Queremos, agora, reforçar essa conclusão a partir de reflexões sobre o *sentido da manifestação de vontade do postulante*. Isto é, desejamos corroborá-la por outras premissas (que se somam àquelas, de ordem epistemológica), atinentes à interpretação da vontade de postular.

O problema se incrementa se considerarmos outra variável, cogitando também de uma desconexão entre o conteúdo e a forma do ato, ou mesmo entre os três elementos do conjunto: conteúdo apontando numa direção; forma noutra e – por remota que a possibilidade pareça à primeira vista – *nomen* a indicar um terceiro sentido... Em suma: confusão total para o intérprete.

Para dissiparmos esse cipoal de sinais desconexos e descobrirmos a verdadeira vontade da parte – que, segundo a premissa de Liebman, é o que determina a natureza ou espécie da postulação praticada – acorreremos nos tópicos seguintes a algumas premissas hermenêuticas. Segundo pensamos, elas permitirão reafirmar o *conteúdo do ato* como aquilo que – por estampar a mais profunda e verdadeira vontade do postulante¹⁸⁷ – deve ser tomado como *o sinal* da natureza jurídica de sua postulação.

Vejamos, pois, que premissas são essas.

4.4. *(Continuação) O princípio de não presunção dos atos dispositivos*

Ao longo do texto, dissemos que a manifestação de vontade da parte no sentido de obter certo resultado (como, por exemplo, [i] *a reforma de uma sentença*; [ii] *a erradicação de obscuridades, contradições ou omissões em um ato decisório*) em regra faz presumir a natureza do meio que ela, a parte, escolheu para obter aquele fim (nos exemplos acima, respectivamente: [i]

¹⁸⁷ Outro não é o entendimento de Piero Pajardi. Para esse autor, a identificação da espécie ou natureza de um ato postulatório deve ser encontrada na vontade mais profunda do postulante, tal como possa ser inferida do conjunto de caracteres em seu gesto. Eis a lição: “[...] necessita-se reconstruir com prudência, mas também com muita lógica e notável capacidade de aprofundamento, todo o conteúdo realístico da vontade do postulante”. No original, aqui livremente traduzido, lê-se: “[...] bisogna ricostruire con prudenza ma anche con molta logica e notevole capacità di approfondimento *tutto il contenuto realístico della volontà del postulante*”. (Piero Pajardi, *Procedura...* cit., p. 122-123 [destacamos em itálico]).

apelação; e [ii] embargos de declaração).

Compete-nos, agora, expor as premissas que justificam interpretar dessa maneira a manifestação de vontade do postulante. Por que – via de regra – podemos simplesmente desprezar o “batismo” da peça (*nomen juris* que, em tese, poderia servir de informação ou de indício quanto ao meio processual escolhido) se foi a própria parte quem “batizou” seu ato?

O mesmo se diga quanto à forma do ato. Por que podemos desprezar os caracteres formais do ato (*e.g.*: o lugar onde se aforou a peça, o momento em que isso foi feito, o órgão para o qual se dirigiu a petição, etc.) como indicadores do *meio* postulatório eleito pela parte? Por que tais caracteres não se prestam normalmente a prover essa indicação?

Qual, enfim, o motivo por que devemos reter apenas a indicação da *finalidade* do ato – quando em confronto com aqueles caracteres – como sinal da *verdadeira vontade* da parte em relação ao meio postulatório?

Se reduzirmos todas aquelas interrogações a uma só, a pergunta será: por que devemos inferir – da mera identificação do fim almejado pelo postulante – que ele haja realmente querido praticar o meio correspondente?

Para respondermos tal questionamento, devemos colher do ordenamento jurídico regras de interpretação que instituem diretrizes e presunções sobre a manifestação de vontade da parte. Acaso existentes, essas regras deveriam ser tais que nos obrigassem a presumir a escolha do *meio* correspondente, a partir da escolha do *fim* àquele relacionado biunivocamente.

O Código de Processo Civil não possui dispositivos expressos nesse sentido; tampouco os encontramos na legislação processual civil extravagante. Mas há uma norma genérica, um verdadeiro princípio, que perpassa os planos material e processual do ordenamento, podendo ser inferido de vários dispositivos do Código Civil e (como veremos adiante) de lições doutrinárias já consagradas – no Brasil e alhures – sobre a interpretação das manifestações de vontade em geral.

Referimo-nos ao princípio (que consta já do enunciado deste tópico) segundo o qual os atos dispositivos de direitos não se presumem, devendo em regra ser expressos e – sempre e inexoravelmente – inequívocos.

Mais adiante (cf., *infra*, n. 4.7.), cuidaremos de estabelecer a relação – agudíssima – entre esse princípio e o objeto específico de nosso estudo, os atos postulatórios. Explicaremos, então, por que e em que medida o referido princípio pode ser aplicado à interpretação do querer do postulante. Por ora, no entanto, devemos nos ocupar de lhe fixar o alcance, que é o de verdadeiro princípio geral (ou transnacional) de direito. Sua utilidade – veremos em breve – assomará fundamental para a confirmação de nosso raciocínio.

Vejam, então, a dimensão generalíssima da norma em destaque; a começar por nosso próprio ordenamento, passando depois a uma breve confirmação da mesma no direito comparado.

Prossigamos.

4.5. (Continuação) Manifestações do princípio no ordenamento jurídico brasileiro

Expressões do referido princípio se encontram por toda parte em nosso Código Civil. A começar pelo artigo 114 desse diploma, que textual e enfaticamente dispõe: “os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente”.

Em comentário à regra, o civilista fluminense Gustavo Tepedino observou que os atos gratuitos, dispositivos de direitos, requerem “[...] do intérprete um comportamento limitado [...], de modo que somente o teor do que está *efetivamente disposto* poderá se traduzir em efeitos jurídicos. [Os atos gratuitos ou atos de disposição de direitos] devem ter seus efeitos limitados exclusivamente à vontade do instituidor do benefício, que *responderá pelo exato sentido que deu à sua vontade por ocasião da declaração*”.¹⁸⁸ [destacamos]

¹⁸⁸ Gustavo Tepedino (*et. alii*), *Código civil interpretado conforme a Constituição da República*, p. 229, v. I. Em sentido análogo, Rose Melo Vencelau professa: “A renúncia é o ato pelo qual o titular de um direito o extingue por sua própria manifestação de vontade. Em geral, deve ser expressa”. (Rose Melo Vencelau, *O negócio jurídico e as*

Em outros termos, isso significa que a circunstância de pairar dúvida (de qualquer natureza) na interpretação dos gestos ou palavras do agente, quanto à sua vontade de abrir mão de direitos, veda ao intérprete concluir por tal abdicação, por tal renúncia, pela disposição, enfim, do direito de que se trate.

Na dúvida, deve-se optar sempre pela interpretação que atribua ao ato eficácia conservativa do direito do agente.

É o que ensina Orlando Gomes, ao afirmar categoricamente que a renúncia a direitos “não se presume, mas pode resultar de manifestações tácitas de vontade *que sejam inequívocas*”¹⁸⁹ [destacamos].

Para se concluir que alguém abriu mão de determinado direito, seu gesto deve ser imaculadamente preciso, inequívoco. Se os sinais ou caracteres contidos no ato forem ambíguos, se apontarem para sentidos distintos (um conducente à perda do direito, outro à sua conservação), deve o intérprete tomar como expressão da vontade manifestada o sinal de conservação. A presunção aplicável às hipóteses de dúvida é, portanto, sempre no sentido de que o agente haja querido preservar os direitos que possui.¹⁹⁰

Tal diretriz – e isto é intuitivo – funda-se na experiência comum, decorre daquilo que se observa na generalidade dos casos, que – notoriamente – não costumam apresentar indivíduos ávidos a disporem gratuitamente de seus bens e direitos... É, em suma, o que ensina Eduardo

suas modalidades, In Gustavo Tepedino [coord.], *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*, p. 203). Em sentido análogo, cf. Agostinho Alvim, *Da doação*, 2. ed., p. 8.

¹⁸⁹ Orlando Gomes, *Contratos*, p. 245, *Apud* Gustavo Tepedino, *Op. cit.*, p. 229, v. I. Antonio Chaves, embora discorra especificamente sobre a remissão de dívidas, acaba por endossar aquele entendimento. Suas palavras: “A remissão é uma espécie, de que a renúncia – matéria que interessa não apenas ao direito civil, principalmente sucessões, hipoteca, créditos, como ao direito processual civil e ao próprio direito político, com relação à renúncia a cargos eletivos – é o gênero. Não há remissão sem renúncia gratuita. [...] A remissão pode ser *expressa*, quando existe uma declaração do credor, em geral por escrito, abrindo mão de suas prerrogativas, ou *tácita*, quando de seu comportamento depreende-se, com certeza, que não pretende exercê-las. Ela não se presume, porém. [...]”. (Antonio Chaves, *Tratado de direito civil*, 3. ed, p. 327, v. II, t. I).

¹⁹⁰ “É profusa a doutrina no sentido de que a renúncia não se presume e deve ser interpretada restritivamente, entendimento, aliás, que veio a ser expressamente consagrado pelo art. 874 do Cód. Civil da Argentina. [...] a afirmativa de que a renúncia é impresumível é verdadeira [...] no sentido de que, dados os seus efeitos, na dúvida não se deve admitir como a vontade mais provável. [...] Em síntese: a renúncia, como qualquer negócio jurídico [gratuito], não se presume; todavia, tanto pode ser efetuada através de expressa ou tácita declaração de vontade, quanto, sem declaração, manifestar-se através de fatos e circunstâncias que inequivocamente traduzam a vontade abdicativa.” (José Paulo Cavalcanti, *Da renúncia no direito civil*, p. 126-129, *passim*).

Espínola, ao pontificar que “sempre em relação ao fim, presume-se ter o declarante querido aquilo que em sua condição quererá a generalidade das pessoas”.¹⁹¹

Há, assim, que se partir da premissa de que o ato haja sido praticado por um agente em circunstâncias normais, usuais. Evoca-se a velha e conhecida imagem do “homem médio”, a povoar a imaginação de quem se ponha a interpretar uma manifestação de vontade.¹⁹²

Esse “homem médio” – convenhamos – não é exatamente o bom samaritano da passagem bíblica... Não sai às ruas a fazer caridade aos necessitados, doações por força do hábito, benevolências por *hobby*. Por vezes passa longe disso. Na realidade, descreve comportamento achegado ao extremo oposto, mais próximo da avareza que do altruísmo espontâneo e desinteressado. Quer antes e acima de tudo – na grande maioria dos casos – o seu próprio bem. É isto o que busca com a generalidade de suas atitudes: adquirir bens e direitos – que sirvam à satisfação de seus interesses e de suas necessidades – e conservar aqueles que já possui.¹⁹³

Por essa razão, o legislador pressupõe – aos atos jurídicos em geral – que a intenção de seu autor seja manter ou aumentar o cabedal de direitos que possui (jamais, ao contrário, privar-se gratuitamente daquilo que já adquiriu).¹⁹⁴

¹⁹¹ Eduardo Espínola, *Sistema do direito civil brasileiro*, 4.ed., p. 289, v. 2.

¹⁹² Eis o que prescreve a parte final do art. 113 do Código Civil: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a *boa-fé* e os usos do lugar de sua celebração” [destacamos].

¹⁹³ Nietzsche fala em *vontade de potência* para exprimir essa pulsão humana, egoística, de conservação e de expansão do ser, de seus bens e apetites (tanto dos frívolos quanto dos necessários). É justamente essa premissa, de fundo filosófico, que explica por que desqualificamos atos de prodigalidade (tachando seus agentes de relativamente incapazes [CC, art. 4, IV]) e condecoramos, no outro pólo, àqueles que consigam precocemente acumular patrimônio, por iniciativa e labor próprios (os quais resultam, por isso mesmo, legalmente emancipados [CC, art. 5º, parágrafo único, V]). É que a primeira das condutas parece – à generalidade das pessoas – antinatural; tanto quanto se afigura virtuosa a segunda.

¹⁹⁴ Paulo Mota Pinto constata-o bem. Suas palavras: “[...] é o próprio senso comum a ensinar que ninguém renuncia facilmente ao seu direito”. (Paulo Mota Pinto, *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, p. 119). Apoiado em tal premissa, o civilista português conclui que, para que se possa interpretar determinado comportamento como uma renúncia tácita a direito, o sentido abdicativo do gesto deve ser inequívoco, aferível sem margem de dúvida. Em suma, a conduta a interpretar-se deve ser tal que, “se uma pessoa age assim, é necessariamente porque ela quis abandonar (ou não conservar mais) tal vantagem”. (Paulo Mota Pinto, *Op. cit.*, p. 120). No mesmo sentido, vejamos: “Uma outra regra – consagrada neste caso não apenas para as doações mas genericamente para todos os actos *gratuitos* – que deve valer também para a renúncia abdicativa é aquela que é formulada no art. 237 do Código Civil [português]: ‘em caso de dúvida sobre o sentido da declaração, prevalece, nos negócios gratuitos, o menos gravoso para o disponente’. Efectivamente, parece que a mesma razão que fundamenta um tal regime – a saber, a presunção de que num negócio gratuito o autor ou disponente procurará dispor ou privar-se do menos possível, e por conseguinte a consideração ainda, ao menos neste plano subsidiário, da vontade subjectiva (presumida) do declarante –, essa mesma razão, dizíamos, deverá valer igualmente para os actos abdicativos. A questão nem mereceria esta referência separada que aqui lhe fazemos se a este propósito não viesse proclamado, em determinados sectores, um princípio de que ‘a renúncia não se presume’. Por certo que o conteúdo ou o alcance deste princípio não se confina ao domínio da interpretação do negócio jurídico [...]. Desde logo, como acabou de se dizer, a circunstância de a renúncia se não dever ‘presumir’ parece determinar, em matéria *interpretativa*, uma qualquer solução idêntica ou próxima daquela que vem consagrada no art. 237 do Código Civil: porque a renúncia, ou a *vontade renunciativa*, se não deve presumir, é que o legislador estabelece, quanto mais não seja para os casos de dúvida, que deva prevalecer aquele sentido ‘menos gravoso para o disponente’. Dir-se-á pois que a lei ficciona (*juris*

Na mesma linha, além de não se presumirem nos atos liberalidades, cominam-se formalidades mais ou menos rígidas para que alguém possa válida e inequivocamente praticá-las. O que é excepcional (a liberalidade), no entender do legislador, exige maior segurança. Eis por que “a fiança dar-se-á *por escrito* e não admite interpretação extensiva” (Código Civil, art. 819)¹⁹⁵, como *escritas* devem ser as doações em geral (excetuadas aquelas cujo objeto seja bem móvel de pequeno valor, se lhes seguir de imediato a tradição)¹⁹⁶.

Mas o princípio em tela projeta sua eficácia também sobre o plano processual de nosso ordenamento. Assim é que, em nosso sistema, tanto a abdicação de poderes processuais (por atos como a *renúncia ao poder de recorrer*, a *desistência do recurso ou da ação*) quanto a prática de atos dispositivos com eficácia material (como o *reconhecimento jurídico do pedido*, por parte do réu; ou a *renúncia ao direito sobre que se funda a ação*, pelo autor) pressupõem manifestações de vontade quase sempre expressas e – em todo caso – inequívocas.¹⁹⁷

Esse quadro não se altera, sequer minimamente, quando investigamos a questão sob o largo espectro do direito comparado. Embora sucinto – mercê das evidentes limitações de tempo, espaço e aptidão do pesquisador – o exame de outros ordenamentos só faz confirmar nossa suspeita, de que

et de jure) um *sentido não renunciativo* para a declaração negocial duvidosa”. (Francisco Manuel de Brito Pereira Coelho, *A renúncia abdicativa no direito civil: algumas notas tendentes à definição de seu regime*, p. 161-162).

¹⁹⁵ Enfática e elucidativa, a propósito, a lição de Carvalho de Mendonça: “A fiança deve ser expressa e não presumida, nem admite interpretação extensiva *de re ad rem, de persona ad personam, de tempore ad tempus*, pois que o fiador se obriga por dívida que não lhe interessa. A fiança não pode resultar de um conselho ou de uma pura recomendação, de ato algum, enfim, por mais significativo que seja, que só tacitamente exprime o desejo de se obrigar por outrem. É sempre necessário que a manifestação de vontade não deixe lugar a dúvidas”. Manuel Inácio Carvalho de Mendonça, *Contratos no direito civil brasileiro*, 3. ed., p. 823, t. II.

¹⁹⁶ CC, art. 541: “A doação far-se-á por escritura pública ou instrumento particular”. Parágrafo único: “A doação verbal será válida se, versando sobre bens móveis e de pequeno valor, se lhe seguir *incontinenti* a tradição”. Certeira é a explanação de Agostinho Alvim, acerca da necessidade de escrituração das doações: “A razão por que a doação exige forma [escrita] está em que tal contrato vai de encontro ao instinto de egoísmo, visto acarretar empobrecimento, sem nenhuma compensação de ordem econômica” (Agostinho Alvim, *Op. cit.*, p. 55). A propósito da exigência de forma escrita para as doações, Eduardo Espínola observa que tal regra – tradicional em nosso direito civil – é mais rigorosa que a legislação de vários outros países (como a França, a Alemanha, a Suíça, a Argentina e Portugal), cujos ordenamentos conferem validade à doação verbal, qualquer que seja a natureza, o volume, o peso ou o valor do objeto. Cf. Eduardo Espínola, *Dos contratos nominados no direito civil brasileiro*, p. 253. Isso só reforça a natureza (de todo excepcional) que as liberalidades, os atos de renúncia e de abdicação de direitos possuem em nossa tradição.

¹⁹⁷ Quanto à desistência da ação, tomemos, ilustrativamente, a lição do Professor José Rogério Cruz e Tucci, *in verbis*: “A *desistência da ação* somente poderá ser efetivada de modo claro e expreso, mediante petição escrita ou, até, oralmente em audiência”. (José Rogério Cruz e Tucci, *Desistência da ação*, p. 20). Já a renúncia ao direito sobre que se funda a ação “[...] deverá ser formalizada de modo expreso, por profissional habilitado, com poder específico (CPC, art. 38), mediante petição escrita ou, até, oralmente em audiência” (José Rogério Cruz e Tucci, Apontamentos sobre a renúncia ao direito, In *Temas polêmicos de processo civil*, p. 43). Acresceríamos, apenas, que ela também exige – para que seja eficaz – manifestação clara e inequívoca da vontade do autor nesse sentido. Na mesma linha, Flávio Cheim Jorge ensina que “como ato de disposição de direito, a interpretação que se deve fazer sobre a renúncia é restritiva, isto é, a renúncia não é presumível. Para sua validade e eficácia, deve emergir de dados claros e precisos que indiquem de forma cabal o fato de a parte haver renunciado ao direito de interpor o recurso”. (Flávio Cheim Jorge, *Apelação cível: teoria geral e admissibilidade*, 2. ed., p. 145). Nelson Nery Jr. também o afirma: “como a renúncia é forma extintiva de direitos ou posições jurídicas, a interpretação que se deve fazer sobre ela é restritiva, quer dizer, a renúncia não se presume. Assim, para que seja admitida como válida e eficaz a renúncia tácita, deve emergir de dados precisos, unívocos, dessumíveis de um comportamento da parte que demonstre claramente haver renunciado ao exercício [sic] do direito de recorrer”. (Nelson Nery Jr., *Teoria... cit.*, p. 396).

o princípio de não presunção dos atos abdicativos tem o peso e a dimensão próprios de um autêntico *princípio geral ou transnacional de direito*¹⁹⁸.

Reforçar sua legitimidade e seu cariz “principiológico” é o objetivo do tópico seguinte, em que corroboramos a existência dessa norma nos planos material e processual de alguns ordenamentos estrangeiros.

Avancemos.

4.6. (Continuação) Manifestações do princípio no direito comparado

Em França, registra-se desde a clássica obra de Zachariæ a tradição de não se presumirem renúncias nos atos de direito privado. Para que as *renonciations* sejam eficazes, a manifestação de vontade nesse sentido deve ser clara e inequívoca. Diz o referido autor: “[...] a renúncia submete-se a nenhuma forma exterior. Ela pode, em consequência, assim como a aceitação da renúncia, ser feita tanto tácita quanto expressamente. Entretanto, a renúncia não se presume”¹⁹⁹.

Na esteira de Zachariæ, Aubry & Rau consignam que “[...] cada uma das partes é livre para renunciar às compensações que se operaram em seu favor. Semelhante renúncia pode ter lugar expressa ou tacitamente. Mas, havendo dúvida, ela não se presume”²⁰⁰. Noutra passagem de seu *Curso*, reafirmam o princípio em questão: “como todas as renúncias em geral, a renúncia à herança não se presume”²⁰¹.

Pierre Raynaud relata que a jurisprudência francesa, embora aceite sem maiores dificuldades a eficácia de renúncias tácitas, exige sempre – todavia – a presença de “[...] uma nítida vontade de renunciar”. É o que faz ao assentar o princípio de que a renúncia, ante declarações de vontade nebulosas, não se presume.²⁰² A lição é confirmada por Frédérique Dreyfuss-Netter, segundo o qual

¹⁹⁸ Francisco Manuel de Brito Pereira Coelho refere-o como um princípio de construção jurisprudencial, não escrito (*i.e.*: tácito, implícito), que todavia “[...] colhe uma larguíssima aplicação em diversos sistemas, como são os casos do gaulês, do germânico e do italiano, e corresponde mesmo a certa tradição jurídica”. (Francisco Manuel de Brito Pereira Coelho, *Op. cit.*, p. 167).

¹⁹⁹ No original, por nós livremente traduzido: “[...] la renonciation n’est soumise à aucune forme extérieure. Elle peut, en conséquence, ainsi que l’acceptation de la renonciation, être faite tant expressément que tacitement. Cependant, la renonciation ne se présume pas”. (Zachariæ, *Le droit civil français*, p. 449-450, t. III).

²⁰⁰ No original, que traduzimos livremente: “Chacune des parties est libre de renoncer à la compensations qui s’est opérée en sa faveur. Une pareille renonciation peut avoir lieu expressément ou tacitement. Mais dans le doute, elle ne se présume pas”. (Aubry & Rau, *Cours de droit civil français d’après la méthode de Zachariæ*, 4. ed., p. 238, t. IV).

²⁰¹ Tradução livre deste excerto: “Comme toute renonciation en général, la renonciation à l’héritité ne se presume pas”. (Aubry & Rau, *Cours de droit civil français d’après la méthode de Zachariæ*, 4. ed., p. 411, t. VI).

²⁰² “A jurisprudência se revela extremamente ampla quanto à manifestação da vontade de renunciar, ao validar sem

os tribunais franceses vedam a presunção de renúncia em declarações de vontade redigidas com termos ambíguos.²⁰³

No plano processual – que, evidentemente, é o que mais de perto nos interessa – a *ratio* “principiológica” mantém-se na íntegra. No processo civil francês, distingue-se o *désistement d’instance* do *désistement d’action*. O primeiro é instituto que corresponde à nossa “desistência da ação” (ou seja, trata-se de ato dispositivo cuja eficácia circunscreve-se ao processo, ensejando sua terminação sem resolução do mérito); ao passo que o segundo (*désistement d’action*) corresponde à renúncia ao direito sobre que se funda a ação (produzindo, assim, efeitos e coisa julgada materiais).

A propósito desses institutos, doutrina e jurisprudência firmaram o entendimento de que – qualquer que seja a modalidade (*d’instance* ou *d’action*) – o *désistement ne se présume pas*, não podendo resultar senão de fatos incompatíveis com a vontade de prosseguir no feito.²⁰⁴ Também não se pode inferir o mais (*i.e.*: que alguém haja desistido *d’action*) pela mera circunstância de haver abdicado do menos (*i.e.*: do processo apenas, *d’instance*). De resto, é necessário que o ato de *désistement d’action* seja tão claro e inequívoco quanto qualquer outra disposição de direitos²⁰⁵.

Tudo se passa do mesmíssimo modo na experiência jurídica italiana. Nas instituições de direito civil de Pacifici-Mazzoni, lê-se que “[...] a renúncia não se presume e, na dúvida, deve ser excluída. Quando, pois, seja certa, deve ser interpretada restritivamente”²⁰⁶. Nada muda com relação aos atos dispositivos de poderes processuais no sistema italiano. Acerca do tema, Luigi Mattiolo afirma categoricamente que a renúncia a poderes processuais deve ser expressa, no que é secundado por Nicola Giudiceandrea (embora este se refira apenas à renúncia aos recursos).

dificuldade as renúncias tácitas. [...] Entretanto, a jurisprudência exige uma vontade nítida de renunciar, ao afirmar que a renúncia não se presume”. No original, por nós livremente traduzido: “La jurisprudence se montre d’ailleurs extrêmement large quant à la manifestation de la volonté de renoncer, en validant sans difficulté les renonciations tacites. [...] Cependant la jurisprudence exige une volonté nette de renoncer en affirmant que la renonciation ne se présume pas” (Pierre Raynaud, La renonciation a un droit: sa nature et son domaine en droit civil, In *Revue trimestrielle de droit civil*, p. 773-774, t. 35).

²⁰³ Frédérique Dreyfuss-Netter, *Les manifestations de volonté abdicatives*, p. 70 e ss. e 123 e ss.

²⁰⁴ “Le désistement implicite ne se présume pas et ne peut résulter que de faits incompatibles avec l’intention de continuer l’instance”. (Civ. 2°, 6. nov. 1974: *Bull. civ. II*, n. 280. Versailles, 13 mars 1986: *D.* 1986. *IR.* 360, *Apud Nouveau code de procédure civile*, 97. ed., p. 247, nota de rodapé n. 2). Livreiramente traduzido: “A desistência implícita não se presume e não pode resultar senão de fatos incompatíveis com a intenção de continuar o processo”.

²⁰⁵ Pierre Raynaud, Le désistement d’instance (contribution à l’étude de la renonciation à un droit), In *Revue trimestrielle de droit civil*, p. 12 *et. seq.*, t. 40. Mais recentemente, no mesmo sentido: Jean Vincent e Serge Guinchard, *Procédure civile*, 25. ed., p. 820-823, *passim*.

²⁰⁶ No original, por nós livremente traduzido: “[...] La rinunzia non si presume; e nel dubbio dev’essere esclusa. Quando poi sia certa, dev’essere interpretata ristrettivamente”. (Pacifici-Mazzoni, *Istituzioni di diritto civile italiano*, 4. ed., p. 397, v. II). No mesmo sentido: Roberto de Ruggiero, *Istituzioni di diritto privato*, 2. ed., p. 538-539, *passim*; Domenico Barbero, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, 3. ed., p. 321-322; Giorgio Cian e Alberto Trabucchi, *Commentario breve al codice civile*, p. 507; e, mais recentemente, Bruno Inzitari, Modi di estinzione dell’obbligazione, In *Istituzioni di diritto privato (a cura di Mario Bessone)*, 2. ed., p. 471. Em sentido análogo, vejamos: “La intenzione di rinunciare al credito deve però essere espressa, altrimenti non se presume (*nemo praesumitur suum jactare*)”. (Mario Rotondi, *Istituzioni di diritto privato*, p. 406).

Mariacarla Giorgetti, por sua vez, em profunda monografia, observa que no sistema italiano “se exige, sob pena de invalidade da renúncia [a poderes processuais], que a vontade seja manifestada de modo inequívoco, sem reservas ou condições”.²⁰⁷

As lições argentinas – em uníssono – só fazem confirmar todo o exposto. Alfredo Colmo observa que “[...] uma coisa é presumir a renúncia, outra coisa é encontrar e ver renúncia tácita. A renúncia nunca pode ser presumida, reza o art. 874 [do Código Civil argentino], vale dizer, não pode ser induzida do simples silêncio [...] isto é, de circunstâncias puramente negativas e ambíguas”²⁰⁸. Raymundo M. Salvat corrobora esse entendimento, ao ensinar que “o princípio de que a intenção de renunciar não se presume dá lugar a uma conseqüência da maior importância, expresamente consagrada pelo Código [argentino]: *a interpretação dos atos que visem a prová-la deve ser restritiva* (art. 874, 2ª parte). Esta regra conduz, em matéria de renúncia tácita, a reconhecer que ela não deve ser admitida – como têm resolvido nossos tribunais em repetidos casos – quando os fatos que se invocam em seu apoio não sejam suficientemente claros e concludentes, tampouco revelem de uma maneira indubitável a vontade de renunciar”.²⁰⁹

Na seara processual, aplica-se rigorosamente a mesma lógica: tanto o *desistimiento* (referente ao processo, equivalente à nossa “desistência da ação”) quanto a *renuncia* (ao direito sobre que se funda a ação) devem – segundo a melhor doutrina – ser expressos e indubitáveis.²¹⁰

Poderíamos avançar indefinidamente sobre o exame (interminável!) do direito comparado, tanto no plano material quanto no processual. Evocaríamos assim, por exemplo, o art. 237 do

²⁰⁷ Cf. Luigi Mattiolo, *Istituzioni di diritto giudiziario*, p. 297, *Apud* Pedro Batista Martins, *Op. cit.*, p. 297; Nicola Giudiceandrea, *Le impugnazioni civili*, p. 170-171, *passim*. Eis o excerto da referida obra de Mariacarla Giorgetti, por nós livremente traduzido no corpo do texto: “Si richiede [...] a pena di invalidità della rinuncia che la volontà sia manifestata in modo inequivoco e senza che ad essa siano apposte riserve o condizioni”. (Mariacarla Giorgetti, *Le rinunce alle impugnazioni civile*, p. 419). Em sentido análogo, Claudio Consolo ensina que a aquiescência tácita à decisão extingue o poder de recorrer, desde que os atos nesse sentido sejam *unívocos* e *concludentes* (cf. Claudio Consolo, *Le impugnazioni... cit.*, p. 38). Semelhante é a lição de Andrea Giussani, voltada para o tema da desistência da ação. Suas palavras: “[...] a declaração de desistência da ação se pode aperfeiçoar também em formas diversas daquelas indicadas no art. 306, comma 2º, c.p.c. (por exemplo: mediante apresentação em cartório, ou também por verbalização, naquela sede, da declaração prestada fora da audiência), mas sempre desde que seja certa a possibilidade de reconduzir-se pessoalmente à parte a manifestação de vontade”. No original, por nós livremente traduzido: “[...] la dichiarazione di rinuncia agli atti si può perfezionare anche in forme diverse da quelle indicate dall’art. 306, comma 2º, c.p.c. (ad esempio tramite deposito in cancelleria, o anche verbalizzazione in quella sede, della dichiarazione resa fuori udienza), ma sempre purché sia salva la certezza della riconducibilità alla parte personalmente della manifestazione di volontà [...]” (Andrea Giussani, *Op. cit.*, p. 58).

²⁰⁸ No original: “[...] una cosa es presumir la renuncia, otra cosa es hallar y ver renuncia tácita. La renuncia no puede nunca ser presumida, reza el art. 874 [do Código Civil argentino da época], vale decir, no puede ser inducida del simple silencio [...], esto es, de circunstancias puramente negativas y ambíguas”. (Alfredo Colmo, *De las obligaciones en general*, 3. ed., p. 591).

²⁰⁹ Raymundo M. Salvat, *Tratado de derecho civil argentino: obligaciones en general*, 4. ed., p. 793.

²¹⁰ Nesse sentido, cf. Santiago Sentís Melendo, *Desistimiento y renuncia. Transacción*, In *El proceso civil: estudio de la reforma procesal argentina*, p. 307-328, *passim*; Carlo Carli, *La demanda civil*, p. 217; Lino Enrique Palacio, *Manual de derecho procesal*, 14. ed., p. 552.

Código Civil português²¹¹ ou o art. 714 do Código Civil paraguaio²¹², ambos inspirados no princípio de que tratamos. Por igual, mereceria lembrança a *Ley de Enjuiciamiento Civil* espanhola e suas disposições referentes ao *allanamiento* a demanda.²¹³ A essa altura, no entanto, parecem-nos já retratadas, suficientemente, a importância e a dimensão transnacional do princípio em tela.

A questão que se impõe agora é outra. Ela está subjacente à argumentação, desde que iniciamos nossa incursão pelos domínios do princípio exposto, podendo ser formulada nestes termos: o que o princípio de não presunção dos atos abdicativos tem a ver com a interpretação dos atos postulatórios? Que têm em comum a interpretação de um ato postulatório (no que tange à identificação do meio processual em que ele consiste) e a regra de interpretação estudada (que manda conferir, aos atos jurídicos em geral, sentido conservativo dos direitos de seu autor, apenas se admitindo como renúncias ou abdições atos que sejam *inequívocos* nesse sentido)?

Às perguntas acima respondemos numa só palavra: ‘tudo’ (eis o que procuraremos demonstrar no tópico seguinte). O princípio de não presunção dos atos abdicativos desempenha papel decisivo na decifração do verdadeiro sentido da manifestação de vontade da parte, quando conflitam em sua declaração os caracteres referentes ao *conteúdo* (*i.e.*: à pretensão), à *forma* (em sentido amplo) e ao *nomen juris*. É precisamente a máxima de não presunção de vontades abdicativas aquilo que nos permite eleger o *conteúdo* (*i.e.*: a pretensão) da postulação, como sinal da verdadeira opção da parte em relação ao meio processual correspondente. É ele, enfim, que nos dirá qual a espécie postulativa efetivamente escolhida e praticada pela parte, a despeito da

²¹¹ Art. 237 do Código Civil português: “Em caso de dúvida sobre o sentido da declaração, prevalece, nos negócios gratuitos, o menos gravoso para o disponente e, nos onerosos, o que conduzir ao maior equilíbrio das prestações”. Em comentário a essa regra, Pires de Lima e Antunes Varela ensinam que ela se aplica aos casos em que a declaração de vontade, “consultados todos os elementos utilizáveis para sua interpretação [...] comporta ainda dois ou mais sentidos, baseados em razões de igual força” (Pires de Lima e Antunes Varela, *Código civil anotado*, 4. ed., p. 224-225, v. I).

²¹² Código Civil paraguaio, art. 714: “Se apesar da aplicação das normas precedentes subsistir a obscuridade do contrato, deverá este ser entendido no sentido menos gravoso para o obrigado se for a título gratuito e no sentido que realize a harmonização equitativa dos interesses das partes se for a título oneroso”. No original: “Si a pesar de la aplicación de las normas precedentes, subsistiere la obscuridad del contrato, deberá éste ser entendido en el sentido menos gravoso para el obligado, si fuere a título gratuito; y en el sentido que realice la armonización equitativa de los intereses de las partes, si fuere a título oneroso. El contrato debe ser interpretado de acuerdo con la buena fe” (Código Civil Paraguayo y leyes complementarias. Asunción: Intercontinental, 1998, p. 150).

²¹³ “Entre as atitudes que pode adotar o demandado frente à demanda há de se destacar a aquiescência. Esta certamente é uma postura que não supõe oposição à demanda, tampouco defesa contra a mesma, senão precisamente todo o contrário: é um reconhecimento expresso da pretensão da parte autora efetuado pelo demandado. [...] A aquiescência pode se realizar por escrito ou oralmente, segundo as imposições do tipo de processo de que se trate. Há de ser expressa, qual corresponde à sua natureza de declaração de vontade e à sua transcendência em relação ao conteúdo da sentença. Não existe aquiescência tácita. Há de ser pura, não sujeita, portanto, a condição tampouco a termo; e referida em sua integridade ao objeto do processo”. No original, aqui livremente traduzido, lê-se: “Entre las actitudes que puede adoptar el demandado frente a la demanda se ha de señalar el allanamiento. Esta ciertamente es una postura que no supone oposición a la demanda, ni defensa contra la misma, sino precisamente todo lo contrario: es un reconocimiento expreso de la pretensión de la parte actora efectuado por el demandado. [...] El allanamiento puede realizarse por escrito u oralmente, según las imposiciones del tipo de proceso de que se trate. Ha de ser expreso, cual corresponde a su naturaleza de declaración de voluntad y su transcendencia en orden al contenido de la sentencia. No existe allanamiento tácito. Ha de ser puro, no sujeto por tanto a condición, ni a término y referido en su integridad al objeto del proceso”. (Francisco Ramos Mendez, *Derecho...* cit., p. 513, t. I).

nomenclatura e da forma emprestadas à sua peça.

Passemos, então, aos porquês desse raciocínio.

4.7. (Continuação) “*Quem quer o fim, quer o meio*”

A razão pela qual alguém é levado a praticar um ato postulatório é, sempre, combater algum tipo de *gravame* que lhe haja sido imposto. Por “gravame” compreendemos uma *lesão* ou *ameaça* a suposto (porque meramente alegado) direito da parte. Podemos, assim, afirmar que demandas e recursos servem para repelir uma dessas situações, de ameaça ou de lesão a suposto direito (material ou processual) do postulante.

Nas demandas, o gravame alegado tem quase sempre origem extrajudicial. Consiste, normalmente, em um fato lesivo ou ameaçador de alegado direito da parte, praticado antes do processo e fora dele, isto é, no plano material ordenamento.²¹⁴ Já em se tratando de recursos, o gravame deriva de uma decisão judicial, que inflija lesão a um suposto direito (material ou processual) do recorrente.²¹⁵

Por essa perspectiva, os atos postulatórios em geral têm um viés de ônus que à parte cumpre realizar, no sentido de que sua omissão poderá – a depender do caso – acarretar o exaurimento da lesão cometida (*i.e.*: a perpetuação de seus efeitos) ou a convolação, em lesão, daquilo que era simples ameaça a direito.

Além disso, em havendo para cada tipo de gravame uma espécie respectiva de postulação (espécie que o sistema, com exclusão de todas as demais, repute adequada para o caso), então o ônus será não apenas de *postular* mas, sobretudo, *postular pelo meio correto* (*i.e.*: consistirá em *praticar a espécie postulativa correspondente ao tipo de gravame de que se trate*).

Isso vale para todas as espécies recursais e para a expressiva maioria das espécies de demandas incidentais. Necessário que se opte pelo meio adequado para o combate de cada tipo de

²¹⁴ Excetuadas aquelas (comumente chamadas de “ações autônomas de impugnação”) que visam à reforma, à desconstituição ou à declaração de inexistência de uma decisão judicial.

²¹⁵ Reiteremos, aqui, a já referida lição de Barbosa Moreira, *in verbis*: “Assim como a instauração do processo tem por fim levar o pedido à apreciação do órgão judicial, a interposição do recurso visa a suscitar, do mesmo ou de outro órgão, novo pronunciamento. Aqui, como ali, existe algo a cujo respeito se espera uma decisão. A analogia é patente, e não a turva a circunstância de que, no primeiro caso, a provocação se fundamenta em fato exterior e anterior ao processo, ao passo que no segundo ela tem origem *já processual*, encontrando sua *ratio essendi* no próprio ato recorrido”. (José Carlos Barbosa Moreira, *O juízo...* cit., p. 30).

situação, sob pena de não se admitir o ato equivocadamente escolhido e praticado pela parte. Se, por exemplo, a situação de gravame for imposta por uma sentença que a parte considere injusta, então o meio adequado para combater tal injustiça será a *apelação*, não o *agravo* ou qualquer outra espécie existente no sistema (afinal, como preceitua – e com absoluta clareza – o art. 513 do CPC, “da sentença caberá apelação”).

Pois bem.

Quando a parte deixa de praticar a espécie postulatória adequada, optando por outra, a consequência imputada pelo sistema é normalmente a perpetuação do gravame que a aflige, em razão da preclusão que se opera ao fim do prazo para a prática da espécie omitida. Tal preclusão²¹⁶, como qualquer outra, provoca a *perda do poder de obter a proteção jurisdicional do direito ofendido*.²¹⁷

²¹⁶ A nosso ver, trata-se de preclusão temporal. A suposta preclusão consumativa, decorrente da prática de espécie postulatória inadequada, não tem lastro doutrinário tampouco fundamento no sistema, como bem o demonstrou Heitor Vitor Mendonça Sica, em vitoriosa dissertação de mestrado (cf. Heitor Vitor Mendonça Sica, *Preclusão...* cit., p. 116-127). Enquanto o prazo para a prática de determinada espécie postulatória não houver se encerrado, nada impede a parte de praticá-la, nem mesmo a circunstância de já haver praticado postulação de outra (e inadequada) espécie. O argumento conta com nosso aplauso (cf. Bruno Silveira de Oliveira, *O formalismo...* cit., p. 36) e é também corroborado pelo Professor José Roberto dos Santos Bedaque (cf. *Efetividade...* cit., p. 124-131). Dados os objetivos deste trabalho, e por não haver aqui ocasião de expormos em detalhes a linha argumentativa encampada, nos limitaremos a remeter o leitor à obra de Heitor Sica (cf. *Preclusão...* cit., p. 116-127). A título de curiosidade, porém, notemos que Chiovenda – a quem indiscutivelmente remonta a origem do conceito científico de preclusão – não definiu a modalidade “consumativa” nos termos acima repudiados. Para o Mestre, há preclusões de três ordens: (i) pela circunstância de não se haver “[...] observado a ordem fixada em lei para exercício do ato, como os prazos peremptórios ou a sucessão legal das atividades e das exceções” (aquilo que se costuma denominar *preclusão temporal*); (ii) por se haver praticado “[...] uma atividade incompatível com o exercício da faculdade, como a propositura de uma exceção incompatível com outra, ou o cumprimento de um ato incompatível com a intenção de impugnar uma sentença” (aquilo que se denomina usualmente *preclusão lógica*); e, finalmente, (iii) por se haver “[...] já uma vez *validamente exercitado a faculdade* (consumação propriamente dita)” [grifos no original]. Segundo Chiovenda, portanto, aquilo que ele próprio referiu como “consumação” da oportunidade de se praticar determinado ato supõe a prática *válida do mesmo* (*ne bis in idem*). Eis o trecho original, que por nós foi traduzido e editado, em sua íntegra: “[...] io intendo per preclusione *la perdita, o estinzione, o consumazione d’una facoltà processuale* che si subisce per il fatto: *a) o di non aver osservato l’ordine assegnato dalla legge al suo esercizio, come i termini perentorii o la successione legale delle attività e delle eccezioni; b) o di aver compiuto un’attività incompatibile coll’esercizio della facoltà, come la proposizione d’un’eccezione incompatibile con altra, o il compimento d’un atto incompatibile con l’intenzione d’impugnare una sentenza; o di avere già una volta validamente esercitato la facoltà (consumazione propriamente detta)*”. (Giuseppe Chiovenda, *Cosa giudicata e preclusione*, In *Saggi...* cit., p. 233, v. III).

²¹⁷ Afinal, preclusão é precisamente isto, que Chiovenda definiu pioneiramente como “a perda, ou extinção, ou consumação de uma faculdade processual”. Sua definição difundiu-se na ciência processual italiana (cf. Luigi Paolo Comoglio, *Preclusioni istruttorie e diritto alla prova*, In *Rivista di diritto processuale* n. 4/1998, p. 972-973; Giovanni Tesoriere, *Contributo allo studio delle preclusioni nel processo civile*, p. 11; Fabio Marelli, *La trattazione della causa nel regime delle preclusioni*, p. 5) e entre nós foi amplamente acolhida, embora não falte quem lhe proponha pequenas adições ou mesmo modificações que não lhe desnaturam a essência (cf. Antônio Alves Barbosa, *Da preclusão processual civil*, 2. ed., p. 52; Maurício Giannico, *A preclusão no direito processual civil brasileiro*, p. 39-53; Daniel Amorim Assumpção Neves, *Preclusões para o juiz: preclusão pro judicato e preclusão judicial no processo civil*, p. 27-30).

Nesse contexto, deixar de praticar determinada espécie postulatória, quando se tenha a perfeita compreensão das conseqüências dessa omissão, equivale iniludivelmente a assumir o risco de sofrer tais conseqüências. Significa assumir, conscientemente, o risco de perder determinado direito, sendo essa uma das maneiras pelas quais se pode dispor dele.

Resta saber se o intérprete/aplicador da norma (o juiz) pode presumir – nas partes em geral – essa compreensão quanto à importância de se praticar determinada postulação e, sobretudo, quanto à gravidade das conseqüências de se omiti-la. Isto é, resta definirmos se ele – o juiz – pode realmente imputar à omissão de uma espécie postulatória o significado de um consciente ato abdicativo de direitos.

A resposta é afirmativa. Em primeiro lugar, porque se exige das partes, para que figurem validamente na relação processual, que sejam agentes capazes ou – acaso incapazes – que se façam representar por quem de direito. Com a capacidade, podemos presumir que o agente compreenda as conseqüências jurídicas de seus atos. Afinal, está ele perfeitamente habilitado a praticar os atos da vida civil, justamente porque compreende o significado de cada um deles e pauta suas atitudes e escolhas nessa compreensão. De resto, nos termos do notório art. 3º da Lei de Introdução ao Código Civil, presume-se que todos conheçam a legislação vigente e suas conseqüências²¹⁸, o que reforça nossa conclusão. Como não bastasse tudo isso, a parte (tirantes pontualíssimas exceções previstas no ordenamento) só pode vir a juízo e praticar validamente postulações se estiver patrocinada por um advogado. Essa imposição legal – verdadeira garantia de representação ou defesa técnica dos interesses das partes – pressupõe evidentemente o conhecimento, pelo causídico, das mais variadas espécies postulativas existentes no sistema, bem como das conseqüências de sua omissão ou de sua utilização inadequada.

É de se presumir, portanto, que a parte – por si mesma ou por seu advogado – conheça as espécies postulatórias existentes e saiba manejá-las caso a caso, avaliando os riscos de suas ações e omissões, segundo as prescrições da técnica processual. Dito mais brevemente: devemos presumir que as partes conheçam bem as regras do jogo e saibam se comportar de acordo com elas, em cada situação concreta.

²¹⁸ L.I.C.C., art. 3º: “Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”.

Vistas as coisas sob esse prisma, o gesto da parte de querer *não praticar* determinada espécie postulativa – mas outra, inadequada ao combate do gravame que a aflige – não passará de uma conduta *abdicativa* de direitos. Quando tal opção não extingui o próprio direito, objeto do gravame, extinguirá ao menos – por certo – o poder de postular a tutela jurisdicional daquele (poder que haverá se esvaído pelo advento da preclusão temporal).

Ato abdicativo que seja, esse gesto – de se querer não praticar uma espécie postulatória (necessária à conservação de um direito), mas outra (inadequada a tanto) – deve, como qualquer de seus congêneres, ser manifestado em termos *claros, inequívocos, estremos* de dúvida.

Uma vez que não podemos tomar como renúncia manifestação que exponha contradições ou vacilações quanto à vontade de abdicar do direito; então, pelas mesmas razões, não podemos concluir que alguém – havendo emitido postulação ambígua ou contraditória – haja renunciado ao respectivo poder ou ônus processual. É o que ocorre às postulações que contenham *pedido* compatível com a posição processual da parte, mas *nomen juris* e *forma* diversos (indicativos, pois, de outro meio, que não aquele sugerido pelo *petitum* e reputado pelo sistema o único conducente à tutela da posição processual da parte).

Um exemplo ajudará a compreender esse raciocínio: ainda que o *nomen juris* do ato e sua forma possam sugerir outro sentido (e.g.: ainda que se denomine “agravo” a uma petição recursal que pleiteie a *reforma da sentença de fls. “x” a “y” dos autos*, e ainda que se protocole essa peça no tribunal e em dez dias a partir da intimação da sentença atacada), nenhuma dessas circunstâncias é capaz de obnubilar a vontade da parte quanto ao meio em questão. Quis praticar – e presumivelmente praticou – uma apelação, na medida em que este era o único meio apto a lhe proporcionar o acolhimento de seu pedido, estampado naqueles termos claros e inequívocos: “quero a reforma da sentença de fls. *x* a *y*”.

Interpretar seu gesto de outro modo, apegando-se ao *nomen juris* ou ao fato de a petição haver sido interposta diretamente no tribunal (como houvesse o postulante, por tais circunstâncias, desejado *agravar*, mais que obter a reforma da sentença impugnada) equivaleria a tomar-lhe a vontade como verdadeira renúncia ou abdicação consciente ao poder de provocar a reforma da sentença (pois presumimos que, representado por defensor técnico, ele conheça os meios adequados ao combate de cada situação de gravame). Significaria, em última análise, presumir-se a abdicação de um meio cujo fim (a reforma da sentença) o próprio postulante pleiteara...

É esse paradoxo, justamente, que contravém o princípio destacado linhas atrás, segundo o qual os atos dispositivos de direitos devem ser *claros e inequívocos*. Havendo no ato sinais que

indiquem a opção da parte pelo meio adequado à tutela de sua posição processual (como, no exemplo, a indicação de se querer a reforma de uma sentença, a sugerir a opção por uma apelação), em contraste com sinais insinuativos da escolha de meio inadequado (como o *nomen juris* “agravo” e a interposição da peça diretamente no tribunal, a sugerirem opção por um agravo) então *in dubio pro* sentido conservativo do ato em questão, nunca por seu desperdício.

Afinal, quisesse a parte realmente abdicar de seu poder de recorrer de uma sentença, ela – conhecendo como presumivelmente conhece as regras do jogo – o faria sem deixar margem a dúvida. Não chamaria de agravo e interporia, em dez dias, no tribunal, recurso indubitavelmente voltado à reforma de uma sentença. Se assim agiu, foi porque quis antes de tudo impugnar esse ato decisório (jamais abrir mão do direito à impugnação).

Assim, aquelas variáveis causadoras da ambigüidade (i.e.: o fato de se haver denominado a peça “agravo”, como sua interposição diretamente no tribunal) não de ser tomadas como meros lapsos, cometidos em absoluta desconexão com esta que é a vontade real do postulante: obter a reforma da sentença e para isso, portanto, apelar.

Somos levados, por conseguinte, a desprezar o *nomen juris* da peça, tanto quanto as circunstâncias formais de sua interposição, presumindo, ao invés, que o recorrente no fundo haja querido apelar e tenha efetivamente *apelado* (afinal, como vimos, não há lugar em nosso ordenamento para atos abdicativos ambíguos ou, pior que isso até, em si mesmos *contraditórios*).

Nunca é demais insistir em que essa análise primeira, quanto à natureza jurídica do ato postulatório praticado, nada diz – em absoluto – sobre a admissibilidade do mesmo. Não é pelo fato de havermos concluído, no exemplo anterior, ter a parte manifestado sua vontade de apelar e efetivamente praticado uma (mal batizada) apelação, que poderemos avançar conclusões sobre a admissibilidade da mesma (cuidaremos da hipótese no próximo capítulo, cf., *infra*, n. 5. 10).

O certo é que, se alguém aspira a determinado fim e sabe que existe apenas um meio capaz de propiciá-lo, o bom senso sugere que esse alguém utilizará aquele meio. Assim, sendo um apenas o meio de que disponha para tanto, presumir-se que ele haja optado por meio alternativo equivale a presumir, no gesto, a estupidez de seu autor. Isso, ou uma consciente renúncia ao fim, interpretação que agride verdadeiro princípio geral de direito, que proíbe a presunção de atos abdicativos e exige

do intérprete vislumbrar no ato sentido conservativo do direito em questão.

Noutras palavras: as hipóteses de desconexão entre a pretensão contida no ato, seu *nomen juris* e sua forma se resolvem todas em favor daquele primeiro elemento. É ele que, presumivelmente, espelha o sentido mais profundo ou exato da manifestação de vontade da parte quanto ao meio postulatório escolhido.

Na esteira das premissas acima, acabamos por adotar o imperativo de habilidade, de Kant, expresso nos seguintes termos: “Quem quer o fim (contanto que a razão tenha decisiva influência sobre suas ações), quer também o meio para isto indispensavelmente necessário, e que está em seu poder”²¹⁹.

É por essa singela razão que a pretensão prevalece sobre o nome e sobre a forma, na interpretação do meio postulatório praticado pela parte (juízo de identificação do ato), como o mais certo e profundo sinal de sua vontade.

Nessa linha, vejamos a fecunda advertência de Dinamarco:

“É preciso interpretar com realismo jurídico as palavras mal empregadas, procurando extrair delas, apesar delas, o pensamento que o prolator quis externar”²²⁰.

Eis, sintetizado com muita felicidade por essa fórmula, o porquê da prevalência do conteúdo sobre o nome e sobre a forma do ato. É ele, o conteúdo, que exprime acima de todos os outros caracteres “o pensamento que o prolator quis externar”.

Em substância, não é outra a lição de Comoglio, que – embora dirigida ao problema da correspondência entre o pedido e a tutela – serve perfeitamente ao propósito de se interpretar a manifestação de vontade da parte com relação à espécie postulatória desejada.

Suas palavras:

“Não se impõe ao juiz uma pesquisa da “vontade interna” do interessado, segundo esquemas de tipo contratualístico puro (na coordenação entre causa negocial e motivo), mas de qualquer modo se exige uma indagação objetiva sobre o significado funcional que uma demanda – ainda que puramente implícita – deveria possuir no contexto das postulações enunciadas pela parte, tendo-se

²¹⁹ Immanuel Kant, *Grundlegung zur Metaphysic der Sitten*, In *Kants Werke*, p. 417, *Apud* Hans Kelsen, *Teoria geral das normas*, p. 21.

²²⁰ Cândido Rangel Dinamarco, *Vocabulário...* cit., p. 372.

em conta as relações entre a situação substancial deduzida em juízo e o provimento jurisdicional a que o postulante razoavelmente aspira”.²²¹

4.8. Identificação da espécie postulatória e contraditório: proteção às expectativas processuais das partes

Com o fito de provermos ainda mais segurança à decifração das manifestações de vontade postulativas, acrescemos à premissa anterior um novo argumento, segundo o qual o juiz deve – logo após haver interpretado e identificado a postulação nos casos duvidosos (*i.e.*: aqueles em que haja desconexão entre o *nomen juris*, a forma e o conteúdo do ato) – intimar as partes e informar-lhes sua decisão.

Comunicará assim, aos interessados no resultado daquele exame, a maneira por que identificou e processou a postulação que lhe foi dirigida, com o que não se poderá tachar sua decisão de arbitrária, tampouco acusá-la de frustrar expectativas razoáveis dos litigantes, gerando insegurança para o método estatal de resolução de conflitos.

Assim, toda vez que o conteúdo de uma postulação indicar a escolha de determinado meio, em contraste com aquele sugerido por sua forma ou por seu *nomen juris*, competirá ao juiz não apenas receber e processar o ato segundo o primeiro desses critérios (*i.e.*: por seu conteúdo) mas também dizê-lo às partes. Deverá comunicar-lhes – intimando-as dessa decisão – que desconsiderou os demais caracteres da peça (*nomen* e forma) e a recebeu por aquilo que seu conteúdo revelara.

Essa simples providência permitirá que o postulante denuncie eventual erro de interpretação do magistrado, esclarecendo-lhe que sua vontade – ao contrário do que se supôs – era mesmo a de praticar o meio indicado pelo *nomen juris* da petição (com o que proverá *interpretação autêntica* de seu ato).

Embora essa não seja a mais provável das escolhas do postulante – já que significará, em última análise, opção por meio *inadequado* aos olhos do juiz – não podemos todavia simplesmente excluí-la, ignorá-la, desconsiderá-la como hipótese. Por remota que seja, poderá ela ocorrer e, se de

²²¹ No original, por nós livremente traduzido: “Non si impone al giudice una ricerca dell’interna volontà dell’interessato, secondo schemi di tipo contrattualistico puro (nel coordinamento fra causa negoziale e motivo), ma comunque si richiede un’indagine obiettiva del significato funzionale che una domanda – anche puramente implicita – dovrebbe avere nel contesto delle postulazioni enunciate dalla parte, tenuto conto dei rapporti fra la situazione soggettiva dedotta in giudizio ed il provvedimento giurisdizionale cui il deducente ragionevolmente aspira”. (Luigi Paolo Comoglio, La domanda giudiziale, In *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1988/4, p. 1303).

fato ocorrer, obrigará o juiz a se ater à vontade certificada pelo postulante, declarando-lhe então a *inadequação* do ato.

Para o sujeito passivo, a intimação quanto ao juízo de identificação se revela ainda mais importante. Afinal, permitirá que ele selecione e organize seus argumentos de defesa a partir da natureza jurídica reconhecida à petição pelo magistrado (assim, por exemplo, o recebimento e o processamento de determinada peça como agravo de instrumento consentirá impugnar a ausência de algum dos documentos exigidos pelo art. 525, I, do CPC, bem como alegar o descumprimento do ônus que compete ao agravante, a teor do art. 526 do Código)²²². Além disso, intimado daquela decisão, o sujeito passivo poderá oferecer contra-argumentos à própria identificação feita pelo magistrado, visando a interferir em sua convicção e – quem sabe – levando-o a se retratar.

Evitam-se, assim, violações ou restrições ao princípio do contraditório, compreendido como garantia de não surpresa²²³ às partes e como direito destas ao exercício de influência na tomada das decisões judiciais. Com a medida proposta, afasta-se o risco de sobrevirem decisões de “terceira via” no juízo de identificação dos atos postulatórios, por meio das quais o juiz adote tese em nenhum momento cogitada e suscitada pelas partes, surpreendendo-as a ambas e frustrando suas expectativas legítimas.²²⁴

²²² CPC, art. 525: A petição de agravo de instrumento será instruída: I – obrigatoriamente, com cópias da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado; [...]. CPC, art. 526: O agravante, no prazo de 3 (três) dias, requererá juntada, aos autos do processo, de cópia da petição do agravo de instrumento e do comprovante de sua interposição, assim como a relação dos documentos que instruíram o recurso. Parágrafo único: O não cumprimento do disposto neste artigo, desde que argüido e provado pelo agravado, importa inadmissibilidade do agravo.

²²³ Nesse sentido, cf. Luigi Paolo Comoglio, *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, p. 146.

²²⁴ Para uma ampla censura da doutrina italiana aos chamados juízos de “terceira via”, vejam-se: Nicolò Trocker, *Processo civile e costituzione (problemi di diritto tedesco e italiano)*, p. 640-647; _____. Il nuovo articolo 111 della costituzione e il “giusto processo” in materia civile: profili generali, In *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2/2001, p. 394-395; Luigi Montesano, La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di “terza via”, In *Rivista di diritto processuale* n. 4/2000, p. 931; Marco De Cristofaro, Il nuovo processo civile “competitivo” secondo la l. n. 80 del 2005, In *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* n. 1/2006, p. 177; Giacomo Graziosi, Note critiche sul differimento dell'udienza di prima comparizione e le preclusioni per il convenuto, In *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* 3/2004, p. 1122; Luigi Paolo Comoglio, Contraddittorio, In *Digesto delle discipline privatistiche (sezione civile)*, p. 26-27, t. IV; _____. Contraddittorio (principio del), In *Enciclopedia Giuridica Treccani*, p. 9, v. VIII; _____. *Commentario della Costituzione (a cura di G. Branca)*, p. 59; Giuseppe Tarzia, Parità delle armi tra le parti e poteri del giudice nel processo civile, In *Problemi del processo civile di cognizione*, p. 317-320; _____. Le istruzioni del giudice alle parti nel processo civile, In *Problemi... cit.*, p. 321-351, *passim*; Maria Giuliana Civinini, Poteri del giudice e poteri delle parti nel processo ordinario di cognizione. Rilievo ufficioso delle questioni e contraddittorio, In *Foro italiano (Parte Quinta)*, p. 1-10, *passim*, v. CXXII. Entre nós, no mesmo sentido, vejamos: José Carlos Barbosa Moreira, Les principes fondamentaux de la procédure civile dans la nouvelle Constitution brésilienne, In *Temas de direito processual – quinta série*, p. 42-43; Cândido Rangel Dinamarco, O princípio do contraditório e sua dupla destinação, In *Fundamentos... cit.*, p. 135, t. I; José Roberto dos Santos Bedaque, Os elementos objetivos... *cit.*, p. 38-42; Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, A garantia do contraditório, In *Do formalismo... cit.* (apêndice), p. 233-238; _____. O juiz e o princípio do contraditório, In *RePro* n. 71, p. 32-33; Fredie Didier Jr., O princípio da cooperação: uma apresentação, In *RePro* n. 127, p.77; Junior Alexandre Moreira Pinto, *Op. cit.*, p. 79-93; Antonio do Passo Cabral, Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito, In *Rivista di diritto processuale*, 1/2005, p. 463; Daniel Mitidiero, *Colaboração no*

4.9. *Escolha de meio inadequado (falta de cabimento-adequação)*

Das razões expostas, obtemos que são raras (ou, quando menos, mais esporádicas do que normalmente se imagina) as hipóteses de falta de cabimento de uma postulação, por *inadequação* da espécie eleita. Regra geral, basta que a parte combata o gravame que a aflige e sua postulação – cuja espécie é identificada pela pretensão que veicula – resultará adequada à tutela de sua posição processual.

Não há, por exemplo, que se deixar de admitir peça intitulada “impugnação”, apenas porque ela se volta contra processo de execução fundado em título extrajudicial. Identificada por seu conteúdo, essa peça só terá nome de *impugnação*, consistindo na verdade em *embargos à execução*. O mesmo para a hipótese de se dirigir a tribunal peça denominada “agravo”, embora nela se pleiteie – apesar do maljeitoso título – a reforma de uma sentença. Claro está que se trata de *apelação*: mal batizada, mal formada, mal protocolada – tudo isso, reconheça-se – mas *apelação*.

As situações acima configuram *errores in nomine*. Longe estão de revelarem atos inadequados, mas mal denominados apenas, circunstância que em nada interfere no juízo de admissibilidade dos mesmos.

As verdadeiras hipóteses de inadequação – como qualquer juízo que pressuponha a identificação da espécie postulatória – decorrem da pretensão deduzida (isto é, do conteúdo da postulação).

Para que um ato postulatório seja verdadeiramente *inadequado*, é necessário que sua pretensão não se coadune com a posição processual ocupada pelo postulante quando de sua prática. Sempre que a pretensão se subsumir a regra diversa da que disciplina o *ônus específico do postulante* naquele momento do processo, poderemos tachar de inadequado o respectivo ato.

A depender da posição que ocupe no evolover dos atos processuais, a parte terá para si um

processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos, p. 135-136; Teresa Arruda Alvim Wambier, A influência do contraditório na convicção do juiz: fundamentação de sentença e de acórdão, In *RePro* n. 168, p. 56; Humberto Theodoro Júnior e Dierle José Coelho Nunes, Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual, In *RePro* n. 168, p. 117-127.

ônus postulatório específico. Quem sucumbe em sentença tem o específico ônus de *apelar*; já quem sofre uma penhora, em fase de cumprimento de sentença, deve *impugnar* esse cumprimento; assim por diante. Para cada situação concreta, um ônus; para cada ônus, um meio postulativo apropriado.

Ocorre que, por vezes, a pretensão formulada se subsume a espécie não franqueada ao postulante. Ele, ao invés de realizar o conseqüente da regra cuja hipótese descreve sua posição processual, realiza o conseqüente de regra diversa, cuja hipótese, todavia, não o alberga.

Exemplos facilitarão a compreensão.

Imaginemos que alguém tenha contra si acórdão de colegiado recursal dos juizados especiais, proferido em grau de *recurso* (inominado). Suponhamos, agora, que impugne esse acórdão com a interposição de *recurso especial*, argumentando – em síntese – contrariedade do julgado à lei federal (CRFB, art. 105, III, *a*).

Nesse cenário, restará clara a falta de cabimento-adequação da peça, já que a posição processual da parte (sucumbente em decisão final, no processo dos juizados especiais) não lhe consente a via do *recurso especial* (cabível apenas – como é notório – contra causas decididas em única ou última instância pelos *tribunais regionais federais* ou pelos *tribunais dos Estados, Distrito Federal e Territórios*, nos termos do inciso III do art. 105 da CRFB). A única espécie postulatória restante àquela parte, adequada à tutela de sua posição processual, seria o *recurso extraordinário*, cuja hipótese de cabimento pressupõe apenas “causas decididas em *única ou última instância*” (pouco importando que provenham de turma recursal dos juizados especiais²²⁵).

O mesmo se diga da hipótese de a Fazenda Pública – ré e sucumbente em mandado de segurança de competência originária de tribunal – interpor recurso ordinário constitucional contra o respectivo acórdão (pretendendo, por exemplo, reexame de provas). Como essa espécie recursal é de uso exclusivo do impetrante (já que cabível apenas das decisões denegatórias de *writs*)²²⁶,

²²⁵ CRFB, art. 102: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...], III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: (a) contrariar dispositivo desta Constituição; (b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; (c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; (d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal”.

²²⁶ CRFB, art. 102, “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

restaria ao ente fazendário impugnar aquele acórdão mediante os recursos extraordinários *lato sensu*, jamais pela via que escolheu. Inadequada, pois, a pretensão deduzida, já que incompatível com a posição processual da postulante.

Consideremos, por fim, a situação de alguém que interponha embargos infringentes contra acórdão não unânime, que haja dado provimento a apelação em mandado de segurança. Segundo o art. 25 da Lei n. 12.016/2009 não cabe, no processo do mandado de segurança, a interposição de embargos infringentes²²⁷. O mesmo se diga da interposição dos infringentes em recurso ordinário constitucional. Limitado o cabimento daqueles a acórdãos que – por maioria – hajam dado provimento a *apelações* e a *ações rescisórias*, resulta inadequada sua utilização contra o julgamento de quaisquer outros recursos.²²⁸ Assim, as únicas vias compatíveis com a posição de parte que se encontra nas posições descritas são os recursos especial e extraordinário (desconsiderados, é claro, os embargos de declaração, cabíveis contra qualquer ato decisório).

Em todas essas situações – verdadeiros casos de inadequação do ato – vemos que a pretensão formulada se subsume ao conseqüente de regra inaplicável à posição processual da parte, regra cuja hipótese descreve outro contexto, outra posição processual, que não aquela em que se encontra o postulante. O vício da *inadequação* – como se pode notar – é completamente diferente de meros e irrelevantes *errores in nomine*; trata-se de um problema inerente ao conteúdo da postulação, que se revela em descompasso com a posição ocupada por seu autor, naquele momento do processo.

[...], II – julgar, em recurso ordinário: (a) o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão; [...]”. CRFB, art. 105: “Compete ao Superior Tribunal de Justiça: II – julgar, em recurso ordinário: (a) os *habeas corpus* decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória; (b) os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão”.

²²⁷ Eis, na íntegra, o referido dispositivo legal: “Não cabem, no processo do mandado de segurança, a interposição de embargos infringentes e a condenação no pagamento de honorários advocatícios, sem prejuízo da aplicação de sanções no caso de litigância de má-fé”. A nova lei acabou incorporando ao direito positivo, no particular, o teor das súmulas de números 169 e 597, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, respectivamente: STJ, 169: “São inadmissíveis embargos infringentes no processo de mandado de segurança”; STF, 597: “Não cabem embargos infringentes de acórdão que, em mandado de segurança decidiu, por maioria de votos, a apelação”.

²²⁸ CPC, art. 530: “Cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória [...]”. Abstração feita, aqui, a interpretações doutrinárias ampliativas da hipótese de cabimento prevista em lei.

4.10. *Pluralidade de meios conducentes ao mesmo fim (inexistência de relação biunívoca entre os meios e o fim)*

Ao longo do texto, vimos que ao detectar a função do ato o intérprete normalmente identifica, *ipso facto*, a espécie postulatória em questão, podendo enfim passar ao exame de sua admissibilidade segundo as regras respectivas. É preciso, porém, tomar essa afirmação com temperamentos.

Devemos ter presente que se trata de uma *regra geral* de interpretação dos atos postulatórios. Como tal, admite esta exceção (já a vimos, *supra*, n. 3.12): existem determinadas *funções típicas* que podem ser cumpridas por mais de um meio ou espécie postulativa. Nesses casos, obviamente, a mera indicação da função (no pedido) não bastará à identificação da espécie postulatória utilizada pela parte.

Por exemplo: a quem disponha de prova escrita de crédito pecuniário, sem força de título executivo, tanto aproveitará uma “ação monitória” quanto uma “demanda condenatória de procedimento comum”. Ambas, acaso procedentes, renderão ao autor o título que lhe falta para iniciar os atos executórios contra o réu. Nessa hipótese, a circunstância de a demanda pedir a “condenação do réu ao pagamento da quantia” ou a “formação do título executivo judicial” (expressões que se equivalem em toda a extensão) não permite distinguir, entre os meios cabíveis, aquele efetivamente escolhido pelo postulante.

Para tanto, isto é, para identificarmos corretamente, nesses casos, a espécie postulatória praticada, necessário que miremos além do conteúdo do ato, buscando em seus aspectos periféricos – como a forma e, eventualmente, o *nomen juris* (nessa ordem) – indícios reveladores da intenção da parte quanto ao meio adotado.

Tais elementos – a forma do ato e seu *nomen juris* – embora normalmente não participem do juízo de identificação das postulações, acabam por desempenhar, nessas hipóteses, um papel supletivo.

Isso significa que a forma ou o nome dado à peça concorrerá para sua identificação somente quando a função a que o ato visa (informada no pedido) não bastar para lhe determinar a natureza jurídica (justamente por se poder cumpri-la por mais de um meio).

No exemplo dado, vários dos aspectos formais de uma petição de “ação monitória” coincidem com os de uma “demanda condenatória de procedimento comum”. É claro que a linguagem utilizada na peça pode sinalizar a opção pela via comum ou pela injuntiva. Assim, por exemplo, quando o pedido vier redigido em termos como “[digne-se prover a] emissão do mandado monitório, contendo a ordem judicial, dirigida ao réu, para pagar uma soma em dinheiro ou de entregar coisa fungível ou determinado bem móvel (ou a indenização correspondente)”²²⁹, restará claro, ao intérprete, tratar-se de demanda monitória.

Quando este não for o caso – havendo o autor se utilizado de expressões genéricas na formulação de seu pedido, tais como “a formação do título executivo” ou a “condenação do réu ao pagamento da quantia devida” –, então nada, exceto o *nomem* estampado na petição, permitirá compreender o sentido da manifestação de vontade quanto ao meio escolhido.

O mesmo se diga da situação de quem proponha demanda amparada por prova documental e destinada à anulação de ato de autoridade pública, supostamente praticado em ilegalidade ou com abuso de poder. Está claro que essa demanda pode consistir em um “mandado de segurança” ou em uma “demanda desconstitutiva de procedimento comum”. Também aqui, em princípio, se equivalem as formas das petições de um e de outro daqueles meios. Necessário, outra vez, que analisemos a linguagem empregada na petição ou, quando ela nada esclarecer, que nos apeguemos ao *nomen* dado à peça: só ele indicará, enfim, a espécie por que optara a parte.

Outro exemplo pode ser buscado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que vem admitindo – indiferentemente – os mais diversos meios postulatórios para o fim de se destrancar recurso especial, indevidamente retido no tribunal de origem.²³⁰

²²⁹ Antonio Carlos Marcato, *Procedimentos especiais*, 13. ed., p. 303.

²³⁰ PROCESSO CIVIL – MEDIDA CAUTELAR – DESTRANCAMENTO DE RECURSO ESPECIAL (ART. 542, § 3º, CPC). 1. Esta Corte admite que, para fazer subir o especial retido por força do art. 542, § 3º, do CPC, é possível utilizar a medida cautelar. 2. Exige-se, entretanto, além da absoluta necessidade da cautela, única forma de evitar perigo irreparável, que a decisão seja teratológica ou manifestamente ilegal, hipótese que não restou evidenciada no caso examinado. 3. Medida cautelar julgada improcedente, ficando prejudicado o exame do agravo regimental. (MC

Há, em todas essas hipóteses, um espaço de *liberdade positiva* deixado à discricção do jurisdicionado: está ele *expressamente autorizado pelo sistema* a escolher um entre os meios disponíveis, opção que comunicará ao juiz por meio da linguagem empregada em sua petição (ora pela forma do ato, ora, como vimos, por seu *nomen juris*).²³¹

14.159/RJ, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 18/11/2008, DJe 15/12/2008).

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO ESPECIAL RETIDO (ART. 542, § 3º, DO CPC). DESTRANCAMENTO. POSSIBILIDADE. 1. É entendimento do STJ que se deve admitir o processamento imediato do Recurso Especial retido, mitigando a regra contida no art. 542, § 3º, do CPC, quando a retenção ensejar o exaurimento da prestação jurisdicional requerida, o que se configura neste caso. 2. Embargos de Declaração acolhidos com efeitos infringentes para destrancar o Recurso Especial. (EDcl no AgRg no Ag 803.813/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 10/02/2009, DJe 19/03/2009).

AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO ESPECIAL. FUNDAMENTO DA LETRA "A". LEI 5.021/66. VIOLAÇÃO ARGUIDA. 1. Evidenciado que o recurso especial suscitou ofensa a dispositivo de lei federal (art. 1º da Lei 5.021/66), dá-se provimento ao agravo regimental para, reformando a decisão agravada, prover o agravo de instrumento e destrancar o apelo especial retido no Tribunal de origem. (AgRg no Ag 272.035/DF, Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins, Segunda Turma, julgado em 25/02/2003, DJ 04/08/2003 p. 253).

PROCESSO CIVIL. DESRETIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL. REGRA DO ARTIGO 542, § 3º, CPC. AUSÊNCIA DE PLAUSIBILIDADE DA PRETENSÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO. ART. 131 DO CPC. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PREQUESTIONAMENTO. PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS. NECESSIDADE. RECURSO ESPECIAL RETIDO. CONTRA-RAZÕES. PROCESSAMENTO. DESTRANCAMENTO. NECESSIDADE. - A 2ª Seção do STJ já se posicionou no sentido de que o pedido de desreção de recurso especial independe de ação cautelar autônoma, podendo ser decidido em requerimento incidente, por simples petição. - Admite-se excepcionalmente o processamento de recurso especial retido, uma vez que há situações em que a permanência do recurso nos autos pode frustrar a entrega da tutela jurisdicional, recomendando a atribuição de temperamentos à regra do artigo 542, § 3º, do CPC. - Para tanto, está o relator autorizado a proceder a um juízo prévio e perfunctório de viabilidade do recurso especial e dos efeitos com ele pretendidos, apreciando os requisitos da aparência do direito e do perigo de demora. - Ao julgador cabe apreciar a questão conforme o que ele entender relevante à lide. Não está o Tribunal obrigado a julgar a questão posta a seu exame nos termos pleiteados pelas partes, mas sim com o seu livre convencimento, consoante dispõe o art. 131 do CPC, utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável à espécie. - Os embargos declaratórios, mesmo quando manejados com o propósito de prequestionamento, são inadmissíveis se a decisão embargada não ostentar qualquer dos vícios que autorizariam a sua interposição. - A intimação da parte contrária para apresentação de contra-razões constitui ato integrante do próprio processamento do recurso especial, de sorte que, determinada a retenção deste, tal ato somente deverá ser efetivado após o seu destrancamento. Petição indeferida. (Pet 6.043/DF, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 14/11/2007, DJ 04/12/2007 p. 224).

PROCESSO CIVIL – MEDIDA CAUTELAR – RECURSO ESPECIAL RETIDO (ART. 542, § 3º, CPC). 1. A Corte Especial tem entendimento no sentido de que o destrancamento do recurso especial por força do artigo 542, § 3º, do CPC pode viabilizar-se por via de mera petição, agravo de instrumento, medida cautelar ou até mesmo mandado de segurança. 2. O destrancamento do especial exige que haja razões plausíveis para se antever prejudicialidade para o processo principal, se não solucionada a questão versada no recurso retido. 3. Bloqueio de bens por força de medida cautelar fiscal, com prejuízo para a empresa, que pugna pela inviabilidade da medida eleita pelo Fisco para coagi-la. 4. Medida cautelar parcialmente procedente. (MC 6.788/MT, Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins, Rel. p/ Acórdão Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 19/12/2003, DJ 15/03/2004 p. 218).

²³¹ Sobre os conceitos de liberdade positiva e de liberdade negativa, cf. Arthur Kaufmann, *Filosofia del derecho*, p 423-440.

4.11. (Continuação) *Incerteza no sistema, liberdade negativa e pluralidade de meios conducentes ao mesmo fim*

Além de casos como os referidos no tópico anterior, em que o sistema concede expressa, inequívoca e alternativamente ao jurisdicionado dois ou mais meios, todos igualmente aptos ao cumprimento de determinada função típica, devemos reconhecer também – em hipóteses para as quais não haja definição precisa do meio adequado – espaço de liberdade semelhante ao anterior, deixado às escolhas postulativas das partes.

Trata-se aqui de se fazer o que não está proibido, ou, quando menos, de se fazer o que *não se pode saber proibido, por absoluta falta de clareza da lei*. Para todos os efeitos, aquilo que a lei não consegue comunicar eficientemente *proibido não está*. Fala-se, nesses casos, de uma liberdade negativa, comumente estampada na máxima “tudo que não está proibido é permitido”.²³²

O aforismo se refere à imposição de *sanções* às condutas e à liberdade dos indivíduos (e a inadmissibilidade das postulações não deixa de ser uma sanção processual). Toda regra sancionatória – da pena criminal à mais indulgente das reprimendas – deve ser suficientemente *clara, precisa*, a ponto de poder ser compreendida e introjetada por seus destinatários, para que passem, a partir de então, a determinar suas condutas em razão de conhecerem as sanções impostas ao comportamento oposto.

Nesse contexto, Bergel ensina que a *certeza da linguagem jurídica* “por vezes é mais importante do que sua adequação às pequenas variações da realidade. Assim, o princípio *nullum crimen sine lege* seria de fato ignorado se a lei fosse redigida em termos tão vagos que coubesse ao juiz determinar o fato punível ou a natureza da pena. A incerteza do direito é um mal grave, pois aumenta a desordem dos comportamentos que se querem evitar, a desordem na norma. Foi possível dizer que é preferível uma ausência de regra ou uma regra criticável a uma regra incerta. A segurança do direito pressupõe um aparelho conceptual e uma terminologia *relativamente*

²³² “Como ordem social que estatui sanções, o Direito regula a conduta humana não apenas num sentido positivo – enquanto prescreve uma tal conduta ao ligar um ato de coerção, como sanção, à conduta oposta e, assim, proíbe esta conduta – mas também por uma forma negativa – na medida em que não liga um ato de coerção a determinada conduta, e, assim, não proíbe esta conduta nem prescreve a conduta oposta. Uma conduta que não é juridicamente proibida é – neste sentido negativo – juridicamente permitida. Visto que uma determinada conduta humana ou é proibida ou não o é, e que, se não é proibida, deve ser considerada como permitida pela ordem jurídica, toda e qualquer conduta de um indivíduo submetido à ordem jurídica pode considerar-se como regulada – num sentido positivo ou negativo – pela mesma ordem jurídica. Na medida em que a conduta de um indivíduo é permitida – no sentido negativo – pela ordem jurídica, porque esta não a proíbe, o indivíduo é juridicamente livre”. (Hans Kelsen, *Teoria pura do direito*, 6. ed., p. 46).

rígidos”.²³³ [destacamos em itálico].

Eis, porém, uma questão nodal: não se pode, em qualquer seara do discurso jurídico, aspirar a algo mais que essa *relativa rigidez* de seus termos. A linguagem jurídica – ao se fundar sobre a natural – compartilha com esta de uma inexpugnável margem de *vagueza*, imprecisão semântica que acompanha seus verbetes por mais burilados que sejam, por mais meticolosos, enfim, que hajam sido os trabalhos de “ouriversaria conceitual” a propósito deles.

Todos os conceitos jurídicos, em maior ou menor intensidade, apresentam aquele *núcleo de precisão* de que nos fala Philipp Heck²³⁴, cercado, no entanto, por um *halo* relativamente amplo de *indeterminação* (para prosseguirmos na expressiva alegoria).²³⁵

Entra em cena, nesse momento, a importância da objetivação (“uniformização”) de entendimentos desempenhada pelos “ourives” da jurisprudência (e, a inspirá-los, os da doutrina). Podemos afirmar que a jurisprudência, ao interpretar os textos legais, acaba por escolher e por *reconstruir* um entre os vários sentidos normativos que deles se podem extrair²³⁶, transformando assim a matéria prima de seu ofício num produto que, em certo sentido, já é coisa diversa daquele produzido pelo legislador.²³⁷

²³³ Jean-Louis Bergel, *Teoria geral do direito*, p. 293-294.

²³⁴ *Apud* Karl Engisch, *Introdução ao pensamento jurídico*, 6. ed., p. 209.

²³⁵ “Que o significado preciso de um texto legislativo seja constantemente problemático depende, em primeira linha, do facto de que a linguagem corrente, de que a lei se serve em grande medida, não utilizar, ao contrário de uma lógica axiomatizada e da linguagem das ciências, conceitos cujo âmbito esteja rigorosamente fixado, mas termos mais ou menos flexíveis, cujo significado possível oscila dentro de uma larga faixa e que pode ser diferente segundo as circunstâncias, a relação objectiva e o contexto do discurso, a colocação da frase e a entoação de uma palavra. Mesmo quando se trata de conceitos em alguma medida fixos, estes contêm frequentemente notas distintivas que, por seu lado, carecem de uma delimitação rigorosa”. (Karl Larenz, *Metodologia da ciência do direito*, 3. ed., p. 439).

²³⁶ Precisa, a esse respeito, a lição de Humberto Ávila: “[...] pode-se afirmar que o intérprete não só constrói, mas *reconstrói* sentido, tendo em vista a existência de significados incorporados ao uso lingüístico e construídos na comunidade do discurso. Expressões como ‘provisória’ ou ‘ampla’, ainda que possuam significações indeterminadas, possuem núcleos de sentidos que permitem, ao menos, indicar quais as situações em que certamente não se aplicam: *provisória* não será aquela medida que produz efeitos ininterruptos no tempo; *ampla* não será aquela defesa que não dispõe de todos os instrumentos indispensáveis à sua mínima realização. E assim por diante. Daí se dizer que *interpretar é construir a partir de algo*, por isso significa *reconstruir*: a uma, porque utiliza como ponto de partida os textos normativos, que oferecem limites à construção de sentidos; a duas, porque manipula a linguagem, à qual são incorporados *núcleos de sentidos*, que são, por assim dizer, construídos pelo uso, e preexistem ao processo interpretativo individual. A conclusão trivial é a de que o Poder Judiciário e a Ciência do Direito constroem significados, mas enfrentam limites cuja desconsideração cria um descompasso entre a previsão constitucional e o direito constitucional concretizado”. (Humberto Ávila, *Teoria dos princípios*, p. 25). Em sentido análogo, cf. Eros Roberto Grau, *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, 2. ed., p. 80-83.

²³⁷ Eis, a propósito, a lição de Kaufmann: “A lei (de direito) não é a mesma logo após a interpretação (inclusive a mera aplicação constitui também interpretação; o intérprete tampouco é o mesmo). É claro que o teor literal da lei ainda é o mesmo; seu conteúdo, não obstante, foi transformado. Isso que surge na lei por meio de sua contínua interpretação (em razão de sua adaptação sem fim às novas circunstâncias) não provém do legislador, senão do cérebro dos intérpretes: a lei é mais inteligente que o legislador”. Na versão em castelhano de sua obra, lê-se: “La ley (de derecho) no es la misma luego de la interpretación (e incluso la mera aplicación constituye también interpretación; el intérprete tampoco es el mismo). Por supuesto, el tenor literal de la ley es aún el mismo; su contenido, no obstante, se ha transformado. Eso que crece en la ley por medio de su continua interpretación (en razón de su adaptación sin fin a las

Como toda norma jurídica precisa antes ser *interpretada* para ser aplicada, passa então, necessariamente, por aquele processo de reconstrução e de transformação a que acabamos de nos referir. Não tem lastro na realidade, no modo como as normas são invariavelmente atuadas pelo Judiciário, a máxima segundo a qual *interpretatio cessat in claris*.²³⁸ A interpretação está sempre lá, mais ou menos evidente, mais ou menos interferente no conteúdo dos textos interpretados, mas sempre a cumprir seu papel, que é o de etapa logicamente necessária à aplicação das normas ao caso concreto.²³⁹

Ao cabo do processo interpretativo, vai-se da abstração das normas tais como *produzidas pelo legislador* para a abstração das normas tais como *reproduzidas pela jurisprudência*. Exige-se, então, um ganho em clareza e em precisão cognitiva. O aumento deve dar-se em grau suficiente para permitir que as partes, sob a orientação da norma interpretada, determinem suas condutas em relação aos atos e aos negócios jurídicos de direito material, bem como no tocante às escolhas que realizam durante o processo.

Que fazer, porém, quando doutrina e jurisprudência, mesmo após sucessivas interpretações de determinado texto, não logram chegar a um consenso em torno de seu sentido normativo? Sobretudo em matéria processual – quando dessa interpretação depender a definição do meio adequado para a tutela de determinada posição jurídica – como exigir das partes que o saibam ou que prevejam o desfecho do impasse hermenêutico, ainda irresoluto na doutrina e na jurisprudência?

Em casos desse naipe, forçoso admitir que o litigante se valha – sem senões – de qualquer dos meios postulatórios envoltos na disputa doutrinária e/ou jurisprudencial. Bastará perfilhar uma das linhas interpretativas e sua escolha resultará legítima, pois se a lei não pôde definir com precisão um único meio adequado à tutela da posição daquele, e se a doutrina tampouco a jurisprudência conseguiram fazê-lo, então o ato praticado estará protegido por aquele halo de indeterminação, dentro do qual as opções do indivíduo são livres e, pois, admissíveis.

nuevas circunstancias) no proviene del legislador, sino del cerebro de los intérpretes: la ley es más inteligente que el legislador”. (Arthur Kaufmann, *Op. cit.*, p. 425).

²³⁸ “Essa máxima é repudiada pela moderna hermenêutica, porque sempre a captação da idéia que o redator quis transmitir mediante o texto é um trabalho intelectual de interpretação. Como símbolos que são, as palavras valem somente pela idéia que sejam capazes de transmitir e, por mais claras que sejam, é invariavelmente necessário chegar, mediante sua correta compreensão, à idéia concebida pelo redator. Por mais simples que seja a interpretação, ou por mais óbvio que seja o significado do texto, a captação desse significado não deixa de ser uma *interpretação*. Além disso, a própria noção de clareza é vaga e aberta ao subjetivismo. O que parece claro a um pode não parecer a outro. Dois intérpretes podem ver *com clareza* dois significados no texto interpretado”. (Cândido Rangel Dinamarco, *Vocabulário... cit.*, p. 342).

²³⁹ Cf., por todos, Eros Roberto Grau, *Ensaio... cit.*, p. 70-83, *passim*.

É o que sucede, atualmente, quanto à natureza do pronunciamento judicial proferido nas hipóteses de cúmulo de pedidos, quando um deles tenha seu mérito resolvido antes dos demais. Que faz o juiz ao decidi-lo: profere decisão interlocutória ou sentença? Conseqüentemente, é cabível o recurso de agravo ou de apelação contra semelhante ato?

Para tais questionamentos, há atualmente na doutrina duas correntes bem definidas.

Aqueles que entendem haver a lei n. 11.232/2005 operado mudança substancial no conceito de sentença²⁴⁰, consideram possível – ao menos em linha de princípio – que o juiz profira uma sentença para cada pedido ou capítulo de demanda acerca do qual sua cognição se tenha completado.²⁴¹

²⁴⁰ Antes do advento da referida lei, o Código de Processo Civil definia sentença como “o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa”. (art. 162, §1º). Desde a vigência da lei n. 11.232/2005, o art. 162, §1º, do CPC passou a contar com a seguinte redação, *in verbis*: “Sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei”.

²⁴¹ Cândido Rangel Dinamarco, *Vocabulário...* cit., p. 263; José Roberto dos Santos Bedaque, Algumas considerações sobre o cumprimento da sentença condenatória, In *Revista do Advogado* n. 85, p. 63-77; Teresa Arruda Alvim Wambier, O conceito de sentença no CPC reformado, In Adroaldo Furtado Fabrício (coord.), *Estudos...* cit., p. 533; Carlos Alberto Carmona, Ensaio sobre a sentença arbitral parcial, In *RePro* n. 165, p. 10-14; Araken de Assis, *Cumprimento da sentença*, p. 20-21; Ricardo de Carvalho Aprigliano, *A apelação e seus efeitos*, 2. ed., p. 16-20; Heitor Vitor Mendonça Sica, Algumas implicações do novo conceito de sentença no processo civil, de acordo com a Lei n. 11.232/2005, In Carlos Alberto Carmona (coord.), *Reflexões sobre a reforma do código de processo civil: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover, Cândido R. Dinamarco e Kazuo Watanabe*, p. 187-199; Daniel Amorim Assumpção Neves, *Reforma do cpc*, p. 79-80; Fabio Milman, O novo conceito legal de sentença e suas repercussões recursais: primeiras experiências com a apelação por instrumento. In *RePro* n. 150, p. 165; Paulo Afonso de Souza Sant’Anna, Sentença parcial, In José Miguel Garcia Medina *et. alii* (coord.), *Os poderes...* cit., p. 460; Renato Castro Teixeira Martins, Apelação por instrumento, In José Miguel Garcia Medina *et. alii* (coord.), *Os poderes...* cit., p. 840-841; Bruno Garcia Redondo, Sentença parcial de mérito e apelação em autos suplementares, In *RePro* n. 160, p. 142-155; Jorge de Oliveira Vargas, O novo conceito de sentença e o recurso daquela que não extingue o processo: apelação ou agravo de instrumento?, In *RePro* n. 148, p. 112-113; Luiz Guilherme da Costa Wagner Júnior, O novo conceito de sentença e os reflexos na escolha dos meios de impugnação cabíveis diante dos pronunciamentos judiciais: aplicação do princípio da fungibilidade, In Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.), *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*, p. 193, v. 11. Filiamo-nos a essa corrente, aparentemente majoritária (cf. Bruno Silveira de Oliveira, Um novo conceito de sentença?... cit., p. 121-138).

A jurisprudência atual do Colendo Superior Tribunal de Justiça apresenta alguns arestos nesse sentido. Ilustrativamente, vejam-se:

PROCESSUAL CIVIL. ILEGITIMIDADE AD CAUSAM. EXCLUSÃO DA LIDE. RECURSO CABÍVEL.

1. Embora a ação tenha prosseguimento em relação a um dos litisconsortes, houve extinção em relação à União, quando afastada por acolhimento da preliminar de ilegitimidade ad causam.
 2. Havendo sentença terminativa, o recurso cabível é a apelação, nos termos do artigo 513 do CPC.
 3. Recurso especial provido.
- (REsp 678645/PE, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 12/04/2005, DJ 23/05/2005 p. 233).

ACÇÃO CIVIL. TELEFONIA. TRANSFERÊNCIA DE CONTROLE ACIONÁRIO. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. MATÉRIAS ENFRENTADAS PELA CORTE REGIONAL. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535 DO CPC NÃO CARACTERIZADA. LOCAL DO DANO. SÚMULA 7/STJ. CUMULAÇÃO DE TRÊS PEDIDOS. PERDA DO OBJETO EM RELAÇÃO A UM DOS PEDIDOS. DECLINAÇÃO DA COMPETÊNCIA PARA OS OUTROS DOIS. SENTENÇA. RECURSO CABÍVEL: APELAÇÃO.

[...]

Já os que não vêm na lei aquela mudança conceitual, admitem no máximo que o juiz profira, diante da situação narrada, decisão antecipatória da tutela em relação ao pedido incontroverso.²⁴²

O jurisdicionado – à margem das discussões doutrinárias e jurisprudenciais acerca da nova definição de sentença – deve impugnar o pronunciamento proferido naquelas circunstâncias por meio de petição que satisfaça os requisitos de admissibilidade de um *agravo de instrumento* ou de uma *apelação*, indiferentemente. Sua escolha, livre entre esses termos, há de ser respeitada pelo Judiciário, que deverá receber o ato tal como praticado (sem possibilidade de convertê-lo em outro ou de mandá-lo à emenda).

4.12. (Continuação) Espaços de liberdade postulatória – positiva e negativa – e a chamada “fungibilidade de meios”

Tanto pela *afirmação* de dois ou mais meios como igualmente adequados para o

V - A decisão combatida pelo aresto recorrido foi apresentada com roupagem de sentença e, por outro lado, ao extinguir o feito em relação a um dos três pedidos formulados pelo autor da ação civil com base no artigo 267, VI, do CPC, tem realmente natureza de sentença terminativa, atacável por recurso de apelação, não se vislumbrando qualquer afronta aos artigos 162, §§ 1º e 2º, 513 e 522, todos do CPC, em razão do Tribunal *a quo* ter conhecido do recurso de apelação interposto pelo Ministério Público Federal.

VI - Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido.

(REsp 1019310/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 21/10/2008, DJe 10/11/2008).

²⁴² Eis aqueles que sustentam – por diferentes linhas – ser defeso ao juiz proferir sentença na hipótese de que tratamos: José Carlos Barbosa Moreira, A nova definição de sentença. In *Temas de direito processual (nona série)*, p. 172 (nota de rodapé n. 8); Humberto Theodoro Jr., *As novas reformas do código de processo civil*, p. 6; Nelson Nery Jr., Conceito sistemático de sentença: considerações sobre a modificação do CPC 162, §1º, que não alterou o conceito de sentença, In Fernando Gonzaga Jaime *et. alii* (coords.), *Processo civil: novas tendências (estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior)*, p. 521-531; Luiz Fux, *A reforma do processo civil*, 2. ed., p. 3-4; Flávio Cheim Jorge, *Teoria geral dos recursos cíveis*, 3. ed., p. 39-42; Eduardo Arruda Alvim, O perfil da sentença e suas repercussões na Lei n. 11.232/2005, In Gustavo Santana Nogueira (coord.), *A nova reforma processual*, p. 51; Cassio Scarpinella Bueno, *A nova etapa da reforma do código de processo civil*, p. 13-21, v. 1; _____. *Curso sistematizado de direito processual civil*, p. 326-327, v. 2, t. I; Bernardo Pimentel Souza, *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*, 6. ed., p. 418-422; Marcelo Abelha Rodrigues, *Op. cit.*, p. 449-450; Leonardo Ferres da Silva Ribeiro, A definição dos pronunciamentos judiciais (sentenças, decisões interlocutórias e despachos) após as últimas alterações legislativas: impacto e efeitos no plano recursal, In José Miguel Garcia Medina *et. alii* (coord.), *Os poderes... cit.*, p. 381.

Essa corrente também se faz representar na jurisprudência atual do Colendo Superior Tribunal de Justiça. Veja-se:

EXECUÇÃO FISCAL – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – EXCLUSÃO DE UM DOS EXECUTADOS DA RELAÇÃO PROCESSUAL, SEM EXTINÇÃO DO PROCESSO – RECURSO CABÍVEL: AGRAVO – PRECEDENTES – SÚMULA 83/STJ. 1. É pacífico nesta Corte Superior que a decisão que exclui do processo um dos litisconsortes, prosseguindo-se a execução fiscal com relação aos demais co-executadas, é recorrível por meio de agravo de instrumento, caracterizando-se erro grosseiro a interposição de apelação. 2. Precedentes: REsp 889082/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 3.6.2008, DJe 6.8.2008, REsp 1026021/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 17.4.2008, DJ 30.4.2008; REsp 801.347/MG, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 21.3.2006, DJ 3.4.2006. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 771.253/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 19/03/2009, DJe 14/04/2009).

cumprimento de determinada função típica, quanto pela *indefinição* acerca do meio adequado (gerada por incertezas que perpassam o texto legal, a doutrina e a jurisprudência), o sistema – como vimos – acaba por abrir clarões de liberdade para a atuação e para as escolhas postulatórias das partes.²⁴³

Na primeira hipótese, falamos de *liberdade positiva* (quando ao jurisdicionado é dado optar por *um ou outro dos meios expressamente autorizados pelo sistema*); na segunda, falamos de *liberdade negativa* (que consiste em escolher *um dos meios não proibidos pelo sistema, reputando-se não proibidos dois ou mais meios quando – embora apenas um deles se afigure adequado – não possamos objetivamente definir, entre aqueles, qual o seja*).

Em ambos os casos, a consequência prática é a mesma: devemos reconhecer a incidência, à espécie, da regra geral de *liberdade das formas*, consagrada na primeira parte do art. 154 de nosso Código de Processo Civil, *in verbis*: “os atos e termos processuais não dependem de forma determinada, senão quando a lei expressamente a exigir”.

Extraímos desse dispositivo que tanto quando a lei exige expressamente um ou outro meio (alternativa perfeita, *liberdade positiva*), quanto nas hipóteses em que sua expressão nebulosa acaba por conduzir a um ou outro meio como o exigido (alternativa imperfeita, *liberdade negativa*), o ato da parte – desde que praticado dentro desse espaço livre – há de ser reputado adequado. Do contrário, quedarão frontalmente violados o preceito do art. 154 do CPC e a mais basilar das condições para a imputação de sanções quaisquer: a exigência de certeza jurídica (*nulla poena sine lege certa*).

Podemos então, circunscrevendo-nos ao âmbito das espécies postulatórias *expressamente autorizadas pelo sistema (liberdade positiva)* ou *não claramente proibidas por ele (liberdade negativa)*, falar em verdadeira *fungibilidade de meios* nesses casos. Trata-se aí – como ensina Yarshell – de legítima “diversidade dos canais de acesso” à tutela jurisdicional.²⁴⁴

²⁴³ Em sentido análogo, cf. Teresa Arruda Alvim Wambier, Fungibilidade de ‘meios’: uma outra dimensão ao princípio da fungibilidade, In Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.), *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*, p. 1090-1091, v. 4; _____. O princípio da fungibilidade sob a ótica da função instrumental do processo, In Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.), *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*, p. 739 *et seq.*, v. 8; Eduardo de Avelar Lamy, *Op. cit.*, p. 106-113. Sidnei Amendoeira Jr., por sua vez (*op. cit.*, p. 132-141), fala em *fungibilidade de meios* para denotar tanto a possibilidade de livre escolha – a que nos referimos acima – quanto hipóteses de *conversão* do ato praticado pela parte em outro de natureza diversa. Com a devida vênia, ‘conversão’ e ‘fungibilidade’ – embora venham freqüentemente baralhados pela doutrina – são fenômenos com funções próprias e estruturas inteiramente inconfundíveis entre si.

²⁴⁴ Flávio Luiz Yarshell, *Tutela jurisdicional*, p. 121. Marcelo Pacheco Machado fala em *fungibilidade de meios* em sentido análogo. Restringe a expressão, porém, às hipóteses de *liberdade positiva* do jurisdicionado, excluindo de seu

4.13. *Síntese do capítulo*

Recapitulemos agora, a partir de exemplos, toda a seqüência do raciocínio desenvolvido.

Se, para a obtenção do fim “reforma/anulação de uma determinada sentença” só existir no sistema o meio “apelação”, então uma manifestação de vontade da parte, dirigida claramente à obtenção daquele fim, fará saber ao juiz que ela haja querido praticar e haja efetivamente praticado uma *apelação* (independentemente do nome dado à respectiva peça, tampouco da forma adotada ao fazê-lo).

Saber-se, no entanto, se essa apelação foi interposta dentro do prazo que a lei determina (15 dias), perante o órgão competente (o juiz prolator da sentença combatida) e com observância dos demais requisitos de admissibilidade impostos àquela espécie postulatória são questões logicamente posteriores à própria identificação do ato como um legítimo e verdadeiro recurso de *apelação*.

Assim, por exemplo, interposta diretamente no tribunal uma peça intitulada “agravo de instrumento”, no prazo de dez dias e dirigida, porém, à obtenção da reforma de uma sentença (a que, suponhamos, o juiz haja denominado equivocadamente “decisão interlocutória”) a postulação praticada terá natureza jurídica de apelação. Apelação será e como tal deverá submeter-se ao juízo de admissibilidade.

Enfatizemos, enfim, esta regra:

Em havendo somente um meio adequado à consecução de determinada finalidade típica, deve o intérprete presumir, da manifestação de vontade da parte quanto ao fim desejado, a natureza do meio por ela praticado.

A situação muda completamente de figura quando, ao invés de apenas um, houver no sistema dois ou mais meios conducentes a um mesmo fim. Em casos assim – frisemos – restará à *forma* do ato permitir, ao intérprete, o *discrímen* de sua natureza jurídica.

Porém, se tampouco ela, a forma, conseguir indicar a espécie da postulação praticada (por,

alcance, pois, os casos de incerteza jurídica culminantes na *liberdade negativa* (nos quais, não obstante, há tanta *fungibilidade* quanto nos primeiros). Cf. Marcelo Pacheco Machado, *Incerteza...* cit., p. 59-60.

imaginemos, se subsumir indiferentemente às formalidades prescritas para duas ou mais espécies, entre aquelas capazes de desempenhar a função em mira), então restará o *nomen juris*, como sinal derradeiro da intenção da parte quanto ao meio adotado.

Com uma breve recapitulação de tudo quanto foi dito, obtemos, enfim, as seguintes regras:

I - Em havendo somente um meio adequado ao desempenho de determinada função típica, deve o intérprete presumir, da manifestação de vontade da parte quanto ao fim desejado, a natureza do meio por ela praticado.

II – Caso haja mais de um meio adequado ao desempenho de determinada função típica, então caberá ao intérprete se ater: (i) à forma do ato, como primeiro critério subsidiário de identificação e (caso também a forma se subsuma a mais de uma espécie postulatória conducente àquele fim); (ii) ao nomen juris dado à peça, como segundo critério subsidiário de identificação.

Capítulo V

**FALSAS HIPÓTESES DE INADEQUAÇÃO DOS ATOS POSTULATÓRIOS:
ERRORES IN NOMINE**

5.1. Introdução. 5.2. ADI vs. ADPF, Mandado de Segurança vs. Habeas Corpus. 5.3. Embargos à execução, impugnação ao cumprimento de sentença e ações autônomas de impugnação à execução. 5.4. Embargos à execução / Impugnação vs. “Exceção de pré-executividade”. 5.5. “Exceção de pré-executividade” e defesas substanciais. 5.6. Embargos à execução / Impugnação vs. Embargos de terceiro. 5.7. Defesa do executado no cumprimento de sentenças condenatórias a obrigação de fazer, não-fazer ou entregar coisa. 5.8. Mandado de segurança contra ato judicial e agravo de instrumento. 5.9. Meios para atribuição de efeito suspensivo a apelação que não o possua: agravo de instrumento vs. ação / medida cautelar. 5.10. Apelação vs. agravo de instrumento. 5.11. Agravo de instrumento vs. apelação. 5.12. (Continuação) Agravo de instrumento: preclusão para o juiz quanto à questão decidida? 5.13. (Continuação) Agravos de instrumento intempestivos: hipóteses de conhecimento. 5.14. Síntese do capítulo.

5.1. Introdução

Ao longo do capítulo III (cf., *infra*, n. 3.8), cuidamos de duas hipóteses em que, muito freqüentemente, costumava-se apegar ao *nomen juris* do ato postulatório, antes que a seu conteúdo, como critério de identificação do mesmo.

Basta relembrarmos as hipóteses (de recurso ordinário vs. apelação e de agravo regimental [ou interno] vs. embargos de declaração), tendo presente que a jurisprudência dos tribunais de superposição já assentou a irrelevância do *nomen juris* em tais casos.²⁴⁵

Outras situações há, no entanto, em que doutrina e jurisprudência – lamentável e paradoxalmente – ainda hesitam em desconsiderar os nomes dados pelas partes às suas postulações. Nos tópicos seguintes, exploraremos essa rica casuística, abordando as principais hipóteses em que

²⁴⁵ Para melhor compreensão do argumento, remetemos outra vez ao capítulo anterior, n. 3.8.

se verifica o apego irrefletido ao *nomen* da petição.

Não há motivo para as vacilações constatadas. A exemplo do que já acontece – com elogiável frequência e naturalidade, diga-se – entre *recurso ordinário* e *apelação*, ou *agravo regimental* e *embargos de declaração*, também nas hipóteses que relataremos o intérprete deve desprezar o batismo da peça produzida, atendo-se, em vez disso, ao conteúdo da pretensão (*ubi eadem ratio, ibi eadem juris dispositio*).

Começaremos pelo contraste entre a “ação direta de inconstitucionalidade” (ADI) e a “arguição de descumprimento de preceito fundamental” (ADPF), no âmbito do Excelso Supremo Tribunal Federal.

5.2 ADI vs. ADPF, Mandado de Segurança vs. Habeas Corpus

Como se sabe, a chamada ação direta de inconstitucionalidade (ADI), perante o Supremo Tribunal Federal, é o meio apto a ensejar o controle concentrado e abstrato da compatibilidade entre lei ou ato normativo federal ou estadual e a Constituição da República. Necessário, também, que a norma impugnada haja sido editada após a promulgação da Constituição da República, bem como que ainda esteja em vigor, no momento da propositura da ação. Ausente, no caso concreto, uma dessas variáveis, a ADI é incabível.

Assim, as disposições de direito municipal (constem de Lei Orgânica ou de leis e atos normativos de município)²⁴⁶ escapam do raio de alcance das ADI’s que tenham como paradigma a Constituição da República. Também lhe escapam as normas (mesmo estaduais ou federais) pré-constitucionais (*i.e.*: cujo termo inicial de vigência seja anterior à Constituição da República) ou já revogadas (*i.e.*: cujo termo final de vigência seja anterior à propositura da ADI).

Porém, tais normas – embora insuscetíveis de ADI – podem ter sua constitucionalidade controlada, na via concentrada e abstrata, por outro mecanismo. Trata-se da denominada “arguição de descumprimento de preceito fundamental” (ADPF), instituto marcado por sua *subsidiariedade* em relação a toda e qualquer demanda declaratória de constitucionalidade/inconstitucionalidade de

²⁴⁶ Poder-se-ia indagar se o direito distrital (isto é, produzido pelo Distrito Federal) é suscetível de controle abstrato via ADI. A resposta é lógica: como ao Distrito Federal foram outorgadas as competências legislativas típicas de estado e de município, toda a sua produção normativa de natureza estatal, posterior à Constituição da República e ainda em vigor, é passível de controle via ADI (o mesmo não se podendo dizer, claro, das normas editadas no exercício de típica competência municipal). A questão restou pacificada pela Súmula n. 642 do Supremo Tribunal Federal: “Não cabe ação direta de inconstitucionalidade de lei do Distrito Federal derivada da sua competência legislativa municipal”.

leis e atos normativos.²⁴⁷

O caráter subsidiário da ADPF significa, portanto, que ela só pode ser validamente utilizada quando nenhum dos outros mecanismos predispostos pelo sistema se revelar eficaz, pela via abstrata e concentrada, em debelar a lesividade oriunda da aplicação da lei ou do ato normativo que se queira impugnar. É o que resulta do art. 4º, §1º, da Lei n. 9.882/1999, *in verbis*: “não será admitida argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade”.²⁴⁸

Diante dessas premissas, o Excelso Supremo Tribunal Federal, em muito boa hora, decidiu receber como ADI uma petição intitulada “argüição de descumprimento de preceito fundamental” e autuada como tal (ADPF n. 72 QO/PA).

O argumento utilizado pela Corte para o “aproveitamento” da peça como ADI foi, em síntese, o de que o ato normativo impugnado era passível de controle concentrado pela via da ação direta, restando satisfeitos na petição aforada todos os requisitos de admissibilidade próprios de uma inicial de ADI, a saber: legitimidade ativa, objeto, fundamentação e pedido.^{249,250}

²⁴⁷ Esclarecedor, a propósito do caráter subsidiário da ADPF, este trecho do voto proferido pelo Min. Gilmar Mendes, na ADPF-MC n. 33-PA (D.J. 27.10.2006). Nele, sua excelência observou que “[...] tendo em vista o caráter acentuadamente objetivo da argüição de descumprimento, o juízo de subsidiariedade há de ter em vista, especialmente, os demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional. Nesse caso, cabível a ação direta de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade, não será admissível a argüição de descumprimento. Em sentido contrário, não sendo admitida a utilização de ações diretas de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade – isto é, não se verificando a existência de meio apto para resolver a controvérsia constitucional relevante de forma *ampla, geral e imediata* –, há de se entender possível a utilização da argüição de descumprimento de preceito fundamental. É o que ocorre, fundamentalmente, nos casos relativos ao controle de legitimidade do direito pré-constitucional, do direito municipal em face da Constituição Federal e nas controvérsias sobre direito pós-constitucional já revogado ou cujos efeitos já se exauriram. Nesses casos, em face do não-cabimento da ação direta de inconstitucionalidade, não há como deixar de reconhecer a admissibilidade da argüição de descumprimento [...]”. [destacamos em itálico].

²⁴⁸ Ao interpretar o art. 4º, §1º, da Lei n. 9.882/1999, Eduardo Talamini cogita de interessantes hipóteses de aplicação da ADPF. Citemos algumas delas: (i) ADPF para ensejar o controle *preventivo* de constitucionalidade de leis e atos normativos, “*i.e.*, o controle ainda no curso do processo de elaboração do ato (por exemplo, processo legislativo)”; (ii) “o combate a omissões violadoras de preceitos fundamentais não adequadamente reprimidas por mandado de injunção e ação de inconstitucionalidade por omissão”; (iii) “o controle objetivo de atos normativos infralegais”, etc. (Eduardo Talamini, Argüição de descumprimento de preceito fundamental: função e estrutura, In Luiz Fux *et. alii*. [coords.], *Processo e constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*, p. 26-27). Afirma-se, também, cabível a ADPF “[...] com pretensão de ver declarada a constitucionalidade de lei estadual ou municipal que tenha sua legitimidade questionada nas instâncias inferiores. Tendo em vista que o objeto restrito da ação declaratória de constitucionalidade não se vislumbra aqui meio eficaz para solver, de forma ampla, geral e imediata, eventual controvérsia instaurada”. (Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de direito constitucional*, 2. ed., p. 1154).

²⁴⁹ Eis, na íntegra, a ementa do v. Acórdão:
 QUESTÃO DE ORDEM EM ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. PORTARIA Nº 156, DE 05.05.05, DA SECRETARIA EXECUTIVA DA FAZENDA DO ESTADO DO PARÁ. FIXAÇÃO, PARA FINS DE ARRECADAÇÃO DE ICMS, DE NOVO VALOR DE PREÇO MÍNIMO DE MERCADO INTERESTADUAL PARA O PRODUTO CARVÃO VEGETAL. ARTS. 150, I, II E V, 152 E 155, § 2º, XII, i, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Ora, se assim sucedeu, a conclusão inexorável é de que a referida peça nada tinha de ADPF senão o nome, epíteto contrastante com o conteúdo e com a verdadeira essência do ato. Era e sempre fora uma ADI, em “pele” (nem isso, nome apenas!) de ADPF. Afinal, se o *pedido* voltava-se à declaração de inconstitucionalidade de determinado ato normativo, que por sua vez era impugnável por ADI e ADI somente, então a espécie presumivelmente querida e praticada pela parte fora essa mesma, não obstante o rótulo equivocadamente de sua petição.

Agiu corretamente, portanto, o Excelso Supremo Tribunal Federal.²⁵¹

Situação idêntica se verificou no julgamento do Mandado de Segurança n. 22.289, em que a Suprema Corte recebeu como *habeas corpus* petição intitulada “mandado de segurança” e impetrada, no entanto, para a tutela do direito de ir, vir e permanecer (típica função daquela

1. O ato normativo impugnado é passível de controle concentrado de constitucionalidade pela via da ação direta. Precedente: ADI 349, rel. Min. Marco Aurélio. Incidência, no caso, do disposto no art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99;

2. Questão de ordem resolvida com o aproveitamento do feito como ação direta de inconstitucionalidade, ante a perfeita satisfação dos requisitos exigidos à sua propositura (legitimidade ativa, objeto, fundamentação e pedido), bem como a relevância da situação trazida aos autos, relativa a conflito entre dois Estados da Federação.

(ADPF 72 QO, Relator(a): Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgado em 01/06/2005, DJ 02-12-2005 PP-00002 EMENT VOL-02216-1 PP-00001 LEXSTF v. 28, n. 325, 2006, p. 170-175).

²⁵⁰ Evidentemente, o recebimento da petição como ADPF pressupõe que seu objeto verse sobre “preceito fundamental”. Talamini observa que o legislador “diferentemente do que fez em outros” não definiu quais são tais dispositivos. E prossegue: “Talvez se deve retomar, *para o estrito fim de delimitação do âmbito da medida em exame*, a antiga idéia de normas ‘materialmente (essencialmente) constitucionais’ e das normas ‘formalmente constitucionais’[...]. Obviamente, apenas invocar essa distinção ainda não basta: permanece o problema de saber quais são esses dispositivos ‘fundamentais’, *essenciais* à Constituição. O que se deve desde logo descartar é a tese de que ‘fundamental’ seria qualquer preceito da Constituição: a qualificação veiculada no texto constitucional, ‘fundamenta’, impõe alguma seleção. Cabe ao intérprete – e sobretudo ao aplicador, o STF – definir quais são os preceitos fundamentais. E tal definição, como tem reconhecido a doutrina, deve tomar por ponto de partida as normas constitucionais que, por sua importância, expressamente foram contempladas com algum regime diferenciado: as já mencionadas *cláusulas pétreas* (CF, art. 60, §4º: forma federativa, voto direto, secreto, universal e periódico, separação dos Poderes, direitos e garantias individuais) e os *princípios constitucionais sensíveis* (CF, art. 34, VII: forma republicana, sistema representativo, regime democrático, direitos da pessoa humana, autonomia municipal, prestação de contas da Administração Pública, aplicação do mínimo orçamentário constitucionalmente exigido em educação e saúde) – que inclusive parcialmente se sobrepõem. Devem também ser considerados os ‘princípios fundamentais’ indicados nos arts. 1º a 4º (art. 1º: fundamentos da República; art. 2º: separação dos Poderes; art. 3º: objetivos da República; art. 4º: princípios nas relações internacionais). Mas isso não significa, necessariamente, restringir a noção de ‘preceito fundamental’ a tais hipóteses. Afinal, se nessa hipótese a Constituição não previu taxativamente, foi porque pretendeu dar alguma fluidez histórica a tal definição”. (Eduardo Talamini, *Arguição... cit.*, p. 25). Em sentido análogo, cf. Alexandre Caiado Ribeiro Dalla Bernardina, *ADPF: instrumento de defesa dos preceitos constitucionais fundamentais*, p. 88-89.

²⁵¹ Esse também é o entendimento de Eduardo Talamini, embora este autor trate o caso como uma hipótese de aplicação da “fungibilidade”, pressupondo a existência, na espécie, de uma incerteza objetiva que justifique a solução adotada. Suas palavras: “O processo civil brasileiro tem prestigiado a diretriz da fungibilidade dos instrumentos processuais. Trata-se da idéia de que, em casos de dúvida séria acerca da medida cabível, um instrumento deve ser admitido, mesmo não sendo ele o especificamente previsto para o caso, quando, a despeito disso, ele cumpre requisitos mínimos do instrumento que seria o correto. Tal noção, que é desdobramento do princípio da instrumentalidade das formas, foi inicialmente aplicada aos recursos e hoje se estende a diversas outras medidas (assim, afirma-se acertadamente a fungibilidade entre medida cautelar e tutela antecipada, entre ação rescisória e ação declaratória de inexistência ou ineficácia da sentença, entre ação monitoria e ação executiva quando há dúvidas sobre a presença de título executivo, etc.)”. (Eduardo Talamini, *Arguição... cit.*, p. 28). Com o devido respeito – e por todas as razões já expostas – não ocorre “fungibilidade” alguma nesses casos. Tampouco se precisa cogitar, neles, de “dúvidas sérias” ou incertezas objetivas para o recebimento da petição. A melhor (mais coesa e singela) explicação para o fenômeno é a simples desconsideração do *nomen* dado à peça (que em regra não vincula o juiz e não afeta a natureza da pretensão deduzida).

primeira espécie).

A autoridade impetrada (*in casu*, o então Presidente da República) apresentou informações objetando a inadequação do meio supostamente escolhido pelo impetrante. Alegou que o impetrante escolhera a via do mandado de segurança (apegando-se, por certo, ao *nomen juris* da petição). Com base nesse argumento, pleiteou a extinção do processo sem resolução do mérito. Suas palavras:

“[...] O mandado de segurança é o remédio que se aplica contra a violação de direito individual não compreendido nos limites do *habeas corpus*. Embora o mandado de segurança e o *habeas corpus* objetivem, ambos, a garantia de direitos e garantias individuais, são institutos distintos que não devem ser confundidos. Tanto assim é, que o mandado de segurança resguarda o direito líquido e certo, que o *habeas corpus* não tutela, e, além disso, o próprio texto constitucional define o mandado de segurança por exclusão dos casos em que o instituto adequado é o *habeas corpus*, o que leva à inadmissibilidade do mandado de segurança quando se tratar de restrições à liberdade de locomoção, entendendo-se como tal o direito de permanecer. Assim, fazendo uso de um instituto pelo outro, não conseguirá o impetrante o resultado almejado, já que a via eleita é inadequada”²⁵².

Ao proferir seu voto, o Relator, Min. Moreira Alves, afastou corretamente a preliminar suscitada. Consignou que, de fato, não cabe mandado de segurança “[...] para a tutela do direito de ir, vir e ficar pleiteado pelo impetrante, mas, sim, o *habeas corpus*”; ao que logo ressaltou: “tendo em vista, porém, a competência desta Corte, a possibilidade de aproveitamento dos atos processuais praticados e a *natureza do pedido objeto da impetração*, deste conheço como *habeas corpus*. Assim ultrapassada essa preliminar, passo a julgar o mérito [...]”²⁵³ [destacamos em itálico]

Ora, é de todo evidente – como, aliás, bem o notou o Min. Moreira Alves – que uma petição intitulada *mandado de segurança*, continente, porém, de forma e pedido típicos de *habeas corpus* e dirigida ao órgão competente para o julgamento deste, pode perfeitamente ser recebida e processada como tal. Pode ser recebida e processada como *habeas corpus* pela simples razão de que *habeas corpus* é. Tem tudo dessa espécie e nada do *writ of mandamus*, a não ser o nome, por um equívoco estampado na folha de rosto da peça.

Aplausos, uma vez mais, à escorreita atitude da Suprema Corte, que desprezou o mero lapso

²⁵² Excerto colhido do relatório, de lavra do Min. Moreira Alves. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=mandado%20de%20seguran%E7a%20conve rs%E3o%20em%20habeas%20corpus&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 12.03.2009.

²⁵³ Excerto colhido do voto, de lavra do Min. Moreira Alves. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=mandado%20de%20seguran%E7a%20conve rs%E3o%20em%20habeas%20corpus&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 12.03.2009.

terminológico cometido pela parte e identificou – a partir do conteúdo de seu ato – a espécie postulatória praticada.

Lamentavelmente, porém, o Pretório Excelso não se utilizou do mesmo (acertado!) critério ao julgar a ADI 2.858.

Após haver recebido a inicial, as razões da autoridade que produzira a norma impugnada e os pareceres do Advogado Geral da União e do Procurador Geral da República (este último, pela procedência do pedido), o Supremo Tribunal Federal declarou prejudicada a ADI, proposta pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (Confenen) em face de dispositivos de três leis fluminenses, que haviam criado sistema de reservas de vagas para acesso à Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ.

Segundo o entendimento do relator, Ministro Carlos Velloso, o pedido careceria de viabilidade, mercê da revogação superveniente das leis impugnadas. De fato, o art. 7º da lei n. 4.151/03, revogou as leis 3.524/00, 3.708/01 e 4.061/03, todas elas objeto da ADI. Em sua decisão, o Ministro invocou jurisprudência da Corte, no sentido de que “revogada a lei argüida de inconstitucionalidade, é de se reconhecer, sempre, a perda de objeto de Ação Direta (...)”.²⁵⁴

Ora, não se compreende por que o feito não poderia prosseguir como se de autêntica ADPF se tratasse. A revogação das leis referidas não eliminou, por certo, o interesse na resolução da relevantíssima questão de mérito (a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do sistema de cotas para acesso às universidades públicas). Afinal, pela regra de transcendência das respectivas razões, os julgamentos proferidos em controle abstrato e concentrado de constitucionalidade não alcançam apenas a lei ou o ato normativo constante do pedido, mas toda e qualquer norma de conteúdo semelhante, a que se apliquem – *por identidade de razões* – os fundamentos da constitucionalidade ou as pechas da inconstitucionalidade que tenham servido como *ratio decidendi* do acórdão.

Se assim é, a partir do momento em que foram revogadas as leis impugnadas, o único meio apto a permitir o controle concentrado e abstrato de sua constitucionalidade passou a ser a ADPF. E embora não possamos afirmar que o demandante houvesse querido, *ab initio*, propor uma argüição de descumprimento de preceito fundamental (pois à época, com nitidez e correção no gesto, quisera propor e de fato propusera uma ADI, meio então adequado), parece evidente que – com a revogação das leis combatidas – sua vontade em relação ao meio postulatório também tenha mudado.

²⁵⁴ Notícia disponível em: <http://www.conjur.com.br/2003-nov-17/stf_arquiva_adi_reserva_vagas_universidades>. Acesso em: 12.03.2009.

Razoável pressupormos essa mudança, uma vez que ADI e ADPF – comparados os procedimentos de cada uma – são espécies rigorosamente idênticas. Assim, o prosseguimento do feito como ADPF apresentaria nenhuma variação em relação ao trâmite da ADI, com o que restariam preservadas e respeitadas a vontade e as expectativas procedimentais do demandante.

É essa circunstância que nos permite deduzir, com razoável segurança, a vontade do postulante (vontade que, como vimos, é o único critério a ser levado em conta para a identificação da espécie postulativa *sub judice*). Presumível que a parte autora (Confenen), desde a revogação das leis impugnadas, desejasse ter sua petição interpretada e processada como ADPF; afinal, àquela altura dos acontecimentos, tratava-se do único meio adequado à resolução da controvérsia.

O Supremo Tribunal Federal, entretanto, optou nesse caso por apegar-se ao *nomen juris* estampado na inicial e, com base nele e nele apenas, decidiu extinguir o processo sem resolução do mérito. Não andou bem, com todas as vênias. Pôs-se em contradição com a máxima – por ele mesmo praticada e difundida – de que pouco vale o *nomen juris* da peça postulativa, quando se trata de determinar-lhe a natureza jurídica.

5.3. Embargos à execução, impugnação ao cumprimento de sentença e ações autônomas de impugnação à execução

Vigentes as leis ns. 11.232/2005 e 11.382/2006 – integrantes daquele pacote legislativo que promoveu a chamada “terceira etapa da reforma do Código de Processo Civil” – alterou-se o panorama da execução e, para o que nos interessa aqui, também dos mecanismos de defesa do executado.

Desde então, os meios especificados pelo Código para o combate ao “cumprimento da sentença” e às execuções fundadas em título extrajudicial passaram a ser, respectivamente, a *impugnação* (CPC, arts. 475-J, §1º; 475-L; 475-M) e os repaginados *embargos à execução*, que agora podem ser oferecidos sem a garantia do juízo e não possuem mais o efeito suspensivo automático (CPC, arts. 736; 738; 739-A).

Pelo fato de esses mecanismos constarem expressamente da atual configuração do CPC – sendo por ela disciplinados como *os* meios de combate ao cumprimento da sentença e à execução fundada em título extrajudicial – parcela da doutrina resolveu denominá-los *meios típicos de defesa*

do executado.²⁵⁵

Boa ou má a expressão, ela serve ao propósito de se contrastarem a impugnação e os embargos à execução com outros mecanismos de defesa, igualmente admitidos pelo Código mas não regulamentados por ele. Estes seriam, por oposição, os *meios atípicos*.

A subsistência desses outros mecanismos de resistência à execução, em especial a da chamada “ação autônoma de impugnação” – amplamente admitida pela doutrina²⁵⁶ e pela jurisprudência²⁵⁷ – torna no mínimo curiosa a fixação de prazo para o oferecimento da *impugnação*

²⁵⁵ Cf. Marcelo Abelha Rodrigues, *Manual de execução civil*, 3. ed., p. 521-522; Fredie Didier Jr. *et. alii.*, *Curso de direito processual civil*, 2. ed., p. 524; Cassio Scarpinella Bueno, *Curso...* cit., p. 572, v. 3. Cândido Rangel Dinamarco fala em “vias formais” de defesa do executado, *in verbis*: “A impugnação e os embargos à execução constituem a mais ampla e vigorosa das vias defensivas permitidas ao executado no sistema do processo civil. O Código de Processo Civil faz uma distinção entre aquela e estes, denominando *impugnação* a oposição cabível contra a execução por título judicial (arts. 475-J, 475-L e 475-M) e *embargos*, a que se lança contra a execução por título extrajudicial (arts. 736 ss.). Ambas são vias formais, em contraposição a certas vias menos formais, das quais é exemplo a exceção de pré-executividade”. (Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições...* 3. ed., p. 742, v. IV).

²⁵⁶ Na doutrina, reconhece-se amplamente a possibilidade de utilização dessas ações: Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Comentários ao código de processo civil*, p. 148-149, t. IX; Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições...* cit., p. 718-719, v. IV; José Rogério Cruz e Tucci, *Tutela processual do direito do executado*, In *Processo civil – realidade e justiça – 20 anos de vigência do CPC*, p. 42; _____. *Tempo e processo*, p. 56; Carlos Alberto Carmona, O processo de execução depois da reforma, In Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.), *Reforma do código de processo civil*, p. 752; Cassio Scarpinella Bueno, *Curso...* cit., p. 573, v. 3; Flávio Luiz Yarshel, *Tutela jurisdicional*, p. 94 e 160-162; Humberto Theodoro Júnior, *Processo de execução*, 16. ed., p. 453; Teori Albino Zavascki, *Comentários ao código de processo civil*, p. 240, v. 8; Paulo Henrique dos Santos Lucon, *Embargos à execução*, p. 255-257; Araken de Assis, *Manual da execução*, 11. ed., p. 1063; Sérgio Shimura, *Título executivo*, p. 351; Marcelo Abelha Rodrigues, *Manual de execução...* cit., p. 530; Sandro Gilbert Martins, *A defesa do executado por meio de ações autônomas: defesa heterotópica*, 2. ed., p. 146-149 e 238-244; Leonardo José Carneiro da Cunha, *As defesas do executado*, In Ernane Fidélis dos Santos *et. alii.*, *Execução civil: estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*, p. 658-661; Marcelo Pacheco Machado, Os novos embargos à execução: técnicas processuais de defesa do executado na nova sistemática do processo de execução de títulos extrajudiciais, In Suzana Henriques da Costa (coord.), *Execução extrajudicial: modificações da lei 11.382/2006*, p. 349-350; Daniel Roberto Hertel, *Curso de execução civil*, p. 452; Gil Trotta Telles, Propositura de ação declaratória negativa depois de ajuizada execução de título extrajudicial, In *RT* n. 677, p. 28-33. Contra, veja-se: Paulo Hoffman, Consequências da perda do prazo para interposição dos embargos à execução. Será o executado o único dos litigantes diferenciado de todos os demais? In Ernane Fidélis dos Santos *et. alii.*, *Execução civil...* cit., p. 676-689.

²⁵⁷ PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. IPTU. AÇÃO ANULATÓRIA AJUIZADA NO CURSO DA EXECUÇÃO FISCAL. POSSIBILIDADE.

1. Esta Corte possui entendimento pacífico no sentido de que a ação executiva em curso não impede a propositura de ação desconstitutiva pelo executado. Precedentes: REsp 937.416/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ de 16.6.2008; AgRg no Ag 774.671/RJ, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, DJ de 1.3.2007.

2. Agravo regimental não-provido.

(AgRg no REsp 866.054/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 09/12/2008, DJe 03/02/2009).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. EXECUÇÃO FISCAL. AJUIZAMENTO DE AÇÃO ANULATÓRIA DO LANÇAMENTO POSTERIOR À PROPOSITURA DO EXECUTIVO FISCAL. AUSÊNCIA DE EMBARGOS À EXECUÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. O ajuizamento de ação anulatória de lançamento fiscal é direito constitucional do devedor - direito de ação -, insuscetível de restrição, podendo ser exercido tanto antes quanto depois da propositura da ação exacional, não obstante o rito previsto para a execução contemple a ação de embargos do devedor como instrumento hábil à desconstituição da obrigação tributária, cuja exigência já esteja sendo exercida judicialmente pela Fazenda Pública. (Precedentes: REsp 854942/RJ, DJ 26.03.2007; REsp 557080/DF, DJ 07.03.2005);

2. Os embargos à execução não encerram o único meio de insurgência contra a pretensão fiscal na via judicial,

(em se tratando de combater o cumprimento de sentença) ou dos *embargos à execução* (em sede de execução fundada em título extrajudicial).

É que, para se propor uma dessas “ações autônomas de impugnação”, não há – tampouco poderia haver – a imposição de prazos extintivos pelo legislador infraconstitucional. Não se concebe, sequer no mais surreal dos cenários, que possa haver prazos extintivos para o exercício do (incondicionado) poder constitucional de ação.²⁵⁸

Por essa razão – indelével – o executado pode a qualquer momento vir aos autos por meio de demanda autônoma (distribuída por dependência da execução, já que conexa a ela) e alegar qualquer das defesas juridicamente possíveis (seja a execução fundada em título judicial ou em título extrajudicial, respeitada, na primeira hipótese, a limitação às matérias cognoscíveis).²⁵⁹

Se assim é – e praticamente ninguém o nega – como deixar de receber, mesmo fora do prazo para os embargos, uma petição gravada com o lema “embargos à execução”? Aliás, para incrementarmos nossa reflexão, suponhamos que a peça, além de aparentemente intempestiva, tenha se voltado contra cumprimento de sentença (!).

Uma interpretação mais afoita desse ato levaria a concluir por sua inadequação e, além disso, por sua intempestividade. Diriam: o meio de defesa adequado é a *impugnação* (já que se trata de cumprimento de sentença), não os embargos à execução oferecidos pela parte; e ainda que ela houvesse efetivamente *impugnado*, sua peça deveria haver sido protocolada dentro de quinze dias, a

porquanto admitem-se, ainda, na via ordinária, as ações declaratória e anulatória, bem assim a via mandamental.
[...]

(REsp 937416/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 05/06/2008, DJe 16/06/2008).

²⁵⁸ O Professor Cândido Rangel Dinamarco fala em “ação cognitiva autônoma”, para designar o fenômeno de que tratamos. Suas palavras: “O *mito dos embargos* foi também responsável pela resistência dos tribunais a aceitar, além dos embargos do executado, alguma outra espécie de iniciativa processual com a qual fosse possível questionar o direito posto em execução – especialmente quando a propositura de uma demanda por esse sujeito fosse posterior ao prazo para embargar. Predominava a idéia de que *fora dos embargos não há salvação*. Esse comportamento preconceituoso é contrário à garantia constitucional de ação e do acesso à justiça (Const., art. 5º, inc. XXXV): impede que uma pessoa, sem ter submetido uma pretensão ao exame do Poder Judiciário e portanto sem que este se haja pronunciado sequer uma vez a respeito, venha depois obter o reconhecimento do direito que alega só porque uma execução foi feita ou está em curso. É como se o decurso do prazo para embargar a execução operasse uma inconstitucional extinção do direito de ação e conseqüente perda do direito à tutela jurisdicional. Mais modernamente, os juízes e tribunais vão tomando consciência dessas realidades e, conseqüentemente, admitindo as demandas autônomas com que o executado pretende, em um processo novo, autônomo e sequer incidente ao executivo, uma *sentença declaratória* da inexistência do direito pelo qual a execução está em curso ou foi realizada, ou mesmo uma *sentença desconstitutiva* desse direito”. (Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições...* cit., p. 718-719, v. IV). No mesmo sentido: José Rogério Cruz e Tucci, *Tutela processual do direito do executado*, In *Processo civil – realidade e justiça – 20 anos de vigência do CPC*, p. 42; _____. *Tempo e processo*, p. 56; Teori Albino Zavascki, *Comentários ao código de processo civil*, p. 240, v. 8; Sandro Gilbert Martins, *A defesa do executado por meio de ações autônomas: defesa heterotópica*, 2. ed., p. 146-149 e 238-244.

²⁵⁹ Sobre as limitações legais à cognição judicial, cf., por todos: Kazuo Watanabe, *Da cognição no processo civil*, 2. ed., p. 116-118.

contar da juntada aos autos do mandado de penhora e avaliação devidamente cumprido, contendo a intimação do executado²⁶⁰, pelo que sua peça é também intempestiva.

Esse tipo de argumentação, com o devido respeito, não persuade. A única coisa que a peça em questão tinha de “embargos à execução” era esta seqüência de letras, gravadas em seu frontispício: (e) (m) (b) (a) (r) (g) (o) (s) (à) (e) (x) (e) (c) (u) (ç) (ã) (o). Isso e nada mais. Tampouco poderíamos cogitar, *in casu*, de uma “impugnação” intempestiva ao cumprimento de sentença (CPC, art. 745-L).

Está muitíssimo claro, a essa altura, que se o executado veio aos autos em momento tal que somente uma “ação autônoma de impugnação” lhe servisse, então sua vontade presumível é a de haver praticado esse meio, não outro. A postulação deve ser identificada – como sempre – a partir da pretensão nela contida (jamais pela tortuosa alcunha que recebera) e à luz da situação processual do postulante. Do contrário, atendo-nos ao *nomen juris* da peça, viciáramos a interpretação, presumindo no gesto da parte a escolha de meio inadequado.²⁶¹

O mesmo se diga da hipótese de vir aos autos, antes da realização da penhora na fase de cumprimento de sentença, petição do executado intitulada “impugnação”.

²⁶⁰ É esse, afinal, o prazo cominado pelo art. 475-J, §1º, do CPC: “Do auto de penhora e avaliação será de imediato intimado o executado, na pessoa de seu advogado (arts. 236 e 237), ou, na falta deste, o seu representante legal, ou pessoalmente, por mandado ou pelo correio, podendo oferecer impugnação, querendo, no prazo de quinze dias”.

²⁶¹ Digno de todos os encômios, nessa linha, o acórdão proferido pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do recurso especial n. 539.153 (relator o Ministro Teori Albino Zavascki). Eis, da ementa, o trecho que ora nos interessa:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ALÍNEA A. DISPOSITIVOS QUE NÃO CONTÊM COMANDO CAPAZ DE INFIRMAR O JUÍZO EMITIDO PELO ACÓRDÃO RECORRIDO. ALÍNEA C. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA ENTRE OS ARESTOS COTEJADOS. EMBARGOS À ARREMATACÃO. RETIRADA DOS AUTOS POR TERCEIRO (MINISTÉRIO PÚBLICO) NO ÚLTIMO DIA DO PRAZO PARA SEU AJUIZAMENTO. JUSTA CAUSA QUE PERMITE A FIXAÇÃO DE NOVO PRAZO (CPC, ART. 183). NATUREZA JURÍDICA E FINALIDADE DA AÇÃO DE EMBARGOS.
[...].

4. Ademais, os embargos à arrematação, visando a desconstituí-la, sob alegação de nulidades (falta de intimação do cônjuge, impenhorabilidade do bem, preço vil), têm natureza de ação cognitiva, semelhante à da ação anulatória autônoma. Assim, sua apresentação após o decurso do prazo não deve acarretar necessariamente sua extinção. Interpretação sistemática e teleológica do CPC permite o entendimento de que a rejeição dos embargos não afasta a viabilidade de seu recebimento e processamento como ação autônoma, ainda que sem a eficácia de suspender a execução. Esse entendimento é compatível com o princípio da instrumentalidade das formas e da economia processual, já que evita a propositura de outra ação, com idênticas partes, causa de pedir e pedido da anterior.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e improvido.

(REsp 539.153/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 14/03/2006, DJ 03/04/2006 p. 228)

Em sentido análogo: MC 14.258/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 17/06/2008, DJE 24/11/2008.

Em sentido contrário: Ag. Inst. n. 1.029.709 - PE (2008/0056311-4), Rel. Ministra Denise Arruda, julgado em 31/03/2008; Ag. Inst. n. 691.646 - BA (2005/0113702-5), Rel. Ministro Castro Meira, julgado em 04/08/2005.

A oportunidade para oferecimento da impugnação se inaugura *após* a constrição judicial; antes dela, em tese, impossível cogitar-se da utilização desse meio. A opção do legislador, claramente, foi a de condicionar essa possibilidade de defesa à prévia garantia do juízo.

No entanto, mesmo que imbuído do melhor dos propósitos, não poderia o legislador (tanto que não o fez!) submeter àquela constrição a viabilidade do exercício de ação impugnativa autônoma (afinal, não se pode condicionar o que não é condicionável: o poder constitucional de ação).

Por conseguinte, protocolada antes da penhora petição do executado sob a rubrica “impugnação”, é dever do juiz recebê-la e processá-la pelo que verdadeiramente é: uma inconfundível ação impugnativa autônoma, submetida, porém, a batismo um tanto desajustado.

Não vemos outra interpretação razoável. Tomar a postulação da parte segundo seu *nomen juris*, pura e simplesmente, equivaleria – a partir de um contexto ambíguo, em que o batismo da peça aponta numa direção e sua pretensão noutra – a presumir a teratologia do ato em lugar de sua normalidade (significaria, em outras palavras, optar pela interpretação conducente à inadmissibilidade do ato). Assim, de acordo com a situação processual do postulante e em vista da pretensão por ele deduzida, devemos presumir que haja proposto demanda impugnativa autônoma.

Admitidas essas premissas, mal se pode compreender a dicção do art. 739, I, do CPC, *in verbis*: “o juiz rejeitará liminarmente os embargos: I – quando intempestivos”. Sem dúvida, por tudo que dissemos até aqui, o alcance do dispositivo resulta nulo. Afinal, toda e qualquer petição intitulada “embargos à execução” e protocolada fora do prazo para os mesmos não passará de uma ação autônoma, muito mal-ajambrada, porém, sob aquele rótulo.

Um nome azarado e ele apenas: é tudo o que basta – se nos apegarmos à infelicíssima letra do art. 739, I, do CPC – para arruinar-se o direito do executado ao exercício soberano e incondicionado do poder de ação. Está claro que a hipótese, corretamente interpretada, não pode conduzir à inadmissibilidade do ato da parte. Deve-se, ao invés, relegar ao desuso a norma em questão (e esperamos que assim seja...).

A essa altura, diante das premissas e dos argumentos expostos, deduz-se intuitivamente a solução para os casos de erro terminológico entre “embargos à execução” e “impugnação ao cumprimento de sentença”. Intitulada “impugnação” peça que no fundo é “embargos” (porque se opõe a processo de execução fundado em título extrajudicial), deve-se ignorar solenemente a nomenclatura anunciada e processar-se a petição por aquilo que ela é. Para a hipótese inversa (de se

chamar “embargos” ao que no fundo é “impugnação”), a solução, evidentemente, é a mesma.²⁶²

5.4. Embargos à execução / Impugnação vs. “Exceção de pré-executividade”

Na exposição de motivos do projeto de lei n. 51/2006 (que deu origem à lei n. 11.382/2006, reformadora do processo de execução de títulos extrajudiciais), proclamou-se – talvez um pouco apressadamente – a extinção daquela técnica de defesa que se convencionou chamar, sem rigor terminológico algum²⁶³, “exceção de pré-executividade”.

²⁶² A própria distinção legal entre aquelas espécies e seus nomes, criada recentemente pelo legislador reformista, é completamente inútil. Como observa Dinamarco: “A disciplina desses instrumentos defensivos é em grande parte coincidente, não havendo razão para tais distinções, com denominações diferentes e localização em partes distintas do Código – e ainda, o que é mais incômodo, com desnecessárias dificuldades de entendimento para o intérprete e o usuário da lei e de exposição pelos doutrinadores. Para cumprir o declarado e legítimo intuito de acelerar a tutela jurisdicional não seria necessário e não tem utilidade alguma a adoção do vocábulo *impugnação* para designar os embargos à execução por título judicial”. (Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições...* cit., 3. ed., p. 743, v. IV).

²⁶³ É bem conhecida, e de resto já foi mencionada neste trabalho, a crítica do Prof. José Carlos Barbosa Moreira à expressão em comento: a bem da verdade, o fenômeno denotado pela expressão ‘exceção de pré-executividade’ não é prévio à execução (logo, nada tem de *pré-executivo*), tampouco se ajusta ao sentido estrito do termo ‘exceção’ (consistiria, antes, quase sempre em uma *objeção*, por veicular questões cognoscíveis de ofício pelo órgão julgador). Suas palavras merecem transcrição: “Logicamente, ‘pré-executividade’ deveria designar algo anterior, precedente, anteposto à executividade. Como entender a noção, aplicada ao processo e ao título? Teremos de conceber, em vez de um processo executivo, um processo ‘pré-executivo’ e, em vez de um título executivo, um título ‘pré-executivo’? Mas que sentido poderão ter semelhantes locuções? Se o título é judicial, o que existe antes da execução é, em regra, a sentença condenatória, proferida em processo de conhecimento. Fará sentido, por isso, apelidar tal processo de ‘pré-executivo’? E que existirá, antes de instaurar-se a execução, se se trata de título extrajudicial? Poderá haver o próprio título; mas esse ou já é executivo (não simplesmente ‘pré-executivo’), ou nada será que interesse diretamente à execução. A verdade é que o adjetivo ‘pré-executivo’ não convive harmoniosamente nem com o substantivo ‘processo’, nem com o substantivo ‘título’. Não há cogitar, pois, de uma ‘pré-executividade’ referida a qualquer dos dois. Se não pode referir-se nem ao processo, nem ao título, porém, é o caso de perguntar-se: *a que se referirá ela?* ‘Exceção de pré-executividade’ será ‘exceção de pré-executividade’ *de quê?* Ao suscitar-la, *que* estará o devedor qualificando de ‘pré-executivo’? [...] Passemos ao substantivo ‘exceção’. Sem dúvida, cuida-se de palavra equívoca, que no correr dos anos tem sido empregada em sentidos diversos, para designar ora o *gênero* ‘defesa’, ora a *espécie* dotada de tal ou qual característica. A equívocidade, porém, é um mal, e tudo aconselha a que evitemos contribuir para perpetuá-la – ou, pior, para agravá-la. Incumbe à doutrina, ao contrário, esforçar-se por ‘purificar’, na medida do possível, a terminologia, até para incentivar o legislador a corrigir, em eventuais reformas dos textos, ambigüidades em que haja incorrido. Acontece que, das várias acepções atribuídas ao vocábulo ‘exceção’, uma faz jus, até por motivos históricos, à preferência dos estudiosos: a que denota a impossibilidade de conhecimento *ex officio* pelo juiz, com correspondente criação, para o interessado, do ônus da alegação. Há defesas, com efeito, de que o órgão judicial pode e deve conhecer ainda que não alegadas: é o que ocorre, por exemplo, com a ‘ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo’, com a *perempção*, a *litispêndência* ou a coisa julgada, e com a falta de qualquer uma das ‘condições da ação’ (art. 267, ns. IV, V e VI, c/c o §3º). Já outras só podem ser tomadas em consideração se as suscitar o interessado [...]. A estas é que convém reserver o *nomen iuris* em foco. Ora, das hipóteses que se apontam como suscetíveis de ensejar a reação do executado independentemente do oferecimento de embargos, a grande maioria consiste em defeitos que, segundo entendimento generalizado, o juiz, se os encontrar, deve levar em conta ainda que não alegados. Assim, a inexigibilidade do título [...], a ilegitimidade ativa ou passiva das partes, a cumulação indevida de execuções etc. Há quem amplie, é certo, o rol das possibilidades, para admitir que o devedor impugne a execução sem embargá-la até em casos de feição diversa; mas, para fundamentar o nosso argumento, basta considerar os que mais comumente se arrolam, e são, sem sombra de dúvida, os de possível conhecimento *ex officio*. Já é razão suficiente para que não se aplique indiscriminadamente a todo o gênero o nome de exceção”. E conclui: “‘Exceção de pré-executividade’ é expressão, para dizer o menos, gritantemente inadequada” (José Carlos Barbosa Moreira, *Exceção de pré-executividade...* cit., p. 119-121). A crítica do Mestre é – como de costume – certa. Ocorre à expressão ‘exceção de pré-executividade’ o mesmo que sucede com ‘jurisdição

Acreditou-se que, com a nova formatação dos embargos à execução – que passaram a ser admitidos, como visto no tópico anterior, sem necessidade de garantia do juízo – quedaria esvaziada a utilidade da tal “exceção”, cuja grande vantagem para o executado era, justamente, o fato de não pressupor constrições em seu patrimônio.

Eis a passagem em comento: “com tal sistema, desaparecerá qualquer motivo para a interposição da assim chamada (mui impropriamente) ‘exceção de pré-executividade’, de criação pretoriana e que tantos embaraços e demoras atualmente causa ao andamento das execuções”.

Com todo respeito, a suposição (e assim também a esperança!) do legislador não poderia estar mais dissociada da realidade. As novas técnicas de defesa do executado (tanto a impugnação ao cumprimento de sentença quanto os novos embargos à execução) não têm o condão de acabar com a exceção de pré-executividade, pelos motivos que passamos a considerar.

Aquilo que se denomina “exceção de pré-executividade” não passa de impugnação à falta de algum pressuposto processual ou de alguma condição da ação *in executivis*. Seu conteúdo envolve, portanto, questões preliminares, de “ordem pública” e, pois, cognoscíveis pelo órgão julgador de ofício e a qualquer tempo e grau de jurisdição.²⁶⁴

Ora, se as matérias deduzíveis em “exceção” podem e devem ser objeto de conhecimento espontâneo pelo juiz, então não há como impor ao executado, sob pretexto algum, formalidade que condicione a transmissão daquelas informações. Um exemplo, pitoresco, ajudará a compreender a amplitude dessa informalidade: se qualquer pessoa (mesmo estranha à lide ou à relação processual) enviar um *e-mail* ao juiz ou telefonar-lhe relatando algum daqueles vícios no processo (falta de pressupostos procesuais ou de condições da ação), o magistrado – havendo apurado a informação e constatado sua procedência – deverá pronunciar-se a respeito. Logo, se mesmo nessas circunstâncias o juiz deve se manifestar sobre os vícios denunciados, com maior razão deverá fazê-lo se, em lugar de um terceiro, for o próprio executado a denunciá-los, por mera petição nos autos.

Uma vez que a matéria alegada é insubmissa a preclusão (podendo ser conhecida, como

voluntária’ (que, por seu turno, denota fenômenos não *jurisdicionais* tampouco *voluntários*). Porém, a despeito da manifesta impropriedade de tais expressões, ambas se encontram irremediavelmente difundidas. Assim, uma vez que o uso de ‘exceção de pré-executividade’ já adquiriu inegável força e ampla aceitação pretoriana, a empregaremos ao longo do texto, grafando-a sempre entre aspas duplas para ressaltar sua impropriedade.

²⁶⁴ CPC, art. 267: “Extingue-se o processo sem resolução de mérito: [...] IV – quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo; V – quando o juiz acolher a alegação de perempção, litispendência ou de coisa julgada; VI – quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual. §3º: O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos ns. IV, V e VI [...]”.

vimos, a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição), nada impede que o magistrado se pronuncie a respeito mesmo depois de encerrado o prazo para oferecimento de embargos / impugnação, pelo executado.

Conseqüentemente, devemos consentir que o executado – havendo perdido o prazo para embargar / impugnar a execução – tenha a possibilidade de protocolar uma petição simples, informando ao juízo a inviabilidade do feito executivo (por carecer de ação o exequente ou por faltar ao processo algum de seus pressupostos) e pedindo em razão disso sua extinção: eis a “exceção de pré-executividade”.²⁶⁵

Aliás, ainda que o executado não haja perdido o prazo para oferecer *impugnação ao cumprimento de sentença*, devemos admitir a possibilidade de ele utilizar a “exceção”. É que o oferecimento da impugnação exige – como visto no tópico anterior – prévia garantia do juízo. Ora, não é razoável que o executado precise sofrer uma constrição patrimonial para, só então, poder alertar o órgão julgador quanto à inviabilidade do feito e provocar sua extinção. Em tais casos, é forçoso que admitamos o oferecimento da “exceção de pré-executividade” mesmo antes de aberto o prazo para *impugnar o cumprimento de sentença*.²⁶⁶

Chegamos, finalmente, ao ponto que merece ser realçado: imaginemos que o executado venha aos autos, após o transcurso do prazo para embargar / impugnar, por meio de petição intitulada “embargos à execução” ou “impugnação ao cumprimento de sentença”, e demonstre a inexistência de alguma condição da ação ou de algum pressuposto processual *in executivis*. Com base nessas alegações, suponhamos que peça o proferimento de uma sentença terminativa.

²⁶⁵ No mesmo sentido, cf. Eduardo Talamini, A objeção na execução (exceção de pré-executividade) e a reforma do Código de Processo Civil, In *RePro* n. 153, p. 11-32; Marcelo Pacheco Machado, Os novos embargos... cit., p. 346; Júnior Alexandre Moreira Pinto, A nova disciplina dos embargos: subsistência da figura da exceção de pré-executividade?, In Suzana Henrique da Costa (coord.), *Execução extrajudicial: modificações da lei 11.382/2006*, p. 403.

²⁶⁶ “A famigerada exceção de pré-executividade, não é preciso dizer, não vai desaparecer. Como a impugnação só pode ser manejada depois de garantido o juízo (mandado de penhora e avaliação cumprido e respectiva intimação do devedor) é natural que o vencido, diante do pleito do credor no sentido de expedir-se mandado de penhora e avaliação, apresente ao magistrado petição afirmando a falta de alguma das condições da ação ou de algum pressuposto processual, ou até mesmo opondo uma objeção substancial (pagamento, compensação, novação, decadência, prescrição) exibindo prova documental. Diante disso, poderá o juiz – se a alegação for fundada – extinguir o processo de execução. Mesmo diante do mero cumprimento de sentença, como é intuitivo, pode haver questão atinente às condições da ação (pense-se na ausência de legitimidade por morte do credor, substituído por herdeiro que não aquele contemplado, em partilha, com o crédito exequendo), ou aos pressupostos processuais (*verbi gratia*, o advogado signatário da petição requerendo o prosseguimento da atividade jurisdicional já havia sido destituído pelo credor) que enseje o manejo da exceção de pré-executividade. Mas é certamente com as objeções de caráter material que o mecanismo defensivo do devedor acabará brilhando na fase de cumprimento de sentença de obrigação de pagar quantia. Neste ponto não creio que a nova lei trará qualquer modificação no panorama que todos nós conhecemos hoje”. (Carlos Alberto Carmona, Cumprimento da sentença conforme a lei 11.232 de 2005, In *RePro* n. 142, p. 266). No mesmo sentido: Humberto Theodoro Jr., Alguns problemas pendentes de solução após a reforma da execução dos títulos extrajudiciais (Lei 11.382/2006), In *RePro* n. 156, p. 11-18; Eduardo Talamini, A objeção... cit., p. 26-27. Em sentido análogo: Daniel Roberto Hertel, *Op. cit.*, p. 436.

É mais que evidente, a essa altura, que sua peça deverá ser recebida e processada como “exceção de pré-executividade”.²⁶⁷ A razão para tal é a mesma de sempre: no fundo, exceção de pré-executividade aquela peça é; não passa disso, a despeito do desafortunado mote em sua folha de rosto (onde se lê “embargos à execução” ou “impugnação”). Aplica-se ao caso, portanto, todo o raciocínio desenvolvido até aqui, que vale também – é evidente – para a hipótese de se ofertar peça intitulada “impugnação” antes de inaugurado o prazo do art. 475-J, §1º, do CPC.²⁶⁸⁻²⁶⁹

5.5. “Exceção de pré-executividade” e defesas substanciais

Atentemos para outro caso de uso da chamada “exceção de pré-executividade”. Além da primeira função mencionada – que é a de veicular questões preliminares, cognoscíveis de ofício – vem-se ampliando a serventia daquele instrumento, para permitir-se que o executado deduza, por meio dele, defesas substanciais (como, por exemplo, pagamento ou qualquer causa extintiva do crédito exequendo; prescrição; etc.). Exige-se apenas que tais alegações venham acompanhadas por prova pré-constituída (prova documental).²⁷⁰

De fato, como observa o Professor José Roberto dos Santos Bedaque, “é perfeitamente possível que, em determinadas situações, o executado tenha condições de demonstrar de plano fato extintivo do direito do exequente. Se isso ocorrer, não parece justificável manter-se a eficácia abstrata do título em homenagem à técnica processual, desconsiderando o direito evidente do executado. [...] Tendo em vista a grande probabilidade de que as afirmações do executado estejam

²⁶⁷ Em sentido análogo, vejamos a lição de Bedaque: “Com relação às objeções, pondero ser admissível o exame até mesmo em sede de embargos intempestivos. A perda do prazo para a demanda cognitiva torna-se irrelevante, pois no caso ela é desnecessária. Como a matéria deve ser examinada de ofício, no próprio processo de execução, nada obsta seja a alegação enfrentada nos embargos” (José Roberto dos Santos Bedaque, *Cognição e decisões do juiz no processo executivo*, In Luiz Fux *et. alii*. [coords.], *Processo e constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*, p. 367, nota de rodapé n. 36).

²⁶⁸ CPC, art. 475-J, §1º: “Do auto de penhora e avaliação será de imediato intimado o executado, na pessoa de seu advogado (arts. 236 e 237), ou, na falta deste, o seu representante legal, ou pessoalmente, por mandado ou pelo correio, podendo oferecer impugnação, querendo, no prazo de quinze dias”.

²⁶⁹ Em sentido análogo, cf. Daniel Roberto Hertel, *Op. cit.*, p. 436.

²⁷⁰ “Além dos incidentes próprios da execução, cuja solução depende, evidentemente, de cognição, também tem sido admitida nesse processo a dedução de defesas processuais e até substanciais. O fenômeno acabou recebendo a criticada denominação de exceção de pré-executividade. Com relação às questões de natureza processual, nenhuma surpresa, especialmente no que se refere àquelas cognoscíveis de ofício pelo julgador. Se ele pode, independentemente de provocação, reconhecer a carência da ação ou a ausência de alguns pressupostos de desenvolvimento válido e regular do processo, não parece razoável exigir-se a propositura da ação de embargos pelo executado com a única finalidade de viabilizar esse exame. Nada obsta seja o pedido apresentado na própria execução, sem necessidade de processo cognitivo autônomo. Esse âmbito, todavia, vem sendo ampliado, para alcançar também matéria pertinente ao mérito. Ainda que admissível essa extensão, é preciso estabelecer limites, sob pena de transformar-se a execução em verdadeiro processo cognitivo. Por isso, a possibilidade de o juiz conhecer de aspectos da relação material deve ficar restrita a questões cuja solução não demande produção de prova. Pode-se até invocar a idéia de direito *líquido e certo*, ou seja, aquele identificado de plano, mediante documentos” (José Roberto dos Santos Bedaque, *Cognição... cit.*, p. 367-369).

corretas, pois fundadas em fatos altamente verossímeis acompanhados de prova inequívoca, admite-se sua dedução no processo de execução. Nesses casos, fica comprometida a eficácia abstrata do título. Prescrição [...] e pagamento documentalmente demonstrado são exemplos típicos de situações em que o prosseguimento do processo pode ser obstado por pedido formulado pelo executado, independentemente de formalidades, pois manifesta a inadmissibilidade da tutela executiva”.²⁷¹

Admitida essa premissa, imaginemos a seguinte situação: o executado – havendo perdido o prazo para embargar / impugnar, conforme o caso – vem aos autos por meio de uma petição intitulada “exceção de pré-executividade” e alega pagamento da dívida. Com base nesse argumento, pede a extinção do feito. Abrem-se, então, duas possibilidades: (a) o executado instrui sua peça com prova pré-constituída do alegado pagamento, ou; (b) não instrui a peça com o documento comprobatório (ao invés, pede sejam ouvidas testemunhas).

Na hipótese *sub* (a), está claro que a petição deverá ser recebida e processada como exceção de pré-executividade que é (qualquer que seja o nome dado a ela!). Mas, na hipótese *sub* (b), como proceder? Deveria o juiz indeferir de plano a petição? Deveria intimar o executado para que a emendasse?²⁷² Com o devido respeito, pensamos que nenhuma dessas soluções seja correta. Evidentemente, não é caso de se indeferir a petição, tampouco há necessidade de submetê-la a algum tipo de emenda.

Tirante o nome “exceção de pré-executividade”, não há diferença alguma entre aquela peça e uma petição inicial de ação declaratória de inexistência do crédito exequendo (“ação autônoma de impugnação”). Se for apta, a peça (mal) intitulada “exceção de pré-executividade” cumprirá necessariamente todos os requisitos formais exigidos de uma petição inicial. Essa coincidência pode ser facilmente demonstrada. Afinal, não se concebe “exceção de pré-executividade” – ou petição alguma (por mais simples que seja!) – que não deva conter os nomes e a qualificação das partes; as alegações e os pedidos e, por fim; a indicação do juiz ou tribunal competente (*in casu*, o juízo da execução, que é prevento para ações de impugnação contra esta). Com todos esses dados na peça de nosso exemplo, ali estarão – sob o equivocado nome “exceção de pré-executividade” – os requisitos

²⁷¹ José Roberto dos Santos Bedaque, *Cognição...* cit., p. 370-371.

²⁷² Essa, a solução preconizada por Marcelo Pacheco Machado: “Suponha-se, então, que, ciente da possibilidade de utilização de mera petição simples para a finalidade de se defender no processo executivo, determinado executado lance mão de *exceção de pré-executividade* em situação na qual a comprovação de suas alegações exigiria a produção de provas distintas da documental. Tais espécies probatórias, certamente, não poderiam ser produzidas no curso do processo executivo, pois este é, com elas, patentemente incompatível. Assim, pergunta-se: o que o juiz deve fazer? Rejeitar liminarmente a *exceção*? A solução mais adequada – à luz da necessidade de aproveitamento dos atos processuais e do princípio da instrumentalidade do processo – é a de determinar que o executado emende sua petição [...]” (Marcelo Pacheco Machado, *Os novos embargos...* cit., p. 347).

de forma essenciais a uma inicial de ação declaratória de inexistência do crédito exequendo.

Não se venha lançar, contra tal solução, o argumento de que em nossa peça faltariam outros requisitos formais (a indicação do *valor da causa* e o *pedido de citação do réu*) também exigidos pelo art. 282 do CPC para a confecção de uma inicial apta. No caso em apreço, a ausência de indicação do valor da causa constitui mera irregularidade (insuscetível, portanto, de tornar inepta a petição) e – em qualquer caso – a falta do pedido de citação não afeta sequer minimamente o recebimento da inicial. Senão, vejamos.

A causa em apreço é daquelas cujo critério de fixação do valor está expressamente previsto no CPC. Mais precisamente, em seu art. 259, V, cuja redação transcrevemos: “O valor da causa constará sempre da petição inicial e será: [...] V – quando o litígio tiver por objeto existência, validade, cumprimento, modificação ou rescisão de negócio jurídico, o valor do contrato”. Ao comentar o art. 259 e as várias hipóteses dispostas em seus incisos, o Professor Cândido Rangel Dinamarco observa que, por “[...] prevalecer um *critério legal*, que é por natureza objetivo e não comporta juízos pessoais ou subjetivos, é dever do juiz fiscalizar *ex officio* o valor atribuído e determinar-lhe a correção se for o caso, ainda que não haja impugnação pelo réu. [...] A fiscalização do valor da causa, a ser feita pelo juiz independentemente de provocação, pode ter lugar em qualquer momento ou fase do procedimento, porque se trata de matéria de ordem pública e não há preclusões dessa ordem que atinjam o juiz no processo (aplicação do art. 267, §3º)”.²⁷³

Resta patente, pois, que se o juiz – na hipótese de que tratamos – pode modificar de ofício o valor dado à causa pelo executado, então também pode, por igualdade de razões, declará-lo ele próprio segundo o critério objetivo do art. 259, V, quando o demandante houver se esquecido de fazê-lo.

²⁷³ Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições...* cit., p. 376-377, v. III. Em sentido análogo, cf. José Carlos Barbosa Moreira, *O novo processo...* cit., p. 19; Ernane Fidélis dos Santos, *Manual de direito processual civil*, 13. ed., p. 445, v. 1. A jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça parece também inclinar-se nesse sentido. Vejamos:

PROCESSUAL CIVIL - CAUTELAR DE PROTESTO - JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA - VALOR DA CAUSA - ESTIMATIVA - CONTROLE DA INICIAL DE OFICIO

1. No controle da inicial, o Juiz pode conhecer de ofício irregularidades referentes ao valor da causa, por se tratar de questão de ordem pública.

[...]

(REsp 1078816/SC, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 16/10/2008, DJe 11/11/2008).

PROCESSO CIVIL – VALOR DA CAUSA – VIOLAÇÃO DO ART. 458 E 535 – INOCORRÊNCIA – MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA – IMPUGNAÇÃO PELO JUIZ APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA – PRECLUSÃO – COISA JULGADA FORMAL – IMPOSSIBILIDADE.

[...].

2. Possibilidade de revisão *ex officio* do valor atribuído à causa, entretanto, nunca após a sentença, devendo-se respeitar a coisa julgada formal.

[...]

(REsp 784.435/RJ, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 06/09/2007, DJ 26/09/2007 p. 206).

Já no que se refere à ausência de pedido de citação do réu, tal exigência consiste em mera formalidade, destituída de todo sentido prático.²⁷⁴ A propósito, tomemos outra vez os dizeres do Professor Cândido Rangel Dinamarco:

“Para que o sujeito indicado como réu na demanda venha a adquirir a qualidade de réu no processo, o Código de Processo Civil coloca a exigência de que faça o autor um expresse requerimento no sentido de que o juiz mande citá-lo (art. 282, inc. VII). Esse dispositivo é no entanto um daqueles com os quais ou sem os quais o processo seria tal e qual. Na qualidade de diretor do processo e responsável por sua regularidade, o juiz tem o dever de mandar por iniciativa própria que se faça a citação do réu indicado na petição inicial. Além disso, é intuitivo que, ao propor a demanda inicial, indicar o nome do réu e pedir uma sentença que atinja a esfera de direitos deste, o autor pretende obviamente que essa pessoa seja citada [...]”.²⁷⁵

Como podemos notar, a ausência do pedido de citação na petição inicial é irrelevante. Deve o magistrado, a despeito disso, receber a peça e de ofício determinar seja citado o demandado; até mesmo por uma questão de bom senso: afinal, se o autor se dignou contratar um advogado e propor demanda em face de alguém, é mais do que evidente que deseja a citação deste, para que lhe possa impor – ao final – o comando judicial obtido.

Parece-nos, em remate, não haver óbice ao recebimento da peça de que vimos falando. Com desprezo a seu *nomen juris* e atenção voltada apenas para seu conteúdo, obtemos que se trata de ação declaratória de inexistência do crédito exequendo (mal intitulada, embora, “exceção de pré-executividade”). Mais do que possível, é imperioso que desconsideremos o batismo da peça e a recebamos de imediato por aquilo que verdadeiramente é.

Claro que, nesta hipótese (de recebimento da peça como ação impugnativa autônoma) o executado deverá recolher custas processuais (das quais estaria livre se houvesse oferecido “verdadeira exceção de pré-executividade”). Trata-se, no entanto, do preço que se há de pagar

²⁷⁴ Vejamos a lição do Professor Carlos Alberto Carmona: “O último requisito relacionado pelo legislador para compor a moldura da petição inicial diz respeito ao requerimento para a citação do réu. Trata-se de mero elemento programático, cuja ausência por óbvio não provocará sequer a necessidade de emenda: ainda que o autor não requeira a citação do réu, o juiz haverá de determiná-la. Não parece, portanto, que o autor tenha o *ônus* de requerer a citação do réu, já que a ausência de tal requerimento não produz conseqüência alguma. O requerimento em questão não passa mesmo de fórmula obsoleta, que a legislação da maior parte dos países sul-americanos não contempla, por desnecessária. A utilidade do requisito em tela cinge-se à *modalidade* da citação: na medida em que a Lei 8.710/1993 instituiu, como forma ordinária de citação, aquela realizada pelo correio (art. 222 do CPC), concedeu ao autor o direito de requerer a realização do ato de outra forma (art. 222, *f*), de sorte que poderá o demandante, se assim quiser, requerer que a citação seja realizada por oficial de justiça, por exemplo. Mas mesmo aqui não se pode falar de um verdadeiro ônus, pois nada impede o autor de requerer, depois da distribuição da inicial, que a citação seja realizada com o concurso do oficial de justiça (não haverá, portanto, preclusão)”. (Carlos Alberto Carmona, Em torno da petição inicial, In *RePro* n. 119, p. 33).

²⁷⁵ Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições...* cit., p. 377-378, v. III.

quando se deseja propor qualquer demanda. Caso o executado não queira despendê-lo, bastará permanecer inerte e sua alegação – sem o devido *preparo* – não será apreciada. De um modo ou de outro, como se pode ver, sua verdadeira intenção quedará respeitada e atendida.

5.6. *Embargos à execução / Impugnação vs. Embargos de terceiro*

Se um terceiro (por definição, aquele que não é parte)²⁷⁶ sofrer turbacão ou esbulho na posse de seus bens, por ato de apreensão judicial, poderá valer-se da espécie postulatória denominada *embargos de terceiro* (CPC, art. 1.046), para requerer lhe seja mantida ou restituída a posse daqueles.²⁷⁷

A finalidade da regra é permitir ao possuidor ou ao titular de direito real sobre o bem – estranho à relação processual – um “[...] ataque direto ao ato judicial”²⁷⁸ que turbara ou esbulhara sua posse. Em regra²⁷⁹, é fundamental que ele não figure no pólo passivo do processo, afinal,

²⁷⁶ Segundo a clássica lição de Chiovenda: “A determinacão do conceito de parte não possui mera importância teórica, mas é necessária para a solucão de graves problemas práticos: que uma pessoa seja parte numa lide ou que seja terceiro é importante – por exemplo – para a identificacão de quem possa intervir como terceiro em uma lide, de quem possa deduzir oposicão de terceiro a uma sentença [etc]. O conceito de parte deriva do conceito de proceso e da relacão processual: *é parte aquele que pede em nome próprio (ou em cujo nome se pede) uma atuacão da lei e aquele em face do qual essa atuacão é pleiteada*. A idéia de parte é dada, portanto, pela lide mesma, pela relacão processual, pela demanda: não ocorre buscá-la fora da lide e em particular na relacão substancial que é objeto de controvérsia [...]”. No original, por nós livremente traduzido: “La determinazione del concetto di parte non ha una mera importanza teorica, ma è necessaria per la soluzione di gravi problemi pratici: che una persona sia *parte* in una lite o sia *terzo*, è importante ad esempio per la identificazione di [...] chi possa intervenire come terzo in una lite; chi possa fare opposizione di terzo a una sentenza; [etc]. Il concetto di parte discende dal concetto del processo e del rapporto processuale: *è parte colui che domanda in proprio nome (o nel cui nome è domandata) una attuazione di legge, e colui di fronte al quale essa è domandata*. L’idea di parte è data dunque alla lite stessa, dal rapporto processuale, dalla domanda: non occorre cercarla fuori della lite e in particolare nel rapporto sostanziale che è oggetto di controversia [...]” (Giuseppe Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, p. 578-579).

²⁷⁷ CPC, art. 1046: “Quem, não sendo parte no processo, sofrer turbacão ou esbulho na posse de seus bens por ato de apreensão judicial, em casos como o de penhora, depósito, arresto, seqüestro, alienacão judicial, arrecadação, arrolamento, inventário, partilha, poderá requerer lhe sejam mantidos ou restituídos por meio de embargos”. A propósito do alcance dessa regra, tomemos a lição do Professor José Rogério Cruz e Tucci: “Como o próprio *nomen iuris* do instituto permite entrever, o protagonista dos *embargos* é um *terceiro*, isto é, todo aquele que não participa do contraditório [...] dispõe desse meio processual apto a salvaguardar o seu respectivo patrimônio. [...] A característica marcante dos *embargos de terceiro*, que os distingue da oposicão e das açoes possessórias típicas, centra-se na *apreensão judicial*, resultante, v.g., da penhora, depósito, arresto, seqüestro, alienacão judicial, arrecadação, arrolamento, inventário e partilha. Em suma, o ato jurisdicional do qual nasce o interesse de agir do embargante pode ser proferido em processo de qualquer natureza: de conhecimento (p. ex.: liminar em açao possessória); de execucao (p. ex.: penhora); cautelar (p. ex.: seqüestro)”. José Rogério Cruz e Tucci, *Embargos de terceiro: questões polêmicas*, In *Revista dos tribunais* n. 833, p. 56-57, *passim*.

²⁷⁸ Cf. Gerson Fischmann, *Comentários ao código de processo civil*, p. 221, v. 14. Ensina Liebman: “Os terceiros que virem seus bens injustamente apreendidos [...] poderão defender-se com embargos de terceiro. Os embargos de terceiro dão [...] lugar a cognição sumária e a decisão não prejudica definitivamente os direitos do terceiro, que poderá em qualquer caso defendê-los em processo ordinário. A lide nos embargos se refere apenas à exclusão ou inclusão da coisa na execucao e não aos direitos que caibam ao terceiro sobre a coisa, mesmo quando deles se tenha discutido. Mas, por isso mesmo, uma vez rejeitados, não podem ser propostos novamente no curso da mesma execucao”. (Enrico Tullio Liebman, *Processo de execucao*, 3. ed., p. 75-87, *passim*).

²⁷⁹ Excecao feita à hipótese em que a lei (CPC, art. 1046, §2º) *equipara* o executado a terceiro, para o exclusivo fim de

quando a constrição recai sobre bens do próprio executado, vimos que a medida típica para debelá-la é a *impugnação* (ao cumprimento de sentença) ou os *embargos à execução* (em se tratando de execuções fundadas em título extrajudicial).

Logo, para a boa compreensão do instituto, impõe-se identificar corretamente as *partes* de um processo de execução ou de uma fase de cumprimento de sentença. Tais – “exequente” (sujeito ativo) e “executado” (sujeito passivo) – são aqueles que assim figuram na *demand*a ou no *título judicial* que deflagrou a atividade executória.²⁸⁰

O conceito de *partes*, portanto, tem dimensão exclusivamente processual: nos processos autônomos de execução e no cumprimento de sentença condenatória ao pagamento de quantia certa, são partes *aquela que pede e aquele contra quem se pede* o desempenho da atividade executiva; já nas hipóteses de cumprimento de sentença iniciável de ofício, partes serão aqueles que figurarem, como credor e devedor, no título que servir de lastro a essa etapa do processo sincrético.

Esses são, por assim dizer, os modos *originários* de se adquirir a qualidade de parte. Originários porque, por eles, obtém-se tal qualidade desde o início do processo de execução ou da fase executória do processo sincrético.

A condição de *parte*, no entanto, também pode ser adquirida de modo *derivado* ou *superveniente*. É o que ocorre nos casos de sucessão processual (quando, por exemplo, os herdeiros do crédito exequendo se habilitam no pólo ativo da relação processual, ou, no pólo passivo, habilita-se o espólio do devedor). Também podemos cogitar de *parte superveniente* na hipótese de desconsideração da personalidade jurídica, com o subsequente redirecionamento dos atos executórios ao patrimônio dos sócios da pessoa jurídica desconsiderada. Ao longo da aplicação do instituto, em quase vinte anos, o Colendo Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que o sócio alcançado pela desconsideração assume a qualidade de *parte* no feito executório.²⁸¹

Assim, aquele que é executado (desde o início ou supervenientemente) sempre sabe ou deve saber que o é. Seja porque foi citado ou intimado para, nessa condição, satisfazer a dívida; seja porque se viu declarado parte mercê de decisão judicial (*e.g.*: a que habilitou o espólio do devedor

lhe consentir a via dos *embargos de terceiro*. A propósito da regra, vejamos: “A lei processual também considera *terceiro* o litigante que, a despeito de atuar no processo, visa a proteger bens que, pela origem de sua aquisição ou da posse (título jurídico), não são suscetíveis de apreensão judicial”. (José Rogério Cruz e Tucci, *Embargos...* cit., p. 57).

²⁸⁰ As execuções começam: (i) por iniciativa de parte (nas hipóteses de processos autônomos e em se tratando de cumprimento de sentença condenatória ao pagamento de quantia certa, regido pelos arts. 475-J a 475-R do CPC) ou; (ii) por impulso oficial (nas demais hipóteses de cumprimento de sentença, disciplinadas pelos arts. 461 e 461-A do CPC).

²⁸¹ Posição sustentada, na doutrina, por Carlos Alberto Carmona (In Antonio Carlos Marcato [coord.], *Código de processo civil interpretado*, p. 1751).

no pólo passivo da relação processual, ou a que desconsiderou a personalidade jurídica da empresa e voltou a execução contra seus sócios).

Qualquer que seja a hipótese, o caráter eminentemente formal da condição de executado – sempre documentado em algum pronunciamento judicial (ora o que decretou a citação, ora o que promoveu a habilitação do espólio ou desconsiderou a personalidade jurídica da ré originária, etc.) – não deixa dúvida quanto à identidade do sujeito passivo *in executivis*.

Não raro, porém, questionamentos de determinado indivíduo frente à sua posição (sobretudo quando ele entende não ser responsável pelo débito exequendo e visa a ser excluído do pólo passivo do processo) levam-no a protocolar peça intitulada “embargos de terceiro”, quando o *nomen juris* correto seria “impugnação / embargos à execução”. Esse equívoco é especialmente freqüente na hipótese – aqui tantas vezes mencionada – de o juiz aplicar alguma das regras de desconsideração da personalidade jurídica e redirecionar os atos de constrição e de expropriação contra os sócios administradores da empresa.

Nesses casos – talvez por suporem, equivocadamente, que intitular “embargos à execução” ou “impugnação” sua peça significaria reconhecer a legitimidade passiva que lhes foi imputada – é costume os sócios optarem por aquele outro *nomen juris*, apelidando sua petição “embargos de terceiro”.

O erro terminológico não poderia ser mais flagrante. Afinal, ainda que não concordem com a desagradável condição de sujeitos passivos, os sócios não por isso deixam de ser *partes* do processo de execução. Foram incluídos no pólo passivo do processo pela decisão que “desconsiderou a pessoa jurídica” e lá permanecerão, é óbvio, até que sejam excluídos da relação processual por ato do juiz.

É o que basta para deixar claro que a espécie postulatória que lhes cabe é a *impugnação ao cumprimento de sentença* ou os *embargos à execução*. Afinal, a parte – ainda que se considere ilegítima – não deixa de ser... *parte*.²⁸²

²⁸² “Partes são os sujeitos interessados do contraditório instaurado perante o juiz, são todos os sujeitos da relação processual, com exclusão deste. Enquanto o processo perdurar, isto é, enquanto não chegar a seu desfecho normal nem for extinto por carência de ação ou por irregularidade formal, aqueles que figuram como partes na relação processual têm todos os poderes inerentes a suas respectivas posições, podendo praticar os atos processuais previstos em lei, independentemente de serem ou não partes *legítimas*; naturalmente, uma das defesas úteis ao executado será a possível alegação dessa ilegitimidade. Por exemplo, se for citado um homônimo daquele que figura como devedor no título, ele se torna de qualquer forma parte no processo; não se defenderá simplesmente da penhora, com embargos de terceiro (justamente porque, tendo sido citado, adquiriu a qualidade de parte e não é terceiro), mas terá a possibilidade de alegar que é estranho à relação substancial debatida (ilegitimidade de parte)”. (Cândido Rangel Dinamarco,

Que fazer, porém, diante de peça intitulada “embargos de terceiro” e proposta – no prazo para oferecimento da impugnação ao cumprimento de sentença ou dos embargos à execução – por sócio contra o qual se redirecionou a execução?

A resposta – que já pode ser induzida dos casos analisados anteriormente – é bem simples: deve o magistrado ignorar o lapso cometido no batismo do ato, recebendo-o e processando-o segundo aquilo que em verdade ele é (impugnação ao cumprimento de sentença ou embargos à execução). Interpretada a peça por sua pretensão (não por seu nome!) e à luz da situação processual do demandante, não há outra conclusão razoável.

Nessa linha, firmou-se há tempos a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça, muito embora seus julgados mais recentes – para justificarem o recebimento daquelas peças mal intituladas – digam estar aplicando o princípio da fungibilidade.²⁸³

Execução civil, 7. ed., p. 423-424). Na mesma linha, tomemos a lição de Teori Albino Zavascki: “A distinção entre parte *processual* e parte *legítima* [...] é de particular importância quando se trata de legitimação passiva no processo de execução. À parte, com efeito, caberá opor-se à execução por meio de *embargos do devedor*, enquanto que os demais porventura atingidos por atos executivos, não sendo partes, defendem-se por *embargos de terceiro*. Ora, para se estabelecer a distinção entre parte e terceiro, o conceito a ser adotado é o de parte *processual* e não o de parte *legítima*. Ou seja: é parte na execução, e como tal, deve a ela opor-se pela via de embargos de devedor, aquela que, indicada pelo exequente, é citada e figura como executada na relação processual. Pouco importa, para essa finalidade, indagar-se da legitimidade, Quem, mesmo ilegitimamente, figurar como executado, é parte *processual*, devendo alegar sua ilegitimidade em embargos de devedor, e não em embargos de terceiro. Por outro lado, quem não é parte *processual*, embora *por lei* devesse ter sido, utilizar-se-á de embargos de terceiro se, por eventualidade, vier a sofrer os efeitos de algum ato executivo”. (Teori Albino Zavascki, *Comentários...* cit. p. 68-69). No sistema italiano há, em linhas gerais, simétrica distinção: o executado (parte) resiste à execução por meio da *opposizione alla esecuzione*, ao passo que terceiros que hajam sofrido algum tipo de gravame o combatem mediante a *opposizione di terzo*. A propósito, cf. Francesco Paolo Luiso, *L'esecuzione “ultra partes”*, p. 73 e 373-417.

²⁸³

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DO DEVEDOR. OS EMBARGOS DE TERCEIRO ASSIMILAM-SE AOS EMBARGOS DO DEVEDOR SE, OPOSTOS NO PRAZO DESTES, FOREM GARANTIDOS POR PENHORA; O NOME QUE, NESSE CONTEXTO, SE DÁ À AÇÃO É IRRELEVANTE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

(AgRg no Ag 146.352/RJ, Rel. Ministro Ari Pargendler, Segunda Turma, julgado em 26/06/1997, DJ 18/08/1997 p. 37859).

EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS. DEFESA INTITULADA COMO EMBARGOS DE TERCEIRO. RECEBIMENTO COMO EMBARGOS DO DEVEDOR. ADMISSIBILIDADE.

O RECEBIMENTO DOS EMBARGOS DE TERCEIRO COMO EMBARGOS DO DEVEDOR TEM SIDO ADMITIDO PELA JURISPRUDÊNCIA, DESDE QUE OBSERVADOS OS REQUISITOS LEGAIS.

RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

(REsp 113.877/SP, Rel. Ministro Hélio Mosimann, Segunda Turma, julgado em 25/08/1997, DJ 22/09/1997 p. 46403).

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 282 E 356 DO STF. EXECUÇÃO FISCAL. SÓCIO QUOTISTA. PENHORA DE BENS. EMBARGOS DE TERCEIRO. AÇÃO INADEQUADA. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE.

[...]

2. Tendo o sócio sido devidamente citado para integrar o pólo passivo da execução fiscal, deve promover sua defesa por meio de embargos do devedor e não de terceiro, eis que esta ação é instrumento a ser utilizado apenas por terceiro estranho à relação processual.

3. Em tese é possível o recebimento dos embargos de terceiro como do devedor, em homenagem aos princípios da

Por tudo o que expusemos nos capítulos anteriores, compete apenas frisar, aqui, que a rigor não há fungibilidade entre *embargos à execução / impugnação* e *embargos de terceiro*. São espécies nitidamente distintas, não havendo – ao menos em linha de princípio – sinal de incerteza objetiva quanto à utilização de alguma entre elas. Na grande maioria dos casos, ao invés, trata-se mesmo de erro crasso confundi-las, tão diversas que são suas hipóteses de cabimento.²⁸⁴

A melhor interpretação para o entendimento da Colenda Corte, portanto, funda-se em premissa bem mais simples: a desconsideração do *nomen juris* dado às petições. Autoriza-se o juiz, enfim, a receber como embargos à execução / impugnação peça intitulada “embargos de terceiro”, porque o nome que a parte dê a seu ato é absolutamente irrelevante para determinar-lhe a natureza jurídica. Se aforada após o decurso do prazo para a defesa típica, deverá a petição – conforme o caso – ser recebida como “exceção de pré-executividade” ou ação autônoma de impugnação à execução.

Assim, mesmo que o erro na denominação da peça seja o mais grosseiro possível, não se deve recusar admissão à mesma. No fim das contas, o equívoco estará apenas no batismo da petição, circunstância que não lhe altera a natureza jurídica tampouco compromete seu entendimento pelo intérprete e pela parte contrária. Desnecessárias – e, nessa medida, indevidas –

fungibilidade e da ampla defesa, contudo, aqueles deverão ser opostos no prazo destes.

[...]

(REsp 508.333/RS, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 28/10/2003, DJ 15/12/2003 p. 207).

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL REDIRECIONADA AO SÓCIO-GERENTE DE EMPRESA DISSOLVIDA. EMBARGOS DE TERCEIRO. INTERPOSIÇÃO PELO SÓCIO-GERENTE. INADEQUAÇÃO DA VIA PROCESSUAL ELEITA. CABIMENTO DE EMBARGOS DO DEVEDOR (ART. 1.046 CPC). PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. INAPLICABILIDADE, PELO DECURSO DE PRAZO SUPERIOR AO PREVISTO NO ART. 16 DA LEF.

1. Os embargos a serem manejados pelo sócio-gerente contra quem se redirecionou ação executiva, regularmente citado e, portanto, integrante do pólo passivo da demanda, são os de devedor.

2. Admite-se, presentes certas circunstâncias - especialmente a da tempestividade (não atendida no presente caso) - o recebimento de embargos de terceiro como embargos do devedor. Todavia, essa questão - que não foi posta no acórdão embargado - não se presta à solução por via de embargos de divergência.

[...].

(EResp 98.484/ES, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 24/11/2004, DJ 17/12/2004 p. 394). No mesmo sentido, cf. AgRg no Ag 847.616/MG, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 04/09/2007, DJ 11/10/2007 p. 302.

²⁸⁴ Ressalva seja feita, uma vez mais, à hipótese do art. 1046, §2º, do CPC: “Equipara-se a terceiro a parte que, posto figure no processo, defende bens que, pelo título de sua aquisição ou pela qualidade em que os possui, não podem ser atingidos pela apreensão judicial”. A propósito da sinuosa regra, vejamos: “Tratou a lei no §2º do art. 1046 da situação, de todo peculiar, de alguém que tendo sido parte no sentido procesual da expressão, para os efeitos de embargos de terceiro é, nessa última condição, considerado. [...] É [...] terceiro, para esses efeitos, o réu da ação possessória ou reivindicatória ou de imissão de posse se o ato judicial de caráter executivo que determina a mutação ou reintegração ou a imissão atinge bem ou parte de bem que não fora objeto do pedido inicial. Nesses casos, e de rigor, não é o réu o terceiro, mas sim o bem que não integra a *res in iudicio deducta* e que acabou sofrendo a turbação ou o esbulho do ato judicial. Também ingressa nessa categoria o executado que vê penhorados bens clausulados de impenhorabilidade, ou ainda o cônjuge do herdeiro que tem bens clausulados de incomunicabilidade ou que pelo regime matrimonial não se comunicam, em relação ao arrolamento no inventário” (Gerson Fischmann, *Op. cit.*, p. 233).

as condições que parte da jurisprudência vem impondo ao recebimento de atos praticados em tais circunstâncias.²⁸⁵

5.7. *Defesa do executado no cumprimento das sentenças condenatórias a obrigação de fazer, não-fazer ou entregar coisa*

Na reforma implementada na execução pelas leis ns. 11.232/2005 e 11.382/2006, o legislador não alterou as técnicas de efetivação das sentenças que condenem a prestações de fazer, não-fazer ou entregar coisa. Estas já haviam sido reestruturadas (e, por que não dizer, revolucionadas) pelas leis ns. 8.952/1994 e 10.444/2002 (que, respectivamente, instituíram os dispositivos hoje alocados sob os arts. 461 e 461-A do CPC).

Ocorre que – intencionalmente ou por esquecimento, isso não vem ao caso agora – o legislador deixou de explicitar, nos poucos incisos e parágrafos que dedicou àqueles artigos (461 e 461-A), o modo pelo qual o executado pode defender-se contra o cumprimento da sentença. Condenado a entregar uma coisa, a prestar um *fazer* ou a omiti-lo, disporia ele de alguma espécie postulatória para opor-se aos atos executórios? Diante do silêncio da lei, poderia valer-se de meios como a impugnação ou os embargos à execução? As perguntas, portanto, são duas: (i) “há meio de o executado defender-se contra o cumprimento daquelas sentenças?” e (ii) “se houver, qual é?”.

²⁸⁵ O Professor Cândido Rangel Dinamarco as relata e, aparentemente, as corrobora. Suas palavras: “Sendo opostos embargos de terceiro em situação que legitimaria os do executado ou a impugnação à execução por título judicial, mas havendo dúvida razoável sobre qual dessas vias processuais seria adequada, os embargos opostos devem ser recebidos, processados e julgados como se fossem embargos ou impugnação do executado; essa é a regra da fungibilidade entre meios de defesa de direitos, cuja finalidade é evitar os rigores de uma punição ao litigante que erra de boa-fé, sem gravidade manifesta, ao escolher uma via em vez de outra. Assim é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que no entanto opõe duas severas ressalvas a essa válvula de tolerância. A primeira delas consiste na exigência de que os embargos de terceiro hajam sido ajuizados dentro do *prazo* para a oposição do executado, o qual se vence muito antes (CPC, art. 739). Essa limitação se justifica pela observação de que, se o executado houvesse oposto os próprios embargos à execução fora do prazo, eles não seriam recebidos. Também não devem ser recebidos como embargos à execução os de terceiro opostos por *erro grosseiro*, em casos nos quais não haja motivo razoável para ter dúvida quanto ao remédio adequado – como o do executado que pela via dos embargos de terceiro pretendesse sustentar a impenhorabilidade do bem penhorado. Mas, havendo dúvida razoável, a conversão deve ser feita, especialmente em situações quanto às quais a jurisprudência vacila”. (Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições...* cit., 3. ed., p. 875-876, v. IV). Em que pese a lição sempre ponderada do Mestre, ousamos dela divergir. Com todo respeito, parece-nos despidianda (e, no mais das vezes, de difícil cumprimento) a demonstração de *erro escusável* (i.e.: incerteza objetiva) para o recebimento de embargos de terceiro no lugar de embargos à execução / impugnação. Tirantes situações excepcionais, as espécies são claramente distintas, inconfundíveis, de modo que o “erro” entre elas resultaria quase sempre “grosseiro”. Por tudo que dissemos, não há que se falar aí de autêntica *fungibilidade*. Trata-se, antes, de mero *error in nomine*, resolúvel como todos os demais: com a deconsideração do rótulo apostado à petição, que deverá ser interpretada, recebida e processada a partir dos dados contidos em sua *pretensão* (examinada à luz da posição ou situação processual do postulante). Quanto à exigência de tempestividade, acaso decorridos os prazos para o oferecimento da impugnação ou dos embargos à execução, nada impedirá o recebimento da peça como “exceção de pré-executividade” ou ação autônoma de impugnação, a depender de seu conteúdo.

Encontramos ainda hoje dissidências e vacilações na doutrina. Há, por um lado, quem entenda não haver meio, em primeiro grau de jurisdição, para o oferecimento de defesas *substanciais*²⁸⁶ pelo executado naqueles casos²⁸⁷; outros que defendem a possibilidade de o executado deduzi-las – como também a defesas *processuais*²⁸⁸ – por meio de “impugnação ao cumprimento de sentença” (aplicando-se, *per analogiam*, os arts. 475-J, §1º; 475-L e 475-M do CPC, que regem a defesa do executado no cumprimento de sentenças condenatórias ao *pagamento de quantia certa*)²⁸⁹ e, por fim; doutrina autorizadíssima sustenta posição intermediária, parecendo condicionar a admissão de uma *impugnação substancial* do executado à demonstração prévia da plausibilidade de suas alegações²⁹⁰.

²⁸⁶ Por exceções ou defesas substanciais, designamos qualquer causa extintiva do crédito (como o pagamento direto, a novação, a compensação, etc.) ou de sua pretensão (tal a prescrição).

²⁸⁷ Essa parece ser a opinião de Marcelo Abelha Rodrigues. Vejamos: “[...] tratando-se de execução fundada em título extrajudicial, há de se distinguir quando se tratar de *execução específica* com fulcro nos arts. 461 e 461-A da *execução por quantia certa*, fundada no art. 475-I do CPC. Na execução específica, ela ocorre mediante mera expedição de ordens coercitivas (multas) ou sub-rogorias (mandado de imissão ou busca e apreensão), de forma simples e objetiva, não sendo reservado um procedimento ou rito específico para ser realizada a tutela executiva das obrigações específicas (*princípio da atipicidade de meios e procedimento executivo*). Por isso, a rara e eventual impugnação do executado deverá ser feita mediante agravo de instrumento (sem prejuízo, é claro, de apresentação de petição arguindo objeção na própria execução, muito embora não exista previsão para tal remédio no sistema)”. (Marcelo Abelha Rodrigues, *Manual de execução...* cit., p. 52-53).

²⁸⁸ Por defesas processuais, denotamos qualquer *objeção*, isto é, a alegação de falta de alguma das condições da ação ou de algum dos pressupostos processuais.

²⁸⁹ Nesse sentido, vejamos, respectivamente, as lições de Cassio Scarpinella Bueno e de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart: “O executado deve defender-se dos atos executivos que sofre valendo-se do disposto nos arts. 475-L e 475-M, que tratam da ‘impugnação’. É certo que aqueles dispositivos, pela sua redação e localização, parecem supor uma ‘execução por quantia’ nos moldes do art. 475-J. Contudo, como conseqüência necessária da incidência dos princípios do contraditório e da ampla defesa à hipótese, não há como recusar a aplicação daqueles dispositivos como forma de o executado exercer escorreitamente sua defesa, nem que sejam como referenciais necessários”. (Cassio Scarpinella Bueno, *Curso...* cit., p. 430, v. III). “[...] As defesas substantivas supervenientes à sentença executável devem ser apresentadas ao juiz de primeiro grau de jurisdição e não diretamente ao tribunal. Por tal razão, não há como se eliminar a possibilidade de o réu apresentar defesa, ao juiz de primeiro grau, na fase de execução. Imagine-se, por exemplo, a ocorrência de adimplemento. Nesse caso, como é óbvio, o réu poderá defender-se alegando o adimplemento da prestação de fazer que esteja sendo executada. Na verdade, diante da ausência de procedimento definido pelo legislador, a defesa do réu, no caso de sentença que reconhece obrigação de não fazer ou de fazer, deve observar, no que for aplicável, as normas que tratam da impugnação à execução da sentença que reconhece obrigação de pagar quantia”. (Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, *Curso de processo civil: execução*, 2. ed., p. 185-186, v. 3).

²⁹⁰ “Os julgados e as manifestações doutrinárias que se repetem na negativa da faculdade de embargar ou impugnar nesses casos centram a atenção nos *embargos de mérito* (atualmente, *impugnação de mérito*), cujo objetivo é negar a existência atual da obrigação porque já extinta pelo adimplemento, prescrição *etc.* (atualmente, art. 475-L, inc. VI); como a ocorrência desses fatos extintivos é potencialmente improvável quando a execução se faz *sine intervallo*, é mais que legítima a exclusão, em tese, da impugnação a esta. Esses fatos são assim tão improváveis porque entre a prolação da sentença condenatória e o início da execução ordinariamente não medeia aquele tempo, o *tempus judicati*, durante o qual poderá ter ocorrido o adimplemento, a prescrição ou qualquer outro fato extintivo ou modificativo – de modo que, intimado o obrigado a cumprir e não cumprindo, legitima-se fortíssima presunção de inadimplemento, que justifica os atos executivos. Em casos extraordinários, sendo oposta a impugnação com fundamento muito plausível em um pagamento amparado por prova desde logo apresentada, ou evidenciando-se a prescrição intercorrente, ela deve ser admitida e até mesmo, conforme o caso, recebida com efeito suspensivo (CPC, arts. 475-M e 581) – *só em caráter excepcionalíssimo*, porém, e sempre segundo a prudente apreciação do juiz em cada caso, como se dá em relação à impugnação oposta à execução de sentença proferida em ação possessória, segundo a jurisprudência corrente no país. Fora desses casos excepcionais, as defesas de mérito que o devedor tiver serão apresentadas mediante *simples petição* e sem suspensão e sem suspensão do processo executivo”. (Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições...* cit., p. 530, v. IV).

Se, por um lado, parece-nos inegável – mercê das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa – o direito do executado a se defender em primeiro grau de jurisdição (dirigindo ao juízo da execução argumentos substanciais e processuais); por outro, não vemos cabimento no regime da *impugnação ao cumprimento de sentença*, claramente talhado para o combate a sentenças que imponham pagamento em dinheiro. A disciplina legal da “impugnação” – como o termo inicial do prazo para seu oferecimento e a pressuposição da penhora (CPC, art. 475-J, §1º) – é específica o suficiente para, quando menos, enredar em dúvidas as condições de sua aplicação analógica aos casos de que tratamos.

Melhor então reconhecemos – na esteira do entendimento consolidado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça – que a defesa do executado ocorrerá por meio de simples petição dirigida ao juiz da causa.²⁹¹

Nela – cujo oferecimento não está sujeito a prazo algum – poderá o executado deduzir todas as defesas substanciais e processuais cabíveis (que, de um modo geral, são apenas aquelas supervenientes ao título executivo, excetuada a falta ou a nulidade de citação na fase cognitiva do processo, se este tramitou à sua revelia).

Não há, enfim, formalidade alguma imposta pela lei ao exercício da ampla defesa nos casos de que tratamos, razão suficiente para vedarmos que o intérprete as crie ele próprio, ao advogar a aplicação analógica do regime jurídico *x*, *y* ou *z*.

²⁹¹ PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. SENTENÇA EXECUTIVA LATO SENSU (CPC, ART. 461). EMBARGOS À EXECUÇÃO. CABIMENTO.

[...]

2. No atual regime do CPC, em se tratando de obrigações de prestação pessoal (fazer ou não fazer) ou de entrega de coisa, as sentenças correspondentes são executivas *lato sensu*, a significar que o seu cumprimento se opera na própria relação processual original, nos termos dos artigos 461 e 461-A do CPC. Afasta-se, nesses casos, o cabimento de ação autônoma de execução, bem como, conseqüentemente, de oposição do devedor por ação de embargos.

3. Todavia, isso não significa que o sistema processual esteja negando ao executado o direito de se defender em face de atos executivos ilegítimos, o que importaria ofensa ao princípio constitucional da ampla defesa (CF, art. 5º, LV). Ao contrário de negar o direito de defesa, o atual sistema o facilita: ocorrendo impropriedades ou excessos na prática dos atos executivos previstos no artigo 461 do CPC, a defesa do devedor se fará por simples petição, no âmbito da própria relação processual em que for determinada a medida executiva, ou pela via recursal ordinária, se for o caso.

4. Tendo o devedor ajuizado embargos à execução, ao invés de se defender por simples petição, cumpre ao juiz, atendendo aos princípios da economia processual e da instrumentalidade das formas, promover o aproveitamento desse ato, autuando, processando e decidindo o pedido como incidente, nos próprios autos. Precedente da 1ª Turma: REsp 738424/DF, relator para acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 20.02.2006.

[...]

(REsp 1079776/PE, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 23/09/2008, DJe 01/10/2008). Na mesa linha, vejam-se: REsp 654.583/BA, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 14/02/2006, DJ 06/03/2006 p. 177; REsp 721.808/DF, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 01/09/2005, DJ 19/09/2005 p. 212; REsp 738.424/DF, Rel. Ministro José Delgado, Rel. p/ Acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 19/05/2005, DJ 20/02/2006 p. 228. Em doutrina, nesse sentido: Fredie Didier Jr. *et alii*, *Curso...* cit., p. 464-465, v. 5. Ao menos em parte, é esse também o entendimento de Cândido Rangel Dinamarco (cf. *Instituições...* cit., p. 530, *in fine*, v. IV).

É claro que se uma petição simples – inominada, insubordinada a preclusão temporal e o mais informal possível – pode ser utilizada naquelas hipóteses, então devemos receber e processar qualquer peça aforada pelo executado em tais circunstâncias; venha com o nome que vier: “impugnação ao cumprimento de sentença”, “embargos à execução”, “embargos de terceiro”, “embargos de qualquer coisa”, etc. Além disso, se estiver acompanhada de prova pré-constituída das alegações, o magistrado deverá – convencendo-se da plausibilidade destas – suspender os atos executórios até o julgamento do mérito da peça (que pressuporá, naturalmente, a realização do contraditório, devendo ser intimado o exequente para manifestar-se a respeito²⁹²).

5.8. *Mandado de segurança contra ato judicial vs. agravo por instrumento*

É lição consagrada – em lei²⁹³, jurisprudência²⁹⁴ e doutrina²⁹⁵ – a de que não cabe mandado de segurança contra decisão judicial, quando esta puder ser impugnada por recurso capaz de suspender-lhe os efeitos.

Dito de outro modo: em nosso sistema, o mandado de segurança – quando utilizado para atacar decisões judiciais – assume feições desenganadamente supletivas, subsidiárias; isto é, só pode validamente impugnar uma decisão judicial quando nenhum tipo de recurso couber contra ela ou, havendo algum, se este for incapaz de lhe suspender imediatamente os efeitos.

A praxe do foro, seguindo essa cartilha, inundava os órgãos judiciais de mandados de segurança impetrados contra decisões interlocutórias. Ao invés de se utilizar do agravo – recurso que tradicionalmente não dispunha de efeito suspensivo – a parte acorria ao *writ* e pleiteava a segurança liminar, então prevista no art. 7º, II, da lei de regência,²⁹⁶ para por meio dela suspender

²⁹² O ponto não passou despercebido por Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, que anotam: “É claro que o exequente, diante do seu direito constitucional ao contraditório, deverá ter prazo adequado para responder à defesa do executado”. (Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, *Op. cit.*, p. 186).

²⁹³ Lei n. 12.016/2009, art. 5º: “Não se concederá mandado de segurança quando se tratar: [...] II – de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo”.

²⁹⁴ Súmula 267 do STF: “Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição”.

²⁹⁵ J. M. Othon Sidou, *Do mandado de segurança*, 2. ed., p. 137; Castro Nunes, *Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do Poder Público*, 7. ed., p. 98; Alfredo Buzaid, *Do mandado de segurança*, p. 145-150, v. I; Rodrigo Klippel, *A coisa julgada...* cit., p. 262-294; José Raimundo Gomes da Cruz, Mandado de segurança contra ato judicial, In Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.), *Mandados de segurança e de injunção: estudos de direito processual-constitucional em memória de Ronaldo Cunha Campos*, p. 300-302; Carlos Alberto de Salles, Mandado de segurança contra atos judiciais: as súmulas 267 e 268 do STF revisitadas, In Cassio Scarpinella Bueno *et. alii* (coords.), *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança 51 anos depois*, p. 138.

²⁹⁶ Lei n. 1.533/1951, art. 7º: “Ao despachar a inicial, o juiz ordenará: [...] II – que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido quando for relevante o fundamento e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida”. Atualmente, a matéria está regulada pelo art. 7º, III, da lei n. 12.016/2009, *in verbis*: “Ao despachar a inicial, o juiz ordenará: [...] III – que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado

os efeitos da decisão atacada.

Esse quadro só começou a se alterar em 1995, com o advento da Lei n. 9.139, que modificou agudamente o processamento do recurso de agravo, visando a tornar mais célere e eficaz seu combate às decisões interlocutórias. Incumbiu-se, então, o próprio recorrente de formar o instrumento de seu recurso e interpô-lo no tribunal competente.²⁹⁷ Além disso, autorizou-se o relator do agravo – mediante requerimento do agravante – a suspender os efeitos da decisão impugnada se vislumbrar no recurso fundamentação relevante (*fumus boni juris*) e, no gravame combatido, risco iminente de lesão grave e de difícil reparação ao direito em jogo (*periculum in mora*)²⁹⁸.

Com a nova roupagem, o agravo de instrumento pôde satisfatoriamente atender aos reclamos de eficiência e de prontidão no ataque às decisões interlocutórias; tais atributos – que até então faltavam àquela espécie recursal – passaram a acompanhá-la com a alteração do Código. Deixava de se justificar, assim, a impetração do mandado de segurança contra decisões interlocutórias: não era mais necessário socorrer-se do *writ*, já que o sistema continha recurso apto a cumprir com desenvoltura aquela função.²⁹⁹

Essa, aliás, é uma tendência geral das reformas dirigidas ao sistema de recursos do CPC. Desde a lei n. 9.139/1995, até hoje, as sucessivas reformas por que passou (e vem passando) o sistema recursal descrevem com alguma nitidez esta constante: a intenção do legislador de

exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica”.

²⁹⁷ Antes da lei n. 9.139/1995, a interposição do agravo se dava perante o juízo *a quo*, apenas para que o cartório formasse o instrumento e ordenasse a subida do recurso ao tribunal. Esse procedimento, todavia, acabou por revelar-se moroso demais para a parte (que, freqüentemente, não dispunha do tempo necessário para suportar os efeitos da decisão enquanto aguardava o trâmite cartorário) e demasiado oneroso para a Administração Judiciária (cujas serventias tinham funções mais importantes a cumprir que esta de preparar a subida, ao tribunal, de recursos das partes). Por isso a mudança, a investir o próprio recorrente do ônus de preparar o instrumento e interpor seu recurso diretamente no órgão *ad quem*. Vejamos, a propósito, a lição de Teresa Arruda Alvim Wambier: “Uma das principais alterações havidas [por ocasião da lei n. 9.139/1995] consta justamente do art. 524 [do CPC]: segundo a nova lei, o agravo será interposto *diretamente no tribunal*, já não passando pelo juízo *a quo*, que, aliás, não tinha poderes, pela lei revogada, para negar seguimento ao recurso. [...] O agravo continua reclamando, para sua instrução, peças de traslado obrigatório, e outras que o agravante entender úteis, que são, portanto, de traslado facultativo. À luz do novo sistema, a responsabilidade pela formação do instrumento é da parte, e não mais do cartório, conforme nos faz crer a letra do art. 525, *caput*, que diz que a petição do agravo *será instruída*, e não que a parte deve indicar peças” (Teresa Arruda Alvim Wambier, Novos contornos do recurso de agravo, In Sálvio de Figueiredo Teixeira [coord.], *Reforma do código de processo civil*, p. 602).

²⁹⁸ CPC, art. 558: “O relator poderá, a requerimento do agravante, nos casos de prisão civil, adjudicação, remição de bens, levantamento de dinheiro sem caução idônea e em outros casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação, suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara”.

²⁹⁹ “Não foi por outra razão que a lei n. 9.139/95, alterando profundamente a sistemática do recurso de agravo do Código de Processo Civil, passou a admitir a concessão de efeito suspensivo (isto é: a suspensão da produção dos efeitos da decisão recorrida enquanto não julgado o recurso) em todos os casos em que ‘possa resultar lesão grave e de difícil reparação’ (CPC, art. 558, *caput*). Se a interposição do agravo e a concessão *casuística* do efeito suspensivo são medidas suficientes para impedir a consumação de qualquer lesão ao agravante, fica afastada a *necessidade* do mandado de segurança contra ato judicial”. (Cassio Scarpinella Bueno, *Mandado...* cit., p. 48).

aperfeiçoá-lo a ponto de tornar desnecessária, e incabível em qualquer caso, a utilização do mandado de segurança contra decisões judiciais.³⁰⁰

Firmadas tais premissas, suponhamos, no entanto, que algum desavisado cometa o gesto de protocolar petição intitulada “mandado de segurança”, voltando-a, porém, contra decisão interlocutória proferida no procedimento comum.

³⁰⁰ Há ainda (e, devido à falibilidade humana, haverá sempre) “brechas” no sistema que autorizam o ajuizamento de mandado de segurança contra decisão judicial. Apontam-se estas, atualmente, como as principais hipóteses: (a) contra decisões interlocutórias proferidas no processo dos Juizados Especiais Cíveis; (b) contra decisões do relator que convertam agravo de instrumento em retido ou julguem pedido liminar em agravo de instrumento [CPC, art. 527, II e III]; (c) impetrados por terceiros, contra decisões que afetem seus direitos, conexos ou desconexos ao objeto litigioso do processo [variável que não importa]. Na hipótese *sub* (a), registra-se alguma divergência quanto à viabilidade do *mandamus* e – acaso admissível – quanto ao órgão competente para seu julgamento. Recentemente, o plenário do Supremo Tribunal Federal, em acórdão relatado pelo Min. Eros Grau, declarou a inadmissibilidade do mandado de segurança contra as decisões interlocutórias dos juizados especiais (cf. RE 576.847, Tribunal Pleno, julgado em 20/05/2009, DJe-148 DIVULG 06-08-2009 PUBLIC 07-08-2009 EMENT VOL-02368-10 PP-02068). Poucos meses antes, porém, o Superior Tribunal de Justiça havia sumulado o contrário, afirmando cabível o *writ* naquela hipótese (cf. STJ, súmula n. 376). Essa não é, contudo, a única das dificuldades para o uso da impetração em tais casos. Ainda que a consideremos cabível, discute-se em doutrina a competência para seu julgamento. Há, assim, quem aponte as turmas recursais (cf. Cândido Rangel Dinamarco, *Manual dos juizados cíveis*, 2. ed., p. 184; Rodrigo Klippel, *A coisa julgada...* cit., p. 270); como quem entenda caber ao tribunal de justiça ou ao tribunal regional federal, conforme o caso, o julgamento da impetração (cf. Freddie Didier Jr., Mandado de segurança contra ato judicial nos Juizados Especiais Cíveis: competência, In *RePro* n. 105, p. 249; Bruno Klippel, Da incompetência do Colégio Recursal para o processamento e o julgamento dos mandados de segurança interpostos contra atos dos juizes do Juizado Especial, In *RePro* n. 137, p. 257-265). A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, consolidou-se no primeiro daqueles sentidos. O Colendo STJ, em 18.03.2009, editou a já referida súmula n. 376, cujo teor segue: “Compete à turma recursal processar e julgar o mandado de segurança contra ato de juizado especial”. Já no que se refere ao uso do mandado de segurança na hipótese *sub* (b), há – também do Superior Tribunal de Justiça – jurisprudência consolidada no sentido de admiti-lo. Eis a ementa do precedente:

PROCESSO CIVIL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. POSSIBILIDADE DE IMPETRAÇÃO DO WRIT DIRIGIDO DIRETAMENTE AO PLENÁRIO DO TRIBUNAL 'A QUO', VISANDO A IMPUGNAR DECISÃO IRRECORRÍVEL PROFERIDA PELO RELATOR QUE, NOS TERMOS DO ART. 522, INC. II, DO CPC (COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 11.187/2005), DETERMINOU A CONVERSÃO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO PELA PARTE, EM AGRAVO RETIDO.

- As sucessivas reformas do Código de Processo Civil estabeleceram um processo cíclico para o agravo de instrumento: Inicialmente, ele representava um recurso pouco efetivo, de modo que sua interposição vinha sempre acompanhada da impetração de mandado de segurança que lhe atribuisse efeito suspensivo. Visando a modificar essa distorção, a Lei nº 9.139/95 ampliou o espectro desse recurso, tornando-o ágil e efetivo, o que praticamente eliminou o manejo dos 'writs' para a tutela de direitos supostamente violados por decisão interlocutória.

- O aumento da utilização de agravos de instrumento, porém, trouxe como contrapartida o congestionamento dos Tribunais. Com isso, tornou-se necessário iniciar um movimento contrário àquele inaugurado pela Lei nº 9.139/95: o agravo de instrumento passou a ser restringido, inicialmente pela Lei nº 10.352/2001 e, após, de maneira mais incisiva, pela Lei nº 11.187/2005.

- A excessiva restrição à utilização do agravo de instrumento e a vedação, à parte, de uma decisão colegiada a respeito de sua irrisignação, trouxe-nos de volta a um regime equivalente àquele que vigorava antes da Reforma promovida pela Lei nº 9.139/95: a baixa efetividade do agravo de instrumento implicará, novamente, o aumento da utilização do mandado de segurança contra ato judicial.

- A situação atual é particularmente mais grave porquanto, agora, o mandado de segurança não mais é impetrado contra a decisão do juízo de primeiro grau. Ele é impetrado contra a decisão do próprio relator, que determina a conversão do recurso. Com isso, a tendência a atravancamento tende a aumentar, porque tais 'writs' devem ser julgados pelos órgãos plenos dos Tribunais de origem.

- Por ser garantia constitucional, não é possível restringir o cabimento de mandado de segurança para as hipóteses em que a decisão de conversão do agravo de instrumento em retido provoca lesão ou ameaça de lesão a direito líquido e certo do jurisdicionado. Recurso em mandado de segurança conhecido e provido.

(RMS 25934/PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, Corte Especial, julgado em 27/11/2008, DJe 09/02/2009).

Diante de tudo que foi dito até aqui, é nítido que a impugnação cabível (e eficaz!) é o recurso de agravo, não havendo por que se supor o contrário. De fato, na hipótese em apreço, mandado de segurança não cabe mais (desde, pelo menos, 1995!).³⁰¹

Por essa razão, é muitíssimo compreensível que a primeira reação do julgador seja apegar-se ao rótulo da peça aforada e não admitir a postulação. Ocorre, porém, que o caso pode ser abordado por outro ângulo, passando aquela petição – apenas intitulada “mandado de segurança” – a ser interpretada a partir de seu conteúdo (não por seu *nomen juris*).

Sob essa perspectiva – livres do preconceito de se julgar algo pelo nome que ele tenha – projetamos novas luzes sobre o problema, luzes que nos permitem vislumbrar na peça conteúdo típico de agravo (o que não surpreende, já que se trata de impugnação a decisão interlocutória) e também, a depender da situação concreta, todos os requisitos de forma necessários à admissibilidade desta espécie recursal (este sim, o ponto que costuma passar despercebido).

Ora, mesmo uma petição pensada e projetada para ser um mandado de segurança pode muito bem, eventualmente, satisfazer as formalidades exigidas pela disciplina do agravo. Qualquer petição inicial apta, afinal, conterà os nomes e a qualificação das partes, além da exposição das razões e do pedido (com o que restariam satisfeitos, já aí, os incisos I e II do art. 524 do CPC³⁰²). Quanto aos documentos que devem obrigatoriamente constar do instrumento (CPC, art. 525, I e §1º³⁰³), a peça em questão – se apta como “mandado de segurança” – conteria três deles necessariamente. Deveria, assim, portar cópias da *decisão agravada* (para demonstrar a violação ao direito líquido e certo do impetrante) e da *certidão da respectiva intimação* (para permitir o controle do prazo de 120 dias para a impetração). De igual modo, traria consigo o comprovante do pagamento das custas, e eventual diferença em relação ao preparo do agravo poderia ser complementada com base no art. 511, §2º, do CPC³⁰⁴. Quase tudo que é necessário ao conhecimento de um agravo de instrumento – reconhecamos – ali estará sob a rubrica “mandado de segurança”.

³⁰¹ Afinal, como ensina o Professor Kazuo Watanabe, o mandado de segurança contra decisões judiciais não é “[...] remédio alternativo à livre opção do interessado, e sim [...] instrumento que completa o sistema de remédios organizados pelo legislador processual, cobrindo as falhas neste existentes no que diz com a tutela de direitos líquidos e certos”. (Kazuo Watanabe, *Controle jurisdicional [princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema jurídico brasileiro] e mandado de segurança contra atos judiciais*, p. 106).

³⁰² CPC, art. 524: “O agravo de instrumento será dirigido diretamente ao tribunal competente, através de petição com os seguintes requisitos: I – a exposição do fato e do direito; II – as razões do pedido de reforma da decisão”.

³⁰³ CPC, art. 525: “A petição de agravo de instrumento será instruída: I – obrigatoriamente, com cópias da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado; [...] §1º - Acompanhará a petição o comprovante do pagamento das respectivas custas e do porte de retorno, quando devidos, conforme tabela que será publicada pelos tribunais”.

³⁰⁴ CPC, art. 511, §2º: “A insuficiência no valor do preparo implicará deserção, se o recorrente, intimado, não vier a supri-lo no prazo de 5 (cinco) dias”.

Poder-se-ia objetar, no entanto, a falta dos requisitos exigidos pelo inciso III do art. 524 e pela parte final do inciso I do art. 525, respectivamente: (a) “o nome e o endereço completo dos advogados, constantes do processo” e (b) “as procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado”.³⁰⁵

De fato, em inúmeras situações, não ocorrerá ao impetrante instruir sua postulação com tais documentos; afinal, eles não condicionam a validade de uma petição talhada segundo as formalidades do mandado de segurança. Por outro lado, não se pode perder de vista que o mandado de segurança de que tratamos não é qualquer, mas um que vise a atacar *decisão interlocutória*. O detalhe em tais circunstâncias é que, na prática, vê-se com alguma frequência a parte instruir sua petição com cópia integral dos autos do processo *a quo* (querendo, com isso, facilitar a compreensão da causa pelo órgão *ad quem*).

Assim, se no caso concreto houver cópia integral dos autos a instruir a petição intitulada “mandado de segurança”, então restarão atendidas – rigorosamente – todas as formalidades impostas à admissibilidade de um agravo de instrumento. Lá estarão, com toda certeza, cópias das procurações outorgadas aos advogados das partes, com indicação completa de seus nomes e endereços. Tratar-se-á, pois, de verdadeiro (e admissível!) agravo de instrumento, não obstante o título enviesado que a petição recebera...³⁰⁶

Nada impede – ao invés, tudo exige – que se receba e se processe aquela peça por sua real natureza. A despeito do nome que lhe fora atribuído, ela consiste iniludivelmente em recurso de agravo. Se alguma dúvida subsiste, basta ver sua pretensão, que não é outra senão a de atacar decisão interlocutória.

O agravo em questão, de resto, satisfaz (como vimos) todas as formalidades prescritas nos arts. 524 e 525 do CPC. Justo porque as cumpre, resta nenhum óbice ao julgamento de seu mérito. Muito ao contrário: existe, *in casu*, verdadeiro direito subjetivo do agravante ao conhecimento do recurso.

A se repensar, portanto, a aplicação do enunciado n. 267 da Súmula de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*: “não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição”.

³⁰⁵ CPC, art. 524: “O agravo de instrumento será dirigido diretamente ao tribunal competente, através de petição com os seguintes requisitos: [...] III: o nome e o endereço completo dos advogados, constantes do processo”; CPC, art. 525: “A petição de agravo de instrumento será instruída: I – obrigatoriamente, com cópias da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado” [destacamos].

³⁰⁶ Em sentido análogo, cf. Sidnei Amendoeira Jr., *Op. cit.*, p. 207.

Que, afinal, quer isso dizer senão o óbvio?

Tal como o interpretamos – e esta nos parece a *única* interpretação razoável – o enunciado significa que uma petição, protocolada nas circunstâncias acima descritas, deve ser interpretada e identificada de acordo com a pretensão nela contida, jamais por seu *nomen juris*. Apenas isso.

Resta, assim, *quase impossível* impetrar-se verdadeiro mandado de segurança contra decisão judicial passível de recurso. Na maioria esmagadora das vezes, não se tratará do *writ of mandamus*, mas de um recurso mal intitulado. O monstro, como no famoso romance, não passará de moinho de vento...

5.9. Meios para atribuição de efeito suspensivo a apelação que não o possua: agravo de instrumento vs. ação / medida cautelar

Raciocínio análogo pode ser utilizado também com relação à admissibilidade de medidas destinadas a atribuir efeito suspensivo a apelação que não o possua.

Como é notório, o recurso de apelação – regra geral – deve ser recebido nos efeitos devolutivo e suspensivo. É o que dispõe, *ipsis litteris*, a primeira parte do art. 520 do CPC: “a apelação será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo [...]”. A parte final do enunciado, por sua vez, cuida de enumerar as hipóteses em que – excepcionalmente – o recurso de apelação é recebido *apenas no efeito devolutivo* (sem impedir, portanto, a eficácia imediata da sentença).³⁰⁷

Imaginemos, pois, uma dessas situações de exceção.

Suponhamos que o juiz – ao proferir a sentença – haja confirmado antecipação de tutela concedida anteriormente, ou que haja concedido a antecipação ali mesmo, pela primeira vez no feito, em um dos capítulos do *decisum*.

O caso, como se vê, subsume-se à hipótese do inciso VII do art. 520 do CPC, segundo a qual não terá efeito suspensivo a apelação interposta contra sentença que “confirmar a antecipação dos

³⁰⁷ Para facilitar a compreensão, transcrevemos, na íntegra, o dispositivo citado: CPC, art. 520: “A apelação será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo. Será, no entanto, recebida só no efeito devolutivo, quando interposta de sentença que: I – homologar a divisão ou a demarcação; II – condenar à prestação de alimentos; III – (Revogado pela lei n. 11.232/2005); IV – decidir o processo cautelar; V – rejeitar liminarmente os embargos à execução ou julgá-los improcedentes; VI – julgar procedente o pedido de instituição de arbitragem; VII – confirmar a antecipação dos efeitos da tutela”.

efeitos da tutela”³⁰⁸.

Nesse contexto, uma apelação interposta contra aquele julgado haveria de ser recebida apenas no efeito devolutivo. A alternativa que se oferece ao apelante – que não queira ou não possa suportar os efeitos da sentença – é pleitear ao Judiciário a atribuição excepcional de efeito suspensivo a seu recurso, com fundamento no parágrafo único do art. 558 do CPC e mediante os requisitos ali exigidos, quais sejam: fundamentação relevante do apelo (ou, dito de outro modo, *fumus boni juris*) e risco de lesão grave ou de difícil reparação ao apelante, no cumprimento da decisão (noutras palavras: *periculum in mora*).³⁰⁹

³⁰⁸ A regra em destaque (*i.e.*, o inciso VII do art. 520 do CPC) aplica-se não apenas aos casos de *confirmação*, por sentença, de tutela antecipada que havia sido concedida antes, como também, por igualdade de razões, às situações de *concessão* – na própria sentença – de medida antecipatória dos efeitos. Com essa amplitude a interpreta a doutrina prevalente. Vejamos: “[...] nada impede, evidentemente, que tal ocorra na própria sentença, proferida quer em sede de julgamento antecipado, quer após a audiência. [...] Antecipar tutela na própria sentença pode parecer paradoxal, pois não se antecipa aquilo que já se está concedendo. Ocorre que, como já esclarecido, o instituto da tutela antecipada constitui técnica destinada a antecipar os efeitos da tutela, não ela própria. Como no direito brasileiro a apelação é em regra dotada de efeito suspensivo, a tutela final permanece ineficaz. Por isso, não deve causar estranheza a antecipação concedida na própria sentença, pois antecipa-se a produção de determinados efeitos a ela inerentes, que continuariam suspensos por força da apelação. [...] Aliás, a antecipação concedida na própria sentença tem como consequência exatamente retirar o efeito suspensivo da apelação. No que se refere aos efeitos antecipados, o julgamento é imediatamente eficaz, ainda que suscetível de apelação”. (José Roberto dos Santos Bedaque, *Tutela cautelar e tutela antecipada...* cit., p. 370-371). No mesmo sentido, vejam-se: José Manoel de Arruda Alvim Netto, *Tutela antecipatória (algumas noções – contrastes e coincidências em relação às medidas cautelares satisfativas)*, In Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.), *Reforma...* cit., p. 90; Teori Albino Zavascki, *Antecipação de tutela*, p. 81; Cassio Scarpinella Bueno, *Execução provisória e antecipação da tutela (dinâmica do efeito suspensivo da apelação e da execução provisória: conserto para a efetividade do processo)*, p. 300 *et. seq.*; Ricardo de Carvalho Aprigliano, *Os efeitos da apelação e a reforma processual*, In Pedro da Silva Dinamarco *et. alii.* (coords.), *A nova etapa da reforma do código de processo civil*, p. 269-273; Reis Friede, Rodrigo Klippel e Thiago Albani, *A tutela de urgência no processo civil brasileiro*, p. 47-49; Luiz Gustavo Tardin, *Op. cit.*, p. 144; Carlos Augusto de Assis, *A antecipação da tutela (à luz da garantia constitucional do devido processo legal)*, p. 168. Esse entendimento é, também, consagrado na jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça, que admite a antecipação dos efeitos da tutela na sentença, como no julgamento dos embargos de declaração opostos contra ela. Ilustrativamente, vejam-se:

TUTELA ANTECIPADA. SENTENÇA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

A tutela antecipada pode ser concedida na sentença ou, se omitida a questão anteriormente proposta, nos embargos de declaração. Art. 273 do CPC.

Recurso conhecido e provido.

(REsp 279251/SP, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 15/02/2001, DJ 30/04/2001 p. 138).

ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. DEFERIMENTO POR OCASIÃO DA SENTENÇA.

PRECEDENTES DA CORTE.

1. A Corte admite o deferimento da tutela antecipada por ocasião da sentença, não violando tal decisão o art. 273 do Código de Processo Civil.

2. Recurso especial não conhecido.

(REsp 473.069/SP, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 21/10/2003, DJ 19/12/2003 p. 453). No mesmo sentido: REsp 648.886/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, julgado em 25/08/2004, DJ 06/09/2004 p. 162. REsp 706.252/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13/09/2005, DJ 26/09/2005 p. 234.

³⁰⁹ CPC, art. 558: “O relator poderá, a requerimento do agravante, nos casos de prisão civil, adjudicação, remição de bens, levantamento de dinheiro sem caução idônea e em outros casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação, suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo da turma ou da câmara. Parágrafo único: Aplicar-se-á o disposto neste artigo às hipóteses do art. 520”.

Admitida essa possibilidade, as questões que desafiam o intérprete são: (i) a quem o apelante deve formular o pedido de atribuição do efeito suspensivo: ao próprio magistrado prolator da sentença, competente para o recebimento do apelo; ou ao tribunal respectivo, competente para o julgamento do mérito daquele recurso (que sequer lhe foi trasladado)?; e (ii) por que meios pleitear esse efeito suspensivo: por uma petição simples, por um novo recurso (agravo de instrumento) ou por uma demanda cautelar?

Luiz Gustavo Tardin, em vitoriosa dissertação de mestrado, expõe com clareza o problema. Seus ditos: “[...] com a interposição do recurso de apelação compete ao apelante, com lastro no parágrafo único do art. 558 do CPC, requerer a atribuição de efeito suspensivo ao apelo. Em termos práticos, o recorrente abre um tópico na petição de endereçamento ou nas próprias razões. Segundo o sistema processual, tanto o juiz de primeiro grau como o relator do recurso de apelação têm poder para atribuição de efeitos. Contudo, exigir do juiz de primeiro grau a incidência de efeito suspensivo de maneira a ofuscar a tutela antecipada deferida na sentença soa um tanto ilógico. Vale destacar que a atribuição do efeito suspensivo pelo juiz de primeiro grau é possível [embora não seja provável]. Ora, se o magistrado, reconhecendo os pressupostos estampados em lei, resolveu antecipar a tutela no ato sentencial, dificilmente ele voltaria atrás impedindo que a decisão produzisse seus efeitos na prática [*i.e.*: atribuindo efeito suspensivo à apelação contra ela interposta]. Aguardar a atribuição de efeito suspensivo pelo Tribunal [...] torna o sistema do art. 558 do CPC ineficiente. Até o recurso de apelação, que possui procedimento em primeiro e segundo graus, chegar às mãos do relator a tutela já terá provavelmente sido efetivada com possibilidade de danos irreversíveis. Fixada essa premissa, admite-se, pois, levar diretamente ao conhecimento do Tribunal [...] a irresignação relativa à tutela antecipada concedida na sentença. Para tanto, pode o demandado fazer manuseio do recurso de agravo por instrumento ou de ação cautelar inominada”.³¹⁰

Eis, portanto, o dilema com que se defronta o apelante: se pleitear a atribuição de efeito suspensivo ao juízo *a quo*, muito provavelmente receberá uma resposta negativa (já que esse órgão não só proferira sentença contrária aos interesses dele, apelante, como atribuíra a essa sentença eficácia imediata, antecipando nela própria os efeitos da tutela concedida à outra parte); por outro lado, se dirigir o pedido de efeito suspensivo ao órgão *ad quem*, deverá fazê-lo o quanto antes e por meio o mais expedito possível, pois a sentença – nesse ínterim – é imediatamente eficaz e poderá, assim, vir a ser efetivada com danos irreparáveis ao direito daquele.

Por ser a apelação interposta perante o órgão *a quo*, submetida aí a um primeiro juízo de

³¹⁰ Luiz Gustavo Tardin, *Op. cit.*, p. 145.

admissibilidade e só então comunicada ao apelado (para que este, querendo, ofereça suas contra-razões e os autos “subam” ao tribunal), pode realmente suceder de – num dado caso – o apelante não dispor de tempo sequer para aguardar aquele juízo de admissibilidade. Em casos de extrema urgência, até mesmo essa dilação – aparentemente breve – pode consumir tempo suficiente para danificar, de maneira irreversível ou dificilmente reparável, o alegado direito do apelante.

Quando este não for o caso (*i.e.*: quando, em dada situação concreta, o apelante puder aguardar o recebimento de seu recurso e a declaração, pelo órgão *a quo*, dos efeitos em que o recebe³¹¹), então a via a utilizar para a obtenção do efeito suspensivo será – sem inconveniente algum – um agravo de instrumento contra a decisão do juiz que receber a apelação apenas no efeito devolutivo.³¹² Na petição do agravo, bastará que o recorrente pleiteie – com fulcro no art. 527, III, do CPC³¹³ – a antecipação dos efeitos da tutela pretendida neste recurso (*i.e.*: bastará que formule, no agravo, pedido de decisão liminar do Relator, atributiva de efeito suspensivo à apelação).³¹⁴

Tudo é mais intrincado, porém, na primeira hipótese (*i.e.*: quando não haja tempo hábil para aguardar o juízo de admissibilidade do apelo pelo órgão *a quo*, com a declaração de seu recebimento apenas no efeito devolutivo). Nesse cenário, de mais acentuada urgência, necessário obter do tribunal competente – o quanto antes possível – ordem liminar que suspenda os efeitos da

³¹¹ CPC, art. 518: Interposta a apelação, o juiz, declarando os efeitos em que a recebe, mandará dar vista ao apelado para responder.

³¹² Essa conclusão, aliás, deriva direta e literalmente do art. 522 do CPC, *in fine*: “Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e *nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento*”. [destacamos].

³¹³ CPC, art. 527: “Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído *incontinenti*, o relator: [...], III – poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso (art. 558), ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão”.

³¹⁴ Nesse sentido, consolidou-se a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça. Ilustrativamente, veja-se:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – TÍTULOS DA DÍVIDA PÚBLICA DO INÍCIO DO SÉCULO RECONHECIDOS COMO VÁLIDOS – SENTENÇA QUE ANTECIPOU OS EFEITOS DA TUTELA – APELAÇÃO RECEBIDA TÃO-SOMENTE NO EFEITO DEVOLUTIVO – RECURSO CABÍVEL: AGRAVO DE INSTRUMENTO – ARTS. 520 C/C 558 DO CPC.

1. Segundo a jurisprudência desta Corte, o recurso cabível da decisão que antecipa os efeitos da tutela no bojo da sentença é a apelação, em homenagem ao princípio da unirrecorribilidade das decisões.
2. Contudo, da decisão que, nessas circunstâncias, recebe recurso de apelação tão-somente no efeito devolutivo, cabe agravo de instrumento, não havendo que se falar em preclusão.
3. Em regra, a apelação de sentença que confirma a antecipação dos efeitos da tutela deve ser recebida no apenas efeito devolutivo (art. 520, VII, do CPC), excepcionadas as hipóteses do art. 558 do CPC.
4. Hipótese dos autos em que o Tribunal reconheceu a relevância da fundamentação e a possibilidade de lesão grave e de difícil reparação a ensejar o recebimento do apelo também no efeito suspensivo, adotando entendimento compatível com a jurisprudência do STJ no que diz respeito a validade dos Títulos da Dívida Pública do início do século.

5. Recurso especial improvido.

(REsp 791.515/GO, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 07/08/2007, DJ 16/08/2007 p. 311). Na mesma linha: REsp 263824/CE, Rel. Ministro Waldemar Zveiter, Rel. p/ Acórdão Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 19/03/2001, DJ 18/06/2001 p. 151; REsp 475.508/SP, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 06/02/2003, DJ 10/03/2003 p. 135.

sentença objurgada. O desafio é: como obter essa ordem antes de se concluir o procedimento da apelação perante o órgão *a quo*?

Para tais casos, a doutrina acena com a propositura – diretamente no tribunal – de demanda cautelar inominada, com pedido de atribuição de efeito suspensivo à apelação (que ainda estará no órgão de primeiro grau, aguardando juízo de admissibilidade).³¹⁵

A jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça, porém, mostra-se refratária a essa possibilidade. Em diversos arestos, a Corte não apenas reafirma o agravo de instrumento como meio idôneo a comunicar efeito suspensivo a apelação que não o tenha, como reprova o uso de demandas cautelares com esse propósito.³¹⁶

³¹⁵ “Da decisão que este [o juízo *a quo*] proferir [...] caberá agravo de instrumento ao tribunal ao qual se ligar funcionalmente o juízo singular. É possível pensar, todavia, em situações nas quais seguir esse caminho não seja o modo suficientemente efetivo para prover a tutela jurisdicional à parte, sendo que a demora do procedimento pode gerar a própria inutilidade da tutela pretendida. Em casos como esse, ante a sua especificidade e com base no art. 800, parágrafo único, do CPC, é possível pensar no emprego do procedimento cautelar autônomo, ante o tribunal, a fim de que este analise o requerimento relacionado ao efeito suspensivo do recurso” (Reis Friede, Rodrigo Klippel e Thiago Albani, *Op. cit.*, p. 196-197). Na mesma linha, observemos: “Interposta a apelação, opera-se o efeito devolutivo, tendo a matéria sido transferida ao conhecimento do tribunal. Significa que, a partir desse momento, a cautelar que se faça necessária deverá ser intentada diretamente no tribunal, vindo o seu relator a ficar prevento para a apelação. A tão-só interposição do recurso já é suficiente para considerar competente o tribunal (na pessoa do relator que for escolhido) para apreciar a cautelar que for preciso ser ajuizada. Com efeito, interposta a apelação, a cautelar, na dicção do parágrafo único do art. 800 do CPC, deve ser ajuizada diretamente no tribunal, não devendo ser dirigida ao juiz de primeira instância. Em outras palavras, estando a causa no tribunal ou já tendo sido interposta a apelação, não se dirige mais a cautelar para o juiz de primeira instância [...]. Diante do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, poderá o relator da cautelar, verificando ser relevante o fundamento da apelação e divisando o risco de grave lesão ou de difícil reparação, conceder a liminar destinada a comunicar efeito suspensivo à apelação que dele é desprovida”. (Leonardo José Carneiro da Cunha, Meios processuais para concessão de efeito suspensivo a recurso que não o tem, In Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.), *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*, p. 299-300, v. 8.

³¹⁶ PROCESSUAL CIVIL – ART. 523, § 4º E 558, PARÁGRAFO ÚNICO DO CPC – INTERPRETAÇÃO – ADMISSIBILIDADE DE AGRAVO DE INSTRUMENTO PARA CONFERIR EFEITO SUSPENSIVO À APELAÇÃO RECEBIDA SOMENTE NO EFEITO DEVOLUTIVO – INADMISSIBILIDADE DE AÇÃO CAUTELAR – RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

I – O art. 523, § 4º do CPC deve ser interpretado de forma a não frustrar a eficácia do processo. Dessa forma, contra decisão interlocutória que verse sobre os efeitos em que recebida a apelação, cabe o agravo de instrumento.

II – Após a introdução do art. 558 e parágrafo único pela Lei nº 9.139/95, capaz de proporcionar ao recorrente a satisfação de sua pretensão de forma célere, a ação cautelar não tem lugar, até porque implicaria aumento de prazo recursal, favorecendo uma das partes em detrimento da outra.

II – Recurso especial não conhecido.

(REsp 263824/CE, Rel. Ministro Waldemar Zveiter, Rel. p/ Acórdão Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 19/03/2001, DJ 18/06/2001 p. 151).

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA RECEBIDA APENAS NO EFEITO DEVOLUTIVO. AJUIZAMENTO DE AÇÃO CAUTELAR OBJETIVANDO O EFEITO SUSPENSIVO. IMPOSSIBILIDADE. CABIMENTO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRECEDENTES.

1. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança contra Acórdão que entendeu ser cabível a utilização de medida cautelar para obtenção do efeito suspensivo ao recurso de apelação em mandado de segurança.

2. Como regra geral, não se deve admitir a ação cautelar contra ato judicial passível de recurso, visto que o pedido de efeito suspensivo, este previsto tanto para o agravo de instrumento (arts. 527, II, e 588, CPC), quanto para a apelação quando desprovida do referido efeito (arts. 520 e 558, parágrafo único, CPC), revelam-se mais adequados para tutelar

Necessário conciliar a posição da jurisprudência com a garantia constitucional do amplo acesso à justiça (CRFB, art. 5º, XXXV). Com a devida vênia, o agravo de instrumento só pode figurar como *único* meio adequado à atribuição do efeito suspensivo quando o apelante puder aguardar – sem prejuízo a seu direito – a decisão do juízo *a quo* receptiva da apelação apenas no efeito devolutivo. Se esse aguardo lhe for impossível, ou se alguma urgência surgir apenas depois de transcorrido o prazo para a interposição do agravo de instrumento, imperioso reconhecer – ao apelante – o direito à via cautelar.

Apenas naquele primeiro e mais restrito contexto (*i.e.*: enquanto seja viável e oportuna a interposição do agravo de instrumento), o uso da cautelar quedará desnecessário e, assim, inadequado.

Interpretados nessa linha, os precedentes do Colendo Superior Tribunal de Justiça se afinam com a garantia de inafastabilidade da tutela jurisdicional (que, é claro, há de ser justa, efetiva e tempestiva, já que “tutela” *imprestável* é uma contradição em termos). Trata-se de direito fundamental das partes, estampado no inciso XXXV, do art. 5º da Constituição da República, cujo alcance não pode ser embotado por questões menores, circunscritas ao âmbito da técnica processual.³¹⁷

Que fazer, porém, com uma petição intitulada “ação cautelar inominada”, contendo pedido

a situação.

3. Desde o advento da Lei nº 9.139, de 30/11/95, que deu nova redação ao art. 558, do CPC, e, nos casos em que a execução da providência judicial questionada possa provocar lesão grave e de difícil reparação, permitiu-se ao relator atribuir efeito suspensivo tanto ao recurso de agravo de instrumento, como ao de apelação dele desprovido.

4. A jurisprudência predominante no Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que o agravo de instrumento é o recurso apropriado contra a decisão que define os efeitos do recebimento da apelação em mandado de segurança (suspensivo ou devolutivo), não se prestando o ajuizamento de ação cautelar, tendo em vista a possibilidade do deferimento imediato de efeito postulado.

5. "I – O art. 523, § 4º do CPC deve ser interpretado de forma a não frustrar a eficácia do processo. Dessa forma, contra decisão interlocutória que verse sobre os efeitos em que recebida a apelação, cabe o agravo de instrumento. II – Após a introdução do art. 558 e parágrafo único pela Lei nº 9.139/95, capaz de proporcionar ao recorrente a satisfação de sua pretensão de forma célere, a ação cautelar não tem lugar, até porque implicaria aumento de prazo recursal, favorecendo uma das partes em detrimento da outra". (REsp nº 263824/CE).

6. Precedentes das 1ª, 2ª, 3ª e 6ª Turmas desta Corte.

7. Recurso provido.

(REsp 475.508/SP, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 06/02/2003, DJ 10/03/2003 p. 135).

³¹⁷ Irrepreensível, nesse sentido, a lição de Leonardo José Carneiro da Cunha e Fredie Didier Jr., *in verbis*: “Mesmo que persista o entendimento restritivo do STJ em não admitir a cautelar destinada a comunicar efeito suspensivo à apelação, não se deverá negar o manejo de tal medida de urgência quando, não tendo o juiz ainda proferido a decisão relativa aos efeitos da apelação, surja a necessidade imediata de se obter uma medida urgente. Nesse caso, e para que se atenda à orientação do STJ, restaria concluir que a cautelar, fundada no parágrafo 800 do CPC, seria cabível entre a interposição da apelação e a decisão do juiz relativa aos efeitos em que a receberá. De igual modo, e para ser coerente com a orientação do STJ, de forma a preservar a cláusula constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional, afigura-se cabível a cautelar, quando, mesmo já tendo sido proferida a decisão relativa aos efeitos da apelação, a urgência tenha surgido após o escoamento do prazo para a interposição do agravo de instrumento. Nessas hipóteses, não há como afastar o cabimento da cautelar, ainda que persista o entendimento restritivo do STJ, sob pena de grave ofensa ao já mencionado princípio contido no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal” (Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha, *Curso...* 7. ed., p. 125-126, v. 3).

de atribuição de efeito suspensivo a apelação, protocolada no tribunal durante o prazo para a interposição do agravo de instrumento? Indeferi-la, na esteira do entendimento consolidado pelo Colendo STJ? Intimar o apelante para, ainda dentro do prazo, manifestar “adequadamente” seu agravo de instrumento?

A nosso ver – e por tudo quanto foi dito até aqui – as soluções cogitadas acima podem (e devem) ser evitadas, a depender das circunstâncias do caso.

Ora, é muitíssimo comum – ao se preparar uma “demanda cautelar” como essa de que cogitamos – instruí-la com cópia integral dos autos principais, a fim de evidenciar ao órgão *ad quem* a urgência da situação (*periculum in mora*) e a relevância dos fundamentos da apelação (*fumus boni juris*), requisitos necessários à concessão do efeito suspensivo a este recurso. Lembremos que o apelo, tendo sido recebido pelo juízo *a quo* apenas no efeito devolutivo, poderá ainda não haver sido trasladado ao tribunal, razão pela qual a cópia de seus autos – em maior ou menor extensão – será providência inevitável ao preparo de nossa “cautelar”.

Quando, no caso concreto, isso acontecer (*i.e.*: quando a “cautelar” for instruída por cópia dos autos principais de capa a capa), estarão ali agrupados – sob a rubrica “ação cautelar inominada” – todos os requisitos impostos à regularidade formal de uma peça de agravo de instrumento.

A petição que imaginamos, então, terá conteúdo de agravo, forma de agravo e apenas nome de ação cautelar, circunstância que – como é óbvio – não pode inibir sua admissão e seu regular processamento como agravo, porque de agravo se trata. Atendidos todos os requisitos de admissibilidade, há, na verdade, direito subjetivo da parte a ver seu agravo de instrumento recebido pelo tribunal e submetido ao respectivo procedimento.

5.10. Apelação vs. agravo de instrumento

Alterada a definição legal de sentença pela lei n. 11.232/2005 (que conferiu ao art. 162, §1º, do CPC sua redação atual: “sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei”), ressuscitou-se antiga disputa teórica. Doutrina e jurisprudência se agitaram em debates acerca da natureza do provimento que – sem, contudo, pôr fim ao processo ou mesmo à fase cognitiva do procedimento – define um dos capítulos da demanda, julgando-lhe ou

não o mérito (obviamente, na hipótese de haver cúmulo de pedidos).³¹⁸

Não se questionam, porém, hipóteses em que a demanda apresenta apenas um pedido. Tanto o julgamento deste (com seu acolhimento ou rejeição, art. 269, I, CPC) quanto a extinção do processo sem resolução do mérito (por alguma das causas contidas nos incisos I a XI do art. 267 do Código) far-se-ão por *sentença*.

Noutras palavras: salvo nos casos de cúmulo de pretensões, não paira dúvida em torno do conceito de sentença. É sentença – indiscutivelmente – o ato do juiz que acolher ou rejeitar o único pedido do autor, bem como aquele que declarar a impossibilidade de fazê-lo, mercê de um dos incisos do art. 267 do Código.

Assim, simetricamente, não pode haver – e não há – dúvida de que o recurso cabível contra aquele provimento é a apelação (transcrevamos, uma vez mais, o art. 513 do Código: “Da sentença caberá apelação”). Como vimos dizendo ao longo do trabalho, qualquer peça que pleiteie a reforma ou a anulação de uma sentença é, no sistema do Código, apelação por ter conteúdo de apelação (*i.e.*: por visar ao cumprimento dessa função típica).

Que dizer, então, de peça intitulada ‘agravo’, com estrutura de agravo e interposta diretamente no tribunal, em dez dias da intimação da sentença (sentença que – imaginemos – o juiz haja corretamente denominado ‘sentença’, de nenhum modo induzindo o sucumbente a tomar aquela atitude)?

A essa altura, deve restar claro que o ato praticado é uma *apelação*. Mal denominada, dirigida a órgão diverso daquele perante o qual se deve iniciar seu procedimento, mas, inelutavelmente, apelação.

Resta apenas definirmos o que fazer com uma apelação dessas: admiti-la ou negar-lhe conhecimento?

Ficamos com a primeira opção. Eis os porquês.

Interposta uma petição com nome e forma de agravo de instrumento, ela, evidentemente, cumprirá todos os requisitos estruturais de uma apelação (que, a bem da verdade, não são senão os elementos que compõem a estrutura lógica do ato postulatório argumentativo: I – os nomes e a

³¹⁸ Quanto ao ponto, cf., *supra*, n. 4.11 e notas de rodapé ns. 241 e 242.

qualificação das partes; II – os fundamentos de fato e de direito; III – o pedido de nova decisão).³¹⁹

A circunstância de nossa peça – estruturada como “agravo” – apresentar caracteres formais que excedem o padrão usual de uma apelação não impede a admissão da mesma. As notas abundantes não prejudicam a compreensão do ato, constituindo nenhum vício de *regularidade formal* imputável à apelação de que falamos.

De igual modo, não se poderá tachar de intempestivo o apelo, pela razão óbvia de não se haver utilizado, na íntegra, o prazo disponível (dos quinze dias, transcorreram apenas dez).

Eventuais diferenças de preparo, por sua vez, poderão ser recolhidas pela parte, mercê do disposto no art. 511, §2º, do CPC.³²⁰

Assim, a única característica daquele ato, capaz de gerar alguma perplexidade ao intérprete, é a circunstância de ele haver sido interposto diretamente no tribunal, não perante o órgão *a quo*, como reza a cartilha das apelações em geral.

Mesmo aqui, porém, nenhum empecilho se há de levantar contra a admissibilidade da peça. Afinal, o problema por ela apresentado não passa de um *vício de incompetência absoluta*³²¹,

³¹⁹ CPC, art. 514: A apelação, interposta por petição dirigida ao juiz, conterá: I – o nome e a qualificação das partes; II – os fundamentos de fato e de direito; III – o pedido de nova decisão.

³²⁰ CPC, art. 511, §2º: A insuficiência no valor do preparo implicará deserção, se o recorrente, intimado, não vier a supri-lo no prazo de 5 (cinco) dias.

³²¹ Nessa linha, vejamos: “De particular interesse se apresenta o problema da apelação interposta perante órgão incompetente. Questiona-se se isso acarreta a improponibilidade/inadmissibilidade da mesma, ou se pode haver a *traslatio iudicii* ao juiz competente. A solução mais correta parece ser esta última, enquanto aplicação do princípio mais geral dos assim chamados efeitos conservativos da propositura de demanda a juiz incompetente”. Traduzido livremente de: “Di particolare interesse si presenta il problema dell’appello proposto a giudice incompetente. Ci si chiede se ciò comporti l’improponibilità-inammissibilità dello stesso, oppure se si possa avere la *traslatio iudicii* di fronte al giudice di appello competente. La soluzione più corretta appare quest’ultima, in quanto applicazione del più generale principio dei cosiddetti effetti conservativi della proposizione della domanda a giudice incompetente”. (Francesco Paolo Luiso, Appello... cit., p. 365). Não é outro o entendimento de Comoglio, Ferri e Taruffo, que, após se perguntarem quais conseqüências devem seguir-se à interposição da apelação perante órgão incompetente, concluem: “[...] A tese da inadmissibilidade deve ceder àquela solução que opta por aplicar a disciplina geral das questões de competência. Tem lugar, portanto, um efeito conservativo da demanda, o direito de impugnação não se extingue (como aconteceria no caso de inadmissibilidade) [...]”. Eis, na íntegra, o excerto original, por nós livremente traduzido e editado: “Quali conseguenze si verificano se l’appello è proposto a giudice non competente (per territorio o grado): la tesi dell’inammissibilità deve cedere a quella soluzione che preferisce applicare la disciplina generale delle questioni di competenza. Ha luogo pertanto un effetto conservativo della domanda, il diritto di impugnazione non si estingue (come accadrebbe nel caso di inammissibilità) [...]”. (Luigi Paolo Comoglio, Corrado Ferri e Michele Taruffo, *Lezioni...* cit., p. 805). A propósito do tema, a doutrina italiana em geral, desde Paolo D’Onofrio (Appello [Diritto Processuale Civile], In *Novissimo Digesto Italiano*, p. 744, v. I) e Mario Vellani (Appello... cit., p. 728) passando – mais recentemente – por Enrico Redenti (*Diritto processuale civile*, 4. ed., p. 448, v. II), reconhece que a jurisprudência de seu país é unívoca em aplicar a disciplina geral da competência ao vício de que tratamos. No direito estadunidense, por sua vez, há regra expressa nesse sentido. Trata-se da *rule of appellate procedure n. 4 (d)*, cujo teor segue, livremente traduzido: “Se uma petição de apelação em um caso civil ou criminal é erroneamente protocolada no tribunal, o escrevente dessa corte deve registrar na petição a data em que ela foi recebida e enviá-la para o serventário da vara. A petição é então considerada protocolada na vara na data registrada”. No original: “If a notice of appeal in either a civil or a criminal case is mistakenly filed in the court of appeals, the clerk of that court must

resolúvel – como todos os demais – pela remessa dos autos ao órgão competente para seu processamento, a teor do art. 113, §2º, do CPC.³²²

A solução é, portanto, que o Relator determine *ex officio* o envio dos autos ao juízo prolator da sentença, para que este proceda ao juízo de admissibilidade da apelação e intime (na hipótese de tal juízo resultar positivo, evidentemente) o apelado para oferecer contra-razões.³²³

Só após o trâmite regular do recurso em primeiro grau de jurisdição é que se poderá trasladá-lo ao órgão *ad quem*, para – agora sim – ser processado e julgado por este, respeitada a ordem cronológica de chegada dos recursos no tribunal.

Não se pode consentir, afinal, que o tribunal julgue desde logo o mérito de uma apelação que ainda não passou pelo procedimento em primeiro grau. Essa “solução”, por mais bem intencionada que seja e apesar de inspirada em valores como “celeridade” ou “economia processual”, comprometeria toda a ordem cronológica no processamento dos recursos, tornando mais vantajoso ao recorrente – a se admitir a interposição de seu apelo diretamente no tribunal – evitar sempre os trâmites (normalmente morosos) da petição recursal perante o juízo *a quo*.

Noutras palavras: o sistema – qualquer que seja a interpretação que dele façamos – não pode tolerar que alguém, sub-repticiamente, “fure a fila” dos recursos, obtendo o julgamento de sua apelação antes de outras, previamente interpostas.

De qualquer modo, o caso de que tratamos se resolve – serena e eficazmente, sem necessidade de acorrermos à regra (de mais problemática aplicação) da fungibilidade recursal, tampouco a alguma espécie de conversão do ato praticado – com base na mera desconsideração do *nomen juris*, seguida de regular processamento da peça.

Afinal, desde sempre estivemos, na hipótese aqui aventada, perante um recurso de apelação. Mal denominado, protocolado diretamente no tribunal, bizarro da primeira à última lauda, mas, inapelavelmente (perdoem-nos o trocadilho), uma apelação.

note on the notice the date when it was received and send it to the district clerk. The notice is then considered filed in the district court on the date so noted”.

³²² CPC, art. 113: A incompetência absoluta deve ser declarada de ofício e pode ser alegada, em qualquer tempo e grau de jurisdição, independentemente de exceção. [...]; §2º - Declarada a incompetência absoluta, somente os atos decisórios serão nulos, remetendo-se os autos ao juiz competente.

³²³ Não é outra a lição de Barbosa Moreira, *in verbis*: “Vindo o tribunal a considerar que a hipótese era mesmo de decisão apelável, determinará a remessa do instrumento ao órgão inferior, para que o recurso seja processado como apelação. Tal providência pode ser tomada pelo próprio relator do recurso [...]”. (José Carlos Barbosa Moreira, Restrições ilegítimas... cit., p. 273-274).

5.11. *Agravo de instrumento vs. apelação*

Não comporta igual solução, porém, a hipótese inversa (de se haver praticado, sob nome e forma de apelação, um recurso de *agravo*).

É o que se dá quando alguém, contra decisão indisfarçavelmente *interlocutória* (assim denominada, inclusive) opta por interpor – perante o órgão prolator da mesma, em quinze dias da respectiva intimação e sem a formação de um instrumento – recurso intitulado “apelação”.

Nenhuma dúvida se põe quanto a ser esse ato um... *agravo*.

É agravo pela razão pura e simples de ter o respectivo conteúdo. Sua pretensão visa à reforma ou à anulação de uma decisão interlocutória; cumpre, assim, a função típica dos agravos, sendo o que basta para inseri-lo sob esta espécie recursal.

Não obstante, trata-se de um agravo que – em princípio, segundo os rigores de admissibilidade próprios desse tipo de recurso – não deve ser conhecido.

O primeiro dos óbices ao seu recebimento é o prazo: passados mais de dez dias da intimação da decisão, não se pode, ao menos em tese, superar a barreira da intempestividade.³²⁴ Ademais

³²⁴ A não ser que se esteja diante de dúvida ou incerteza objetiva, na doutrina ou na jurisprudência, acerca do recurso cabível no caso concreto. A excepcionalidade da situação envolta pela incerteza, como vimos, consente aplicar-lhe a regra da *fungibilidade de meios*, devendo-se receber a postulação *tal como praticada pela parte*. Não sendo caso, no entanto, de dúvida de ordem alguma, resulta em princípio inafastável a pronúncia de intempestividade. Sobre o que venha a ser dúvida ou incerteza objetiva capaz de legitimar a aplicação da fungibilidade, registremos que alguns autores a enxergam não apenas na obscuridade dos textos normativos, criados em abstrato pelo legislador, mas também na eventualidade de o juiz, em concreto, denominar equivocadamente seu ato decisório (*e.g.*: chamando de sentença a uma interlocutória e, assim, induzindo a parte a errar na escolha do recurso cabível). Nesse sentido, cf. Nelson Nery Jr., *Teoria... cit.*, p. 146 e 148; Luiz Fux, *Op. cit.*, p. 15; Eduardo de Avelar Lamy, *Op. cit.*, p. 115-116; Marcelo Pacheco Machado, *Incerteza... cit.*, p. 118-120. Barbosa Moreira, por sua vez, parece não admitir que “qualquer” erro de denominação do ato decisório abra caminho para a aplicação da fungibilidade recursal, mas apenas erros – digamos – “razoáveis”, capazes de incutir “dúvida séria” no recorrente. Seus dizeres: “É [...] concebível que a dúvida se origine do teor da própria decisão: por exemplo, o juiz dá a denominação de ‘sentença’ a uma decisão *de discutível enquadramento na definição legal do ato* (art. 162, §1º), induzindo aquele que pretende impugná-la à opção, igualmente discutível, pelo recurso correspondente (apelação: art. 513)”. (José Carlos Barbosa Moreira, *Restrições ilegítimas... cit.*, p. 272 [destacamos em itálico]). Na Alemanha, a hipótese de incorreta denominação do provimento pelo juiz dá ensejo à aplicação da teoria do recurso indiferente ou “princípio do tratamento mais favorável” (*Grundsatz der Meistbegünstigung*). A propósito, vejamos a lição de Paolo de Divitiis: “A doutrina tedesca subitamente [...] esclareceu como a teoria fundada no princípio do *Meistbegünstigung* se tripartite segundo o caso que se realiza na prática: (a) no caso em que o provimento incorretamente denominado seja irrecorrível, diferentemente do que ocorreria com o provimento devido, admite-se o meio de impugnação correspondente a este [...]; (b) no caso oposto, em que o provimento incorretamente denominado seja recorrível, mas não o seja aquele que deveria haver sido proferido, não se admite recurso algum [...]; (c) enfim, no caso em que resultem impugnáveis (com recursos diferentes) tanto o provimento incorretamente denominado quanto aquele que se deveria haver emitido no caso concreto, a parte pode – à sua escolha – experimentar indiferentemente um dos dois recursos”. No original, por nós livremente traduzido: “La dottrina tedesca ha [...] subito chiarito come la teoria basata sul principio del *Meistbegünstigung* si tripartisca secondo il caso che si realizza in pratica: (a) nel caso in cui la decisione scorretta emessa risulti inimpugnabile, a differenza di quella che doveva essere emessa, viene ammesso il mezzo di impugnazione corrispondente alla decisione corretta [...]; (b) nel caso opposto, in cui la decisione scorretta emessa

(como se não bastasse a intempestividade...), falta àquele recurso a regularidade formal inerente à composição do *instrumento* para subida ao tribunal (CPC, art. 525, I)³²⁵.

Assim, pressuposta uma aplicação ortodoxa da técnica processual, a conseqüência da interposição daquele agravo, tal como sucedera, deveria ser a declaração de inadmissibilidade do mesmo.

Pensamos, porém, que novas perspectivas possam (e devam!) ser exploradas quanto ao problema. Nenhuma delas passa – como, aliás, nenhuma das soluções alvitadas ao longo deste trabalho – pela invocação de algum tipo de dúvida ou incerteza objetiva (seja lá o que isso for) capaz de legitimar o socorro à controvertida (e por isso mesmo desgastada) regra da fungibilidade. Nossa proposta serve mesmo àquelas hipóteses de *erro grosseiro* na formatação do agravo, como sucede com o caso conjeturado neste tópico. Também elas – consideradas e ponderadas sob um novo argumento – comportam algum tipo de aproveitamento (ou, por que não dizê-lo, alguma “salvação”), integralmente fundado no sistema do Código de Processo Civil.

É o que passamos a explicar.

risulti impugnabile, ma non lo sia quella corretta da emittersi, non viene ammesso alcun rimedio [...]; (c) infine, nel caso in cui risultino impugnabili (con rimedi differenti) sia la decisione scorretta effettivamente emessa, sia quella che si sarebbe dovuto emettere nel caso concreto, la parte può a scelta esperire indifferentemente uno dei due rimedi”. (Paolo de Divitiis, Sulla teoria del Meistbegünstigung nel processo civile tedesco (forma e sostanza dei provvedimenti del giudice), In *Rivista di diritto processuale* n. 2/1993, p. 416). Em França, o *Nouveau Code de Procédure Civile*, em seus artigos 680 e 693, incumbe o juiz de esclarecer às partes – ao intimá-las de sua decisão – qual é a espécie recursal cabível contra a mesma e quais são o prazo e as modalidades de forma para a interposição daquela. Deve fazê-lo sob pena de nulidade do ato de comunicação processual. Eis o teor das normas: Artigo 680 – O ato de notificação de um julgamento a uma parte deve indicar de maneira clara o prazo para a oposição, para a apelação ou para o recurso de cassação, na hipótese de uma dessas vias recursais ser cabível, assim como as modalidades segundo as quais tal recurso pode ser exercido. Deve indicar, além disso, que o autor de um recurso abusivo ou dilatório pode ser condenado a uma multa civil e ao pagamento de uma indenização à outra parte. Artigo 693 – Aquilo que é prescrito pelos artigos 654 a 659, 663 a 665-1, 672, 675, 678, 680, 683, 684, 686, 689 a 692 deve ser observado sob pena de nulidade [destacamos em itálico]. (No original, por nós livremente traduzido: Article 680 – L'acte de notification d'un jugement à une partie doit indiquer de manière très apparente le délai d'opposition, d'appel ou de pourvoi en cassation dans le cas où l'une de ces voies de recours est ouverte, ainsi que les modalités selon lesquelles le recours peut être exercé; il indique, en outre, que l'auteur d'un recours abusif ou dilatoire peut être condamné à une amende civile et au paiement d'une indemnité à l'autre partie. Article 693 – Ce qui est prescrit par les articles 654 à 659, 663 à 665-1, 672, 675, 678, 680, 683, 684, 686, 689 à 692 est observé à peine de nullité). A propósito de tais regras, Tarzia observa que a postura da doutrina francesa é, de um modo geral, crítica, “sobretudo em razão da grave responsabilidade que recai sobre o oficial de justiça que realizou a intimação (ou, eventualmente, sobre o advogado da parte que a requereu), porque o mínimo erro sobre esse ponto (isto é: sobre a indicação dos prazos e dos modos de impugnação) comporta nulidade da intimação se houver acarretado prejuízo à parte que recebeu o ato”. No original, livremente traduzido, lê-se: [L'atteggiamento della dottrina francese verso la norma è stato piuttosto critico], “soprattutto per la pesante reponsabilità, che grava sull'ufficiale giudiziario che ha proceduto alla notifica (o eventualmente sull'avvocato della parte che l'ha richiesta), perché il minimo errore su questo punto (e cioè sull'indicazione del termine e dei modi dell'impugnazione) comporta la nullità della notifica, se ha recato pregiudizio alla parte che ha ricevuto l'atto”. (Giuseppe Tarzia, *Le istruzioni...* cit., p. 342). Como quer que seja, a medida prescrita pelo sistema francês parece salutar. Inspirada nos postulados da lisura e da cooperação no trato das coisas do processo, tem, ao menos, o mérito de mitigar as dúvidas quanto à natureza do recurso cabível em cada caso.

³²⁵ CPC, art. 525: A petição de agravo de instrumento será instruída: I – obrigatoriamente, com cópias da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado.

5.12. (Continuação) Agravo de instrumento: preclusão para o juiz quanto à questão decidida?

Na superlativa maioria das vezes, os recursos de agravo versam questões a cujo respeito não se opera a preclusão (não, ao menos, para o Judiciário, que pode e deve se pronunciar sobre elas a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição).

É o que ocorre, seguramente, quando a decisão agravada *rejeita uma preliminar ao mérito da causa*, afastando a alegação de ausência de um dos pressupostos processuais ou de uma das condições da ação (CPC, art. 267, §3º)³²⁶.

A propósito do tema, por sua indefectível clareza, transcrevamos a lição de Heitor Sica:

“[...] Segundo a maciça doutrina e a torrencial jurisprudência, estão a salvo da preclusão as [questões] relativas às condições da ação e aos pressupostos processuais. [...] Na vigência do Código de Processo Civil de 1973, tanto os doutrinadores como os tribunais, à vista dos seus arts. 267, §3º, 301, §4º e 303, II, são praticamente unânimes em afirmar que tais matérias, mesmo tendo sido objeto de decisão judicial, podem ser revistas *ex officio* e a qualquer momento do processo. Trata-se de rol de questões expressamente posto a salvo da preclusão, por contar com matérias cognoscíveis de ofício, que tocam à ordem pública e que, pela sua relevância, a lei faculta ao juiz voltar a apreciá-las mesmo que sobre elas já tenha se pronunciado anteriormente. Segundo essa opinião majoritária, aqui não incide a preclusão, pois, se o juiz pode, ‘em qualquer tempo e grau de jurisdição’, conhecer de tais questões a despeito da omissão da parte em suscitá-las, também não se justificaria que seus poderes de rever ou modificar decisões nesse mister fossem tolhidos pela omissão da parte interessada em interpor recurso da referida decisão. Em ambos os casos, tanto para decidir quanto para redecidir, trata-se de poder exercitável de ofício, e que não se condiciona pela omissão do interessado. [...] É oportuno ainda salientar que a questão da preclusão sobre as matérias aqui referidas é sensivelmente diversa se decididas no curso do feito (incidentalmente, por decisão interlocutória) do que se o forem em sentença. Quanto às decisões interlocutórias, a falta de recurso não implica a preclusão e a questão de ordem pública resolvida pode ser revista pelo juiz (de ofício ou a pedido da parte) depois. Entretanto, vemos que a situação não é a mesma se a questão de ordem pública foi decidida em sentença. Durante a fluência do prazo recursal, existe preclusão. Esgotado o prazo recursal, tal decisório passa em julgado, e a matéria não pode mais ser discutida

³²⁶ CPC, art. 267, §3º: O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos ns. IV, V e VI [respectivamente: IV – ausência de pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo; V – alegação de preempção, litispendência e coisa julgada e, por fim; VI – não concorrência de qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual]; todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento.

no mesmo processo [...]”³²⁷.

Não é outro o entendimento de Teresa Arruda Alvim Wambier, que em obra notória dedicada ao recurso de agravo afirma: “[...] as nulidades [e, em sentido amplo, encartam-se aqui os vícios referentes à ausência de pressupostos processuais ou de condições da ação] podem ser alegadas pelas partes, a qualquer tempo, e decretadas pelo juiz de ofício, *inexistindo*, pois, para aquelas e para este, *preclusão*. Inexiste preclusão para as partes, ainda que a matéria relativa às nulidades processuais absolutas seja decidida, por interlocutória, no curso do processo”³²⁸.

Já por isso, é dizer, apenas com base nessas premissas, podemos concluir que o juiz – havendo proferido decisão interlocutória não impugnada (ou inadequadamente impugnada) acerca de uma daquelas matérias – pode e deve a qualquer tempo se retratar caso perceba, por si mesmo ou por provocação da parte, que decidira equivocadamente.

Se assim é (e, de fato, a convergência doutrinária é ampla quanto à não ocorrência de preclusão para o juiz nessas matérias)³²⁹⁻³³⁰, então a interposição daquele agravo tortuoso – dirigido ao órgão *a quo*, sob a forma e no prazo de apelação – servirá ao menos para evidenciar ao próprio magistrado o cometimento de um *error in procedendo*³³¹, impondo-lhe que se retrate *incontinenti*

³²⁷ Heitor Vitor Mendonça Sica, *Preclusão...* cit., p. 229-233, *passim*.

³²⁸ Teresa Arruda Alvim Wambier, *Os agravos...* cit., p. 489.

³²⁹ Alinham-se sob esse entendimento (além, obviamente, da já referida obra de Heitor Sica): Galeno Lacerda, *Despacho saneador*, 2. ed, p. 161; José Rogério Cruz e Tucci, Sobre a eficácia preclusiva da decisão declaratória de saneamento, In Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (org.), *Saneamento do processo: estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda*, p. 281-285; Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições...* 6. ed., p. 143-145, v. III; José Roberto dos Santos Bedaque, *Efetividade...* cit., *passim*; Luiz Fux, *Curso de direito processual civil*, 2. ed., p. 448; Antonio Carlos Marcato, Preclusões: limitação ao contraditório?, In *RePro* n. 17, p. 112-113; Antonio Carlos de Araujo Cintra, *Comentários ao código de processo civil*, 2. ed., p. 321-322; João Batista Lopes, Breves considerações sobre o instituto da preclusão, In *RePro* n. 23, p. 54-55; Teresa Arruda Alvim Wambier, *Os agravos...* cit., p. 486-490; _____. *Omissão judicial e embargos de declaração*, p. 70-71; Egas Dirceu Moniz de Aragão, Preclusão (Processo Civil), In Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (org.), *Estudos...* cit., p. 173-174; Eduardo Talamini, Saneamento do processo, In *RePro* n. 86, p. 102-104; Luiz Rodrigues Wambier, Despacho saneador irrecorrido – possibilidade de o juiz decidir contrariamente na sentença, In *RePro* n. 67, p. 229; Daniel Amorim Assumpção Neves, *Op. cit.*, p. 233-255; Maurício Giannico, *A preclusão no direito processual civil brasileiro*, p. 167-173; Carolina Bonadiman Esteves, *(In)disponibilidade do direito processual civil*, p. 183-185. Escrita ainda sob a vigência do Código de Processo Civil de 1939, a tese de Livre-Docência do Professor Moacyr Amaral Santos já encampava o posicionamento hoje dominante. Cf. *As condições da ação no despacho saneador*, p. 99-106.

³³⁰ Em sentido contrário: José Frederico Marques, *Manual de direito processual civil*, 9. ed., p. 181-182, v. II; José Carlos Barbosa Moreira, *O novo processo civil brasileiro*, 27. ed., p. 53; José Joaquim Calmon de Passos, *Comentários ao código de processo civil*, 9. ed., p. 500-504. v. 3; Fredie Didier Jr., *Pressupostos...* cit., p. 84-94.

³³¹ Por subsistir na doutrina, a nosso ver, boa dose de imprecisão em torno das expressões *error in iudicando* e *error in procedendo*, optamos aqui por esclarecer o sentido com que – no corpo do texto – empregamos esta última. Trata-se,

da decisão.

Entenda-se bem: demonstrado o vício da decisão proferida, é *dever* do magistrado que a prolatou retratar-se e declarar a ausência da condição da ação ou do pressuposto processual de que se trate. Esse é o único sentido que se pode atribuir à afirmação – absolutamente correntia – de que não existe preclusão para o juiz quanto àquelas matérias: pode ele *redecidir* o que decidira; e se pode então *deve*, porque magistrados não têm faculdades, não aplicam ou deixam de aplicar a lei a seu bel-prazer (à deriva das oscilações em seu estado de humor), mas são investidos de *poderes-deveres*, tendo sua atuação – toda ela – vinculada à legalidade.

Em não se convencendo, porém, dos argumentos da parte, o juiz deverá ratificar sua decisão anterior, para o que, bem ou mal, acabará proferindo outro pronunciamento. A questão que então se coloca é a de se definir se esse outro pronunciamento constitui *nova decisão interlocutória* (e, pois, recorrível por *novo agravo*), ou se – por consistir em mera ratificação da decisão anterior – queda irrecurrível.

Prevalece na jurisprudência, de maneira absolutamente pacífica, este último entendimento. Em defesa dele, argumenta-se que o pedido de reconsideração não tem o condão de suspender tampouco de interromper o prazo para a interposição do recurso cabível.³³² Conseqüência disso é

em nossa opinião, de qualquer vício capaz de conduzir à anulação da sentença, vício que normalmente decorre da má aplicação de *normas processuais* pelo juiz (a exceção ficando por conta das chamadas “condições da ação”, que, embora envolvam a aplicação de normas de direito material, podem – uma vez mal aplicadas – conduzir à anulação da sentença e à retomada do procedimento). Os *errores in iudicando*, por seu turno, consistem em vícios conducentes à reforma do julgado. Derivam normalmente da má aplicação de normas de direito material ao caso, exceto quando o objeto da decisão seja ele próprio a aplicação de uma norma processual (como, por vezes, acontece em alguns recursos e em determinadas hipóteses de cabimento da rescisória). As definições aqui enunciadas não coincidem em toda sua extensão com aquelas preconizadas pelos Professores Cândido Rangel Dinamarco (cf. *Vocabulário...* cit., p. 325) e José Carlos Barbosa Moreira (cf. *Comentários...* cit., p. 267-268). Tampouco há coincidência exata entre o sentido de nossas definições e aquelas alinhavadas pelo gênio de Calamandrei (cf. La distincion entre *error in iudicando* y *error in procedendo*, In *Estudios sobre el proceso civil*, p. 165-180). Sem prejuízo, pensamos que os critérios subjacentes às nossas escolhas sejam – senão imunes a críticas (não temos essa pretensão) – pelo menos consistentes, a ponto de legitimarem o uso daqueles termos nos sentidos que lhes atribuímos acima. Isso – é claro – não foi tampouco poderia haver sido demonstrado aqui. Deixamo-lo para outra ocasião.

³³² PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. INADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL. HIPÓTESE EM QUE O TRIBUNAL DE ORIGEM MANTEVE A NEGATIVA DE SEGUIMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO DE QUE TRATA O ART. 522 DO CPC, POR CONSIDERAR INTEMPESTIVO O MENCIONADO AGRAVO ANTE A AUSÊNCIA DE INTERRUPTÃO OU SUSPENSÃO DO PRAZO RECURSAL POR PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DO STJ. CONTROVÉRSIA SOBRE A VALIDADE DA INTIMAÇÃO DA PENHORA POR INTERMÉDIO DO PROCURADOR JUDICIAL PARA FINS DE OPOSIÇÃO DE EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DOS ARTS. 12 E 16, III, DA LEI 6.830/80, E 659, § 5º, DO CPC. DESPROVIMENTO DO AGRAVO REGIMENTAL.

1. Ao manter a negativa de seguimento do agravo de instrumento por considerá-lo intempestivo, o Tribunal de origem não contrariou o art. 522 do CPC, tampouco divergiu da jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, que se firmou no sentido de que o pedido de reconsideração não interrompe, nem suspende, o prazo para interposição do agravo de instrumento.

[...]

4. Agravo regimental desprovido.

que – decorrido o lapso para o manejo do agravo e não proferida a reconsideração pelo órgão *a quo* – terá se esvaído para a parte, *ao menos em linha de princípio*, o prazo para submeter o julgado à revisão do tribunal.

Assim, na eventualidade de nosso agravo inadmissível (interposto com os caracteres de forma, lugar e tempo típicos de uma apelação) não lograr do juízo *a quo* a reconsideração devida, restaria à parte – segundo a jurisprudência dominante – resignar-se e suportar o decurso de todo o procedimento em primeiro grau de jurisdição (mesmo sabendo que ele será inútil, por padecer de nulidade absoluta!).

Vejamos essa afirmação mais detidamente.

5.13. (Continuação) *Agravos de instrumento intempestivos: hipóteses de conhecimento*

De acordo com a jurisprudência pacífica do Colendo Superior Tribunal de Justiça, havendo a parte deixado de agravar de decisão sobre questão de “ordem pública” (*e.g.*: o chamado “despacho saneador”), poderá finalmente – depois de proferida a sentença – voltar à carga contra o velho e ainda não extirpado *error in procedendo*, denunciando-o agora em sede de apelação.

Uma das conseqüências da inexistência de preclusão quanto às questões “de ordem pública”

(AgRg no Ag 1108935/PR, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 23/06/2009, DJe 05/08/2009). São vários os precedentes: AgRg no REsp 962.782/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, DJe 06/02/2009; AgRg no Ag 759.322/DF, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJ 16/10/2006; REsp 704.060/RJ, Rel. Ministro Francisco Falcão, DJ 06/03/2006; AgRg na MC 10.261/PR, Rel. Ministro Castro Filho, DJ 26/09/2005; AgRg no AG nº 444.370/RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, DJ de 10/03/2003; AgRg no REsp nº 436.814/SP, Rel. Ministro Garcia Vieira, DJ de 18/11/2002; e AgRg no AgRg no Ag nº 225.614/MG, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, DJ de 30/08/1999; etc.

Argumenta-se também que o pronunciamento do juiz que confirma, em face de pedido de reconsideração, a decisão interlocutória proferida tem natureza de *despacho*, quedando por isso irrecurável. Nesse sentido, vejamos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO OBJETO DE PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO FORMULADO PERANTE O JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU E MANTIDA POR SIMPLES DESPACHO QUE NADA LHE ACRESCENTOU. INTEMPESTIVIDADE. RECURSO NÃO CONHECIDO.

1. Uma vez que a decisão geradora do inconformismo do agravante foi objeto de pedido de reconsideração formulado em primeira instância, tendo sido o *decisum* mantido pelo juízo *a quo* por simples despacho. É, pois, intempestivo o agravo de instrumento interposto após o prazo de dez dias, contados a partir da intimação daquela decisão originária.

2. O pedido de reconsideração formulado em primeira instância não interrompe o prazo para a interposição de agravo de instrumento.

3. O simples despacho que, não acatando pedido de reconsideração, mantém a decisão originária sem nada lhe acrescentar ao comando ou aos fundamentos não constitui nova decisão.

[...]

5. Recurso não conhecido.

(TJES, Classe: Agravo de Instrumento, 24089004238, Relator: Ronaldo Gonçalves de Sousa, Órgão julgador: Terceira Câmara Cível, Data de Julgamento: 26/08/2008, Data da Publicação no Diário: 09/09/2008).

é justamente a possibilidade de, na apelação,³³³ suscitar-se alguma delas (como, *e.g.*, a ausência de um pressuposto processual ou de uma condição da ação), mesmo que já tenha havido decisão anterior sobre o tema e a despeito de a parte haver ou não agravado desta. Tal é o alcance usualmente conferido à expressão “em qualquer tempo e grau de jurisdição”, contida no já mencionado parágrafo terceiro do art. 267 do Código.³³⁴⁻³³⁵

Apesar de restrita a cognoscibilidade daquelas matérias, na apelação, à extensão do efeito devolutivo³³⁶ desse recurso (podendo assim afetar apenas o julgamento do[s] capítulo[s] de sentença transferidos ao conhecimento do tribunal [*tantum devolutum quantum appellatum*]³³⁷), admite-se sob tal limitação que o órgão *ad quem* as conheça de ofício e sobre elas se pronuncie (mesmo que – insistamos – essas questões já tenham sido objeto de decisão no curso do processo, haja ou não ocorrido, quando dessa oportunidade, a interposição de agravo).³³⁸

³³³ Ou mesmo mais adiante, já nos recursos especial e extraordinário; observado aí, é claro, o requisito do prequestionamento. A propósito do tema, por todos, cf. Fredie Didier Jr., *Pressupostos...* cit., p. 76-83.

³³⁴ Mesmo não sendo essa a sua opinião, Fredie Didier Jr. constata – com a lucidez e a honestidade intelectual que lhe são próprias – que “prevalece, na doutrina brasileira, a concepção de que a decisão judicial que reconhece a presença de requisitos de admissibilidade do processo (principalmente o denominado ‘despacho saneador’, pelo qual o magistrado declara a regularidade do processo) não se submete à preclusão *pro judicato*: enquanto pendente a relação jurídica processual, será sempre possível o controle *ex officio* dos requisitos de admissibilidade, inclusive com o reexame daqueles que já houverem sido objeto de decisão judicial. O fundamento legal dessa concepção é o §3º do art. 267 [...] que expressamente teria deixado as decisões sobre os requisitos de admissibilidade do processo imunes à preclusão”. (Fredie Didier Jr., *Pressupostos...* cit., p. 84-85).

³³⁵ Ocorre, porém, a chamada “preclusão hierárquica”. A seu respeito, vejamos a lição de Egas Dirceu Moniz de Aragão, *in verbis*: “[...] Convém não olvidar o dado hierárquico do problema. Em alguns casos, a preclusão apresenta-se para o juiz em decorrência de ato do tribunal. Suponha-se que este reforme em grau de recurso o julgamento que decretara a ilegitimidade da parte no momento previsto no art. 329 e determine a continuação do processo; baixados os autos essa questão ficará preclusa para o juiz, que não pode desconsiderar o pronunciamento do órgão de grau superior, mas não para o próprio tribunal se novamente o processo subir à sua apreciação (em apelação contra a sentença, por exemplo)”. (Egas Dirceu Moniz de Aragão, *Preclusão...* cit., p. 174).

³³⁶ Bonsignori – embora sem falar em *extensão* do efeito devolutivo – transmite a respectiva idéia com simplicidade e precisão. Suas palavras: “[...] trata-se de um limite que se concretiza na identificação do capítulo (ou parte) da sentença impugnada”. No original, aqui editado e livremente traduzido, lê-se: “[...] si tratta di un limite che se concreta nell’individuazione del capo (o parte) di sentenza impugnata, entro il quale l’effetto devolutivo in senso specifico e concreto può pienamente operare”. (Angelo Bonsignori, *L’effetto devolutivo dell’appello*, In *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, n. 4/1974, p. 1340-1341). Obviamente, essa limitação que se “concretiza” nos capítulos que compõem objeto do recurso pressupõe a escolha, pelo recorrente, de todos ou alguns dos capítulos em que saíra derrotado. Noutras palavras: pressupõe escolha no âmbito da sucumbência. Fora dessas margens – como registra Calamandrei, em clássico estudo (cf. Apuntes sobre la “reformatio in peius”, In *Estudios...* cit., p. 301-304) não há que se falar em efeito devolutivo. Como ensina Bedaque, “a apelação devolve ao tribunal a matéria impugnada, limite estabelecido pelo próprio apelante (*tantum devolutum quantum appellatum*). Cabe a ele determinar, dentre os capítulos da sentença que lhes são desfavoráveis, quais pretende impugnar. E a devolução ocorrerá tão-somente em relação àqueles expressamente referidos”. (José Roberto dos Santos Bedaque, *Apelação...* cit., p. 447).

³³⁷ “Devolve-se tanto quanto se apelou. Essa é a regra dos limites objetivos da apelação e dos recursos em geral, contida no art. 515, *caput*, do Código de Processo Civil, a qual guarda grande similitude com aquela que impede o juiz de decidir além dos limites do pedido (art. 128); assim como um processo não pode conter decisão fora ou além daquilo que foi pedido (*extra vel ultra petitum*), assim também estão os tribunais proibidos de dar ao recurso uma dimensão além da *matéria impugnada* no recurso interposto. A máxima em exame expressa, em outras palavras, a regra da correlação entre o pedido e o decidido, projetada na disciplina dos recursos”. (Cândido Rangel Dinamarco, *Vocabulário...* cit., p. 411-412).

³³⁸ Transcrevamos – por todas – a lição de Ricardo de Carvalho Aprigliano, *in verbis*: “[...] As questões relativas aos

Então, chegando finalmente ao tribunal – via apelação e, como sói acontecer, vários anos após o cometimento do *error* – objeção cognoscível, fundada e capaz de ensejar a anulação da sentença (quando não de todo o procedimento até aí desenvolvido), deverá o Relator do recurso – agora sim! – proclamar a nulidade dos atos e reconhecer a inutilidade de tudo que fora feito...

O tempo, os esforços, as energias, as receitas públicas e privadas até este ponto despendidas: tudo irá pelos ares, será jogado fora, porque absolutamente viciado, na origem, o método de trabalho.

O absurdo desse tipo de situação é por si mesmo evidente, grita à consciência de quem sabe o quão moroso e desgastante é viver os trâmites e ansiar pelo desfecho de um processo em primeiro grau de jurisdição. Pior que isso é descobrir – muito tempo depois de iniciados os trabalhos – que tudo não passou de uma sucessão imprestável de erros, um *mise en scène* absolutamente estéril e irresponsavelmente conduzido, a dano do dinheiro público e da paciência de todos.

Não é razoável (aliás, tampouco é racional) que um processo flagrantemente viciado, predestinado a se tornar inútil, seja fadado a prosseguir assim por anos a fio, até o advento da apelação, apenas porque a parte perdeu a oportunidade de agravar da decisão comissiva do *error*, porque lhe opôs agravo inadmissível ou porque o juiz – numa ou noutra hipótese – deixou de se retratar como devia.

Para efeito de raciocínio, suponhamos um processo que – *ictu oculi* – tramite perante juízo incompetente. Ora, não é possível que as partes devam se conformar e aguardar sentença que de antemão saibam nula. Alegada oportunamente a incompetência absoluta, rejeitada por decisão interlocutória e perdido o prazo para a interposição do agravo, deve haver – para a hipótese de o juiz não se retratar – algum meio capaz de levar a questão ao imediato conhecimento do tribunal.

Imaginemos então que, contrariando a jurisprudência retumbante sobre o tema, uma das partes – no cenário acima descrito – interponha novo recurso de agravo, desta feita contra o pronunciamento do juízo *a quo* que ratificara a decisão primeiramente proferida. Todos dirão: o

pressupostos processuais e às condições da ação não ficam excluídas de análise na apelação, pois quanto a elas não ocorre preclusão, mesmo que tenham sido objeto de agravo e de pronúncia anterior. A despeito de o sistema recursal ser informado pela iniciativa das partes, e a despeito da aplicação de rígido regime de preclusões no sistema processual brasileiro, o fato é que as questões de ordem pública atendem a interesses maiores, pois servem para garantir que a atividade jurisdicional se desenvolva regularmente, evitando a utilização indevida do aparato judicial e o desperdício de tempo e dinheiro inevitavelmente gastos quando a máquina judiciária é colocada em funcionamento”. (Ricardo de Carvalho Aprigliano, *A apelação...* cit., p. 192). No mesmo sentido, cf. Antonio Carlos de Araújo Cintra, *Sobre os limites...* cit., p. 85-86; Egas Dirceu Moniz de Aragão, *Preclusão...* cit., p. 174; Teresa Arruda Alvim Wambier, *Os agravos...* cit., p. 489; _____. *Nulidades do processo e da sentença*, 6. ed., p. 244; Daniel Amorim Assumpção Neves, *Op. cit.*, p. 247-248; Maurício Giannico, *Op. cit.*, p. 168.

recurso é intempestivo, pois ataca na verdade o primeiro decisório, com relação ao qual as partes haviam sido intimadas já há mais de dez dias. Sem dúvida, essa é a solução convencional para o problema; não necessariamente (e nem de longe), porém, a *melhor*.

Se o Relator desse recurso – ao ler as respectivas razões – notar que a decisão objurgada padece daquele vício, capaz de nulificar todo o trabalho que já foi, está sendo e será desenvolvido em primeiro grau de jurisdição, não poderá ele, à maneira de Pilatos, simplesmente silenciar, escondendo-se sob o argumento da intempestividade do recurso. Sabe perfeitamente bem, afinal, que dali a uns quatro ou cinco anos – já em fase de apelação – esse mesmo processo (com enorme grau de probabilidade) retornará às suas mãos mercê da prevenção³³⁹.

Assim, está ao seu alcance – e, ousamos dizer, compete-lhe por dever funcional – impedir que o feito se perca em anos e mais anos de competente inutilidade. Não se trata apenas de *poder* pronunciar-se sobre o mérito daquele agravo intempestivo, mas – rigorosamente – de *dever* fazê-lo. A omissão daquele Relator seria perversa aos cofres públicos, prejudicial a ambas as partes (pois a nenhuma interessa, em princípio, uma sentença nula) e infensa à rápida solução do litígio. Se prevento for, seu *dolce far niente* beirará o cinismo.³⁴⁰

Não persuade, ademais, o argumento de que o Relator apenas *poderia*, embora não necessariamente *devesse*, julgar aquela questão. Em primeiro lugar porque – como há pouco dissemos – juízes não têm faculdades, mas poderes-deveres apenas.³⁴¹ Na hipótese de que tratamos, o caráter obrigatório da pronúncia de mérito se revela em toda a sua contundência pelo disposto nos arts. 125, II, e 133, II, ambos do CPC. O primeiro incumbe o juiz da missão de “velar pela rápida solução do litígio”, ao passo que o segundo imputa responsabilidade por perdas e danos ao magistrado que “recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de

³³⁹ Ao menos no Tribunal de Justiça do Espírito Santo, pelo que dispõe o art. 164, parágrafo único, de seu Regimento Interno, a prevenção – que atinge a pessoa do Relator – se estabelece em razão da mera distribuição, para ele, do primeiro recurso de um processo. Fica, então, designado para relatar os demais recursos que naquele processo venham a ser interpostos, bem como os que se originem de processos conexos a este.

³⁴⁰ Cabe perfeitamente, aqui, o raciocínio de Teresa Arruda Alvim Wambier: “[...] Quanto às nulidades, não se opera preclusão nem para o Judiciário, nem para a parte, devendo ser decretadas de ofício. Em nosso entender, esta regra leva a efeito de modo inequívoco o princípio de economia processual. Por que permitir-se que um processo chegue ao fim, com sentença de mérito, se se estará diante de sentença nula e portanto rescindível, abrindo-se, assim, oportunidade para que nasça uma nova ação, um novo processo?”. (Teresa Arruda Alvim Wambier, *Omissão...* cit., p. 70-71).

³⁴¹ Sobre o tema, a lição de Dinamarco é enfática: o juiz não dispõe de *faculdades* no processo, entendidas estas como “[...] liberdade de autodeterminação e portadoras do significado de permitir à pessoa o comando de sua própria conduta segundo ditames de seu próprio interesse, para seu próprio bem. No campo do exercício do poder, isso não tem razão de ser. As liberdades de escolha concedidas pela lei ao juiz não significam que ele poderá comportar-se segundo seu próprio interesse, mas que deverá pautar sua conduta segundo o direito e os objetivos processuais [...]. Sempre a escolha do juiz deverá ser a que melhor convenha aos bons resultados do processo”. (Cândido Rangel Dinamarco, *Execução civil*, 7. ed., p. 128-129). A propósito, tomamos a liberdade de remeter o leitor ao que escrevemos noutra oportunidade. (Cf. *Conexidade...* cit., p. 170-180).

ofício ou a requerimento da parte”.³⁴²

De resto, não passa de um jogo de palavras afirmar que o tribunal – ao declarar a incompetência absoluta do juízo *a quo*, no exemplo fornecido – não estaria julgando o mérito do agravo (porque dele não conhecera, já que intempestivo) mas apenas se pronunciando sobre matéria a cujo respeito não há preclusão. Ora, se essa matéria – suscetível ou não de preclusão, não importa – confunde-se com o mérito do recurso interposto, então é óbvio que o tribunal, pronunciando-se a respeito dela, terá necessariamente *conhecido e julgado* o recurso. Assim procederá, invariavelmente, ainda que *não diga haver conhecido dele*, ou mesmo que diga, com todas as letras, *dele não haver conhecido*.

Como quer que seja (pondo de lado disputas acentadamente terminológicas), importa aqui sublinhar, antes e acima de tudo, a existência deste verdadeiro *dever* do tribunal: havendo a qualquer tempo diagnosticado um *error in procedendo* (mácula que, por definição, vicia o método de trabalho) deve o tribunal declará-lo e se possível retificá-lo, de imediato e *ex officio*.³⁴³

A aceitação de tal premissa nos põe, por derradeiro, defronte a esta questão (talvez a mais importante de todas): existindo para o tribunal aquele *dever*, haveria também para a parte – simetricamente – um *direito* à pronúncia sobre o *error in procedendo*?

Parecem responder negativamente a essa indagação todos quantos sustentam que a perda do prazo para impugnar a decisão interlocutória de nosso exemplo redundou em *preclusão para a parte*. Haveria assim, nessa linha de raciocínio, algo como um endereçamento das preclusões: algumas atingiriam apenas os litigantes; outras, o Judiciário.

De nosso canto, porém, temos muita dificuldade em compreender (e, pois, em aceitar) que uma questão que não esteja preclusa para o Judiciário possa de algum modo estar preclusa para as partes. Em termos práticos, isso significa o quê (se é que significa alguma coisa)?

Diante do que foi dito, excluímos que signifique que o Judiciário apenas *possa* mas não necessariamente *deva* rever de ofício os *errores in procedendo*. Se este não é o caso, então, ao dever

³⁴² Eis, na íntegra, os dispositivos citados: CPC, art. 125: O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: [...]; II – velar pela rápida solução do litígio. CPC art. 133: Responderá por perdas e danos o juiz, quando: [...]; II – recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte.

³⁴³ Embora dirigida ao dever de retratação pelo órgão prolator, esta clássica passagem de Galeno Lacerda – ligeiramente adaptada – serve bem à hipótese de que tratamos: “Pode o magistrado [...] fugir ao mandamento de norma imperativa, que o obriga a agir de ofício, sob pretexto de que a decisão interlocutória precluiu? [...] A resposta, evidentemente, no caso, deve ser negativa. Se o juiz conserva a jurisdição, para ele não preclui a faculdade de reexaminar a questão julgada, desde que ela escape à disposição da parte, por emanar de norma processual imperativa”. (Galeno Lacerda, *Despacho...* cit., p. 161).

judicial de revisão dos vícios de “ordem pública” corresponderá necessariamente – por força da bilateralidade atributiva que há em toda e qualquer relação jurídica – verdadeiro direito do jurisdicionado àquela pronúncia.

Falar em direito das partes, nessa hipótese, equivale a reconhecer a inocorrência de preclusão *tout court*. À perda do prazo para o agravo, quando o objeto da decisão interlocutória for questão de “ordem pública”, não se seguirá preclusão (temporal ou de espécie alguma). Estranha ou peculiar que possa parecer, é, porém, inevitável a conclusão de que o prazo para o recurso – em todas essas situações – se afigura *impróprio*.³⁴⁴

A propósito, Dinamarco fornece interessante lição, sobre aquilo que denomina o “efeito constante e mais amplo de toda interposição recursal: impedir preclusões”. Suas palavras:

“No direito processual civil brasileiro, toda interposição recursal tem o efeito direto e imediato de *prevenir a preclusão temporal*, a qual fatalemente ocorreria se recurso algum fosse interposto. Ao recorrer [...] a parte evita que o ato judicial recorrido adquira desde logo firmeza e imunidade a questionamentos futuros, ou seja, ela evita que, ao menos naquele momento, ocorra a preclusão. Esse efeito está presente em todo e qualquer recurso e chega ao ponto de integrar o conceito desse remédio processual. Quando uma *sentença* é objeto de recurso, a preclusão que se evita é a coisa julgada formal, *praclusio maxima*; se a sentença for de mérito, evita-se também a coisa julgada material, que só sobre os efeitos substanciais desta pode incidir (CPC, arts. 467-468). Entre as decisões interlocutórias existem as que não ficam sujeitas a preclusão (arts. 245, par., e 267, §3º) e, quanto a elas, a interposição do recurso não é o fator que a impede”.³⁴⁵

Sob a lição Mestre, pedimos vênias para acrescentar que – com relação às decisões interlocutórias insubmissas a preclusão (CPC, arts. 245, par., e 267, §3º) – a interposição do recurso “não é fator que a impede” tanto quanto não a deflora a ausência deste, pela razão pura e simples de que não há preclusão, de ordem alguma, a ser “impedida pelo recurso” ou “deflagrada por sua ausência” naquelas hipóteses.

³⁴⁴ Vejamos sob essa ótica a lição de Egas Dirceu Moniz de Aragão: “A disposição contida na primeira parte do §3º do art. 267 torna menos árdua a tarefa de estudar a preclusão no que tange a certas questões, pois a regra geral afasta-a, seja quanto aos pressupostos processuais (inc. IV), seja quanto às condições da ação (inc. VI). Se ‘o juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito’, é porque essa matéria é imune à preclusão”. (Egas Dirceu Moniz de Aragão, *Preclusão...* cit., p. 173).

³⁴⁵ Cândido Rangel Dinamarco, *Os efeitos dos recursos*, In *Nova era...* cit., p. 119-121.

Se não há preclusão também não há óbice ao conhecimento dos agravos – posto que intempestivos – que contra aquelas decisões se voltem.

Tal conclusão pode e deve ser estendida a todas as matérias, impugnáveis via agravo, a respeito das quais não se produza a *præclusio*. Integram esse rol as decisões relativas à produção de provas³⁴⁶ e – ao menos segundo o entendimento de alguns – também as referentes às tutelas de urgência³⁴⁷.

Levado o raciocínio até esse ponto, o prazo para a interposição de agravos se revela bem menos rígido do que à primeira vista poderia parecer. Aqui, no entanto, devemos forçosamente reconhecer e lamentar que haja – entre a teoria e a prática, o *dever-ser* e o *ser* – o lapso fatal de um abismo.

³⁴⁶ Afinal, ensina Cappelletti, as normas sobre produção probatória ligam-se essencialmente à proteção do interesse público no bom cumprimento da função jurisdicional. Tratam de conferir poderes (e, assim, *deveres*) aos juízes, incumbindo-os de assegurarem os meios necessários à elucidação da controvérsia e à justa solução do litígio. A propósito, cf. Mauro Cappelletti, *Iniciativas probatorias del juez y bases prejudiciales de la estructura del proceso*, In *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, p. 112-135. Entre nós, é de consulta obrigatória a obra de Bedaque (cf. *Poderes instrutórios do juiz*, p. 76; _____. *Garantia da amplitude de produção probatória*, In José Rogério Cruz e Tucci [coord.], *Garantias constitucionais do processo civil*, p. 170). Em sentido análogo, cf. Carolina Bonadiman Esteves, *Op. cit.*, p. 183-185.

³⁴⁷ Bedaque observa que o ponto é controvertido tanto na doutrina nacional quanto na italiana (cf. *Tutela... cit.*, p. 151). Concordamos com sua opinião, que é a de não haver preclusão quanto à matéria. Suas palavras: “Decorrência natural da provisoriedade da cautelar é a possibilidade de revogação, caso no curso do processo surjam novos elementos que revelem o não cabimento da medida. [...] Quanto à mera retratação, embora haja divergência na doutrina, não parece ocorrer o fenômeno da preclusão para o juiz. Primeiro porque a cognição realizada para a concessão de liminar em processo cautelar é sumaríssima, nada impedindo se convença o julgador da impropriedade da solução. Nesse caso, inexistente vedação legal a que ele altere sua posição, mesmo porque a providência determinada não visa a produzir efeitos definitivos no plano material. Se a finalidade da tutela cautelar é apenas garantir a efetividade de outra tutela, pode o julgador verificar, no curso do processo, não haver necessidade da medida concedida liminarmente, pois inexistente esse risco. Seria puro formalismo processual, além de indevida invasão da esfera jurídica de uma das partes, manter-se tutela cautelar até o final do processo, se o juiz verificar sua desnecessidade antes. A revogabilidade da cautelar é prevista no art. 807 do Código de Processo Civil, segundo o qual pode ela ser revogada ou modificada a qualquer tempo. Se a tutela de urgência foi deferida liminarmente, em processo cautelar autônomo, o problema existe apenas em relação à possibilidade de o juiz modificar seu entendimento a respeito, sem alteração do quadro fático e independentemente de recurso. Verificado qualquer desses fenômenos, dúvida não há sobre a admissibilidade da alteração. Mas, mesmo se eles não ocorrerem, o entendimento aqui defendido é pela revogabilidade da medida, caso o juiz não a considere mais necessária, podendo fazê-lo, até, de ofício” (José Roberto dos Santos Bedaque, *Tutela... cit.*, p. 150-151).

5.14. Síntese do capítulo

À guisa de conclusão do capítulo, queremos apenas enfatizar sua idéia central, que é também a de todo o trabalho: há, camufladas sob o argumento impreciso e normalmente falacioso da “inadequação da via eleita”, inúmeras hipóteses de postulações cujo mero deslize está em seu *nomen juris*.

Veza por outra, somam-se a esses *errores in nomine* questiúnculas de natureza formal, todas contornáveis por uma interpretação/aplicação exata da técnica processual. É o que ocorre, por exemplo, nas hipóteses de apelações mal denominadas “agravos” e interpostas diretamente no tribunal, a que basta aplicar, para retificar-lhes o vício de incompetência absoluta, o disposto no art. 113, §2º, do Código. O mesmo se diga de falsas “exceções de pré-executividade”, que, embora não venham acompanhadas da guia de recolhimento de custas, no fundo consistam em ações autônomas de impugnação à execução; etc.

Em todos esses casos, nenhum óbice se ergue à admissibilidade das postulações praticadas. Pode ser – é verdade – que estas reclamem pequenos (e consentidos pelo Código) ajustes de forma aqui e acolá. De nenhum modo, porém, as hipóteses estudadas (e muitas outras que poderíamos colher na jurisprudência) envolvem verdadeiras causas de *inadequação da via eleita*.

A lista de situações abordadas neste capítulo é, de qualquer modo, meramente ilustrativa (talvez seja até desnecessário frisá-lo). Cumpre apenas uma função didática, que resultará tanto mais bem desempenhada quanto mais claramente revelar, ao leitor, a idéia básica, o raciocínio por detrás de toda a exemplificação: não podemos e não devemos nos deixar levar por um nome equivocado, ou pela formatação heterodoxa por que se apresente determinada postulação. A essência do ato está – sempre esteve – na pretensão deduzida pela parte. É ela – a pretensão – que comunica a função típica a cujo desempenho o ato visa, função a partir da qual devemos inferir, também, o sentido da manifestação de vontade da parte quanto ao meio ou à espécie postulatória que praticou.

Não parece necessário, a essa altura, insistirmos nas vantagens (ou, por que não dizê-lo, na superioridade) da técnica de desconsideração do *nomen juris* sobre aquelas pautadas nas idéias de *fungibilidade* ou de *conversão* entre atos postulatórios. Estas, por mais bem intencionados os seus entusiastas e por louváveis que sejam os resultados a que aspiram, envolvem sempre alguma margem de *subjetivismo* na apreciação dos requisitos para sua aplicação. Isso fica claro quando – trabalhando com a noção de *fungibilidade* – indagamos o que venha a ser a “dúvida” ou a “incerteza” objetiva que lhe condiciona a incidência. À sua vez, a desconsideração do *nomen juris*

envolve nada disso. Sua aplicação depende apenas de requisitos *objetivos*, quais sejam: (i) haver um descompasso entre o nome dado ao ato e a função a cujo cumprimento seu pedido visa; (ii) haver o ato atendido – acidentalmente ou não, isso não importa – a todos os requisitos de admissibilidade típicos de sua espécie.

Verificadas *in concreto* essas condições, impõe-se ao órgão julgador não apenas receber a postulação praticada segundo aquilo que ela efetivamente é como declarar-lhe a admissibilidade, uma vez que ela satisfaz todos os critérios que para tanto a lei lhe exige.

CONCLUSÕES

Demandas e recursos – por visarem à obtenção de provimentos judiciais – consistem em atos *postulatórios*. Mais especificamente, em atos *postulatórios argumentativos*, já que ambos veiculam *razões* (argumentos, motivos), por meio das quais se tentará persuadir o órgão judicial a proferir determinada *decisão*.

Todo ato *postulatório* – como é *cediço* – se submete aos juízos de *admissibilidade* e de *mérito*; o primeiro é logicamente anterior ao segundo e condicionante da existência deste. Quanto a isso não há dúvida na doutrina e, de nossa parte, tampouco o questionamos.

Afirmamos, porém, a existência de um terceiro juízo, que em verdade, do ponto de vista lógico, precede e condiciona aqueles. Trata-se do *juízo de identificação da espécie postulatória*, consistente em se definir a natureza jurídica de uma petição, por meio de sua subsunção a algum tipo ou espécie *postulatória* prevista no ordenamento.

Como é notório, os requisitos de *admissibilidade* de uma demanda ou de um recurso – isto é, os critérios que lhe regem o juízo de *admissibilidade* – variam conforme a natureza ou espécie do ato em questão: a depender da natureza deste, as condições para a declaração de sua *admissibilidade* serão tais ou quais, de modo que é logicamente necessário, antes de iniciarmos este exame, havermos definido a espécie da postulação a ser examinada (e, com isso, os critérios fixados por lei para seu juízo de *admissibilidade*). Eis a anterioridade lógica do juízo de *identificação* ao de *admissibilidade* (e, *a fortiori*, também ao juízo de *mérito*).

Mas, afinal, que traços ou caracteres de uma petição indicam sua pertinência a esta ou aquela categoria jurídica? Noutras palavras: que sinais – apresentados por determinada petição – nos permitem identificá-la sob tal ou qual espécie *postulatória*? O fator de *discrímen* estaria em seu *nomen juris*, em sua forma, em seu conteúdo ou em alguma espécie de conjugação entre esses elementos todos?

Não há, na literatura especializada, obras dedicadas a tal questão. Por isso mesmo, tanto na academia quanto na praxe forense, vem ela passando despercebida, talvez por ser dada como uma obviedade, como algo não problemático, embora a verdade passe longe dessa suposição.

Segundo pensamos – e esperamos haver demonstrado ao longo do trabalho – apenas o

conteúdo de uma postulação pode prestar-se à correta identificação da espécie ou natureza jurídica a que ela pertence.

É o conteúdo (*i.e.*: a pretensão), afinal, que indica a *função procedimental* a cujo cumprimento a postulação visa. Isso, precisamente, a distingue de tudo mais. É por sua *função* que a tipificamos sob esta ou aquela espécie, justamente porque as espécies postulatórias se distinguem umas das outras segundo as diferentes funções que cada qual desempenha.

O *nomen juris*, isoladamente considerado, não serve à identificação de coisa alguma, pela simples razão de que nomes – passe o truísmo – não se confundem com coisas. Assim é em todas as áreas da ciência jurídica (excetuado o direito cambiário), não constituindo exceção a processualística: o nome de um ato processual não afeta sua natureza, que segue intacta e inalterada a despeito de erros que hajam sido cometidos na denominação.

Isso vale tanto para as demandas quanto para os recursos. Quanto àquelas, a irrelevância do *nomen juris* é dado relativamente aceito na doutrina e na jurisprudência pátrias. Com relação a estes, paradoxalmente, nossa tradição consiste em identificá-los a partir dos nomes que hajam recebido no caso concreto. Não se justifica, porém, essa diferença de tratamento a atos com estrutura idêntica e funções muito semelhantes.

Os caracteres *formais* das postulações, por sua vez, são tão inservíveis quanto os nomes, quando se trata de empreender o juízo de identificação. A uma, porque atos de funções diferentes podem revestir-se da mesmíssima forma; a duas, porque atos de igual função podem apresentar-se sob formas diferentes. Resulta disso, portanto, que a forma de um ato é elemento por demais efêmero, contingente, incapaz de prover critério seguro à identificação da natureza jurídica de um ato postulatório.

Resta, assim, o conteúdo.

Por conteúdo tomamos a *pretensão* contida no ato: trata-se da afirmação de fato(s) como *causa* da postulação (*causa de pedir*), a que se liga a descrição de uma conduta como objeto da vontade do postulante (conduta sobre a qual julga ele ter um direito, por isso a deduz em seu *pedido*).

É a pretensão o dado que – em confronto com os demais (*nomen* e forma) – espelha na postulação o sentido aparente da vontade de seu autor. É ela que sinaliza – ao indicar o *fim* colimado pelo ato – implicitamente o meio ou a espécie postulatória que a tal fim corresponda (e,

assim, o meio ou a espécie postulatória presumivelmente escolhida pelo postulante).

Isso significa que, na hipótese de haver desconexão entre o *nomen juris*, a forma e o conteúdo de uma postulação (cada um desses caracteres sugerindo a subsunção do ato a uma espécie distinta) a balança deverá pesar em favor do último.

É através do conteúdo, afinal, que o postulante descreve a finalidade de sua postulação (e – definida esta – devemos presumir que ele tenha optado pelo único meio capaz de lhe prover). Do contrário, isto é, atendo-nos ao *nomen* ou à forma (e inferindo uma opção da parte pela espécie sugerida por esses caracteres), nossa conclusão equivaleria a presumir, no ato, um *erro* de seu autor ou – o que é pior – algo como uma *renúncia tácita* à consecução da finalidade, por consciente e deliberada escolha de meio com ela incompatível. Nenhuma dessas interpretações é razoável.

Obviamente, quando determinada *função típica* (fim) puder ser cumprida por mais de uma espécie postulatória (*meio*), a mera indicação daquela, no pedido, não bastará à definição desta. Será o caso, então, de analisarmos – como critérios de identificação subsidiários – a linguagem utilizada pelo postulante na composição da forma de sua petição ou, eventualmente, na denominação da mesma (*nomen juris*). Forma e nome assumem, nesse cenário, papel supletivo ao do conteúdo no juízo de identificação da espécie ou natureza jurídica de uma postulação.

Como quer que seja, uma vez realizado pelo juiz o exame de identificação, seu resultado deverá ser comunicado às partes por meio de intimação, ao menos nos casos realmente problemáticos (*i.e.*: naqueles em que houver desconexão entre o *nomen* do ato, sua forma e seu conteúdo).

A intimação permitirá ao autor certificar-se de que sua escolha (quanto à espécie postulativa) foi bem interpretada pelo magistrado. Para o réu, consentir-lhe-á preparar defesa em consonância com a espécie postulativa de que se trate. Além disso, poderá o réu contrariar a conclusão a que chegara o magistrado, tentando persuadi-lo de que existe melhor interpretação acerca da espécie ou natureza jurídica do ato.

Diminuída a importância ou o valor epistemológico do *nomen juris*, caem por terra as hipóteses de “inadequação da via eleita” nas quais o defeito apresentado pelo ato não passa de um *error in nomine*. O vício de inadequação nada tem que ver, absolutamente, com problemas na denominação do ato postulatório. Trata-se, muito ao revés, de defeito inerente ao conteúdo da postulação praticada: será inadequada toda postulação a que a parte não fizer jus, em razão da posição ou situação processual em que esta se encontre.

A jurisprudência de nossos tribunais de superposição – analisada ao longo do trabalho e, sobretudo, em seu capítulo derradeiro – apresenta grande oscilação no que se refere aos papéis do conteúdo, da forma e do *nomen juris* de uma postulação, quando se põe a identificá-la.

Em determinados casos, aceita a peça produzida em razão de seu conteúdo ser compatível com a posição processual da parte. Com absoluta indiferença em relação ao nome, identifica a postulação a partir da função a cujo desempenho ela visa e assim a recebe e processa. Noutras situações, estranhamente, agarra-se ao *nomen juris* da peça como o náufrago ao bote salva-vidas, qualifica a postulação como inadequada à tutela de seu autor e a declara, pois, inadmissível.

Nenhuma justificativa plausível há para a heterogeneidade de critérios. Ou bem o *nomen juris* possui alguma relevância no tocante à identificação das postulações, ou é de todo inócuo para esse fim, *tertium non datur*.

Firmada a premissa de que as postulações se identificam a partir da função a cujo cumprimento visam (função esta indicada pelo sentido da pretensão deduzida), então o *nomen* há de ser tomado como mero adorno. No máximo, como uma tentativa – não a principal, tampouco vinculante – de comunicar ao órgão julgador e à parte contrária a natureza jurídica da petição aforada.

Assim, se a despeito do nome equivocado a postulação satisfizer todos os requisitos de admissibilidade que se exigem de suas congêneres, será *dever* do órgão julgador admiti-la e processá-la à maneira prevista no Código. Do contrário, agirá ao arrepio da lei, incorrendo em flagrante e abominável negativa de tutela jurisdicional.

No capítulo V, alistamos diversas hipóteses em que isso ocorre. Em algumas delas, a única – rigorosamente única – atipicidade do ato praticado se reduz a seu desajeitado nome. Noutras tantas, apesar se somar ao *error in nomine* algum tipo de imperfeição formal, a aplicação das técnicas previstas no CPC basta para sanear o vício de forma e, com isso, reduzir o caso a (outra vez) *errores in nomine* apenas.

Em suma: o mero erro de nome (*error in nomine*) é absolutamente impotente para determinar a inadmissibilidade do ato, tanto quanto um nome bem dado é incapaz de fazer admissível aquele.

A essa regra – de desapego ao batismo do ato e seu recebimento por aquilo que efetivamente seja (*i.e.*: por seu conteúdo) – decidimos intitular técnica da “desconsideração do *nomen juris*”. A

intitulação é, nesse caso, conveniente, pois serve para apartar aquela norma de outra bem mais antiga e, na mesma medida, controvertida: a famigerada *fungibilidade* de meios.

Recentemente resgatada pela doutrina e, de certa forma, pela jurisprudência, a *fungibilidade* (com seus requisitos de aplicação altamente discutíveis) vem sendo confundida, na prática, com a simples desconsideração do *nomen juris*. Para a incidência desta última norma (da “desconsideração”), vimos que basta a desconexão entre o nome dado ao ato e a função a cujo cumprimento ele visa (estampada em seu pedido).

Não entram em cena, aqui, quaisquer análises sobre a qualidade do erro cometido pela parte: grosseiro ou razoável, ele será sempre irrelevante quando se reduzir a mero problema de denominação (e, por trivial que isso possa parecer, há na jurisprudência, não obstante, *inúmeras* hipóteses de falsa inadequação do ato, todas elas consistentes em simples *errores in nomine*).

De outra banda, encontram-se também no repertório de nossos tribunais diversas hipóteses de falsa aplicação da regra da fungibilidade. Frequentemente, diz-se estar aplicando a regra da fungibilidade a casos que – a julgar pelo nome dado às postulações – consistiriam sem dúvida alguma em *erros grosseiros*. Nada há, a rigor, de fungibilidade ali, senão uma singela e talvez inconsciente *desconsideração do nomen juris* dado às peças, desconsideração que – por algum motivo insondável – ainda não obteve de nossa doutrina a sistematização e de nossa jurisprudência a generalização que merece. A primeira, imposta pela coerência que se exige das proposições científicas; a segunda – e mais importante de todas – devida por uma questão justa.

REFERÊNCIAS

- ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS. *Dicionário escolar da língua portuguesa*. 2. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2008.
- ALLORIO, Enrico. *Il giuramento della parte*. Milano: Giuffrè, 1937.
- ALMEIDA, Amador Paes de. *Teoria e prática dos títulos de crédito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- ALMEIDA JR., João Mendes de. *Direito judiciário brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro – São Paulo: Freitas Bastos, 1940.
- ALSINA, Hugo. *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*. Buenos Aires: Compañía Argentina de Editores, 1941. t. I.
- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. In *Do formalismo no processo civil* (apêndice). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. Efetividade e tutela jurisdicional. In *Revista de Direito Processual Civil* n. 34. Curitiba: Gênese, 2004.
- _____. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In *RePro* n. 137. São Paulo: RT, 2006.
- _____. O juiz e o princípio do contraditório. In *RePro* n. 71. São Paulo: RT, 1993.
- _____. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- ALVES, Allaôr Caffé. *Lógica: pensamento formal e argumentação*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2002.
- ALVES BARBOSA, Antônio Alberto. *Da preclusão processual civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 1992.
- ALVIM, Agostinho. *Da doação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

AMENDOEIRA JR., Sidnei. *Fungibilidade de meios*. São Paulo: Atlas, 2008.

AMERICANO, Jorge. *Comentários ao código de processo civil do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1960. v. 4.

ANDRADE, Odilon de. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1946. v. IX.

ANGELIS, Dante Barrios de. *Teoría del proceso*. 2. ed. Buenos Aires: Julio César Faira, 2002.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *A apelação e seus efeitos*. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. _____. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. Os efeitos da apelação e a reforma processual. In DINAMARCO, Pedro. *et. alii.* (coords.). *A nova etapa da reforma do código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2002.

ARCILA, Carlos Ramírez. *La pretensión procesal: convergencias con la acción y la demanda*. Bogotá: Temis, 1986.

ARISTÓTELES. *Metafísica*. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2006.

ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. *Manual de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: RT, 1997.

_____. Tutela antecipatória (algumas noções – contrastes e coincidências em relação às medidas cautelares satisfativas). In TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Reforma do código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.

ASSIS, Araken de. *Cumprimento de sentença*. São Paulo: RT, 2006.

_____. *Manual da execução*. 11. ed. São Paulo: RT, 2007.

_____. *Manual dos recursos*. São Paulo: RT, 2007.

ASSIS, Carlos Augusto de. *A antecipação da tutela (à luz da garantia constitucional do devido processo legal)*. São Paulo: Malheiros, 2001.

ATTARDI, Aldo. *L'interesse ad agire*. Padova: CEDAM, 1958 (ristampa anastatica dell'edizione 1955).

AUBRY & RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariæ*, 4. ed., Paris: Librairie Générale de Jurisprudence Marchal et Billard, 1871. t. IV.

_____. *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariæ*, 4. ed., Paris: Librairie Générale de Jurisprudence Marchal et Billard, 1873. t. VI.

AULETTA, Ferruccio. *Nullità e "inesistenza" degli atti processuali civili*. Padova: CEDAM, 1999.

AUSTIN, John Langshaw. *How to do things with words*. 2. ed. Cambridge: Harvard University Press, 1975.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003.

AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Conceito, identificação e conexão de causas no direito processual civil*. São Paulo, 1967.

BALENA, Giampiero. *Elementi di diritto processuale civile: i principi*. 4. ed. Bari: Cacucci, 2007. v. I.

BARBERO, Domenico. *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, 3. ed., Torino: UTET, 1950.

BARBI, Celso Agrícola. *Ação declaratória principal e incidente*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

BARBOSA, Antônio Alberto Alves. *Da preclusão processual civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 1992.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A conexão de causas como pressuposto da reconvenção*. São Paulo: Saraiva, 1979.

_____. A nova definição de sentença. In *Temas de direito processual (nona série)*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Comentários ao código de processo civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. Exceção de pré-executividade: uma denominação infeliz. In *Temas de direito processual (sétima série)*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. Les principes fondamentaux de la procédure civile dans la nouvelle Constitution brésilienne. In *Temas de direito processual (quinta série)*. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. Notas sobre o problema da efetividade do processo. In *Temas de direito processual (terceira série)*. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. *O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos cíveis*. Rio de Janeiro: 1968.

_____. *O novo processo civil brasileiro*. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. _____. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. O sistema de recursos. In *Estudos sobre o novo código de processo civil*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1974.

_____. Que significa “não conhecer” de um recurso? In *Temas de direito processual (sexta série)*. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. Questões prejudiciais e questões preliminares. In *Direito processual civil: ensaios e pareceres*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

_____. Restrições ilegítimas ao conhecimento dos recursos. In *Temas de direito processual (nona série)*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Sobre pressupostos processuais. In *Temas de direito processual (quarta série)*. São Paulo: Saraiva, 1989.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Algumas considerações sobre o cumprimento da sentença condenatória. In *Revista do Advogado* n. 85. São Paulo: AASP, 2006.

_____. Apelação: admissibilidade e efeitos. In NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: RT, 2003. v. 7.

_____. Cognição e decisões do juiz no processo executivo. In FUX, Luiz *et. alii.* (coords.). *Processo e constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006.

_____. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 4. ed. São Paulo: RT,

2006.

_____. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. Garantia da amplitude de produção probatória. In CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: RT, 1999.

_____; MARCATO, Antônio Carlos (coord.) et al. *Código de processo civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. Nulidades processuais e apelação. In FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (coord.). *Meios de impugnação ao julgado civil: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CRUZ E TUCCI, José Rogério. (coords.). *Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas)*. São Paulo: RT, 2002.

_____. *Poderes instrutórios do juiz*. São Paulo: RT, 1991.

_____. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BELLAVITIS, Mario. *L'identificazione delle azioni*. 2.ed. Padova: Lito-Tipo Universitaria, 1924.

BERGEL, Jean-Louis. *Teoria geral do direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

BERMUDES, Sérgio. *Introdução ao processo civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BETTI, Emilio. Per una classificazione degli atti processuali di parte. In *Rivista di diritto processuale civile*. Padova: CEDAM, 1928. v. V.

_____. *Teoria geral do negócio jurídico*. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra, 1969. t. II.

BEVILAQUA, Clovis. *Código civil dos Estados Unidos do Brazil*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1916. v. I.

BONSIGNORI, Angelo. Impugnazioni civili in generale. In *Digesto delle discipline privatistiche (sezione civile)*. Torino: UTET, 1996 (ristampa). v. IX.

_____. L'effetto devolutivo dell'appello. In *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* n. 4. Milano: Giuffrè, 1974.

BRASIL JR., Samuel Meira. *Justiça, direito e processo: a argumentação e o direito processual de resultados justos*. São Paulo: Atlas, 2007.

BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1.

_____. *A nova etapa da reforma do código de processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 2.

_____. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 3.

_____. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 5.

_____. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2. t. I.

_____. *Execução provisória e antecipação da tutela (dinâmica do efeito suspensivo da apelação e da execução provisória: conserto para a efetividade do processo)*. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. O 'modelo constitucional do direito processual civil': um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas aplicações. In *RePro* n. 161. São Paulo: RT, 2008.

_____. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BULGARELLI, Waldirio. *Títulos de crédito*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

BÜLLOW, Oskar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Trad. Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: EJEA, 1964.

BUZUID, Alfredo. *A ação declaratória no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

_____. Da lide: estudo sobre o objeto litigioso. In *Estudos e pareceres de direito processual civil*. São Paulo: RT, 2002.

_____. *Do agravo de petição no sistema do código de processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1956.

_____. *Do mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. I.

CABRAL, Antonio do Passo. Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. In *Rivista di diritto processuale* n. 2. Padova: CEDAM, 2005.

_____. *Nulidades do processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CAIS, Fernando Fontoura da Silva. *Preclusão e a instrumentalidade do processo*. Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da USP para a obtenção do grau de Mestre. Inédita. São Paulo, 2006.

_____. Em torno do formalismo processual: a criação de requisitos para a prática de atos processuais pelos tribunais. In *Revista Dialética de Direito Processual* n. 57. São Paulo: Oliveira Rocha, 2007.

CALAMANDREI, Piero. Apuntes sobre la "reformatio in peius". In *Estudios sobre el proceso civil*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1961.

_____. La distincion entre *error in iudicando* y *error in procedendo*. In *Estudios sobre el proceso civil*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1961.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao código de processo civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. III.

_____. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CÂMARA, Marcela Regina Pereira. *O efeito devolutivo da apelação*. Guarapari: Ex Libris, 2007.

CAMINHA, Gregorio Martins. *Tratado da forma dos libellos, das allegações judiciaes*. Coimbra: Officina dos Irmãos e Sobrinho Ginioux, Impreffores do Santo Officio, 1764.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. A. Menezes Cordeiro, Lisboa: Calouste-Gulbenkian, 2002.

CAPONI, Remo; PROTO PISANI, Andrea. *Lineamenti di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro. Iniciativas probatorias del juez y bases prejudicadas de la estructura del proceso. In *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1972.

CARLI, Carlo. *La demanda civil*. Buenos Aires: Lex, 1983.

CARMONA, Carlos Alberto. Cumprimento da sentença conforme a lei 11.232 de 2005. In *RePro* n. 142. São Paulo: RT, 2006.

_____. Em torno da petição inicial. In *RePro* n. 119. São Paulo: RT, 2005.

_____. Ensaio sobre a sentença arbitral parcial. In *RePro* n. 165. São Paulo: RT, 2008.

_____. In MARCATO, Antonio Carlos (coord.). *Código de processo civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. O processo de execução depois da reforma. In TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Reforma do código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. O sistema recursal brasileiro: breve análise crítica. In ARRUDA ALVIM, Eduardo Pellegrini de; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*. São Paulo: RT, 2000.

CARNACINI, Tito. Tutela giurisdizionale e tecnica del processo. In *Studi in onore di Enrico Redenti*. Milano: Giuffrè, 1951. v. II.

CARNEIRO, Diogo Ciuffo. Os requisitos de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário e a sua ilegítima utilização como filtros recursais. In *RePro* n. 160. São Paulo: RT, 2008.

CARNELUTTI, Francesco. A proposito di concetti infecondi nella scienza processuale. In *Studi di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1939.

_____. *Instituciones del proceso civil*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: El Foro, 1997. v. 1.

CARPI, Federico; COLESANTI, Vittorio; TARUFFO, Michele. *Commentario breve al codice di*

procedura civile. 4. ed. Padova: CEDAM, 2002.

CARRIÓ, Genaro R. *Sobre los limites del lenguaje normativo*. Buenos Aires: Depalma, 2001.

CARROLL, Lewis. *Através do espelho*. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

CARVALHO DE MENDONÇA, Manuel Inácio. *Contratos no direito civil brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. t. II.

CARVALHO, Milton Paulo de. *Do pedido no processo civil*. Porto Alegre: Fabris, 1992.

CASTRO NUNES, José de. *Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do Poder Público*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

CAVALCANTI, José Paulo. *Da renúncia no direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

CAVALLARI, Bona Ciaccia. *La contestazione nel processo civile*. Milano: Giuffrè, 1992. v. I.

CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de. O princípio da fungibilidade e os embargos de declaração no STJ e no STF. In *RePro* n. 143. São Paulo: RT, 2007.

_____. O princípio da fungibilidade e os poderes do juiz. In CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de et. alii. (coords.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: RT, 2008.

CHAVES, Antonio. *Tratado de direito civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 1984. v. II. t. I.

CHIARLONI, Sergio. Appello (diritto processuale civile). In *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, Fondata da Giovanni Treccani, 1995. t. II.

CHIOVENDA, Giuseppe. Cosa giudicata e preclusioni. In *Saggi di diritto processuale civile (1894 – 1937)*. Milano: Giuffrè, 1993. v. III.

_____. Identificazione delle azioni (Sulla regola ‘*ne eat iudex ultra petita partium*’). In *Saggi di diritto processuale civile (1894 – 1937)*. Milano: Giuffrè, 1993. v. I.

_____. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1998. v. II.

_____. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1998. v. III.

_____. Le forme nella difesa giudiziale del diritto. In *Saggi di diritto processuale civile (1894 – 1937)*. Milano: Giuffrè, 1993. v. I.

_____. *Principii di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1965.

CIAN, Giorgio; TRABUCCHI, Alberto. *Commentario breve al codice civile*. Padova: CEDAM, 1981.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Comentários ao código de processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. IV.

_____. *Sobre os limites objetivos da apelação civil*. São Paulo, 1986.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo (et. alii). *Teoria geral do processo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CIVININI, Maria Giuliana. Poteri del giudice e poteri delle parti nel processo ordinario di cognizione. Rilievo ufficioso delle questioni e contraddittorio. In *Foro italiano* (Parte Quinta), 1999. v. CXXII.

COGLIOLO, Pietro. *Trattato teorico e pratico della eccezione di cosa giudicata secondo il diritto romano e il codice civile italiano con accenni al diritto intermedio*. Torino: Fratelli Bocca, 1883. v. 1.

COLMO, Alfredo. *De las obligaciones en general*. 3. ed. Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft, 1944.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Commentario della Costituzione (a cura di G. Branca)*. Bologna: Nicola Sanicheli, 1981.

_____. Contraddittorio. In *Digesto delle discipline privatistiche (sezione civile)*. 4. ed. Torino: UTET, 1989. t. IV.

_____. Contraddittorio (principio del). In *Enciclopedia Giuridica Treccani*. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, Fondata da Giovanni Treccani, 1988. v. VIII.

_____. Discrezionalità ed imparzialità del giudice civile nell'ottica del "giusto processo". In *Etica e tecnica del "giusto processo"*. Torino: Giappichelli, 2000.

- _____. *Il principio di economia processuale*. Padova: CEDAM, 1980. t. I.
- _____. La domanda giudiziale. In *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* n. 4. Milano: Giuffrè, 1988.
- _____. *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*. Padova: CEDAM, 1970.
- _____. Note riepilogative su azione e forme di tutela, nell'ottica della domanda giudiziale. In *Rivista di diritto processuale* n. 2. Padova: CEDAM, 1993.
- _____. Preclusioni istruttorie e diritto alla prova. In *Rivista di diritto processuale* n. 4. Padova: CEDAM, 1998.
- COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. 2. ed. Bologna: Il Mulino, 1995.
- CONSOLO, Claudio. *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*. Padova: CEDAM, 2006.
- COPI, Irving M. *Introdução à lógica*. 2. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1978.
- COSTA CARVALHO, Luiz Antonio da. *Dos recursos em geral: teoria e prática dos recursos*. 3. ed. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco, 1950.
- COSTA E SILVA, Paula. *Acto e processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra, 2003.
- COSTA, Wille Duarte. *Títulos de crédito*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 4. ed. Buenos Aires: Julio César Faira Editor, 2002.
- _____. Las garantías constitucionales del proceso civil. In *Estudios de derecho procesal civil*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 2003. t. I.
- CROZE, Hervé; MOREL, Christian. *Procédure civile*. Paris: Presses Universitaires de France, 1988.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi no processo civil*. São Paulo: RT, 1993.
- _____. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987.

_____. Apontamentos sobre a renúncia ao direito. In *Temas polêmicos de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. *Desistência da ação*. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. Embargos de terceiro: questões polêmicas. In *Revista dos tribunais* n. 833. São Paulo: RT, 2005.

_____. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. São Paulo: RT, 2006.

_____. *Lineamentos da nova reforma do CPC*. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.

_____. Sobre a eficácia preclusiva da decisão declaratória de saneamento. In ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (org.). *Saneamento do processo: estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda*. Porto Alegre: Fabris, 1989.

_____. *Tempo e processo*. São Paulo: RT, 1997.

_____. Tutela processual do direito do executado. In *Processo civil – realidade e justiça – 20 anos de vigência do CPC*. São Paulo: Saraiva, 1994.

CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: RT, 2001.

CRUZ, José Raimundo Gomes da. Mandado de segurança contra ato judicial. In TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Mandados de segurança e de injunção: estudos de direito processual-constitucional em memória de Ronaldo Cunha Campos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. As defesas do executado. In SANTOS, Ernane Fidélis dos *et. alii* (coords.). *Execução civil: estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. São Paulo: RT, 2007.

_____. Meios processuais para concessão de efeito suspensivo a recurso que não o tem. In NERY JR.; Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: RT, 2005. v. 8.

_____. Sanação de defeitos processuais no âmbito recursal (o §4º do art. 515 do CPC). In MEDINA, José Miguel Garcia *et. alii*. (coords.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: RT,

2008.

DALLA BERNARDINA, Alexandre Caiado Ribeiro. *ADPF: instrumento de defesa dos preceitos constitucionais fundamentais*. Dissertação (Mestrado). Vitória: Faculdade de Direito de Vitória, 2006.

DALL'AGNOL, Antônio. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: RT, 2000. v. II.

DE CRISTOFARO, Marco. Il nuovo processo civile “competitivo” secondo la l. n. 80 del 2005. In *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* n. 1. Milano: Giuffrè, 2006.

DENTI, Vittorio. Procedimento civile (atti del). In *Digesto delle discipline privatistiche (sezione civile)*. Torino: UTET, 1996. t. XIV.

_____. Voluntarietà e volontà nel trattamento degli atti processuali. In *Dall'azione al giudicato: temi del processo civile*. Padova: CEDAM, 1983.

DE SANTO, Victor. *Tratado de los recursos*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1987. t. I.

DIDIER JR., Fredie *et. alii*. *Curso de direito processual civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

_____. *Curso de direito processual civil*. Salvador: JusPodivm, 2009. v. 5.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2008. v. 3.

_____. _____. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2009. v. 3.

DIDIER JR., Fredie. Notas sobre a incompetência da turma recursal para processar e julgar mandado de segurança contra ato de juiz dos Juizados Especiais Cíveis. In *RePro* n. 105. São Paulo: RT, 2002.

_____. Objeto da cognição judicial. In *Revista Dialética de Direito Processual* n. 6. Oliveira Rocha: São Paulo, 2003.

_____. O juízo de admissibilidade na teoria geral do direito. In DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2008.

_____. O princípio da cooperação: uma apresentação. In *RePro* n. 127. São Paulo: RT, 2005.

_____. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

DI GIULIO, Gabriel H. *Nulidades procesales*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *A reforma da reforma*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Capítulos de sentença*. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Execução civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. v. I.

_____. _____. São Paulo: Malheiros, 2001. v. II.

_____. _____. São Paulo: Malheiros, 2001. v. III.

_____. _____. São Paulo: Malheiros, 2004. v. IV.

_____. _____. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. v. II.

_____. _____. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. IV.

_____. _____. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. III.

_____. *Intervenção de terceiros*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Manual dos juizados cíveis*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. O conceito de mérito em processo civil. In *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. t. I.

_____. O efeito devolutivo da apelação e de outros recursos. In *Nova era do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. O princípio do contraditório e sua dupla destinação. In *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. t. I.

_____. O regime jurídico das medidas urgentes. In *Nova era do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. Os efeitos dos recursos. In NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. São Paulo: RT, 2002. v. 5.

_____. _____. *Nova era do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. Os institutos fundamentais do direito processual. In *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. t. I.

_____. Tempestividade dos recursos. Inédito.

_____. Universalizar a tutela jurisdicional. In *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. t. II.

_____. *Vocabulário do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2009.

DIVITIIS, Paolo de. Sulla teoria del Meistbegünstigung nel processo civile tedesco (forma e sostanza nei provvedimenti del giudice). In *Rivista di diritto processuale* n. 2. Padova: CEDAM, 1993.

DONDINA, Mario. Atti processuali (civili e penali) in *Novissimo digesto italiano*. Torino: UTET, 1981. v. 1. t. 2.

D'ONOFRIO, Paolo. Appello (Diritto Processuale Civile). In *Novissimo Digesto Italiano*. Torino: UTET, v. 1. s/d.

DREYFUSS-NETTER, Frédérique. *Les manifestations de volonté abdicatives*, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1985.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

ESPÍNOLA, Eduardo. *Dos contratos nominados no direito civil brasileiro*. Campinas: Bookseller, 2002.

_____. *Sistema do direito civil brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Conquista, 1961. v. 2.

ESTADOS UNIDOS DO BRAZIL. *Consolidação das leis do processo civil (comentada pelo Conselheiro Dr. Antonio Joaquim Ribas)*. Rio de Janeiro: Dias da Silva Junior Typographo-Editor, 1879. v. II.

ESTEVES, Carolina Bonadiman. *(In)disponibilidade do direito processual civil*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2002.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *A ação declaratória incidental*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

_____. “Extinção do processo” e mérito da causa. In *Ensaio de direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FARIA, Márcio Carvalho. *A jurisprudência defensiva dos tribunais superiores e a ratificação necessária (?) de alguns recursos excepcionais*. In *RePro* n. 167. São Paulo: RT, 2009.

FAZZALARI, Elio. *Il giudizio civile di cassazione*. Milano: Giuffrè, 1960.

_____. *Istituzioni di diritto processuale*. 8. ed. Padova: CEDAM, 1996.

_____. *Note in tema di diritto e processo*. Milano: Giuffrè, 1957.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Prejudicialidade: conceito, natureza jurídica, espécies de prejudiciais*. São Paulo: RT, 1988.

FERREIRA, Fernando Amâncio. *Manual dos recursos em processo civil*. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: RT, 2001.

FERREIRA, J. O. Cardona. *Guia de recursos em processo civil: o novo regime recursório civil*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2007.

FISCHMANN, Gerson. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: RT, 2000. v. 14.

FLUSSER, Vilém. Forma e material. In *O mundo codificado: por uma filosofia do design e da comunicação*. São Paulo: Cosac Naify, 2007.

FORNACIARI JÚNIOR, Clito. Agravo de instrumento e protocolo ilegível: e Kafka tornou-se infantil. In *Revista Dialética de Direito Processual* n. 6. São Paulo: Oliveira Rocha, 2003.

FOUCAULT, Michel. *As palavras e as coisas*. Trad. Salma Tannus Muchail. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FREGE, Gottlob. Sense and reference. In *The philosophical review*, v. 57, n. 3. New York: Cornell University, 1948.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. Ausência de preparo e o novo §4º do art. 515 do CPC: “técnica a serviço da efetividade”. In *RePro* n. 137. São Paulo: RT, 2006.

_____. *et. alii. Reforma do CPC*. São Paulo: RT, 2006.

FROMKIN, Victoria; RODMAN, Robert. *An introduction to language*. 2. ed. New York: Holt, Rinehart & Winston, 1978.

FURNO, Carlo. Nullità e rinnovazione degli atti processuali. In *Studi in onore di Enrico Redenti*. Milano: Giuffrè, 1951. v. I.

FUX, Luiz. *A reforma do processo civil*. 2. ed. Niterói: Impetus, 2008.

_____. *Curso de direito processual civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GAIO, *Institutas*. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: RT, 2004.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC*. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. O princípio da adequação formal do direito processual civil português. In *RePro* n. 164. São Paulo: RT, 2008.

GHIRGA, Maria Francesca. *La meritevolezza della tutela richiesta*. Milano: Giuffè, 2004.

GIANNICO, Maurício. *A preclusão no direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

GILLES, Peter. Electronic civil procedure (some remarks to general aspects in concern of civil court proceedings, teletechnology and e-procedural law). In *RePro* n. 158. São Paulo: RT, 2008.

- GIORGETTI, Mariacarla. *Le rinunce alle impugnazioni civili*. Milano: Giuffrè, 2000.
- GIUDICEANDREA, Nicola. *Le impugnazioni civili*. Milano: Giuffrè, 1952. v. I.
- GIUSSANI, Andrea. *Le dichiarazioni di rinuncia nel giudizio di cognizione*. Milano: Giuffrè, 1999.
- GOLDSCHMIDT, James. *Derecho justicial material*. Buenos Aires: EJEJA, 1959.
- _____. *Teoría general del proceso*. Barcelona: Labor, 1936.
- GOLDSCHMIDT, Roberto. *Derecho justicial material civil*. Buenos Aires: EJEJA, 1959.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- GOZAÍNI, Osvaldo A. *Elementos de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Ediar, 2005.
- GRASSO, Eduardo. *Le impugnazioni incidentali*. Milano: Giuffrè, 1973.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- GRAZIOSI, Giacomo. Note critiche sul differimento dell'udienza di prima comparizione e le preclusioni per il convenuto. In *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* n. 3. Milano: Giuffrè, 2004.
- GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. I.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *A ação declaratória incidental*. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1969.
- GUASP, Jaime; ARAGONESES, Pedro. *Derecho procesal civil*. 6. ed. Madrid: Thomson Civitas, 2003. t. I.
- GUASP, Jaime. *La pretensión procesal*. 2. ed. Madrid: Civitas, 1985.
- HEGENBERG, Leônidas. *Significado e conhecimento*. São Paulo: USP, 1975.
- HELLER, Agnes. *Além da justiça*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.
- HERTEL, Daniel Roberto. *Curso de execução civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

HOFFMAN, Paulo. Conseqüências da perda do prazo para interposição dos embargos à execução. Será o executado o único litigante diferenciado de todos os demais? In In SANTOS, Ernane Fidélis dos *et. alii* (coords.). *Execução civil: estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. São Paulo: RT, 2007.

HOHFELD, Wesley Newcomb. Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning. In *Fundamental legal conceptions*. New Haven – London: Yale University Press, 1919.

IBAÑEZ FROCHAM, Manuel M. *Tratado de los recursos en el proceso civil*. 3. ed. Buenos Aires: Omeba, 1963.

IGLESIAS, André de Freitas. *Da sentença que “reconhece a existência de obrigação” como título executivo (CPC, art. 475-N, I)*. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2007 (inédita).

INZITARI, Bruno. Modi di estinzione dell’obbligazione. In *Istituzioni di diritto privato (a cura di Mario Bessone)*. 2. ed. Torino: Giappichelli, 1995.

JAEGER, Nicola. *Diritto processuale civile*. Torino: UTET, 1942.

JAKOBSON, Roman. *Lingüística e comunicação*. Trad. Izidoro Blikstein e José Paulo Paes. 22. ed. São Paulo: Cultrix, 2003.

JAUERNIG, Othmar. *Direito processual civil*. Trad. F. Silveira Ramos. Coimbra: Almedina, 2002.

JEULAND, Emmanuel. Nouvelles technologies et process civil: rapport général pour les pays de droit civil. In GRINOVER, Ada Pellegrini; CALMON, Petrônio. (orgs.). *XIII Congresso mundial de direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

JORGE, Flávio Cheim. *Apelação cível: teoria geral e admissibilidade*. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.

_____. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. _____. 3. ed. São Paulo: RT, 2007.

JORGE, Flávio Cheim *et. alii*. *A nova reforma processual*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

KAUFFMAN, André Gustavo Salvador. A procuração outorgada ao advogado subscritor das contra-razões dos recursos extraordinário e especial como peça obrigatória para a formação do

agravo do art. 544 do CPC. In *RePro* n. 160. São Paulo: RT, 2008.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofía del derecho*. Trad. Luis Villar Borda e Ana María Montoya. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999.

KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986.

_____. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KLIPPEL, Bruno. Da incompetência do colégio recursal para o processamento e julgamento dos mandados de segurança interpostos contra atos dos juízes do juizado especial. In *RePro* n. 137. São Paulo: RT, 2006.

KLIPPEL, Rodrigo. *A coisa julgada e sua impugnação: relativização da coisa julgada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

_____. *Teoria geral do processo civil*. Niterói: Impetus, 2007.

KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*. São Paulo: RT, 1991.

LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1985.

_____. *Teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LAMY, Eduardo de Avelar. *Princípio da fungibilidade no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2007.

LANCELLOTTI, Franco. *La soccombenza requisito di legittimazione alle impugnazioni*. Milano: Giuffrè, 1996.

LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos de etica jurídica*. Madrid: Civitas, 1985.

_____. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Calouste-Gulbenkian, 1997.

LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Prejudicialidade no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2008.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de pedir e pedido: o direito superveniente*. São Paulo:

Método, 2006.

LIEBMAN, Enrico Tullio. L'azione nella teoria del processo civile. In *Problemi del processo civile*. Napoli: Morano, 1962.

_____. Limites objetivos da coisa julgada. In *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

_____. L'opera scientifica di James Goldschmidt e la teoria del rapporto processuale. In *Problemi del processo civile*. Napoli: Morano, 1962.

_____. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Manuale di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1955. v. I.

_____. *Manuale di diritto processuale civile*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1976. v. III.

_____. *Processo de execução*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1968.

LIMA, Alcides de Mendonça. *Sistema de normas gerais dos recursos cíveis*. Rio de Janeiro – São Paulo: Freitas Bastos, 1963.

LIMA, Pires de; VARELA, Antunes. *Código civil anotado*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 1987. v. I.

LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Direito processual civil brasileiro*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1946. v. III.

LOPES, João Batista. Breves considerações sobre o instituto da preclusão. In *RePro* n. 23. São Paulo: RT, 1981.

LLOYD, Dennis. *A idéia de lei*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos, *Embargos à execução*. São Paulo: Saraiva, 1996.

LUISO, Francesco Paolo. Appello nel diritto processuale civile. In *Digesto delle discipline privatistiche (sezione civile)*. Torino: UTET, 1998 (ristampa). v. I.

_____. *Diritto processuale civile: principi generali*. Milano: Giuffrè, 1997. v. I.

_____. *Diritto processuale civile: il processo di cognizione*. Milano: Giuffrè, 1997. v. II.

_____. *L'esecuzione "ultra partes"*. Milano: Giuffrè, 1984.

MACHADO GUIMARÃES, Luiz. Efeito devolutivo da apelação. In *Estudos de direito processual civil*. Rio de Janeiro – São Paulo: Jurídica e Universitária, 1969.

_____. *Limites objetivos do recurso de apelação*. Rio de Janeiro, 1962.

MACHADO, Marcelo Pacheco. *Incerteza e processo: um estudo direcionado às técnicas recursais e à ação rescisória*. Trabalho apresentado para exame de qualificação, em nível de Mestrado, à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008.

_____. Os novos embargos à execução: técnicas processuais de defesa do executado na nova sistemática do processo de execução de títulos extrajudiciais. In COSTA, Suzana Henriques da (coord.). *Execução extrajudicial: modificações da lei 11.382/2006*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di diritto processuale civile*. 12. ed. Torino: Giappichelli, 1998.

_____. Riflessioni in tema di "petitum" e di "causa petendi". In *Rivista di Diritto Processuale* n. 3. Padova: CEDAM, 1984.

MARCATO, Antonio Carlos. Preclusões: limitação ao contraditório? In *RePro* n. 17. São Paulo: RT, 1980.

_____. *Procedimentos especiais*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MARELLI, Fabio. *La conservazione degli atti invalidi nel processo civile*. Padova: CEDAM, 2000.

_____. *La trattazione della causa nel regime delle preclusioni*. Padova: CEDAM, 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil: execução*. São Paulo, 2008. v. 3.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. Campinas: Millennium, 2003. v. II.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1962. v. II.

MARTINS, Pedro Batista. *Recursos e processos da competência originária dos tribunais*. Rio de

Janeiro: Revista Forense, 1957.

MARTINS, Renato Castro Teixeira. Apelação por instrumento. In MEDINA, José Miguel Garcia *et. alii.* (coords.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier.* São Paulo: RT, 2008.

MARTINS, Sandro Gilbert. *A defesa do executado por meio de ações autônomas: defesa heterotópica.* 2. ed. São Paulo: RT, 2005.

MATTIROLO, Luigi. *Trattato di diritto giudiziario civile italiano.* 5. ed. Torino: UTET, 1933. v. IV.

MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial (e outras questões relativas à sua admissibilidade e ao seu prequestionamento).* 3. ed. São Paulo: RT, 2002.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência.* 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Teoria do fato jurídico: plano da validade.* 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENESTRINA, Francesco. *La pregiudiziale nel processo civile.* Milano: Giuffrè, 1963.

MILMAN, Fábio. O novo conceito legal de sentença e suas repercussões recursais: primeiras experiências com a apelação por instrumento. In *RePro* n. 150. São Paulo: RT, 2007.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos.* São Paulo: RT, 2009.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Preclusão (Processo Civil). In ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (org.). *Saneamento do processo: estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda.* Porto Alegre: Fabris, 1989.

MONTAIGNE, Michel de. “Dos nomes”. In *Os ensaios (livro I).* Trad. Rosemary Costhek Abílio. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MONTELEONE, Girolamo. *Diritto processuale civile*. 3. ed. Padova: CEDAM, 2002.

MONTERO AROCA, Juan *et. alii*. *Derecho jurisdiccional*. 10 ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000. v. I.

MONTESANO, Luigi; ARIETA, Giovanni. *Diritto processuale civile: le disposizioni generali*. 2. ed. Torino: Giappichelli, 1996. v. I.

MONTESANO, Luigi. La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di “terza via”. In *Rivista di diritto processuale* n. 4. Padova: CEDAM, 2000.

MOREIRA PINTO, Junior Alexandre. *A causa petendi e o contraditório*. São Paulo: RT, 2007.

_____. A nova disciplina dos embargos: subsistência da figura da exceção de pré-executividade? In COSTA, Suzana Henriques da (coord.). *Execução extrajudicial: modificações da lei 11.382/2006*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

MORRIS, Charles W. *Fundamentos da teoria dos signos*. São Paulo: USP, 1976.

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do direito tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

_____. *Revogação em matéria tributária*. São Paulo: Noeses, 2005.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 4. ed. São Paulo: RT, 1999.

NERY JUNIOR, Nelson. Conceito sistemático de sentença: considerações sobre a modificação do CPC 162, §1º, que não alterou o conceito de sentença. In JAIME, Fernando Gonzaga *et. alii* (coords.). *Processo civil: novas tendências: estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

_____. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz: preclusão pro judicato e preclusão judicial no processo civil*. São Paulo: Método, 2004.

_____. *et. alii*. *Reforma do CPC*. São Paulo: RT, 2006.

OLIVEIRA E CRUZ. João Claudino de. *Do recurso de apelação (cível)*. Rio de Janeiro: Revista

Forense, 1949.

_____. *Dos recursos no código de processo civil*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1954.

OLIVEIRA NETO, Olavo de. *Conexão por prejudicialidade*. São Paulo: RT, 1994.

OTHON SIDOU, J. M. *Do mandado de segurança*. 2. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1959.

PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*. 4. ed., Firenze: Casa Editrice Libraia Fratelli Cammelli, 1904. v. II.

PAJARDI, Piero. *Procedura civile: istituzioni e lineamenti generali*. Milano: Giuffrè, 1989.

PALACIO, Lino Enrique. *Manual de derecho procesal civil*. 14. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

PARÁ FILHO, Tomás. Conexão de causas (verbete). In *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 17.

PEREIRA CÂMARA, Marcela Regina. *A ampliação da extensão do efeito devolutivo da apelação*. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito de Vitória. Inédita. Vitória, 2005.

PEREIRA COELHO, Francisco Manuel Brito. *A renúncia abdicativa no direito civil: algumas notas tendentes à definição do seu regime*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PINKER, Steven. *Do que é feito o pensamento: a língua como janela para a natureza humana*. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

PINTO, Paulo Mota. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1995.

- PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 3. ed. Napoli: Jovene, 1999.
- PIZZORUSSO, Alessandro. Iura novit curia (ordinamento italiano). In *Enciclopedia Giuridica Treccani*. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, Fondata da Giovanni Treccani, 1990. v. XVIII
- PODETTI, J. Ramiro. *Teoria y tecnica del proceso civil*. Buenos Aires: Ediar, 1963.
- POLI, Roberto. Sulla sanabilità dei vizi degli atti processuali. In *Rivista di diritto processuale* n. 2. Padova: CEDAM, 1995.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1960. t. XI.
- _____. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro – São Paulo: Forense, 1976. t. IX.
- _____. Parecer n. 221. In *Dez anos de pareceres*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1976. v. 8.
- _____. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: RT, 1983. t. II.
- _____. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: RT, 1983. t. III.
- POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- PROVINCIALI, Renzo. *Delle impugnazioni in generale*. Napoli: Morano, 1962.
- RAMOS MENDEZ, Francisco. *Derecho procesal civil*. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1986. t. I.
- RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1981.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- RAYNAUD, Pierre. La renonciation a un droit: sa nature et son domaine en droit civil. In *Revue trimestrielle de droit civil*. Paris: Recueil Sirey, 1936. t. 35.
- _____. Le désistement d'instance (contribution à l'étude de la renonciation a un droit). In *Revue trimestrielle de droit civil*. Paris: Recueil Sirey, 1942, t. 40.
- REDENTI, Enrico. Atti processuali civili. In *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1959. t. IV.

_____. *Diritto processuale civile*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1997. v. II

_____. *Profili pratici del diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1937.

REDONDO, Bruno Garcia. Sentença parcial de mérito e apelação em autos suplementares. In *RePro* n. 160. São Paulo: RT, 2008.

REIS FRIEDE, Roy; KLIPPEL, Rodrigo; ALBANI, Thiago. *A tutela de urgência no processo civil brasileiro*. Niterói: Ímpetus, 2009.

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. *Nouveau code de procédure civile*. 97. ed., Paris: Dalloz, 2005.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. A definição dos pronunciamentos judiciais (sentenças, decisões interlocutórias e despachos) após as últimas alterações legislativas: impacto e efeitos no plano recursal. In MEDINA, José Miguel Garcia *et. alii.* (coords.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: RT, 2008.

RICCI, Edoardo F. Princípio do contraditório e questões que o juiz pode propor de ofício. In FUX, Luiz *et. alii.* (coords.). *Processo e constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006.

ROCCO, Alfredo. *La sentenza civile*. Milano: Giuffrè, 1962.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: RT, 2008.

_____. *Manual de execução civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*. Trad. Angela Romera Vera. Buenos Aires: EJE, 1955, t. I.

_____. *Tratado de derecho procesal civil*. Trad. Angela Romera Vera. Buenos Aires: EJE, 1955, t. II.

ROSS, Alf. *Diritto e justiça*. Bauru: Edipro, 2000.

ROTONDI, Mario. *Istituzioni di diritto privato*. Padova: CEDAM, 1937.

RUGGERI, Emanuele. Il principio di consumazione dell'impugnazione: origine ed applicazioni. In

Rivista di diritto processuale n. 4. Padova: CEDAM, 2008.

RUGGIERO, Roberto de. *Istituzioni di diritto privato*. 2. ed. Messina – Milano: Casa Editrice Giuseppe Principato, 1939.

SALLES, Carlos Alberto de. Mandado de segurança contra atos judiciais: as súmulas 267 e 268 do STF revisitadas. In BUENO, Cassio Scarpinella *et alii* (coords.). *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança 51 anos depois*. São Paulo: RT, 2002.

SALVANESCHI, Laura. Riflessioni sulla conversione degli atti processuali di parte. In *Rivista di diritto processuale* n. 1. Padova: CEDAM, 1984.

SALVAT, Raymundo M. *Tratado de derecho civil argentino: obligaciones en general*. 4. ed. Buenos Aires: s/e, 1941.

SANCHES, Sydney. Objeto do processo e objeto litigioso do processo. In *Ajuris* n. 16. Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, 1979.

SANSEVERINO, Milton. Fungibilidade dos recursos. In *RePro* n. 25. São Paulo: RT, 1982.

SANT'ANNA, Paulo Afonso de Souza. Sentença parcial. In MEDINA, José Miguel Garcia *et. alii*. (coords.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: RT, 2008.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SANTOS, Moacyr Amaral. *As condições da ação no despacho saneador*. Tese (Livre-Docência) – Faculdade de Direito. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1946.

SATTA, Salvatore; PUNZI, Carmine. *Diritto processuale civile*. 13. ed. Padova: CEDAM, 2000.

SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de lingüística geral*. Trad. Antônio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blikstein. 27. ed. São Paulo: Cultrix, 2004.

SCHWAB, Karl Heinz. *El objeto litigioso en el proceso civil*. Trad. Tomas A. Banzhaf. Buenos Aires: Ejea, 1968.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. *Dos recursos ordinários em matéria civil*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1946.

SEARLE, John R.. *Expressão e significado: estudos da teoria dos atos de fala*. Trad. Ana Cecília G. A. de Camargo e Ana Luiza Marcondes Garcia. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SENTÍS MELENDO, Santiago. *El proceso civil: estudio de la reforma procesal argentina*. Buenos Aires: EJE, 1957.

SHIMURA, Sérgio. *Título executivo*. São Paulo: Saraiva, 1997.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Algumas implicações do novo conceito de sentença no processo civil, de acordo com a Lei n. 11.232/2005. In CARMONA, Carlos Alberto (coord.). *Reflexões sobre a reforma do código de processo civil: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe*. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. *Direito de defesa e tutela jurisdicional: estudo sobre a posição do réu no processo civil brasileiro*, Tese de Doutorado apresentada ao Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da USP. Inédita. São Paulo, 2008.

_____. *Preclusão processual civil*. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. Recurso intempestivo por prematuridade? In NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2007.

SILVA, Edward Carlyle. *Conexão de causas*. São Paulo: RT, 2006.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*. 5. ed. São Paulo: RT, 1998. v. I.

SILVEIRA DE OLIVEIRA, Bruno. *Conexidade e efetividade processual*. São Paulo: RT, 2008.

_____. O duplo grau de jurisdição: princípio constitucional? In *RePro* n. 162. São Paulo: RT, 2008.

_____. O formalismo do sistema recursal à luz da instrumentalidade do processo. In *RePro* n. 160. São Paulo: RT, 2008.

_____. Os princípios constitucionais, a instrumentalidade do processo e a técnica processual. In *RePro* n. 146. São Paulo: RT, 2007.

_____. Um novo conceito de sentença?. In *RePro* n. 149. São Paulo: RT, 2007.

SIQUEIRA, Cleanto Guimarães. *As novíssimas alterações no código de processo civil (comentários à lei n. 10.444/2002)*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

TALAMINI, Eduardo. A objeção na execução (exceção de pré-executividade) e a reforma do Código de Processo Civil. In *RePro* n. 153. São Paulo: RT, 2007.

_____. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: função e estrutura. In FUX, Luiz *et alii*. (coords.). *Processo e constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006.

_____. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005.

_____. Decisões individualmente proferidas por integrantes dos tribunais: legitimidade e controle (*agravo interno*). In NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos atuais e polêmicos dos recursos cíveis*. São Paulo: RT, 2002. v. 5.

_____. Saneamento do processo. In *RePro* n. 86. São Paulo: RT, 1997.

TARDIN, Luiz Gustavo. *Fungibilidade das tutelas de urgência*. São Paulo: RT, 2006.

TARZIA, Giuseppe. Le istruzioni del giudice alle parti nel processo civile. In *Problemi del processo civile di cognizione*. Padova: CEDAM, 1989.

_____. Parità delle armi tra le parti e poteri del giudice nel processo civile. In *Problemi del processo civile di cognizione*. Padova: CEDAM, 1999.

_____. *Profili della sentenza civile impugnabile: l'individuazione della sentenza*. Milano: Giuffrè, 1967.

TEIXEIRA DE SOUZA, Miguel. Sobre o sentido e a função dos pressupostos processuais (algumas reflexões sobre o dogma da apreciação prévia dos pressupostos processuais na ação declarativa). In *RePro* n. 63. São Paulo: RT, 1991.

TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *Teoria do princípio da fungibilidade*. São Paulo: RT,

2008.

TELLES, Gil Trotta. Propositura de ação declaratória negativa depois de ajuizada execução de título extrajudicial. In *RT* n. 677. São Paulo: RT, 1992.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. I.

TESORIERE, Giovanni. *Contributo allo studio delle preclusioni nel processo civile*. Padova: CEDAM, 1983.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Alguns problemas pendentes de solução após a reforma da execução dos títulos extrajudiciais (Lei 11.382/2006). In *RePro* n. 156. São Paulo: RT, 2008.

_____. *Curso de direito processual civil*. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. II.

_____. *Processo de execução*. 16. ed. São Paulo: Leud, 1993.

_____. Teoria dos recursos civis. In *O processo civil no limiar do novo século*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no processo civil brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. In *RePro* n. 168. São Paulo: RT, 2009.

TOULMIN, Stephen. *Os usos do argumento*. Trad. Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

TROCKER, Nicolò. Il nuovo articolo 111 della costituzione e il “giusto processo” in materia civile: profili generali. In *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* n. 2. Milano: Giuffrè, 2001.

_____. *Processo civile e costituzione (problemi di diritto tedesco e italiano)*. Milano: Giuffrè, 1974.

TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo*. São Paulo: Saraiva, 1989.

UNITED STATES OF AMERICA. *Federal rules of civile procedure*. St. Paul, Minn.: West Group, 2000.

VARGAS, Jorge de Oliveira. O novo conceito de sentença e o recurso daquela que não extingue o processo: apelação ou agravo de instrumento?. In *RePro* n. 148. São Paulo: RT, 2007.

VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. *Princípio da fungibilidade: hipóteses de incidência no processo civil brasileiro*. São Paulo: RT, 2007.

VELLANI, Mario. Appello (diritto processuale civile). In *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1958. t. II.

VENCELAU, Rose Melo. O negócio jurídico e suas modalidades, In TEPEDINO, Gustavo (coord.). *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

VERDE, Giovanni. *Profili del processo civile*. 5. ed. Napoli: Jovene, 1999. v. I.

VESCOVI, Enrique. *Derecho procesal civil*. Montevideo: Ediciones Idea, 1975. t. III.

VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

_____. *Lógica jurídica*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

VINCENT, Jean; GUINCHARD, Serge. *Procédure civile*. 25. ed. Paris: Dalloz, 1999.

WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa. O novo conceito de sentença e os reflexos na escolha dos meios de impugnação cabíveis diante dos pronunciamentos judiciais: aplicação do princípio da fungibilidade. In NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2007. v. 11.

WALKER, Janet; WATSON, Garry D.. *New technologies and the civil litigation process: common law – general report*. In GRINOVER, Ada Pellegrini; CALMON, Petrônio. (orgs.). *XIII Congresso mundial de direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Despacho saneador irrecorrido – possibilidade de o juiz decidir contrariamente na sentença. In *RePro* n. 67. São Paulo: RT, 1992.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves comentários à 2ª fase da reforma do código de processo civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A influência do contraditório na convicção do juiz: fundamentação de sentença e de acórdão. In *RePro* n. 168. São Paulo: RT, 2009.

_____. Fungibilidade de “meios”: uma outra dimensão do princípio da fungibilidade. In NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: RT, 2001. v. 4.

_____. Hipótese de cabimento dos embargos infringentes (a falta de clareza do sistema não pode prejudicar as partes). In *RePro* n. 171. São Paulo: RT, 2009.

_____. Novos contornos do recurso de agravo. In TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Reforma do código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. O conceito de sentença no CPC reformado. In FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (coord.). *Meios de impugnação ao julgado civil: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. O conteúdo das decisões judiciais como fator determinante para sua classificação e para a indicação dos recursos cabíveis. In *RePro* n. 162. São Paulo: RT, 2008.

_____. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: RT, 2005.

_____. O óbvio que não se vê: a nova forma do princípio da fungibilidade. In *RePro* n. 137. São Paulo: RT, 2006.

_____. O princípio da fungibilidade sob a ótica da função instrumental do processo. In NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: RT, 2005. v. 8.

_____. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. São Paulo: RT, 2006.

WATANABE, Kazuo. *Controle jurisdicional (princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema jurídico brasileiro) e mandado de segurança contra atos judiciais*. São Paulo: RT, 1980.

_____. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

WILSON, John. *Pensar com conceitos*. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Trad. M. S. Lourenço. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1995.

YARSHELL, Flávio Luiz. Fungibilidade recursal e a nova disciplina do agravo. In *Revista do Advogado* n. 48. São Paulo: AASP, 1996.

_____. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1998.

ZACHARIÆ, *Le droit civil français*, Paris: Auguste Durand Libraire Éditeur, 1857, t. III.

ZANZUCCHI, Marco Tullio. *Diritto processuale civile*. 6. ed. Milano: Giuffrè, 1964. v. I.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: RT, 2000. v. 8.

RESUMO

O presente trabalho se ocupou de estudar o fenômeno da identificação dos atos postulatórios no processo civil brasileiro, procurando: (i) explicitar os critérios que regem esse juízo; (ii) delimitar seu objeto e (iii) demonstrar sua anterioridade lógica e influência sobre o juízo de admissibilidade.

Para tanto, teve de conceituar ‘ato postulatório’ e decompor este conceito em seus elementos essenciais: ‘conteúdo’, ‘forma’, ‘estrutura lógica’ e ‘*nomen juris*’. Somente essa decomposição, afinal, permite distinguir com clareza – entre os vários elementos que integram uma postulação – aquele que indica a espécie ou natureza jurídica a que ela pertence.

Tentou-se demonstrar que é o conteúdo do ato (isto é, a pretensão nele contida) o único critério razoável e seguro para definir-lhe a espécie. É ele que revela o sentido da vontade do postulante em relação a determinado provimento judicial e, assim também, presumivelmente, em relação ao meio adequado e necessário para a obtenção deste.

Identificados os atos postulatórios a partir de seu conteúdo, desqualificam-se inúmeras hipóteses de inadmissibilidade em que a jurisprudência, indevidamente, vislumbra “inadequação da via eleita”.

Tais hipóteses são aquelas em que – apesar de a pretensão deduzida se revelar adequada à tutela da posição processual do postulante – o *nomen juris* dado ao ato sugere a escolha de outro meio, que não o necessário ao conhecimento e ao acolhimento do pedido.

Em nenhum desses casos se há de falar em “inadequação da via eleita”, ocorrendo meros *errores in nomine*, circunstância completamente irrelevante para o fim de se avaliar a admissibilidade da postulação.

Palavras-chave: Ato postulatório – Juízo de Identificação – *Errores in Nomine*

RIASSUNTO

Il presente lavoro si é occupato di studiare il fenomeno dell'identitá degli atti postulatori nel processo civile brasiliano, cercando di: (i) esplicitare i criteri che reggono questo giudizio; (ii) delimitare il suo oggetto e (iii) dimostrare la sua anterioritá logica e influenza sul giudizio di ammissibilitá.

Pertanto, si é dovuto concettuare “l'atto postulatorio” e scomporre questo concetto nei suoi elementi essenziali: il ‘contenuto’, la ‘forma’, la ‘struttura logica’ e il ‘*nomen juris*’. Soltanto con questa scomposizione, alla fine, ci permetterá di distinguere, con chiarezza, tra i vari elementi che integrano una postulazione, quello che indica la specie o la natura giuridica a cui appartiene.

Si é cercato di dimostrare che cosa é “il contenuto dell'atto” (cioé, l'esigenza contenuta nello stesso atto), l'unico criterio ragionevole e sicuro per definire la propria specie. É lui che rivela il senso della volontá del postulante in relazione a un determinato provvedimento giudiziale e, cosí pure, si presume, in relazione al mezzo adeguato e necessario per ottenerlo.

Identificati gli atti postulatori, a partire dal loro contenuto, si squalificano molte ipotesi di inammissibilitá in cui la giurisprudenza, indebitamente, intravede “inadeguazione della via scelta”.

Tali ipotesi sono quelle in cui – nonostante la pretesa dedotta si riveli adeguata alla tutela della posizione processuale del postulante – il *nomen juris*, dato all'atto, suggerisce la scelta di un altro mezzo, che non quello necessario alla conoscenza e all'accoglimento della domanda.

In nessuno di questi casi si deve dire in “inadeguazione della via scelta”, occorrendo meri *errores in nomine*, circostanze completamente irrilevanti al fine di valutare l'ammissibilitá della postulazione.

Parole chiavi: Atti postulatori – Giudizio d'Identificazione – *Errores in nomine*

ABSTRACT

The present work dealt with the phenomenon of pleading's identification in Brazilian civil procedure. It aimed to: (i) expose the criteria by which this judgement should be held; (ii) delimit its object and (iii) demonstrate its logical precedence and influence upon the admissibility judgement.

In order to do so, it had to conceptualize 'pleading' and decompose this concept in its essential elements: 'content', 'form' and '*nomen juris*'. Only this decomposition, after all, permits one to distinguish clearly – amidst the various elements that integrate a pleading – that precise one which indicates the species or juridical nature to which it belongs.

The thesis tried to demonstrate that it is the content of the pleading (that is: the issue it carries along) the only reasonable and safe criterion to define its species. It is the content of the pleading that reveals the meaning of the pleader's will with regard to a certain judicial order and – at the same time – presumably to the adequate and necessary means for obtaining it.

Once accepted that the identification of a pleading should be given by its content, this premise disqualifies several hypotheses of inadmissibility, in which judicial precedents incorrectly see cases of "inadequacy of the elected means".

Such hypotheses are those in which – despite the issue shows itself entirely adequate to the protection of the pleader's position – the *nomen juris* given to the act suggests the choice of other means, instead of the necessary for admission and the success of the pleading.

In none of these cases it is correct to speak of "inadequacy of the elected means". What occurs are mere *errores in nomine*, a completely irrelevant circumstance when it comes to assessing a pleading's admissibility.

Key-words: Pleading – Identification Judgement – *Errores in Nomine*